ZSR rds

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 137 (2018) II

Schweizerischer Juristentag 2018
«Privatautonomie im 21. Jahrhundert»
Individuelle Gestaltungsspielräume
im Privatrecht, Strafrecht und öffentlichen Recht
sowie im internationalen Rechtsverkehr

Congrès de la Société suisse des juristes 2018
«Autonomie privée au 21ème siècle»
Marges de manœuvre individuelles
en droit privé, en droit pénal et en droit public
ainsi que dans les relations internationales

Helbing Lichtenhahn Verlag

ZSR rds

Zeitschrift für Schweizerisches Recht
Revue de droit suisse
Rivista di diritto svizzero
Revista da dretg svizzer

Band 137 (2018) II

Schweizerischer Juristentag 2018
«Privatautonomie im 21. Jahrhundert»

Individuelle Gestaltungsspielräume im Privatrecht, Strafrecht und öffentlichen Recht sowie im internationalen Rechtsverkehr

Congrès de la Société suisse des juristes 2018
«Autonomie privée au 21ème siècle»

Marges de manœuvre individuelles en droit privé, en droit pénal et en droit public ainsi que dans les relations internationales

Unterstützt durch die Schweizerische Akademie
der Geistes- und Sozialwissenschaften
www.sagw.ch

ISBN 978-3-7190-4124-3
ISSN 0254-945X

© 2018 by Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel
Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift und ihre Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Inhaltsübersicht/Sommaire

Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick

WOLFGANG ERNST 5

Autonomie des parties et clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux: aspects choisis de droit international privé suisse

ISABELLE ROMY 87

Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen

BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER 155

Quelle autonomie pour l'Etat?

VALÉRIE DÉFAGO GAUDIN 239

Patientenautonomie und Tatherrschaft bei lebensbeendenden Entscheidungen

Orientierungshilfen auf dem schmalen Grat zwischen gebotener, erlaubter und verbotener Sterbehilfe

GRISCHA MERKEL 303

Die Vertragsordnung – Rückblick und Ausblick

Wolfgang Ernst*

Und das Gesetz nur kann uns Freiheit geben.

J. W. Goethe

* Prof. Dr. iur. Dres. h.c., LL.M. (Yale), Professor of Civil Law, Oxford; Professor ad personam an der Universität Zürich.

Inhaltsverzeichnis

A. Zur Themenstellung . . . 8
B. Aus der Geschichte europäischer Vertragsordnungen . . . 10
I. Die Geschichtlichkeit allen Vertragsrechts . . . 10
II. Antikes römisches Recht . . . 11
III. Justinian . . . 15
IV. Ius Commune – Gelehrtes Vertragsrecht seit dem Hochmittelalter . . . 18
1. Das gelehrte Recht als Nährboden europäischer Rechtskulturen . . . 18
2. Zum Vertragssystem der Glossatoren . . . 19
3. Vertragsfreiheit und zwingendes Recht . . . 20
4. Die Trias essentialia, naturalia, accidentalia negotii . . . 22
5. Innominatverträge im Ius Commune . . . 23
6. Das Vermächtnis des gelehrten Rechts . . . 24
V. Von der spanischen Spätscholastik zum *usus modernus* der Kodifikationszeit 24
VI. Das Vertragsrecht in der Kritik der Pandektisten . . . 26
C. Die Vertragsordnung des Schweizer Rechts . . . 28
I. Die Vertragsordnung in der Entstehung des OR . . . 28
II. Elemente der geltenden Vertragsordnung . . . 31
1. Besondere Vertragstypen – Allgemeiner Vertragsbegriff . . . 31
2. Der allgemeine Vertragsbegriff des OR . . . 32
3. Der Innominatvertrag des OR . . . 33
4. Der Innominatvertrag und das Sachenrecht . . . 37
5. Das Schuldbekenntnis nach Art. 17 OR . . . 38
6. Zur Vertragsfreiheit aufgrund des Obligationenrechts . . . 41
III. Die Vertragsfreiheit in der Verfassungsordnung . . . 44
IV. Schweizer Vertragsrecht im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention 46
D. Tendenzen in Vertragspraxis und Vertragstheorie . . . 47
I. Kodifikation – kein veraltetes Modell . . . 47
II. Wandlungen des Vertragsrechts . . . 48
1. Konsumentenschutz . . . 48
2. Allgemeine Geschäftsbedingungen . . . 50
a. Allgemeine Geschäftsbedingungen – (k)ein Prüfstein der Vertragsfreiheit . . . 50
b. Dispositives Vertragsrecht: Leitbild der AGB-Kontrolle? . . . 50
3. Und immer wieder: die Vertragsäquivalenz . . . 53
4. Ausgeübte Vertragsfreiheit – ungetreue Geschäftsbesorgung? . . . 54
III. Aspekte der Vertragsordnungen in Nachbarländern . . . 55
1. Wettbewerb der Vertragsordnungen . . . 55
2. Angelsächsische Vertragsordnungen – ein Seitenblick . . . 56
3. Vertragsordnungen von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union . . . 58
IV. Impulse der Vertragsrechtstheorie . . . 61
1. Der vollständige und der unvollständige Vertrag . . . 61
2. Materialisierung des Vertragsrechts? . . . 62
3. Elemente der Vertragsordnung in theoretischer Sicht . . . 64
a. Ein internationaler Diskurs . . . 64
b. Dispositives Vertragsrecht . . . 64
c. Zwingendes Recht: Die objektive Vertragsordnung als Regulierung? 66
V. «OR 2020» . . . 68
VI. Stellungnahmen . . . 69

E. Smart Contract: Vertrag der Zukunft? 71
I. Einleitung 71
II. Smart Contract und Vertragsrecht 74
1. Verschiedene Beteiligungsformen 74
2. Der Trägervertrag für den Smart Contract 75
3. Einzelfragen 77
a. Gerichtsfähigkeit 77
b. Gerichtsstand 78
c. Anwendbares Recht 78
d. Vertragsschluss 79
e. Typenqualifikation 80
f. Naturalia negotii für den Smart Contract? 82
g. Vollzug und Missbrauch 82
h. Ungerechtfertigte Bereicherung 83
III. Smart Contracts – Perspektiven für die Vertragsordnung 83
F. Schlussthesen 85

A. Zur Themenstellung

«Die Privatautonomie erfordert begrifflich die Rechtsordnung als Korrelat»,[1] so heisst es bei Werner Flume, dem grossen Verfechter der Privatautonomie im zwanzigsten Jahrhundert. Wir würden diese Erkenntnis heute dem ordoliberalen Zweig der neuen Institutionenökonomik zuordnen: Rechtliche Institutionen sind die Grundlage dafür, dass die Bürger ihre Verhältnisse mit dem verlässlichen Anspruch auf Gültigkeit selbst bestimmen können. Derjenige Teil der Rechtsordnung, der diese Aufgabe im Bereich des wirtschaftlichen Verkehrs erfüllen soll, ist das Vertragsrecht.

Die Privatautonomie im Vertragsrecht wird mit dem Begriff der Vertragsfreiheit angesprochen. Vertragsfreiheit wird dabei vorwiegend negativ verstanden, als Abwesenheit von Beschränkungen: Man ist grundsätzlich nicht verpflichtet, zu einem bestimmten Preis oder zu bestimmten Bedingungen abzuschliessen, und man ist grundsätzlich nicht verpflichtet, überhaupt oder mit bestimmten Personen zu kontrahieren. So berechtigt diese Sichtweise ist, bedarf sie doch der Ergänzung. Vertragsfreiheit vermag sich nur zu entfalten, weil die Rechtsordnung ein konkretes Vertragsrecht zur Verfügung stellt, durch dessen Gebrauch eine gültige Selbstbestimmung möglich wird. Dieser Beitrag will das schweizerische Vertragsrecht von diesem Blickwinkel aus betrachten. Es geht darum, inwieweit das Vertragsrecht der Schweiz der Aufgabe gerecht wird, selbstbestimmte Teilhabe am Verkehrsgeschehen in rechtlich gültiger Form zu ermöglichen, heute und in der Zukunft.

1 Werner Flume, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Heidelberg/New York 1992, S. 1.

Die Vertragsordnung im engeren Sinne weist zahlreiche Elemente auf, die erst im Zusammenspiel das lebendige Vertragsgeschehen ermöglichen und bestimmen. Der Gesetzgeber ordnet das Vertragswesen durch eine Vielzahl von Parameter: Der Mechanismus des Vertragsschlusses mit allfälligen Formerfordernissen, die Typenordnung und das mit der Typenordnung verbundene, dispositive Recht, die Regeln über die Leistungsstörungen, also die Fälle, in denen die vertragliche Vereinbarung nicht eingehalten wird; daneben bestehen zwingende Vorgaben, über die sich die Vertragsparteien nicht hinwegsetzen können. Abgesehen von dieser eigentlichen Vertragsordnung kommt es weiterhin auf eine Reihe anderer Elemente des Rechtswesens an, die in der Lebenswirklichkeit integral mitwirken müssen, wenn freiheitliches Verkehrsgeschehen rechtlich abgesichert werden soll. Vor allem spielt die Verlässlichkeit und Schnelligkeit von gerichtlichem Schutz eine grosse Rolle. Damit kommen die Gerichtsorganisation, die Professionalität der Richterschaft, der Zugang zur Justiz (auch unter dem Gesichtspunkt der Prozesskosten) und das Zivilprozessrecht mit seinen Beweisregelungen und den Mechanismen der Urteilsexekution (naturaler Erfüllungszwang oder Geldentschädigung?) und des Konkurses in den Blick. Erst in ihrem Zusammenspiel ermöglichen all diese Elemente, dass das «private» Austauschgeschehen auf rechtlich verlässlicher Grundlage erfolgt.

Das Vertragsrecht lebt durch seinen Gebrauch und erfährt durch diesen seine Bestätigung. Das Vertragsrecht ist nicht Selbstzweck. Es erfüllt seinen Zweck erst dadurch, dass die Akteure des Wirtschaftslebens im geltenden Vertragsrecht die Grundlage für ihre Transaktionen finden. In diesem Gebrauch spiegeln sich dann auch Stärken und Schwächen der objektiven Vertragsrechtsordnung, auf die die Parteien erfindungsreich reagieren, indem Sie die verfügbaren Instrumente kreativ einsetzen und damit das gelebte Vertragsrecht weiterentwickeln. Das wirtschaftliche Austauschgeschehen zeichnet sich ja durch eine dynamische Entwicklung aus: Neue Produkte und Leistungen sowie innovative Vertriebsformen kommen auf und suchen nach «passenden» rechtlichen Formaten. Indem Gesetzgeber auf derartige Entwicklungen eingehen, besteht eine laufende Wechselbeziehung zwischen dem aktuellen Vertragsgeschehen und der objektivierten Vertragsrechtsordnung. Es ist eine Vorbedingung für ein gelingendes «Design» des Vertragsrechts, dass diese Wechselbeziehung erkannt und berücksichtigt wird. Ein ästhetisch systematisiertes Vertragsrecht mag intellektuell noch so sehr befriedigen: Wenn es sich nicht als Grundlage des Rechtsverkehrs bewährt, bleibt es toter Buchstabe. Die Effizienz des Vertragsrechts hängt auch davon ab, dass es stets auf der Höhe der Zeit bleibt.

Im Verkehrsleben ist neben der komplexen rechtlichen Absicherung der Vereinbarung die zwischen den Parteien bestehende vor- und ausserrechtliche Beziehung von erheblicher Bedeutung: Die Ehrbarkeit des Vertragspartners, auf die man sich verlässt, die *«fides»*, die Ehre des Bürgers oder Kaufmanns, damit verbunden der Reputationsverlust, der bei Vertragsbruch droht, im engeren geschäftlichen Umfeld oder in der weiteren Gesellschaft – diese gesellschaftlichen Bezüge

gewähren unter Umständen einen stärkeren Schutz als das Rechtssystem. Als Mega-Trend ist aber doch wohl eine Entpersönlichung des Geschäftsverkehrs zu verzeichnen, als deren Gegenstück eine zunehmende Verrechtlichung erscheint. Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf die rechtliche Seite.

Ob die Rechtsordnung insoweit «funktionsgerecht» gestaltet ist, ist eine Frage von «mehr» oder «weniger». Auch in schlecht gestalteten Vertragssystemen findet selbstbestimmter Austausch statt. Das Vorkommen von Schwarzmärkten zeigt, dass wirtschaftliche Aktivität auch auf a-rechtlicher Grundlage vorkommt. Bleiben Austauschvorgänge ohne zureichenden rechtlichen Schutz, hat dies freilich eine insgesamt hemmende Wirkung: Man fällt etwa zurück auf sofort vollzogene Bargeschäfte; komplexere und/oder stark zukunftsorientierte Transaktionen unterbleiben. Es geht also darum, wie sehr das Vertragsrecht den selbstbestimmten Austausch fördert und schützt oder einengt und beschränkt.

Die folgende Darstellung will nicht in Konkurrenz zur Lehrbuch- und Kommentarliteratur treten; vielmehr soll – in einem Ergänzungsverhältnis zu jener Literatur – ein Beitrag dazu geleistet werden, die gewordene Vertragsordnung – und ihr Potential für die Zukunft – als ein Produkt rechtskultureller Entwicklungen zu verstehen. Vollständigkeit der Nachweise konnte nicht angestrebt werden.

B. Aus der Geschichte europäischer Vertragsordnungen

I. Die Geschichtlichkeit allen Vertragsrechts

Vertragsordnungen sind allemal zeitgebunden. In der Geschichte der Vertragstheorie ist immer wieder versucht worden, ein überzeitliches Vertragsrecht aufzustellen, das sich allein aus allgemeingültigen Prämissen ableitet, also von den kontingenten Umständen bestimmter Gesellschaften (in einem konkreten Zeitpunkt ihrer Entwicklung) ganz abstrahiert. Solche Versuche waren eingebettet zum Beispiel in die christliche Soziallehre (Thomas von Aquin) oder in Vernunftrechtssystemen der Aufklärungszeit. Derartige Konzepte haben auf die Vertragslehren der gelehrten Juristen in erheblichem Masse eingewirkt; zur effektiven Aufstellung einer zeitlosen Vertragsordnung ist es – man möchte sagen: selbstverständlich – nicht gekommen. Typischerweise enthalten moderne Vertragsordnungen Bestandteile aus sehr verschiedenen Epochen; der Eindruck, alles sei aus einem Guss, wird durch einen Blick auf die historische Entwicklung widerlegt. Dementsprechend werden hier einige ausgewählte Stationen der Entwicklung angesprochen; der Blick in die Geschichte will die heutige Vertragsordnung als das Ergebnis einer juristischen Evolution greifbar machen.[2]

2 S. Riccardo Cardilli, Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto Romano tra ‹natura contractus› e ‹forma iuris›, in: Modelli teorici e methodologici nella storia del diritto privato, Neapel 2008, S. 1 ff.

II. Antikes römisches Recht

Das römische Recht der Antike verfügte über kein «Vertragssystem». Rechtsschutz wurde sukzessive für verschiedene Vorkommnisse gewährt, die wir als «Vertrag» einordnen würden. Drei hauptsächliche Ansätze werden im Rückblick zusammengefasst:[3] (1) Ein einseitiges Leistungsversprechen war verbindlich allein durch die Einhaltung einer Form *(stipulatio)*. (2) Hatte jemand eine Sache empfangen, die er nach einer gewissen Zeit zurückzugeben hatte, war die Rückgewährverpflichtung – gleichsam als Spiegelbild der Hergabe – gerichtlich durchsetzbar; in diese Kategorie liessen sich die Verträge des *depositum*, der Sachleihe *(commodatum)* und die Hingabe eines Faustpfandes *(pignus)* einordnen, die je ihre eigene Vorgeschichte gehabt haben. Auch das Darlehen *(mutuum)* wurde hier angeschlossen, mit der Besonderheit, dass der Empfänger Eigentum an Münzen oder anderen vertretbaren Sachen erhielt, so dass die Rückgewährpflicht durch die entsprechende Quantität bestimmt war. (3) Schliesslich wurden auch Standardtransaktionen, wie sie im Verkehr alltäglich vorkamen und mit einen stereotypen Gehalt allbekannt waren, als Grundlage einer Klage anerkannt: Das «Ehrenwort», mit dem man sich auf eine solche Transaktion eingelassen hatte, wurde im Zuge einer Entwicklung als rechtsverbindlich anerkannt: An das Vereinbarte musste man sich halten, wenn und weil es ein solches Standardgeschäft beschlug. Es gab vier solcher Standardtransaktionen, auf die man sich durch formlosen Konsens einlassen konnte: Kauf, (einfache) Gesellschaft *(societas)*, Auftrag *(mandatum)* und die *locatio conductio*, Verträge mit einem Unternehmer, umfassend vor allem die Pacht und die Dienstmiete sowie den Werkvertrag (einschliesslich Transportgeschäften). Alle diese Elemente römischen Vertragsrechts haben je ihre eigene Geschichte; sie sind nicht das Ergebnis eines rationalen Designs, nach dem mit einem Schlage ein in sich stimmig strukturiertes Vertragssystem errichtet worden wäre. Insbesondere gehörte ein Teil der Vertragstypen dem ur-römischen *ius civile* an, während für andere das *ius naturale* oder das *ius gentium* als Grundlage galten.

Dem römischen Vertragswesen wird oft ein *numerus clausus* attestiert. Daran ist richtig, dass Rechtsschutz nur für bestimmte Vorgänge gewährt wurde. Es handelte sich nicht um ein «Designelement» eines geplanten Systems, sondern um eine gleichsam selbstverständliche Kehrseite des Umstandes, dass für das Beschreiten des Rechtswegs ein anerkannter Klagetypus, ein anerkanntes Klageformular, erforderlich war.[4] Für den Formularprozess waren *actiones* massgeblich, die der Prätor als der für das Gerichtswesen zuständige Magistrat katalogisierte. Der Prozessgang zwang zur Festlegung auf eine be-

3 Nicht eingegangen wird auf die römische Verpflichtung durch «Bucheintrag», den sog. Litteralvertrag.

4 S. auch Hans Peter, Actio und writ. Eine vergleichende Darstellung römischer und englischer Rechtsbehelfe, Tübingen 1957; dazu Gerardo Broggini, ZRG Rom. Abt. 75 (1958), S. 441.

stimmte *actio*; die *actio* konnte nicht offen bleiben. Es gab keine abstrakte Klagemöglichkeit für «Vertragsbruch». Vielmehr waren für verschiedene Vereinbarungen – und teilweise auch für verschiedene Anlässe ihrer Durchsetzung – je spezifische Klageformulare vorgesehen. Auf Schritt und Tritt begegnen wir im römischen Vertragsrecht der für eine Typenordnung charakteristischen Frage, welcher *actio* eine konkrete Vereinbarung zugeordnet werden kann, um die Klagbarkeit zu erreichen.[5] Fehlte ein «passendes» Klageformular, und liess sich auch eine Rechtsfortbildung nicht beliebt machen, entfiel die Möglichkeit gerichtlichen Schutzes (allenfalls konnte man den Prätor davon überzeugen, dass er sich spontan zu einer Erweiterung des Rechtsschutzes entschloss). Der Formularprozess baute historisch aber nicht auf einer systematischen Vertragstypenordnung auf;[6] vielmehr bildeten umgekehrt die *actiones* des Edikts die Grundlage für eine allmähliche Systematisierung des Vertragsrechts. Die Aktionentypik bestimmte die Vertragstypik: Alle Vereinbarungen, die mit derselben *actio* durchgesetzt werden konnten, gehörten demselben Typus an.

Dieser Befund darf nicht zu der Annahme verleiten, das römische Vertragswesen hätte dem gelebten Rechtsverkehr nur eine beschränkte Breite von Gestaltungsmöglichkeiten ermöglicht, diesen gleichsam auf einem primitiven Zustand eingefroren. Dieses Bild wäre aus mehreren Gründen ganz unzutreffend. Die «klassischen» Vertragstypen, die bislang benannt wurden, fanden vielfältige Ergänzungen in weiteren Rechtsfiguren. Zwei «Bausteine» wurden besonders wesentlich.[7] *Pacta*, an sich unverbindliche «gentlemen's agreements», waren zwar keine regelrechten Verpflichtungsgeschäfte, ihnen wurden aber doch Rechtswirkungen zuerkannt, z.B. als Nebenabreden oder als Grundlage eines gewissen Vertrauensschutzes. Ein *pactum*, das nicht als Nebenabrede an einem für sich genommen klagbaren Geschäft angedockt war (und so allenfalls an dessen Klagbarkeit teilnehmen konnte), wurde als *nudum pactum* bezeichnet, von dem es hiess: *ex nudo pacto actio non nascitur* («Aus blossen *pactum* entsteht keine Klage»).[8] Die Stipulation – das Schuldbekenntnis – liess sich in vielfältigen Abwandlungen in den Dienst weiterer Einsatzzwecke stellen. Zum Beispiel wurde etwas schon Geschuldetes versprochen: So erfolgte eine Neuerung *(novatio)*. Das Versprechen einer Leistung, die ein anderer versprochen hatte, wirkte als Verbürgung. Die Anweisung *(delegatio)* und das Schenkungsversprechen waren weitere Anwendungsfälle. Weil diesen Geschäften dieselbe Wortförmlichkeit eigen war, werden sie als Verbalkontrakte zusammengefasst.

5 Typologie bedeutet hier lediglich, dass eine Zuordnung eines konkreten Verhältnisses zu einem abstrakten Typus erfolgt; zur modernen Diskussion über die methodischen Grundlagen von «Typologie» s. Detlef Leenen, Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971.

6 Roberto Fiori, Rise and fall of the specificity of contracts, in: Boudewijn Sirks (Hrsg.), Nova Ratione. Change of paradigms in Roman Law, Wiesbaden 2014, 33 ff.

7 Zahlreiche weitere «Abrundungen» wären zu nennen, etwa die Einführung der Haftung des Gastwirts für eingebrachte Sachen *(receptum cauponum)*.

8 Vgl. Pauli Sententiae 2.14.1.

Der Rechtsverkehr war im Umgang mit dem seinerzeit vorhandenen Instrumentarium ausgesprochen kreativ; sehr komplexe Geschäfte liessen sich durch Kombination der Grundfiguren aufsetzen. Mit Hilfe der Stipulation konnte der Kaufvertrag, der zunächst das nackte Nehmen der Kaufsache gegen die Preiszahlung zum Gegenstand hatte und insoweit keinen Bezug zur qualitativen Beschaffenheit der Kaufsache aufwies, um eine Garantie der Mängelfreiheit erweitert werden. Bewährte Praktiken des Rechtsverkehrs wurden auch von der Rechtsprechung beachtet und bei der Streitentscheidung berücksichtigt. Die romanistische Forschung hat sich in den letzten Jahrzehnten vermehrt der römischen Vertragspraxis zugewandt und den Befund bestätigt, dass im römischen Reich – dem Weltreich seiner Zeit – ein blühendes, vitales Vertragsgeschehen ablief, das die Vorstellung einer rudimentären, archaisch-einfachen Vertragsordnung widerlegt.[9] Im schulmässigen Rückblick erscheint das römische Vertragswesen systematisch geordneter, weniger komplex und vital, als es seiner tatsächlichen Rolle in der antiken Lebenswirklichkeit entsprochen hat.

In den ersten zweieinhalb Jahrhunderten der römischen Kaiserzeit sehen wir einen Prozess der weiteren Verfeinerung des Vertragsrechts. Wir sprechen von der klassischen römischen Jurisprudenz. Ein Weltreich lieferte das Fallmaterial. Von den verschiedenen Entwicklungen, die hier – z.B. für die Stipulation – nachgezeichnet werden können, sei eine einzige herausgegriffen, der mit Recht besondere Bedeutung zugemessen wird. Es geht um die Verträge, bei denen der Judex, der Tatrichter, aufgerufen war, seine Verurteilung an dem auszurichten, was der *bona fides* entsprach. Dies war vor allem bei den genannten Konsensualverträgen (Kauf, einfache Gesellschaft, Auftrag und *locatio conductio*) der Fall. Diesen Transaktionen war Rechtsschutz verheissen im Hinblick auf ihren elementaren Charakter, und so wurde zunächst auch nur der Kerngehalt des Geschäfts des Rechtsschutzes teilhaftig. Der Kauf z.B. war nicht mehr als die Vereinbarung, wonach der Käufer die Sache für einen bestimmten Preis haben könne. Wie aber die Rechtsverbindlichkeit ihren Grund in der Verlässlichkeit des redlichen Mannes hatte, so war der Tatrichter bei diesen Transaktionen (anders als bei der wortförmlichen Stipulation) befugt, das redliche Geschäftsgebahren, an dem der Beklagte sich messen lassen musste, zu konkretisieren. Der Judex hatte «die den Lebensverhältnissen und Verkehrsgeschäften immanente Norm aufzufinden und für den ihm vorliegenden Fall auszusprechen»;[10] dabei war «die *natura* des Verhältnisses oder Geschäfts, welcher die bestimmende Regel innewohnt, […] dasjenige, wovon er sich bei seiner Entscheidung leiten lassen soll». Für den *iudex* ging es also nicht um die rechtsförmliche Anwen-

9 S. z.B. Wolfgang Ernst, Eva Jakab (Hrsg.), Usus Antiquus Juris Romani – Antikes Recht in lebenspraktischer Anwendung, Heidelberg 2005.

10 Otto Karlowa, Römische Rechtsgeschichte, Bd. I, Staatsrecht und Rechtsquellen, Leipzig 1885, S. 452 f.

dung präexistenter «Regeln», sondern um eine im Hinblick ganz auf das konkrete Verhältnis zu findende Lösung für den Einzelfall.

Die Urteile der römischen Tatrichter wurden nicht systematisch aufgezeichnet. Die vielfältigen Konkretisierungen von Geschäftsinhalten anhand des Massstabs der *bona fides* wären «Schall und Rauch» geblieben, hätte nicht eine aufmerksame Rechtsliteratur die Entwicklungen begleitet. Unsere Kenntnis des römischen Rechtsgeschehens ist in erster Linie durch diese Literatur – hauptsächlich aus den ersten zweieinhalb Jahrhunderten unserer Zeitrechnung – vermittelt. Im Rückblick sehen wir gerade in dieser Literatur, es handelt sich um Produkte realitätsoffener Fachintellektualität, das geschichtlich wirkungsmächtige und – wertend gesehen: massstabgebende – Erbe der römischen Rechtskultur.

Die Rechtsliteratur war es, die die rudimentären Konsensualverträge durch Aufbau eines Bestandes an ergänzenden Regeln analysiert, verfeinert und ausgebaut hat. Es mag uns so vorkommen, als hätte es «das» römische Recht mit all seinen Details, wie wir sie insbesondere in den ausführlichen Ediktskommentaren ab Pomponius finden, immer schon gegeben, so als hätten die Hoch- und Spätklassiker sich daran gemacht, ein Recht aufzuzeichnen, das es auch vorher schon so gegeben hätte. Dem war indes nicht so. Sehr feinsinnig hat der englische Rechtshistoriker Milsom die Lage geschildert, wie sie vor kodifikationsähnlichen Grosswerken der Rechtsliteratur besteht:[11]

> «What the Roman law […] did was to progress beyond procedure, beyond rules about how law-suits should be conducted, and developed substantive rules purporting to regulate in some detail how people should behave, to analyse the relationships of life into a comprehensible system of rights and duties. […] So compelling was the result that we cannot imagine how things were otherwise. We think as though such books had always somehow existed: it is just that they were not written.»

Die juristischen Autoren Roms, die fast alle als bedeutende Akteure im Rechtsleben ihrer Zeit wirkten, sahen sich mitnichten als blosse «Reporter», die sich auf eine getreue Wiedergabe von Judikaten zu beschränken hätten. Vielmehr tritt die spätklassische Literatur, vor allem die der grossen Kommentare, mit einem eigenen Geltungsanspruch auf. Ulpian zum Beispiel wollte mit seinem Ediktskommentar die «klassischen Interpretationen des Edikts … durch die private Arbeit eines autoritären Juristen» gleichsam kodifizieren: «Eine Kodifikation in der Form eines *restatement*».[12] Mit minutiösen Erläuterungen zahlloser Einzelfragen fand eine rechtsliterarische Normativierung dessen statt, was das *bonum et aequum* in einzelnen Hinsichten jeweils ausmacht. Die etwa von Ulpian oder Paulus insoweit getroffenen Entscheidungen beanspruchen bereits, die regelmässig «richtigen» Vertragsfolgen zu entwickeln. Hinter allem

11 Stroud Francis Charles Milsom, The Nature of Blackstone's Achievement, London 1981, S. 4.

12 Fritz Schulz, Geschichte der römischen Rechtswissenschaft, Weimar 1961, S. 246.

steht nun der Anspruch einer gültigen Fixierung des ganzen auf das Edikt bezogenen Rechts.

Die «books of authority», die ohne Rücksicht auf die den *iudices privati* an sich immer neu zukommende Freiheit das prätorische Edikt normativ ausdeuteten, namentlich soweit sogenannte Respondierjuristen die Verfasser waren, fanden in der Spätantike Anerkennung als eine regelrechte Rechtsquelle.[13] Vor Gericht konnte man sich auf diese Literatur als objektives Recht berufen: «Als kanonische Autorität wurden die Schriften vor den Gerichten nun wie Gesetzestexte zitiert.»[14] Das, was sich aufgrund der *bona fides* gehört, wurde nun in erster Linie den Rechtsbüchern entnommen, die für die einzelnen Verträge ergaben, was sich die Parteien typischerweise schuldeten. Die Ausführungen in den grossen Ediktskommentaren waren zu festen Rechtsregeln erstarrt, die gleichsam automatisch eingriffen, wenn man nicht eine abweichende Vereinbarung beweisen konnte.

III. Justinian

Auf dem geschilderten Stand der Entwicklung baute man auf, als das Kodifikationsvorhaben Justinians (abgeschlossen 534) den römischen Rechtsbestand in ein systematisches Ganzes umarbeitete. Im Zuge dieses Projekts wurden die einzelnen Kategorien von Verpflichtungsgeschäften revidiert und überlegt in ein Verhältnis zueinander gesetzt. Dabei wurde auf Ansätze der Systematisierung zurückgegriffen, deren Anfänge in die klassische Schuljurisprudenz zurückreichen. Namentlich die Institutionen des Gaius sind hier zu nennen.

In der Vertragssystematik des justinianischen Gesetzbuches erscheint *contractus* als Oberbegriff. Er umfasst vier nun weitgehend gleichgeordnete Unterkategorien, nämlich die Verbalverträge, die Konsensualverträge, die Realverträge sowie den Litteralvertrag. Die Stipulation wurde als in Tat und Wahrheit schriftlicher Vertrag erfasst: Konnte ein Kläger eine Stipulationsurkunde vorlegen, galt der mündliche Wortwechsel, der in der Theorie weiterhin den Vertragsschluss ausmachte, als nachgewiesen. Die Vermutung war widerleglich; zu beweisen war dazu, dass der Wortwechsel wegen Ortsverschiedenheit nicht hatte stattfinden können. Als Konsensualverträge bleiben anerkannt Kauf, (einfache) Gesellschaft, Mandat und *locatio conductio*. Als Realverträge werden abschliessend anerkannt Hinterlegung, Gebrauchsleihe, Darlehen und Faustpfand. Beibehalten wurde die Regel, dass durch ein formloses *nudum pactum* kein Leistungsanspruch begründet wurde. Der in seinen Folgen sehr weitreichende Unterschied zwischen *pactum* und *stipulatio* hing daher nur noch an der Schriftform, in die man die ursprüngliche Wortförmlichkeit der Stipulation

13 S. Franz Wieacker, in: Römische Rechtsgeschichte, 2. Abschn. – Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike, Joseph Georg Wolf (Hrsg.), München 2006, S. 202 f.

14 Wieacker (Fn. 13), S. 203.

transformiert hatte. Für den sogenannten Innominatvertrag wurde in den Digesten eine Vierteilung von Paulus übernommen; auf sie wird zurückzukommen sein.

Trotz der Zusammenfassung unter die Kategorie des *contractus* blieben die Kategorien von Verträgen unter sich nach Abschlussvorgang und Rechtswirkungen verschieden. Für jeden Vertrag enthalten die Digesten ausführliche Einzelbestimmungen. Die Masse dessen, was wir z.B. als römisches Kaufrecht ansehen, kommt im Kern aus der zuvor beschriebenen Rechtsliteratur, die für die Digesten verwertet wurde. Diese Fülle von Einzelregelungen wurde zu einer, vielleicht der vorrangigen Quelle, aus der sich – über eine Kette geschichtlicher Vermittlungen – der Regelungsbestand des Besonderen Teils des OR speist. Ein einziges Beispiel zur Gebrauchsleihe mag genügen; es liesse sich fast beliebig vermehren:

Art. 307 Abs. 1 OR

Der Entlehner trägt die gewöhnlichen Kosten für die Erhaltung der Sache, bei geliehenen Tieren insbesondere die Kosten der Fütterung.

D. 13,6,17,2

[…] cibariorum impensae naturali […] ratione ad eum pertineat qui utendum accepisset. […] modica […] impendia verius est, ut sicuti cibariorum ad eundem pertineant.

Die Aufwendungen für Verpflegung betreffen den, der [die Sache] zum Gebrauch übernimmt; es ist ja so, dass ihn angemessene Kosten ebenso wie die Verpflegung treffen.

Indem die Digesten das *ius vetus* in selektierter und redigierter Gestalt mit Gesetzeskraft versahen, wurden die Ausführungen der klassischen Juristen endgültig zu gewöhnlichem «Gesetzesrecht». Da dies auch für die zahlreichen Erläuterungen in den Ediktskommentaren zum Verpflichtungsinhalt der verschiedenen Verträge galt, kann man hierin die förmliche «Geburtsstunde» der gesetzlich fixierten «non-mandatory rules» sehen, die den Vertragskonsens in Abwesenheit besonderer Parteivereinbarungen ergänzen.

Aufgrund der justinianischen Kodifikation wurde auch die Frage gestellt, warum eigentlich zu einem Vertrag bestimmte, wegdingbare Rechtsfolgen aufgestellt sein sollten. Die byzantinischen Juristen fanden die Begründung im Konzept der *natura contractus*.[15] Die *natura contractus* wird mit der Summe des dispositiven justinianischen Gesetzesrechts wiedergegeben, diese und jene fallen zusammen. Die *natura contractus* gilt nun als die eigentliche Quelle all derjenigen juristischen Erfahrungssätze, die man in der juristischen Literatur – umgegossen in die Digesten – vorgefunden hatte. In und seit der

15 Heike de Jong, The application of natura (φύσις) in Byzantine law, Byzantinische Zeitschrift 2013, S. 683.

justinianischen Kodifikation bedingen sich die Vorstellung von der *natura contractus* und der Bestand einer Vertragstypenordnung wechselseitig: Das Wesen des Vertrages macht eben dessen Typ aus, und mit dem Typ verbinden sich die typengemässen, ihm natürlich innewohnenden Vertragsfolgen. Diese Theorie war eine Neuerung gegenüber der Rechtsfindung durch die *iudices privati*: Für diese war es um das *bonum et aequum* gegangen, wie es sich für das konkrete Vertragsverhältnis aus dessen gesamten Umständen und dem rechtlichen «Umfeld» ermitteln liess. Nun steht mit dem Begriff, mit dem Namen des Vertrages, fest, wo man in den Digesten nachzuschauen hat, und dort wird man mit einem reichen, ohne weiteres geltenden Bestand von Sekundärnormen versorgt. Die Vertragstypen werden als regelrechte Entitäten begriffen; jeder Vertragstypus hat eine andere *natura*, löst daher einen je eigenen Satz von Rechtsfolgen aus. Die praktische «Entlastungsfunktion» dieses Normbestandes wird hervorgehoben: Da das, was aus der *natura contractus* abgeleitet werden kann, schon objektivrechtlich kraft kaiserrechtlicher Gesetzgebung gilt, brauchen die Parteien insoweit nichts mehr zu vereinbaren.

Die Wendung *natura contractus* kam auch schon in der klassischen römischen Jurisprudenz vor. Sie hatte dort aber eine andere, ganz spezifische Bedeutung. Es ging darum, ob man durch eine nachträgliche Nebenabrede (ein *pactum ex intervallo*) noch den Verpflichtungsinhalt eines Kaufvertrages ändern konnte. Dies wurde von den römischen Juristen verneint, insoweit es bei der Zusatzabrede um etwas *extra naturam contractus* ging.[16] Entscheidend war hier nicht irgendeine «Typengrenze» zwischen verschiedenen Verträgen, sondern der Umstand, dass das *pactum* seinem Inhalt nach stimmig zur Grundtendenz des abgeschlossenen Vertrages – gleich welchem Typ dieser angehören mag – «passen» musste. Diese Überlegungen setzen gar nicht voraus, dass man den Vertrags*typ* Kauf mit einem ausgefeilten Programm von typengerechten Vertragsfolgen verbindet,[17] wie dies aber die Vorstellung der byzantinischen Juristen war. Die *natura contractus*, obschon als Begriff dem klassischen Recht geläufig, hatte dort noch nicht die Funktion, eine Gesamtheit von Sekundärfolgen des Abschlusses einer Vereinbarung zu legitimieren, die mit der Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstyp ausgelöst werden.

16 Zu D. 2,14,7,5 s. Theo Mayer-Maly, ‹Natura contractus› in: Robert Feenstra et al. (Hrsg.), Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire, Amsterdam 1995, S. 291 ff., hier S. 294 f.; Martin Hohlweck, Nebenabreden – Pacta im römischen und im modernen Recht, Bielefeld 1996, S. 24 f.; Werner Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, Paderborn u.a. 1990, S. 51 f.

17 Antonio Carcaterra, Intorno ai bonae fidei iudicia, Neapel 1964, S. 22; dem zustimmend Ulrike Babusiaux, Id quod actum est, München 2006, S. 219.

IV. Ius Commune – Gelehrtes Vertragsrecht seit dem Hochmittelalter

1. Das gelehrte Recht als Nährboden europäischer Rechtskulturen

Das heutige Vertragsrecht wurzelt nach seiner Grundkonzeption im gelehrten Recht des Mittelalters.[18] Wir sprechen oft von den römisch-rechtlichen Grundlagen des Rechts; wesentliche Charakteristika der kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen sind indes der mittelalterlichen Rechtswissenschaft – und der jüngeren Rechtswissenschaft, die sich auf deren Grundlage entwickelt hat – geschuldet. Mit der römischen Antike sind wir mittelbar verbunden, indem die mittelalterliche Wissenschaft den grossen Bestand an gehaltvollen Texten römischer Juristen, zusammengestellt unter Justinian, als ihren zentralen Gegenstand hatte. In der Formel vom «Römischen Recht des Mittelalters» kommt die Janus-Gesichtigkeit des Vorgangs gut zum Ausdruck: Die in der justinianischen Kodifikation gesammelten Rechtstexte römischer Juristen und römischer Kaiserjustiz wurden zum Gegenstand universitär-scholastischer Stoffbehandlung, was einen Dialog mit den philosophischen Lehren der Zeit einschloss.[19]

Die Wissenschaft vom römischen Recht wurde zur Leitwissenschaft der Rechtsordnungen Europas. In verschiedenen Gemeinwesen ist das römische Recht – in unterschiedlichem Masse – neben anderen Rechtsmassen in Gebrauch gekommen, die man als Partikularrechte anspricht. In diesem Nebeneinander stellte das römische Recht die Fachintellektualität, und von daher wurde auch alles weitere Recht – wieder in unterschiedlichem Masse und in zeitlich verschobenen Prozessen – romanisiert: In einem über Jahrhunderte anhaltenden Vorgang wurde so das jeweils angestammte Recht mit Begriffen erfasst und durch Regeln ergänzt und verfeinert, die gelehrte Juristen im Umgang mit dem justinianischen Gesetzbuch entwickelten («Rezeption»).[20] Das entstehende Amalgam angestammter und gelehrter, d.h. scholastisch-römischer Rechtsbestände war als Ganzes mit den Methoden der zeitgenössischen Jurisprudenz überformt; es trug verwissenschaftlichten Charakter und war sachgemäss nur von professionell ausgebildeten Fachleuten zu handhaben. Die Bedeutung der gelehrten Rechtsarbeit, die Hochschätzung der juristischen Fakultäten und deren vielfältiges Einwirken auf die Rechtspraxis, die starke Betonung von Begrifflichkeit und Systemdenken: All dies haben wir von den Vorgängern geerbt,

---

18 S. Helmut Coing, Europäisches Privatrecht 1500 bis 1800. Band I Älteres Gemeines Recht, München 1985, S. 389 ff.; Emanuele Conte, Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico, Bologna 2009.

19 Vom Einfluss der mittelalterlichen Philosophie auf die Entwicklung des Vertragsrechts im «Ius Commune» handelt James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Oxford 1991.

20 Zur Bedeutung des römischen Rechts speziell für die Schweiz s. prägnant Pascal Pichonnaz, Die Schweiz und das Römische Recht. Ein Bild in groben Zügen, in: Iole Fargnoli, Stefan Rebenich (Hrsg.), Das Vermächtnis der Römer, Römisches Recht und Europa, Bern/Stuttgart/Wien 2012, S. 21 ff.

die seit dem Hochmittelalter Recht im Medium römischer Juristentexte studiert haben.

2. *Zum Vertragssystem der Glossatoren*

Der Gesamtprozess, in welchem sich das neuzeitliche Vertragsverständnis entwickelt hat, ist durch folgende Entwicklungstendenz gekennzeichnet: Es wurde allmählich ein abstraktes, alle konkreten Typen überwölbendes, allgemeines Vertragsrecht entwickelt, dessen Einzelheiten gegenüber dem konkreten Vertragsinhalt weitgehend indifferent sind.[21] Es zeichnet sich durch zunehmende Abstraktheit aus. Dieses allgemeine, abstrakte Vertragskonzept löste den Bestand konkreter Vertragstypen nicht ab; vielmehr erscheinen, als Endpunkt dieser Entwicklung, konkrete Vereinbarungen nun als Anwendungen zugleich des allgemeinen Vertragsbegriffs als auch eines spezifischen Vertragstyps. Das spannungsreiche Zusammenspiel von abstrakt auf den allgemeinen Vertragsbegriff bezogenen Normen mit Beständen typusabhängiger Sonderregeln ist die bestimmende Grundgegebenheit kontinentaleuropäischer Vertragsordnungen.

Die Entwicklung nahm ihren Ausgang damit, dass die mittelalterliche Jurisprudenz für die römischen Vertragsfiguren einen einheitlichen gedanklichen Rahmen schuf: Das *pactum*, nach den römischen Quellen vor allem Nebenabrede und sonst nur ausnahmsweise geschützt, rückte zum Zentralbegriff auf. Unterschieden wurde nun zwischen *pacta*, die keine «Anspruchsgrundlage» darstellen *(pacta nuda)*, und den klagbaren *pacta*, als die nun alle nur irgendwie klageweise durchsetzbaren Geschäfte zusammengefasst werden; für diese Gruppe wurde bildersprachlich der Gegenbegriff der *pacta vestimenta*, die «bekleideten» *pacta*, gebildet. Als *vestimenta*, die dem *pactum* die Klagbarkeit verliehen, wurden schulmässig zumeist sechs Kategorien aufgezählt: Es sind zunächst die Sachleistung (Realverträge), die Formelworte (Verbalverträge), der Konsens (Konsensualverträge) sowie die Schriftlichkeit (beim Litteralvertrag), also die vier kanonischen Vertragsgruppen des justinianischen Rechts. Hinzu kam die Klagbarkeit der vertragsunmittelbaren Nebenabreden *(contractus cohaerentiae)* und der Innominatverträge, auf die noch zurückzukommen ist. Auf der Grundlage der neu systematisierten Vertragsordnung ergab sich für die Vertragspraxis wiederum die Aufgabe, die für die kontinentaleuropäischen Vertragsordnungen kennzeichnend ist: Der konkrete Vertrag muss zu seiner rechtlichen Erfassung einem Vertragstyp zugeordnet werden, er bedarf einer Qualifikation.[22] Es traten Fragen auf, die uns wohlbekannt sind, etwa die, ob der

21 Klassiker: Italo Birocchi, Causa e categoria generale del contratto, un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'Età Moderna, I: Il Cinquecento, Turin 1997.

22 Dazu Andrea Massironi, Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI), Mailand 2012.

Vertragsbezeichnung durch die Parteien oder deren Absichten der Vorzug zu geben sei.

Auf der Ebene des «Oberbegriffs» *pactum* wurde die Entwicklung durch das kanonische Recht der römischen Kirche vorangetrieben. Dieses war zum Gegenstand einer Zwillingswissenschaft geworden, die im selben gelehrten Umfeld gedieh wie die Wissenschaft vom römischen Recht, mit der sie auch die scholastische Methode teilte. Beide Zweige des gelehrten Rechts befruchteten sich gegenseitig.[23] Wegen der moraltheologischen Verwerflichkeit des Wortbruchs sollten nach dem Recht der Kirche alle *pacta* als bindend gelten: Die Parömie *pacta sunt servanda* besagte insofern, dass jedwedes *pactum*, ungeachtet weiterer Voraussetzungen, einzuhalten ist. Obschon diese Erkenntnis zunächst nur für die vom Kirchenrecht geregelten Bereiche galt, war doch eine Ausstrahlung auf das weltliche Recht unvermeidlich. Als weiterer Beitrag des kanonischen Rechts gilt die Einebnung des Unterschiedes von strengrechtlichen Vertragstypen (wie der Stipulation) und solchen, bei denen die richterliche Verurteilung anhand des flexiblen Massstabs der *bona fides* erfolgen konnte: Die christlich gefärbte *aequitas canonica* verlangte nach einer durchgängigen Berücksichtigung von «Treu und Glauben».[24]

3. Vertragsfreiheit und zwingendes Recht

Ein eigentliches Prinzip der «Vertragsfreiheit» ist im römischen Recht nirgends ausgesprochen. Die verschiedenen Rechtsakte waren freilich auch nur zur Aufnahme der jeweils «passenden» Inhalte geeignet. Es begegnen etliche weitergehende Einschränkungen, die sich je auf bestimmte Vertragstypen beziehen und spezielle Hintergründe haben. Die meisten dieser Einschränkungen betrafen die Stipulation, da diese sich durch Inhaltsfreiheit auszeichnete. Durch eine Stipulation durfte nichts Verwerfliches versprochen werden;[25] Frauen wurden von Sicherungsgeschäften ausgeschlossen.[26] Die rigorosen Preiskontrollen, die

23 S. Orazio Condorelli, Franck Roumy und Mathias Schmoeckel (Hrsg.), Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. Bd. 1: Zivil- und Zivilprozessrecht. Köln/Weimar/Wien 2009.

24 S. Coing (Fn. 18), S. 399 f.; Norbert Horn, Aequitas in den Lehren des Baldus. Köln/Graz 1968.

25 D. 45,1,26 (Ulp. 42 ad Sab.).

26 S. Ulrike Mönnich, Frauenschutz vor riskanten Geschäften – Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschluss, Köln/Weimar/Wien 1999; Verena Tiziana Halbwachs, Calliditas feminarum versus infirmitas sexus, in: Ulrike Babusiaux, Peter Nobel und Johannes Platschek (Hrsg.), Der Bürge einst und jetzt: Festschrift für Alfons Bürge, Zürich 2017, S. 137 ff.; zur Anwendung seit dem Mittelalter s. Stephan Wagner, Die rechtstatsächliche Aussagekraft rechtshistorischer Quellen am Beispiel der mittelalterlichen Rezeption des Senatus Consultum Velleianum, Rechtskultur 2 (2013), S. 1 ff.; Wolfgang Ernst, Interzession: Vom Verbot der Fraueninterzession über die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften zum Schutz des Verbrauchers als Interzedenten, in: Reinhard Zimmermann et al. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, Karlsruhe 1999, S. 394 ff.

unter Diokletian eingeführt worden waren, sind als solche nicht in das justinianische Recht übernommen worden.[27] Kannte schon das römische Recht gewisse Zinsbeschränkungen, so rückte das Verbot des Zinswuchers unter dem Einfluss von Theologie und Kanonistik in eine für das ganze Vertragsrecht zentrale Stellung auf.[28] Auch in anderen Vertragsverhältnissen als dem Darlehen musste nun nach «überteuerten» Kreditgewährungen gesucht werden. Während das römische Recht die Preisfindung grundsätzlich den widerstreitenden Interessen von Käufer und Verkäufer überliess,[29] wurde eine kaiserrechtliche Spezialregelung zur krassen Übervorteilung (C. 4.44.2) unter dem Einfluss der Kanonistik zur Lehre vom «gerechten Preis» *(iustum pretium)* ausgebaut.[30] Charakteristisch war, dass alleine das gestörte Preis-/Leistungsverhältnis, ohne Rücksicht auf eine Ausbeutung einer Notlage oder dergleichen, den Kauf anfechtbar machen sollte. In der Entwicklung und Überwindung dieser Lehre, die sich noch bis in den ursprünglichen Code civil (Art. 1674)[31] und in das österreichische ABGB (§ 943) hinein erhalten hat, spiegeln sich tiefgreifende Wandlungen der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnungen.[32]

Wie der Begriff des *pactum* zum Zentralbegriff aufrückte, so wurde auch ein auf *pacta* bezogener Juristentext zum allgemeinen Ausdruck des Vorrangs «zwingenden Rechts» vor der vertraglichen Vereinbarung: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* – «Das öffentliche Recht kann durch *pacta* unter Privaten nicht verändert werden».[33] Aus den römischen Quellen abgreifbar

27 Robert L. Scheuttinger, Eamonn F. Butler, Forty Centuries of Wage and Price Controls: How not to fight Inflation, Washington D.C. 1979, S. 20 ff.; Hartwin Brandt, Erneute Überlegungen zum Preisedikt Diokletians, in: Alexander Demandt (Hrsg.), Diokletian und die Tetrarchie, Berlin u.a. 2004, S. 47 ff.

28 Entsprechend der zentralen Stellung des Wucherverbots existiert eine Fülle an Forschungsarbeiten; hier seien nur genannt Charles R. Geisst, Beggar Thy Neighbor: A History of Usury and Debt, Philadelphia 2013, und als Klassiker John Thomas Noonan, The scholastic analysis of usury, Boston 1957.

29 Die Formulierung *«invicem se circumscribere»* aus D. 19,2,22,3 (Paul 34 ad ed.) ist zu einem klassischen Topos geworden; s. dazu etwa Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition, Kapstadt 1990, S. 256 f.

30 S. etwa Luca Marazzi, Das iustum pretium im Tractatus de emptionibus et venditionibus des Petrus Ioannis Olivi, Zürich 1990.

31 «Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.»

32 Nachweise bei Wolfgang Ernst, in: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK), Band III – Schuldrecht: Besonderer Teil, 1. Teilband §§ 433–656, Tübingen 2013, vor § 433 N 7; seither etwa Thomas Finkenauer, s.v. «Laesio enormis», in: Jürgen Basedow et al. (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band II, Tübingen 2009; Jan Hallebeek, Some remarks on laesio enormis and proportionality in Roman-Dutch law and Calvinistic commercial ethics, Fundaminia 21 (2015), S. 14 ff.; Wim Decock, Elegant Scholastic Humanism? Arias Piñel's (1515–1563) Critical Revision of Laesio Enormis, in: Paul du Plessis, John Cairns (Hrsg.), Reassessing Legal Humanism and its Claims: Petere Fontes?, Edinburgh 2016, S. 137 ff., alle m.w. Nachw.

33 D. 2,14,38 (Pap. 2 quaest.); s. noch Art. 6 frz. Code civil[1804].

war eine Unterscheidung der Verbotsgesetze danach, ob diese eine *lex perfecta*, eine *lex minus quam perfecta* oder eine *lex imperfecta* darstellten: das Gesetz der ersten Kategorie spricht die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts aus, bei den Gesetzen der dritten Kategorie ist es dem Prätor überlassen, das an sich gültige Rechtsgeschäft zu entkräften; die Zwischenkategorie lässt das Geschäft bestehen, sanktioniert aber den Verstoss mit einer Busse. Die Behandlung der Vertragsungültigkeit wurde noch ergänzt mit der Lehre von der Gesetzesumgehung, die auf der Grundlage der römischen Vorstellung von einer *fraus legis* entwickelt wurde.[34]

4. Die Trias essentialia, naturalia, accidentalia negotii

Zum festen Bestand der Vertragslehre des Ius Commune gehört die Trias *essentialia, naturalia, accidentalia negotii*.[35] Obschon man Rechtsaussagen und Begriffe aus dem justinianischen Recht herausnahm und an und mit ihnen eine Systematisierungsleistung erbrachte, war doch diese Trias als solche dem römischen Recht der Antike unbekannt: Es handelt sich also um eine Leistung der scholastischen Jurisprudenz, die hierzu auch philosophisches Material hinzuzog.[36] Als *locus classicus* gilt die Darstellung durch Baldus de Ubaldis (1327–1400): Die *substantialia* (beim Kauf: Sache und Preis) kann man nicht durch *pactum* wegnehmen; sie bilden die *radix originalis* des Vertrages, die die *naturalia* als Fortsetzung hervorbringt. Demgegenüber seien die *accidentalia «praeter naturam»*, während die *naturalia secundum naturam* sind. Interessanterweise ist für Baldus alles *accidens*, was die über die Substanz des Vertrages gelegte Form ausmacht, sei es *ex natura*, sei es *ex aliquo speciali modo, vel pacto*, so dass sich Vorhandensein oder Fehlen nicht in einer *transmutatio* der dadurch formbestimmten Substanz bemerkbar macht. Begreift man *substantia* und *accidentalia* als kontravalent, sind die *naturalia* ja in der Tat kein gleichgeordnetes Drittes und da sie nicht zur *substantia* rechnen, ist es konsequent, sie als Unterfall der *accidentalia* zu begreifen. Die weitere Unterscheidung zwischen *accidentalia* und *naturalia* soll sich danach so ergeben, dass die *naturalia* dem Vertrag *tacite* eingeschlossen sind (z.B. die Verpflichtung zur Evikti-

---

34 Klassiker: Heinrich Honsell, «In fraudem legis agere», in: Festschrift für Max Kaser, München 1976, S. 112 ff., Okko Behrends, Die fraus legis: Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinngeltung in der römischen Gesetzesinterpretation, Göttingen 1982; Jan Schröder, Gesetzesauslegung und Gesetzesumgehung. Das Umgehungsgeschäft in der rechtswissenschaftlichen Doktrin von der Spätaufklärung bis zum Nationalsozialismus, Paderborn/München/Wien/Zürich 1985.

35 Zum Folgenden Maria Floriana Cursi, La vicenda di formazione della categoria degli ‹accidentalia negotii› nella dottrina intermedia, Index 29 (2001), S. 301–338; Wojciech Dajczak, The nature of the contract in the reasoning of civilian jurists, Posen 2012, S. 57 ff.

36 Zu der insoweit massgeblichen Substanzlehre auf aristotelischer Grundlage s. die Beiträge in: Holger Gutschmidt, Antonella Lang-Balestra, Gianluigi Segalerba (Hrsg.), Substantia – Sic et Non, Heusenstamm 2008; Gordley (Fn. 19), S. 62.

onsgewähr), während dies bei den *accidentalia* nicht der Fall sei (z.B. das *«pactum de eundo Romam»*). Als Erklärung für die Geltung der *naturalia negotii* findet sich der Gedanke der stillschweigenden Vereinbarung: *quod venit ex natura contractus presumitur a iure tacite agi inter partes* («Was sich aus der Vertragsnatur ergibt, wird von Rechts wegen als zwischen den Parteien stillschweigend vereinbart vermutet»).[37] Die Lehre erlaubte auch, die Abdingbarkeit der *naturalia* einsichtig zu machen. Von Baldus wird eine für das dispositive Vertragsrecht charakteristische Frage erörtert, ob und wo der Nachgiebigkeit der *naturalia* eine Grenze gesetzt ist. Diese ist nach Baldus erreicht, wenn eine Denaturierung des Vertrages eintritt.

5. Innominatverträge im Ius Commune

Das spätklassische römische Recht hatte verschiedene Klagemöglichkeiten ausgebaut, um atypische Vereinbarungen mit einem gewissen Rechtsschutz auszustatten. Die Mechanismen unterschieden sich, je nachdem ob es um den vereinbarten Austausch einer Sachleistung gegen eine Sachleistung *(do ut des)*, um das wechselseitige Versprechen bestimmter Handlungen *(facio ut facias)* oder um eine Sachleistung gegen die Vornahme einer Handlung ging.[38] Gemeinsam war diesen prozesstechnisch verschiedenen Klagemöglichkeiten, dass eine der Parteien mit ihrer Leistung freiwillig voranging. Erst dadurch wurde der Anspruch auf die «Gegenleistung» gerichtsfest. Daher musste bei Abmachungen über Handlung/Sachleistung unterschieden werden, ob zuerst die Sachleistung erbracht *(do ut facias)* oder die Handlung vorgenommen wurde *(facio ut des)*. Aufgrund eines Ansatzes der spätklassischen Schuljurisprudenz hat die mittelalterliche Doktrin diese Gestaltungen zu einer einheitlichen Figur des Innominatvertrages verschmolzen.[39] Dabei blieb es bei dem zentralen Erfordernis, dass bei Anwendung dieses Vertragstyps erst die (ungezwungene) Vorleistung einen Anspruch auf die Gegenleistung erzeugte. Durch diese Voraussetzung ergab sich eine – durchaus bemerkte – Nähe zu den Realverträgen; der Unterschied wurde darin gesehen, dass beim Realvertrag die Leistung sogleich mit der Vereinbarung erfolgte, während sie bei den Innominatverträgen dem *pactum* nachfolgte, das dann erst in diesem Moment seine «Bekleidung» erhielt. Später hat man diese Erscheinungsform des Innominatvertrags daher als Innominat*real*vertrag angesprochen.

---

37 Bartolus, In secundam Digesti Veteris Partem, Venedig 1585, S. 6 (zu D. 12,1,3, N 3).

38 S. statt aller Bruno Schmidlin, Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die actio praescriptis verbis, ZRG Rom. Abt. 124 (2007), S. 53 ff.; Lihong Zhang, Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e di Aristone, Mailand 2007; zur weiteren Entwicklung s. HRG, Susanne Lepsius, s.v. «Innominatkontrakt», 13. Lieferung, Berlin 2011, Sp. 1225 f. m.Nachw.

39 Massironi (Fn. 22), S. 211 ff.

6. Das Vermächtnis des gelehrten Rechts

Die Vorstellung, dass aus dem einzelnen Vertragstyp «natürliche» Rechtsfolgen abzuleiten sind, hätte wohl die Möglichkeit eröffnet, unter Beachtung des lebendigen Geschäftsverkehrs laufend neue Regeln dieser Art zu gewinnen. Tatsächlich hat man es aber bei der Anwendung derjenigen Ergänzungsnormen belassen, die schon in der justinianischen Kodifikation enthalten waren. Soweit das Ius Commune seine Interpretationshoheit für das Rechtswesen entfaltete, ergab sich eine gewisse Versteifung und Versteinerung der Vertragsordnung: Die Vertragsordnung bestand in den kanonischen Vertragstypen und in den für diese bereitgestellten Dispositivnormen. Der Bestand an *naturalia negotii* erschien durch die von den Juristen Justinians getroffene Auswahl, der wie jeder Auswahl etwas Willkürliches anhaftete, ein für alle Mal fixiert. Innovative Vertragsgestaltungen konnten und mussten sich neben dem gelehrten Recht etablieren, waren allenfalls irgendwie mit der allgemeinen Vertragslehre zu koordinieren. Der neuzeitliche Versicherungsvertrag und seine Geschichte bieten ein anschauliches Beispiel.[40] Die hermetische Geschlossenheit des gelehrten Vertragsrechts dürfte eine Ursache dafür gewesen sein, dass sich der Handel ein eigenes Rechtsumfeld geschaffen hat.

Charakteristisch für die europäische Geschichte des Vertragsrechts erscheint damit ein Wechselspiel eines eher statischen Systems von römischen Vertragstypen, das im Zentrum der wissenschaftlich-gelehrten Befassung stand und von dieser Stelle aus die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts lieferte, mit einer dynamischeren Entwicklung, die ihre Grundlage vor allem in der Übung von Kaufleuten fand («Handelssitte»); diese wurde in Sondergerichtsbarkeiten von Gilden/Innungen rechtsförmig angewandt und zum Teil in städtischen Satzungen aufgezeichnet und fortentwickelt; das Handelsgeschehen ist ja von jeher im wesentlichen städtischer Natur.

V. Von der spanischen Spätscholastik zum *usus modernus* der Kodifikationszeit

Eine neue Systematisierung der Vertragsordnung erfolgte durch Vertreter der sogenannten spanischen Spätscholastik des 16. Jahrhunderts, die oft auch als «Schule von Salamanca» angesprochen wird. Es handelt sich um eine intellektuelle Hervorbringung der Gegenreformation, Ausdruck eines Bemühens um eine rationale Wirtschafts- und Soziallehre auf katholischer (zumeist: jesuitischer) Grundlage. Die Vertreter integrierten das Zivil- und namentlich das Vertragsrecht in ihre Gedankengebäude;[41] ihnen werden aber auch wesentliche

40 Phillip Hellwege, A Comparative History of Insurance Law in Europe, American Journal of Legal History 2016, S. 66 ff.

41 Thomas Duve, Kanonisches Recht und die Ausbildung allgemeiner Vertragslehren in der Spanischen Spätscholastik, in: Orazio Condorelli, Franck Roumy, Mathias Schmoeckel (Hrsg.), Der

Grundlegungen der modernen Volkswirtschaftslehre zugeschrieben. Es ist bemerkenswert, wie die institutionelle Bedeutung der Vertragsfreiheit von Vertretern dieser «Soziallehre», die eben das Wirtschaftsgeschehen als Teil des Sozialgeschehens umfasste, herausgearbeitet wurde.[42] Als bleibenden Beitrag hat man auch die scharfe Unterscheidung von entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften zu verzeichnen. Übergangen werden in diesem Schnelldurchgang durch die Geschichte die Beiträge aus der Zeit des frühneuzeitlichen Natur- und Vernunftrechts, die von verschiedenen Ansatzpunkten aus versuchten, das bestehende Vertragsrecht von Grund auf neu zu systematisieren.[43]

Kurz sei derjenige Stand des Vertragsrechts resümiert, der im Zeitalter des *usus modernus* erreicht wurde; von diesem Stand aus erfolgten die Kodifikationen seit dem späten 18. Jahrhundert. Jeder Vertrag – auch das *nudum pactum* – gilt als klagbar; soweit dies nicht schon partikularrechtlich anerkannt war,[44] wurde hierfür eine Überwindung des römischen Rechts durch neueres Gewohnheitsrecht geltend gemacht. Die unterschiedlichen Abschlussvorgänge, etwa die für die Realverträge erforderliche Realleistung, waren beibehalten. Der Innominatvertrag wurde unverändert erst mit einer Vorleistung verbindlich. Für die Kodifikationen seit dem Zeitalter des ausgehenden Naturrechts hat man jeweils eine Auswahl der gesetzlich zu regelnden Verträge getroffen und sich bemüht, diese in eine systematische Ordnung zu bringen. Obschon jede der zahlreichen Kodifikationen insoweit ihre eigene Auswahl und Systematik der Vertragstypen aufweist,[45] überwiegen die Ähnlichkeiten, was den Grundbestand der Vertragstypen und die allerwesentlichsten Folgenormen betrifft.

Insoweit auch das Handelsrecht von der Kodifikationswelle erfasst wurde,[46] die ja stets eine Fixierung des Rechtszustandes bedingt, war man besorgt, den

---

Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur. Bd. 1: Zivil- und Zivilprozessrecht. Köln/Weimar/Wien 2009, S. 389 ff. Das Frankfurter Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte hat einen Arbeitsschwerpunkt «The Legal History of the School of Salamanca» eingerichtet.

42 Wim Decock, Jesuit Freedom of Contract, TR (= Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis), 2009, S. 423 ff.

43 S. dazu Gordley (Fn. 19), S. 112 ff.

44 So hiess es in der «Stadt Basel Statuta und Gerichtsordnung» von 1719 (im Anschluss an das Freiburger Stadtrecht): «Welcher dem anderen mit bedächtlichen Worten oder sonsten etwas verspricht oder zusagt, der soll sein Versprechen halten oder auff des andern Theils gebuhrlich ansuchen und Klagen, mit Recht darzu angehalten werden; und solle hiemit der, zwischen den *pactis nudis* und *Contractibus* in den Römischen Rechten geordnete Unterscheid auffgehebt und alle Verkommnussen, wie die gemacht worden, gehalten werden» (Teil II Tit. XIII: Von bedächtigen Zusagen oder Versprechen).

45 Als beispielhafte Untersuchung für das öst. ABGB sei genannt: Hans Charmatz, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht. Mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, Brünn/Prag/Leipzig/Wien 1937.

46 Zum Handelsrecht im 19. Jahrhundert s. Helmut Coing, Europäisches Privatrecht. 1800 bis 1914. Band II. 19. Jahrhundert, München 1989, S. 531 ff.; Mathias Schmoeckel, Matthias Maetschke, Rechtsgeschichte der Wirtschaft seit dem 19. Jahrhundert, 2. Aufl., Tübingen 2016, S. 87 ff.; Johannes W. Flume, Law and Commerce – The Evolution of Codified Busi-

Anschluss an das lebendige Rechtsleben nicht zu verlieren. Hierauf gehen Vorschriften zurück wie die des Art. 1 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs (ADHGB) von 1861: «In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das allgemeine bürgerliche Recht zu Anwendung.» Unter dem Dach der Kodifikation sollte der Handelsbrauch nicht nur als Mittel der Auslegung dienen können, sondern das Gesetz anerkannte den Inhalt der Handelsgebräuche als gleichsam mittelbaren Gesetzesinhalt. Ersichtlich wurde hier der Versuch unternommen, eine Abkapselung von dem lebendigen Verkehrsgeschehen zu vermeiden.

VI. Das Vertragsrecht in der Kritik der Pandektisten

Im neunzehnten Jahrhundert sehen wir eine einmalige Intensivierung der theoretischen Auseinandersetzung mit dem Privatrecht und seinen Grundlagen.[47] Ein selektiver Rundblick in die Literatur betreffend die Frage der dispositiven Folgenormen mag hiervon einen knappen Eindruck geben. Friedrich Carl von Savigny unterschied absolute oder gebietende Rechtsregeln (diese herrschten mit «unabänderlicher Nothwendigkeit, ohne der individuellen Willkühr Spielraum zu lassen») und die von ihm als «vermittelnd» bezeichneten Regeln: Diese liessen «zunächst dem individuellen Willen freye Macht, und nur wo dieser unterlassen hat seine Macht auszuüben, tritt die Rechtsregel an seine Stelle, um dem Rechtsverhältnis die nöthige Bestimmtheit zu geben». Man könnte solche Regeln «als Auslegungen des unvollständig gebliebenen Willens betrachten.»[48] Viele Autoren folgten Savigny, so etwa der Zürcher Friedrich Ludwig von Keller,[49] der von Rechtsregeln sprach, die «zunächst dem individuellen Willen freie Macht [lassen], und nur wo dieser nicht gebraucht wird, ergänzt ihn die Rechtsregel, um dem fraglichen Verhältnis die nöthige Bestimmtheit zu geben. Das sind die Auslegungen des unvollständig gebliebenen oder unvollständig ausgedrückten Willens, *interpretationes voluntatis*.»[50] Im neunzehnten Jahrhundert wurde aber auch die Frage zugespitzt, wie sich das Konzept des nachgiebigen Rechts mit der Vorstellung verträgt, dass die vertragliche Regelung auf dem übereinstimmenden Willen der Kontrahenten beruht. Bei Alois Brinz fand sich die Savignysche Lehre von der «Auslegung

ness Law in Europe, CLH – Comparative Legal History 2014, S. 46 ff.; zur Entwicklung in der Schweiz s. die Beiträge in: Pio Caroni (Hrsg.), Le droit commercial dans la société suisse du XIXe siècle, Fribourg 1997.

47 Hans-Peter Haferkamp, Die Historische Rechtsschule, Frankfurt 2018.

48 Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, 1. Band, Berlin 1840, S. 57 ff.

49 Zu ihm s. Wolfgang Ernst, Friedrich Ludwig Keller als Gegenstand der rechtshistorischen Forschung, ZRG Rom Abt. 125 (2008) S. 688 ff.

50 Friedrich Ludwig Keller, Pandekten, Leipzig 1861, S. 17.

des unvollständigen Willens» verschärft: Brinz verfocht die Ansicht, dass Rechtsgeschäfte «keinen anderen Inhalt und keine anderen Wirkungen haben, als gewollte.»[51] Auch «aller naturale Rechtsinhalt» habe daher in mittelbarer oder unmittelbarer Auslegung seinen Ursprung. Der Einwand, dass der Wille nicht immer positiv oder wirklich sei, lasse sich gegen jede Auslegung erheben. Der wahrscheinliche Wille müsse als der wirkliche erachtet werden. Der Usualinterpretation oder der Geltung des naturalen Geschäftsinhalts könne nur durch ausdrückliche Derogation vorgebeugt werden. Für Brinz ergibt sich eine anders strukturierte Trichotomie, indem alle Bestimmungen «theils nothwendige, theils frei gewollte, letztere ‹sich von selbst verstehende› oder aber ausdrücklich auszusprechende wären.» Es standen sich bei Brinz also notwendige und optionale Parameter gegenüber, wobei die optionalen immer willentlich vereinbart sind, wobei nur der Wille unmittelbar ausgesprochen sein kann oder mittelbar durch Nichtausspruch wirkt. Eine Grundsatzkritik kam von Ernst Immanuel Bekker: Die herkömmliche Trias der *essentialia/naturalia/accidentalia negotii* mache nicht deutlich, ob hier der Tatbestand der rechtsgeschäftlichen Einigung oder deren Rechtsfolgen dreigeteilt werde. Bekker probierte eine Dreiteilung sowohl des Tatbestandes – hier ergäbe sich ein sinnvoller Dualismus nur zwischen entbehrlichen Vereinbarungselementen und unentbehrlichen (wozu die Form gerechnet werden müsste) – als auch der Rechtsfolgen. Danach seien die *essentialia* diejenigen Vertrags*folgen*, die der Typus unerlässlich fordere, *naturalia* solche, die er erlässlich fordere (was in etwa eine gesetzliche Präsumtion bedeute), und *accidentalia* schliesslich solche, die er nicht fordere, aber vertrage. Bernhard Windscheid wollte nur die *essentialia* und die *accidentalia* unterscheiden, und zwar im Sinne wesentlicher und unwesentlicher Vertragsbestimmungen; die Kategorie der *naturalia negotii* verwarf er, weil sie Gewolltes und Nichtgewolltes zusammen werfe.[52] Am Ende des Jahrhunderts steht der Universaljurist Josef Kohler:[53] Es sei an sich denkbar, dass sich eine Rechtsordnung auf zwingendes Recht beschränke.[54] Das zwingende Recht würde ein «Vakuum» lassen, weil innerhalb seiner Schranken die Parteien machen dürften, was sie wollten. Die Erfahrung zeige aber das Vorkommen von Normierungen auch innerhalb der durch das zwingende Recht gesetzten Grenzen. Dies habe seinen Grund darin, dass die Rechtsordnung nicht nur Freiheit und Zwang gegenüberstelle, «sondern auch der Freiheit die Wege ebnen und fördern» solle. Träten vertraglich nicht geregelte Fragen auf, weil die Par-

51 Alois von Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 4. Band, 2. Aufl. (besorgt von Philipp Lotmar) 1892, S. 195.

52 Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl. (bearbeitet von Theodor Kipp), Frankfurt a.M. 1900, 1. Band, S. 383 f.

53 Zu ihm s. Bernhard Grossfeld, Josef Kohler (1849–1919), in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin 2010, S. 375 ff.

54 Josef Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 1. Band – Allgemeiner Teil, Berlin 1906, S. 18 f.

teien erfahrungsgemäss nur regelten, was ihnen besonders am Herzen liege, ergäben sich zwei Möglichkeiten: Zum einen die Ermittlung der hypothetischen Regelung, die die Parteien getroffen hätten, wenn sie an die betreffende Frage gedacht hätten. Abgesehen von der häufigen Unmöglichkeit einer sicheren Ermittlung stehe dem aber vor allem die Gegensätzlichkeit der Parteiinteressen entgegen. Daher bekomme das nachgiebige Recht einen positiven Inhalt. «Die Rechtsordnung sagt: wenn es an einer Bestimmung fehlt, solle eine von ihr bezeichnete Vernunftnorm eintreten, und sie solle eintreten, entweder weil die Rechtsordnung annimmt, dass dies meistens den Absichten der beteiligten Menschen entspricht, oder weil die Rechtsordnung die einen oder anderen Interessen besonders begünstigt und daher den leeren Raum mit einem solchen Stoff anfüllt, der ihren Absichten am besten entspricht, der ihr als der vernünftigste erscheint.»

C. Die Vertragsordnung des Schweizer Rechts

I. Die Vertragsordnung in der Entstehung des OR

Die äussere Entstehungsgeschichte des OR muss hier nicht erneut dargestellt werden. Gedrängte Zusammenfassungen haben in jüngerer Zeit Urs Fasel[55] und Heinrich Honsell[56] gegeben. Im Folgenden werden nur solche Fragen herausgegriffen, die das Grundverständnis der gesetzlichen Vertragsordnung betreffen. Die kantonalen Vertragsordnungen vor dem OR[1881] werden nicht mit dargestellt; der allgemeine Befund, wonach manche Kantone Vorbilder im französischen Code civil fanden,[57] andere im österreichischen ABGB und wieder andere im gemeinen Recht Deutschlands, gilt auch für das Vertragsrecht.

Es ist bekanntlich ein wichtiges Charakteristikum des schweizerischen Rechts, dass die Typenordnung des Besonderen Teils Verträge enthält, die sich in anderen Ordnungen zwischen Handelsrecht und allgemeinem Zivilrecht aufgeteilt finden *(Code unique)*.[58] Am Anfang standen gerade die Geschäfte des Handelsverkehrs: Das Konkordat Munzinger stellte das Gesellschaftsrecht an die Spitze, diesem folgten für die Geschäfte des Mobiliarverkehrs allgemeine

55 Urs Fasel, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern/Stuttgart/Wien 2000, S. 1 ff.

56 Heinrich Honsell, 100 Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, ZSR 2011 II, S. 5 ff., hier S. 9 ff.

57 S. Eugen Bucher, Der Einfluss des französischen Code Civil auf das Obligationenrecht, in: Pio Caroni (Hrsg.), Das Obligationenrecht 1883–1983 – Berner Ringvorlesung zum Jubiläum des schweizerischen Obligationenrechts, Bern/Stuttgart 1984, S. 139 ff.

58 S. Urs Fasel, Code unique als Schweizer Glanzleistung, Rechtskultur 2015, S. 40 ff.; Eugen Bucher, Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht. Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, in: Ursula Falkner und Martin Zweifel (Hrsg.), Aspekte der Rechtsentwicklung – Festschrift zum 50. Geburtstag für Arthur Meier-Hayoz, Zürich 1972, S. 1 ff.

Bestimmungen – ein allgemeines Vertragsrecht – sowie besondere Vorschriften für Kauf, Tausch, Prokura, Kommission, Transportvertrag, für den Wechsel und die Anweisung. In den von Munzinger für den Entwurf 1865 verfassten Motiven heisst es, man habe sich «im Bestreben, nicht zu viel zu wollen, auf diejenigen Normen beschränkt, deren einheitliche Annahme von jedem Sachkundigen ohne Bedenken als Errungenschaft für unseren Kredit, für den Schutz wichtiger Rechte, für die Sicherheit des Verkehrs anerkannt werden muss.»[59] Mit dem Entwurf von 1871 wurde der Bestand von besonders vertypten Verträgen ausgeweitet: Es wurden Verträge aufgenommen, die nicht typischerweise Kaufmannsgeschäfte betreffen, nämlich Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag. Gleichwohl blieb die Typenordnung des OR[1881] in der Auswahl der geregelten Verträge, aber auch im Inhalt der für diese aufgestellten Normen, weiterhin stark am Handelsverkehr orientiert. Das Handelsrecht bietet die Grundlage für die ständig wiederholte, gewerbliche Vornahme von Geschäften gleicher Art, und ist daher für eine scharf konturierte Typisierung ausgesprochen geeignet, die ihm auch besonders zugutekommt. In den Beratungen und in den Kommentaren zum OR 1881/83 spielt der Innominatvertrag offenbar keine Rolle.

Bei der Beratung der Anpassung des OR an das ZGB hat man eine Vorschrift entworfen, die eine Vermutungsregel für den dispositiven Charakter der Vertragsnormen enthalten sollte. In einer Entwurfs-Vorschrift, die als Vorgänger des heutigen Art. 19 OR gelten kann, hieß es:

> «Das Gesetz ist nur da als unabänderliche Vorschrift anzunehmen, wo es diese Geltung selbst beansprucht oder wo eine Abweichung vom Gesetz gegen die öffentliche Ordnung, gegen die guten Sitten oder gegen den der Persönlichkeit gewährten Schutz verstoßen würde.»[60]

Die Botschaft 1905 hatte die Frage gestellt, ob die Vorschriften des Obligationenrechts bezüglich des Inhalts der Verträge von absoluter oder nur dispositiver Bedeutung seien: «Man darf hierauf antworten, dass die Abänderlichkeit die Regel bildet, also nur in bestimmt formulierter Ausnahme dem Gesetz eine absolute Geltung beigelegt wird.»[61] In einer späteren Entwurfsfassung war die Vermutung für den dispositiven Charakter fallen gelassen, indem es nurmehr hiess: «Das Gesetz gilt in allen Fällen als unabänderliche Vorschrift, wo es diese Geltung selbst beansprucht usw.»[62] Die Frage, ob das Gesetz selbst ausdrücklich klarstellen sollte, ob eine Vorschrift zwingend oder nachgiebig ist,

---

59 S. 190, in: Fasel (Fn. 55), S. 348.

60 Art. 1035 Abs. 2, 3. Entwurf zur Anpassung an das ZGB (1905), in: Fasel (Fn. 55), S. 1492. Vorbild war Art. 6 Code Civil: *«On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre publique et les bonnes mœurs.»* Hierfür wiederum muss D. 2,14,38 (Pap. 2 quaest.) als Vorlage gelten: *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*: «Das öffentliche Recht kann nicht durch *pacta* von Privatpersonen abgeändert werden».

61 S. 13 a.E., in: Fasel (Fn. 55), S. 1449.

62 5. Entwurf (1909), ebenda, S. 1660.

war auch für das deutsche BGB gestellt worden.[63] Man hat von diesem Verfahren, das man für an sich erwünscht hielt, abgesehen, weil sich eine schwerfällige Gesetzessprache ergeben müsste. Die Aufgabe, zum richtigen Verständnis des Gesetzes zu kommen, könne man der Auslegung überlassen. Dies ist auch die Überzeugung der schweizerischen Gesetzgebung gewesen. Bei der deutschen Gesetzgebung wurde noch ein Gesichtspunkt hervorgehoben, der bereits bei Munzinger angeklungen war: Bei dem Erlass dispositiver Rechtsnormen sei «obwohl nicht ausschliesslich, doch vorzugsweise die Erwägung maßgebend […], welche Bestimmung verständige Parteien getroffen haben würden, wenn sie den fraglichen Punkt in den Bereich der Willensregelung gezogen hätten.»

Mit Art. 19 OR[1911] war eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Vertragsfreiheit gewonnen. Der 1911 erschienene Kommentar von Fritz Fick lässt keinen Zweifel: «Abs. 1 stellt den Grundsatz der Vertragsfreiheit in aller Schärfe auf. Daraus folgt mit Notwendigkeit, dass das Gesetz dem Willen der Parteien den Vorrang lässt, also nur dispositiver Natur ist. […] Zwingende Rechtssätze […] enthält das Gesetz nur da, wo der Natur der Sache nach der zwingende Charakter des Rechtssatzes klar zutage tritt.»[64] Hier wird die Vermutung, die nicht Gesetz geworden war, bekräftigt: Im Zweifel ist die gesetzliche Vertragsordnung dispositiver Natur. Andreas von Tuhr hob hervor, dass die gesetzlichen Vertragstypen im heutigen Recht keine exklusive Bedeutung haben.[65] Es sei den Parteien unbenommen, andere, im Gesetz nicht erwähnte Verträge zu schliessen. von Tuhr macht insoweit bereits einen Unterschied zwischen Mischverträgen und «Verabredungen von so singulärem Inhalt, dass sie unter keinen dem Gesetz oder der Verkehrssitte bekannten Typus gebracht werden können, sog. contractus sui generis.» Zwingendes Recht sei im Obligationenrecht die Ausnahme; die Mehrzahl der Rechtssätze stellten nachgiebiges Recht dar. Für den Bereich des nachgiebigen Rechts *(ius dispositivum)* hatte von Tuhr noch eine feinere Unterscheidung, nämlich von Normen einerseits, die bei Fehlen einer vertraglichen Regelung eingreifen, und solchen Normen andererseits, die bei zweifelhaftem Parteiwillen eine Auslegungsrichtung bevorzugen.[66] Die Identifikation zwingender Rechtssätze im OR sei – anders als im VVG[1910] Art. 9 f. – eine Auslegungsfrage anhand von Art. 19 Abs. 2 OR. Für den Arbeitsvertrag sind die (beidseits) zwingenden Vorschriften in Art. 361 OR aufgezählt.

63 Werner Schubert (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. Allgemeiner Teil, Teil 1, Berlin/New York 1981, S. 105.

64 Fritz Fick, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1911, Art. 19 N 1 und 2; Hervorhebungen im Original.

65 Andreas von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Halbband, Tübingen 1924, S. 219.

66 Ebenda, S. 219. Als solche Regeln werden genannt (S. 243): Art. 76–77, Art. 158, Art. 159 OR.

Der Gesetzgeber des OR hat sich nicht zu einer Aufwertung der Handelsbräuche zu einer subsidiären Rechtsquelle entschliessen können. Es gibt kein Handelsgewohnheitsrecht, das neben das OR treten würde:

> «Neben dem Obligationenrecht, das gemeines bürgerliches Recht für Kaufleute wie für Nichtkaufleute bildet, [kann] ein Handelsgewohnheitsrecht mit derogatorischer Wirkung auf das geschriebene Recht nicht bestehen; andernfalls würde der Zweck des Obligationenrechts, Rechtseinheit in den ihm geregelten Materien zu schaffen, gänzlich vereitelt; Handelsgewohnheiten und -gebräuche können nur bei der Auslegung des Parteiwillens Berücksichtigung finden».[67]

Fehlt eine allgemeine Bezugnahme auf Handelsbräuche oder dergleichen, ist doch in Einzelvorschriften auf Übungen (oder «das Übliche») und damit auf die Anschauung des betreffenden Geschäftskreises verwiesen (z.B. Art. 188 OR, Art. 394 Abs. 3 OR).

Für das OR charakteristisch ist die vergleichsweise deutliche Zurückhaltung in der Frage der *laesio enormis* und des *iustum pretium*. Bei der Beratung des OR[1881] war man der Ansicht, eine Festlegung nach dem Vorbild des Art. 286 ADHGB (die Vorschrift stellte klar, dass Handelsgeschäfte nicht wegen *laesio enormis* angefochten werden konnten) sei entbehrlich, weil kein Schweizer Gesetz dergleichen anerkenne; die Vorschrift des französischen Code civil falle ausser Betracht, da sie den Grundstücksverkauf betreffe.[68] In der Anpassung an das ZGB erscheint das Thema in neuem Licht. Die Botschaft 1905 rechtfertigt die Einfügung einer Vorschrift zur Übervorteilung:

> «Das geltende Recht glaubt, diesfalls mit den Vorschriften über Irrtum und Betrug auszukommen. Und einer rein geschäftsmässigen Auffassung des Verkehrslebens mag dies auch entsprechen. Allein es gibt Fälle im bürgerlichen Verkehr, wo es, ohne dass wesentlicher Irrtum oder Betrug vorläge, doch als sehr unbillig erscheint, wenn auf die Ausführung eines die Gegenpartei übervorteilenden Vertrages bestanden wird, nämlich jedenfalls dann, wenn das Missverhältnis durch Ausbeutung einer Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit des Verletzten herbeigeführt wird».

Zugleich wurde die Regelung vorgeschlagen, den hierauf gestützten Rücktritt vom Vertrag (wie man es nannte) zeitlich zu befristen,[69] die dann in Art. 21 OR Gesetz wurde.

II. Elemente der geltenden Vertragsordnung

1. Besondere Vertragstypen – Allgemeiner Vertragsbegriff

Die folgenden Betrachtungen wollen die grundlegenden Elemente der Vertragsordnung, wie sie durch das OR aufgestellt ist, in ihrem Zusammenhang erfas-

67 BGE 23, 769 E. 1; s. schon BGE 14, 475.
68 Motive 1865 (Munzinger), S. 191 f., bei Fasel (Fn. 55), S. 348 f.
69 Bericht des Bundesrats v. 1.6.1909, BBl 1909 III 725, 732; Fasel (Fn. 55), S. 1635.

sen.[70] Für die Vertragsordnung des schweizerischen Obligationenrechts ist zunächst das kontinentaleuropäische «Normal» zu verzeichnen, nämlich ein konkreter Bestand einer Anzahl von besonderen Vertragstypen, die mit einem allgemeinen Vertragsrecht zusammen spielen. Man könnte auch von einem Zwei-Ebenen-Modell sprechen.[71] Für die gesetzlich geregelten Vertragstypen sind Folgenormen aufgestellt, die überwiegend dispositiver Natur sind. Man kann diese weiterhin als *naturalia negotii* bezeichnen. Für eine konkrete Vertragsvereinbarung ist festzustellen, ob sie einem der gesetzlich geregelten Vertragstypen entspricht (Qualifikation, Kategorisierung). Die gesetzliche Typenbildung erfolgt durch die Aufstellung einer oder zweier (oder mehrerer) «Hauptleistungspflichten», die alleine oder in einer ganz bestimmten Kombination den Typus definieren.[72] Diese für die Typenkennzeichnung massgeblichen Leistungspflichten (in ihrer Kombination) kann man weiterhin als *essentialia negotii* ansprechen. Das Konzept der *essentialia negotii* setzt sich in der heutigen Lehre von den objektiv wesentlichen Punkten der vertraglichen Einigung fort;[73] was objektiv-wesentliche Punkte sind, ergibt sich aus dem Typus, dem die konkrete Vereinbarung zuzuordnen ist.[74] Schliesslich wird die Vertragstypenordnung noch bestimmt durch das Zusammenspiel von gesetzlich festgelegten Schuldvertragstypen mit dem Innominatvertrag; neben beiden ist auch das abstrakte Schuldversprechen – die Stipulation – beibehalten (Art. 17 OR). Systematisierend kann man festhalten: Der schuldrechtliche Vertrag des OR ist entweder kausaler oder abstrakter Schuldvertrag; kausale Schuldverträge entsprechen entweder einem gesetzlichen Vertragstypus oder gelten als Innominatvertrag.

2. *Der allgemeine Vertragsbegriff des OR*

Das OR kennt einen einheitlichen, allgemeinen Vertragsbegriff. Er gilt für alle Schuldverträge des OR. Dieser Vertragsbegriff entspricht dem grundsätzlich formfreien Konsensualvertrag der geschichtlichen Entwicklung. Alle Verträge

---

70 S. auch Peter Gauch, Das gesetzliche Vertragstypenrecht der Schuldverträge, in: Friedrich Harrer, Wolfgang Portmann und Roger Zäch (Hrsg.), Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme – Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, Zürich 2002, S. 3 ff.

71 Vor- und Nachteile von Mehrebenenmodellen sind vielfach diskutiert worden. Zur Diskussion der Frage, ob sich für ein kodifikatorisches Regelwerk des Privatrechts ein Allgemeiner Teil empfiehlt, s. statt aller Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 486 ff.; Franz Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien 1996, S. 119 ff.

72 Krit. im Einzelnen: Gauch (Fn. 70), S. 6 ff.

73 Zu dieser s. Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, § 6 III, S. 106 ff. Auch in der jüngsten Reform des Code civil hat sich das Konzept der *essentialia (= substantialia) negotii* in etwa diesem Sinne erhalten: *«Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite»* (Art. 1170).

74 Die schulmässig getrennte Behandlung von Allgemeinem und Besonderem Teil des Obligationenrechts behindert oft die sachgemäss integrale Erfassung beider Teile des Gesetzes in ihrem Zusammenspiel.

stehen unterschiedslos unter dem Gebot von Treu und Glauben; Art. 2 ZGB.[75] Auch die Verträge, die gemeinrechtlich noch als Realverträge aufgefasst wurden, sind als Konsensualverträge ausgestaltet.[76] Formerfordernisse sind weitgehend zurückgedrängt; Schenkungsversprechen, Grundstücksverkauf und Bürgschaft stechen als wesentliche Fälle hervor.

Die Nachbarrechtsordnungen Deutschlands und Frankreichs sind verschiedene Wege gegangen, was das Erfordernis einer *causa* für den Schuldvertrag betrifft: Während Art. 1131 Code civil 1804 in der Tradition der französischen Jurisprudenz des Ancien Régime die Begründung der Obligation von einer *causa* abhängig machte (2016 aufgehoben), kennt das deutsche BGB kein besonderes *causa*-Erfordernis für den Schuldvertrag,[77] Nach deutschem Recht «ist die causa nichts anderes als der Inhalt des Schuldvertrages, indem der kausale Schuldvertrag aufgrund der Anerkennung durch die Rechtsordnung die durch ihn vereinbarte Rechtsfolge, nämlich die durch ihn begründeten Forderungen, rechtfertigt.»[78] Diese Aussage trifft ebenso auf das Obligationenrecht zu: Was den kausalen Schuldvertrag betrifft (zu Art. 17 später), entsprechen die *causae* der gesetzlich geregelten Vertragstypen je einem angebbarem Geschäftszweck, der sich auf einen lebenstatsächlich vorkommenden, im Sozialgeschehen bereits vertypten Vorgang bezieht. Der Geschäftszweck definiert den Vertragstyp. Was die kausalen Schuldverträge angeht, so ist dem Innominatvertrag kein spezifischer Geschäftszweck zugewiesen; dieser liegt beim Innominatvertrag vielmehr im Austauschverhältnis zweier frei zu vereinbarender Leistungen.

3. Der Innominatvertrag des OR

Art. 19 OR stellt die Gültigkeit auch solcher Verträge ausser Frage, die sich keinem der im Besonderen Teil vertypten Schuldverträge zuordnen lassen. Die Möglichkeit der Zuordnung einer konkreten Austauschvereinbarung zu einem

---

75 Zur Entwicklung Bruno Huwiler, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung, in: Bruno Schmidlin (Hrsg.), Vers un droit privé européen commun? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht, Basel 1994, S. 57 ff.

76 Ob auch die Auslobung (Art. 8 OR) einen Anwendungsfall des Schuldvertrages darstellt, ist bekanntlich umstritten, s. Corinne Zellweger-Gutknecht und Eugen Bucher, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 8 N 1, 3 ff.

77 Vgl. dazu demnächst den Sammelband der trinationalen Forschungskonferenz «Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens», die 2016–2018 an der Villa Vigoni durchgeführt wurde; Tagungsbericht: Martina D'Onofrio, ZEuP 2018, S. 478 ff.; s. bereits Peter Weimar, Zur Kausalität der Zuwendungen im römischen, französischen und schweizerischen Recht, in: Bruno Schmidlin (Fn. 75), S. 95 ff. Zum Vertragsbegriff im franz. Recht jüngst Claude Witz, La définition du contrat dans le Code civil français réformé – Retour sur la distinction entre le contrat et la convention, in: Ulrike Babusiaux, Peter Nobel und Joahnnes Platschek (Hrsg.), Der Bürge einst und jetzt: Festschrift für Alfons Bürge, Zürich 2017, S. 639 ff.

78 Flume (Fn. 1), S. 170.

der im Besonderen Teil vertypten Schuldverträge bestimmt nicht mehr über die Klagbarkeit der vereinbarten Pflichten, wohl aber über das mit zur Anwendung gelangende dispositive oder zwingende Recht, das der Gesetzgeber für einen bestimmten Vertragstypus aufgestellt hat. Es ist in der Hauptsache der Innominatvertrag, durch den der Grundsatz der Typenfreiheit verwirklicht ist.[79] Ein Innominatvertrag liegt vor, wenn die gesetzliche Ordnung für die konkrete Paarung zweier Leistungspflichten, die nach der Regelung der Parteien im Austauschverhältnis stehen sollen, keine Regelung von *naturalia negotii* aufstellt. Ein Vertrag wird nicht schon dadurch «Nominatvertrag», dass der Vertragsname in irgendeinem Erlass, etwa einem Steuererlass, erwähnt wird. Auch der sogenannte gemischte Vertrag, bei dem sich ausschliesslich solche Leistungen gegenüberstehen, die in den Vertragstypen des Besonderen Teils an sich «vorkommen» (Vermieterleistung gegen Hausmeisterarbeiten), ist Innominatvertrag, wenn nicht die Folgenordnung im Besonderen Teil gerade auf diese konkrete Pflichtenkombination eingeht. Es kommt nicht darauf an, in welchem Gesetz sich die rechtliche Ausgestaltung befindet; der im Bundesgesetz über Pauschalreisen vom 18. Juni 1993 geregelte Pauschalreisevertrag ist ebenso Nominatvertrag wie der im VVG geregelte Versicherungsvertrag.

Es wäre ein Fehlverständnis, wenn man meinen würde, es gebe eine Vielzahl von Innominatverträgen, so dass man nur zu den jeweils einzelnen Verträgen, kaum aber zum Innominatvertrag als solchem Wesentliches aussagen könnte. Das schweizerische Recht kennt genau eine einheitliche Figur des Innominatvertrags, nicht deren vier, wie die spätklassische römische Schuljurisprudenz, aber auch nicht unendlich viele. Die einheitliche Rechtsfigur des Innominatvertrages steht für Geschäfte unterschiedlichen Inhalts zur Verfügung. Diese mögen dann u.U. ihrerseits wieder eine Typenbildung erlauben, nicht anders als verschiedene Anwendungen des Werkvertrags (etwa der Bauvertrag) sich als Anwendungstypen herausgebildet haben. Über den Innominatvertrag des schweizerischen Obligationenrechts lassen sich wesentliche Aussagen treffen, ohne dass man sich sogleich auf die Ebene seiner diversen Verwendungen begibt. Der Innominatvertrag des OR ist, wie alle dessen Schuldverträge, eine Anwendung seines allgemeinen Vertragsbegriffs: Es handelt sich um einen Konsensualvertrag. Der Abschluss des Vertrages unterliegt grundsätzlich keiner Form. Die Klagbarkeit setzt nicht voraus, dass die klagende Partei aus freien Stücken vorgeleistet hat. Es gilt Art. 82 OR; insoweit genügt es für die klagende Partei, wenn diese ihre Leistung mit der Klage anbietet. Allerdings können die Parteien beliebig abweichende Vor- und Nachleistungsverhältnisse gültig vereinbaren.

Der Innominatvertrag ist wesentlich zweiseitiger (synallagmatischer) Vertrag. Man könnte daher auch vom Innominat-Austauschvertrag sprechen. Der Innominatvertrag ist – anders als das Schuldbekenntnis – kausaler Schuldvertrag. Der Innominatvertrag hat seine *causa* im Entgeltverhältnis, in welchem beide Leistun-

79 Dazu Zellweger-Gutknecht/Bucher (Fn. 76), Vor Art. 1–40f N 12 ff.

gen zueinander stehen. Auch für den Innominatvertrag gilt, dass *causa* nichts anderes ist als der Inhalt des Schuldvertrages, doch gehört es beim Innominatvertrag zu seiner *causa*, dass die versprochenen Leistungen im Austauschverhältnis stehen. Man könnte sagen, dass Synallagma bilde die *causa* des Innominatvertrages. Es ist nicht möglich, durch Innominatvertrag eine abstrakte Forderung zu begründen. Neue, dem Obligationenrecht unbekannte Wertpapiertypen (Innominat-Wertpapiere) können nicht gestützt auf Art. 19 OR kreiert werden.[80]

Es gibt keinen unentgeltlichen Innominatvertrag. Einem unentgeltlichen Vertrag fehlt das Austauschverhältnis, ohne das der Innominatvertrag seine *causa* entbehrt. Die gesetzlich geregelten unentgeltlichen Geschäfte bilden insofern einen *numerus clausus*.[81] Es kommt vor, dass eine Leistung unentgeltlich versprochen werden soll, die ihrem Inhalt nach weder der eines Schenkers noch der eines Verleihers, Darleihers, Beauftragten oder Verwahrers entspricht. Als Beispiel kann die Leistung gelten, wie sie von einem Vermieter geschuldet wird, den ja ein anderes Pflichtenprogramm trifft als den Verleiher.[82] Zur Begründung einer solchen einseitigen Verpflichtung ist das Schuldbekenntnis der richtige Vertrag (Art. 17 OR). Werden Leistungen, wie sie ein Vermieter schuldet, erbracht und empfangen, ohne dass der Leistende sich zuvor gem. Art. 17 OR zur künftigen Erbringung verpflichtet hatte, so enthält die Leistungserbringung die Vereinbarung einer *causa*, was eine Rückforderung nach Bereicherungsrecht ausschliesst. Handelt es sich um eine Dauerleistung und ist diese Leistung nicht vorab für eine bestimmte Dauer versprochen, kann der Leistende die Erbringung jederzeit – unter Vorbehalt nur des Rechtsmissbrauchs – abbrechen.

Hinsichtlich der Leistungen, die sich die Parteien versprechen können, bestehen keine Beschränkungen.[83] Es kann sich auch um Dauerverpflichtungen handeln.[84] Das Verbot der Übervorteilung (Art. 21 OR) gilt auch für den Innominat-

80 Das Schuldbekenntnis kann in schriftlicher Form errichtet werden, wobei für die Übertragung der dadurch begründeten Forderung mittels Abtretung (Art. 164 ff. OR) bestimmte Erfordernisse vereinbart werden können; s. Daniel Girsberger und Johannes Lukas Hermann, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 164 N 32.

81 Schenkung (Art. 239 OR), Gebrauchsleihe (Art. 305 OR), unverzinsliches Darlehen (vgl. Art. 313 OR), unentgeltlicher Auftrag (Art. 394 OR) und unentgeltliche Hinterlegung (Art. 472 OR). Unentgeltlich sind auch Preisausschreiben und Auslobung (Art. 8 OR). Die Preisfreiheit erlaubt die Verwendung entgeltlicher Vertragstypen zur Vereinbarung «gemischter Schenkungen», solange die Entgeltlichkeit nicht zur Fiktion wird *(verum pretium)*: Wolfgang Ernst, Entgeltlichkeit, in: Jan Wilhelm u.a. (Hrsg.), Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, S. 139 ff.

82 Zur Problematik, auch aus geschichtlicher Sicht, s. Klaus Slapnicar, Gratis habitare – Unentgeltliches Wohnen nach römischem und geltendem Recht, Berlin 1981.

83 Zu den Leistungsinhalten des OR überhaupt s. Zellweger-Gutknecht/Bucher (Fn. 76), Vor Art. 1–40f N 31 ff.

84 Zum Austausch zweier Schulderlasse als Innominatvertrag s. Zellweger-Gutknecht, in: Heinz Hausheer und Hans Peter Walter (Hrsg.), Berner Kommentar. Obligationenrecht Bd. VI, 1. Abt., 7. Teilbd., 2. Unterteilbd. Das Erlöschen der Obligation. Verrechnung Art. 120–126, Bern 2012, Art. 120 N 315.

vertrag. Durch den Innominat-Austauschvertrag können lediglich schuldrechtliche Verpflichtungen begründet werden; es ist nicht möglich, die rechtliche Güterzuordnung unmittelbar durch Innominatvertrag zu beeinflussen. Es gibt z.B. keinen Innominat-Gesellschaftsvertrag, der für die Güterordnung einer einfachen (nicht eingetragenen und nicht-kaufmännischen) Gesellschaft die Fähigkeit zur Haltung eines Sondervermögens der Gesellschaft an die Stelle der gesamthänderischen Zuordnung setzen könnte.[85] Kurzum: Der Innominatvertrag der schweizerischen Vertragsordnung ist schuldrechtlicher Austauschvertrag über vermögenswerte Leistungen beliebiger Art, die nach der Vereinbarung der Parteien im Entgeltverhältnis von Leistung und Gegenleistung stehen. Der Innominatvertrag ist damit eine Figur des Vermögensrechts:[86] Für unbenannte Vereinbarungen im Bereich des Familienrechts zum Beispiel kann man sich nicht auf die Figur des Innominatvertrags des OR berufen.

Für den Innominatvertrag gibt es an sich keine objektiv-wesentlichen Punkte, keine *essentialia*; diese sind ja gerade objektivrechtlich für die im Gesetz vertypten Schuldverträge aufgestellt. Bekanntlich haben sich bestimmte Austauschvereinbarungen, die als Innominatvertrag gültige Schuldverträge darstellen, in der Praxis derart etabliert, dass die beteiligten Verkehrskreise bestimmte Regelungen als zum Vertrag passend, als typengerecht, ansehen. Hier ist es die Verkehrspraxis, die – etwa durch anerkannte Vertragsmuster – die *naturali negotii* des Geschäfts erkennen lässt. Beispiele sind bekanntlich Factoring, Franchising, Leasing usw. Um zur Anwendung solcher Regeln zu kommen, ist wieder eine Qualifikation erforderlich, indem z.B. zu fragen ist, ob der konkrete Vertrag als Leasingvertrag einzuordnen ist. Insofern kann man auch von den durch den Rechtsverkehr vertypten Verträgen sagen, sie würden durch ihre Kernpflichten definiert, hätten so etwas wie objektiv wesentliche Punkte.[87]

Es gilt als Zentralfrage der rechtlichen Behandlung von Innominatverträgen, inwieweit *naturalia negotii*, die der Gesetzgeber für bestimmte vertypte Schuldverträge aufgestellt hat, zur rechtlichen Erfassung des Vertrags beigezogen werden können oder müssen, und nach welcher Methode – oder Methoden – die massgeblichen Vorschriften aufzufinden sind. Die hierüber geführte Diskussion muss an dieser Stelle nicht in voller Breite aufgenommen werden.[88] Kurze Bemerkungen sollen genügen: Für die Ergänzung der vertraglichen Einigung ist man auf die *naturalia negotii*, wie sie für Vertragstypen mit einer ähn-

85 Instruktiv BGE 140 III 206, dazu, ob der Grundsatz der Vertragsfreiheit eine hinreichende Grundlage dafür darstellt, dass eine Genossenschaft in ihren Statuten Eigenkapitalinstrumente sui generis in Form von Partizipationsscheinen schaffen kann (verneint).

86 Eine Beschränkung auf den Handelsverkehr im engeren Sinne besteht nicht.

87 Marc Amstutz und Ariane Morin, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und W. Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Einl. vor Art. 184 ff. N 7.

88 Zellweger-Gutknecht/Bucher (Fn. 76), Vor Art. 1–40f N 41–47; Gauch (Fn. 70), S. 23 f.; Amstutz/Morin (Fn. 87), Einl. vor Art. 184 ff. N 7.

lichen, vergleichbaren Leistungspflicht aufgestellt sind, nur bedingt angewiesen, da eine ergänzende Vertragsauslegung zu denselben oder doch zu annähernd denselben Lösungen führen sollte. Stärker sollte das Augenmerk auf die zwingenden Vorschriften gerichtet werden, die der Gesetzgeber mit Bezug gerade auf bestimmte Vertragstypen eingeführt hat. Hier ist es meines Erachtens eine Frage der Auslegung der konkreten Gesetzesnorm, ob diese auch auf den vorliegenden Innominatvertrag anzuwenden ist; man kann insoweit der allgemeinen Methode der Gesetzesauslegung folgen.[89] Verzeichnet werden soll noch die allgemeine Ablehnung der rechtslogisch attraktiven Ansicht Laurents, wonach ausschliesslich die Vorschriften des Allgemeinen Teils des OR zur Anwendung kommen sollten.[90] In der Ablehnung dieser Ansicht, und in der Suche nach dem «richtigen» Zugriff auf bereits präformierte *naturalia negotii* zeigt sich ein starker Drang zur Typifizierung. Hierauf wird zurückzukommen sein.[91]

In der Schweiz, wie in anderen vergleichbaren Vertragsordnungen, besteht eine charakteristische Entwicklungsmöglichkeit darin, dass Vereinbarungen, die vom Gesetzgeber zunächst ohne eigenständige Regelung gelassen wurden und demnach als Innominatvertrag erfasst werden, durch Reformgesetzgebung auf die Seite der Nominatverträge gezogen werden. Der prominente Fall ist der Tauschvertrag, der in der Tradition des *Ius Commune* als Musterbeispiel des Innominatvertrages galt; das OR führt ihn als Nominatvertrag (Art. 237 f. OR). Auch der umgekehrte Vorgang ist denkbar, obschon die Regelungen für einen Nominatvertrag, der in der Lebenswirklichkeit ausser Gebrauch kommt, zumeist als totes Recht in der Kodifikation verbleiben.

4. Der Innominatvertrag und das Sachenrecht

Soweit der Innominatvertrag eine oder beide Parteien zu einer Übertragung von Eigentum verpflichtet, stellt er die zum Eigentumserwerb erforderliche *causa* dar. Das OR anerkennt den Innominatvertrag nur als schuldrechtlichen Austauschvertrag; als solcher eignet er sich nicht als Geschäft zur unmittelbaren Einwirkung auf die sachenrechtliche Zuordnung. Hierzu muss gar nicht erst der *numerus clausus* der sachenrechtlichen Zuordnungstypen[92] beschworen werden. Das Sachenrecht kennt auf seinem Gebiet zahlreiche Vereinbarungen («Verträge»), die nicht im Besonderen Teil des OR ausgestaltet sind; als Bei-

89 S. auch treffend Gauch, (Fn. 70), S. 13 (N 13).

90 François Laurent, Principes de droit civil, tom. 24, Gent 1877, N 68 i.f., S. 78.

91 S. unten D. VI.

92 Dazu Wolfgang Wiegand, Numerus clausus der dinglichen Rechte. Zur Entstehung und Bedeutung eines zentralen zivilrechtlichen Dogmas, in: Gerhard Koebler (Hrsg.), Wege Europäischer Rechtsgeschichte – Karl Kroeschell zum 60. Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern und Kollegen, Frankfurt/M. 1987, S. 623; Christoph Alexander Kern, Typizität als Strukturprinzip des Privatrechts, Tübingen 2013.

spiele können der Pfandvertrag und der Dienstbarkeitsvertrag genannt werden. Solche Vereinbarungen sind keine Schuldverträge, selbst wenn das ZGB an solche Verträge Leistungspflichten anknüpft. Soweit Vorschriften aus dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts zur Anwendung kommen sollen, beruht dies auf Art. 7 ZGB. Die im Sachenrecht des ZGB vorkommenden Verträge sind auch keineswegs «innominat» im Sinne einer freien Inhaltsbestimmung. Vielmehr ergibt sich aus der Sachenrechtsordnung des ZGB, welche Parameter in diesen Verträgen festzulegen sind. Nehmen wir als Beispiel die Vereinbarung, die der Errichtung eines Faustpfandes zugrunde liegt, so hat diese als solche keine Verpflichtungswirkung in dem Sinne, dass der Gläubiger, dem die Pfandsache noch nicht übergeben ist, aufgrund nur dieser Pfandabrede auf Übergabe klagen könnte; insofern hat sich der Charakter eines Realvertrages erhalten. Verträge, durch die eine einseitige Verpflichtung begründet werden soll, ein bestimmtes beschränktes dingliches Recht zu errichten (oder an dieser Errichtung mitzuwirken), können als Schuldbekenntnis (Art. 17 OR) abgeschlossen werden. Hat man eine Pfandvereinbarung, so ist es eine Auslegungsfrage, ob diese ein solches Schuldbekenntnis einschliesst, so dass daraus auf Übergabe der Pfandsache geklagt werden könnte. Es kommt vor (und ist wohl der Regelfall), dass die sachenrechtliche Errichtungsvereinbarung in einen Vertrag integriert wird, durch den anderweitige schuldrechtliche Verpflichtungen begründet werden, die mit dem Errichtungsakt und/oder mit dem zu errichtenden Recht im Zusammenhang stehen. Namentlich ist an eine Gegenleistung zu denken, die einmal oder periodisch zu erbringen ist. Bei solchen Verträgen handelt es sich um eine hybride Erscheinung. Sie schliessen eine Innominatvereinbarung ein, die als solche auch einen Anspruch auf die Errichtung des Pfandes (oder eines anderen beschränkten dinglichen Rechtes) begründen kann.

5. Das Schuldbekenntnis nach Art. 17 OR

Die Vertragsordnung der Schweiz wird abgerundet durch den «Nachfahren» der Stipulation, das Schuldbekenntnis nach Art. 17 OR. Der Ausdruck Schuldbekenntnis lässt den Vertragscharakter des Rechtsinstituts nicht hervortreten. Es handelt sich für das OR um einen Unterfall des Konsensualvertrags, so dass etwa die Vorschriften über den Vertragsschluss anzuwenden sind.[93] Bemerkenswert ist die Formfreiheit des Schuldbekenntnisses. Wenn man das Schuldbekenntnis als abstrakten Schuldvertrag anspricht, ergibt sich eine Entgegensetzung zu den übrigen Verträgen, die sich als kausale Schuldverträge darstellen und entweder einen der im Besonderen Teil vertypten Inhalte aufweisen oder

93 Bekanntlich nicht unbestr.; zutr. m.E. Ingeborg Schwenzer, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 17 N 3 m.w. Nachw. auch der Gegenansicht.

Innominatvertrag sind; wir hatten ja gesehen, dass auch der Innominatvertrag ein kausaler Schuldvertrag ist.

Durch das Schuldbekenntnis wird dem Empfänger eine Forderung zugewandt. Für diese Zuwendung wird es in aller Regel einen Rechtsgrund geben, doch ist das Verhältnis dieses Rechtsgrundes zur begründeten Forderung und deren gerichtlicher Durchsetzung bekanntlich umstritten.[94] Vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung zögert der Verfasser nicht, der Meinung beizutreten, wonach der Mangel des Rechtsgrundes vom Versprechenden derart geltend zu machen ist, dass er die zugewandte Forderung kondiziert.[95] Wird er aus der rechtsgrundlos zugewandten Forderung in Anspruch genommen, steht ihm die in Art. 67 Abs. 2 OR angesprochene (unverjährbare) Einrede zu, wonach die Zuwendung der Forderung eine ungerechtfertigte Bereicherung darstellt. Rechtspraktisch dürfte dem Schuldner zumeist schon mit dieser Einrede geholfen sein; es sollte aber nicht zweifelhaft sein, dass auch ein Rechtsanspruch auf Aufhebung der rechtsgrundlos zugewandten Forderung besteht, woran ja auch ein Feststellungsinteresse bestehen kann. Es ist aber zu beachten, dass auf die Abgabe eines Schuldbekenntnisses, die ohne Rechtsgrund erfolgt ist, Art. 63 Abs. 1 OR analog anzuwenden ist: Wer ein Schuldbekenntnis abgibt, weil er sich für verpflichtet hält *(solvendi causa)*, kann das Schuldbekenntnis als rechtsgrundlos nur dann kondizieren, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über den Mangel des Rechtsgrundes im Irrtum befunden hat. Dies muss auch Voraussetzung dafür sein, dass er sich einredeweise gegen eine Inanspruchnahme aus dem Schuldbekenntnis wehrt. Das Vorliegen eines Irrtums gehört zum Tatbestand der Einrede. Zu der Frage der Beweislast für das Nichtbestehen des Rechtsgrundes ergibt sich die Antwort meines Erachtens aus dem soeben Ausgeführten; eine Vertiefung ist hier indes nicht nötig. Auf die Arbeiten von Krauskopf sei verwiesen.[96]

---

94 Es ist aufschlussreich, dass die Einordnung vergleichbarer Geschäfte in das Ganze der Vertragsordnung seit dem Mittelalter, ja eigentlich schon seit der Spätantike, immer wieder zu Diskussionen Anlass gegeben hat; s. Andreas Thier, in: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK). Band III. Schuldrecht. Besonderer Teil. 2. Teilband: §§ 657–853, Tübingen 2013, §§ 780–782 N 4 ff.; Jürgen Creutzig, Das selbständige Schuldversprechen. Eine vergleichende Darstellung nach dem englischen, deutschen, schweizerischen und französischen Recht, Basel 1969, S. 22 ff.

95 Ebenso Bruno Huwiler, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 67 N 13, dort auch zur Gegenansicht.

96 Frédéric Krauskopf, Die Schuldanerkennung im schweizerischen Obligationenrecht, Freiburg/Ue. 2003; vgl. auch ders., Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, recht 2005 Heft 5, S. 171 ff., S. 179, und dazu kritisch Huwiler (Fn. 95), Art. 67 N 14.

Das Schuldbekenntnis hat eine erhebliche Einsatzbreite. Hier sei nur vermerkt, dass der Garantievertrag,[97] soweit das Garantieversprechen nicht durch eine Gegenleistung «erkauft» wird (in welchem Fall ein Innominatvertrag vorliegt), Schuldbekenntnis ist. Ein Schuldbekenntnis kann auch schenkungshalber abgeschlossen werden. Die formlose Abgabe des abstrakten Schuldversprechens erfüllt indes nicht die Voraussetzung einer Schenkung von Hand zu Hand (Art. 242 Abs. 1 OR); vielmehr ist die Form des Art. 243 OR einzuhalten:[98] Das schenkweise abgegebene Schuldbekenntnis unterliegt der Schriftform; bei deren Fehlen gilt Art. 11 OR. Erst die Erfüllung der schenkweise zu begründenden Forderung heilt den Mangel der Form für die schenkweise Zuwendung. Auch für das unentgeltliche Versprechen einer Leistung, die sich ihrem Inhalt nach keinem der gesetzlich geregelten unentgeltlichen Schuldverträge zuordnen lässt, ist das Schuldbekenntnis zu benützen, da der Innominatvertrag nur für Austauschverhältnisse zur Verfügung steht.[99]

Eine letzte hier angesprochene Frage des Schuldbekenntnisses geht dahin, welche Vorschriften des OR auf die Forderung anzuwenden sind, die mit ihm begründet wird. Anwendbar sind die Regelungen des Allgemeinen Teils, soweit sie nicht spezifisch auf die Gegenseitigkeit zweier Vertragspflichten abstellen (Art. 82, 109, 119 Abs. 2 OR). Soweit es sich um ein Geldversprechen handelt, gelten insbesondere die Vorschriften zur Geldobligation. Ist mit Rücksicht auf den konkreten Inhalt des Versprechens auf Vorschriften zurückzugreifen, die im Besonderen Teil des Obligationenrechts aufgestellt sind? Wenn etwa die Leistung einer bestimmten Sache versprochen wird, soll dann das Recht kaufrechtlicher Gewährleistung angewandt werden, wenn die Sache einen Sachmangel aufweist? Meines Erachtens ist es Sache der Parteien, das Schuldbekenntnis inhaltlich auszugestalten. Eine Möglichkeit, dies zu tun, besteht in einer Bezugnahme auf das «bestätigte» Rechtsverhältnis; dadurch können mittelbar dessen inhaltliche Parameter neu auch für die abstrakte Forderung vereinbart sein. Vorschriften, die das OR für bestimmte kausale Schuldtypen aufstellt, sind aber nicht schon deshalb auf die durch Schuldbekenntnis begründete Forderung anzuwenden, weil es sich um einen entsprechenden Leistungsinhalt handelt. Ob eine *analoge* Anwendung möglich ist, ist eine Frage des Einzelfalls.

97 Zu ihm zuletzt Peter Nobel, Bürge oder Garantiegeber? – Eine schwierige Abgrenzung, in: Ulrike Babusiaux, Peter Nobel und Johannes Platschek (Hrsg.), Der Bürge einst und jetzt: Festschrift für Alfons Bürge, Zürich 2017, S. 61 ff.

98 BGE 39 II 85, 89; Nedim Peter Vogt und Annaïg L. Vogt, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar. Obligationenrecht I. Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Art. 239 N 7.

99 Oben 3.

6. Zur Vertragsfreiheit aufgrund des Obligationenrechts

Die schweizerische Vertragsordnung ist nicht einfach auf den Nenner «Everything goes» zu bringen. Mit der Aussage, jeder beidseits gewollte Vertrag sei doch als Konsensualvertrag gültig, würde man es sich entschieden zu einfach machen. Das Ziel, die Teilnehmer am Rechtsverkehr ihre Vertragsbeziehungen selbst bestimmen zu lassen, verlangt aber auch nicht, dass das Recht der Beliebigkeit eine Grundlage bietet: Es genügt, ist aber auch zu fordern, dass die verfügbaren Vertragsfiguren klar konturiert sind (Rechtssicherheit), und bei überlegtem Einsatz hinreichende Gestaltungsspielräume eröffnen, so dass den Transaktionen, die aus wirtschaftlicher Sicht angestrebt werden, eine zweckmässige rechtliche Grundlage gegeben werden kann. Von den hauptsächlichen Aspekten der Vertragsfreiheit muss an dieser Stelle nicht besonders gehandelt werden; sie sind schulmässig in allen Kommentaren und Lehrbüchern aufgezählt und erläutert.[100] Hier sollen einige seltener thematisierte Aspekte zur Sprache kommen.

Als Teil der Inhaltsfreiheit sei hier zunächst die Berechtigung der Parteien hervorgehoben, die dispositiven Bestimmungen des Gesetzes[101] wegzubedingen und durch selbst geschaffene Regelungen zu ersetzen. Eine Strukturfrage geht hierbei dahin, ob die «Gegenäusserung» der Parteien, durch die sie eine bestimmte dispositive Norm wegbedingen, einer bestimmten Förmlichkeit unterliegt. Bei einer überraschend hohen Zahl von Dispositivnormen setzt das OR für die Abbedingung die Schriftform voraus;[102] ansonsten wird eine bestimmte Form von Gesetzes wegen nicht verlangt. Man hat sich intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, ob eine «Ausschaltung» dispositiver Gesetzesnormen auf ergänzende Vertragsauslegung[103] gestützt werden kann: Ist eine dispositive Gesetzesnorm unanwendbar, wenn sich ein hypothetischer Parteiwille nachweisen liesse, dem zufolge die Parteien etwas anderes gewollt hätten? Namentlich Eugen Bucher ist für eine bejahende Antwort eingetreten.[104] Es ist

---

100 Einen wesentlichen Beitrag zur Systematisierung leistete Karl Oftinger, Die Vertragsfreiheit, in: Juristische Fakultäten der schweizerischen Universitäten (Hrsg.), Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948, S. 316 ff.; zur Freiheit der Vertragspartnerwahl – und auch zu ihrer Erosion – s. Kai-Oliver Knops, Die Personalität des Schuldverhältnisses, Tübingen 2018.

101 Zu diesen umfassend Peter Jäggi, Peter Gauch und Stephan Hartmann, Zürcher Kommentar. Obligationenrecht, Art. 18 OR. Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation, 4. Aufl., Zürich 2014, Art. 18 OR N 565 ff.

102 Auswahl: Art. 214 Abs. 3, Art. 260, Art. 289a Abs. 1, Art. 324a Abs. 4, Art. 330 Abs. 2, Art. 332 Abs. 2, Art. 335b Abs. 2, Art. 339 Abs. 2, Art. 339c Abs. 1 und 4, Art. 418g, Art. 418f OR.

103 Zur ergänzenden Auslegung s. Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2016, S. 158 f.

104 Eugen Bucher, Der Ausschluss dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen – Bemerkungen zu den Erscheinungsformen dispositiver Rechtssätze, in: Rechts-, wirtschafts- und sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg Schweiz (Hrsg.), Festgabe für Henri Deschenaux zum 70. Geburtstag = Mélanges en l'honneur de Henri Deschenaux: professeur à l'Université de Fribourg publiés à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, Frei-

ein Charakteristikum der ergänzenden Auslegung, dass sie am ehesten nach dem «Verkehrsüblichen» fragt; ergänzende Vertragsauslegung kann kaum zu gänzlich esoterischen und einmaligen Lösungen kommen, wie sie aber die Parteien mit ihrem Vertrag zu setzen vermögen. Insofern sind ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Gesetzesrecht, soweit es diesem um eine für den Verkehr förderliche, in sich ausgewogene Regelung geht, im Grundsatz gleichgerichtet. Durch den Abschluss eines gesetzlich vertypten Geschäfts gelten die vom Gesetzgeber für diesen Typus aufgestellten Dispositivnormen. Nehmen wir die Unterscheidung auf, wonach dispositive Normen zum Teil bei Fehlen einer vertraglichen Regelung eingreifen, zum Teil aber nur bei zweifelhaftem Parteiwillen eine Auslegungsrichtung bevorzugen wollen,[105] wird man jedenfalls in Fällen der letzteren Gruppe zulassen, dass vernünftige Überlegungen zur konkreten Interessensituation das Pendel entgegen der gesetzlichen Vermutung, um die es sich hier doch handelt, ausschlagen lassen. Die «Vertragsergänzung» mittels (ergänzender) Vertragsauslegung und mittels dispositiver Ergänzungsnormen, so nah sie sich stehen mögen, sind nicht gleichzusetzen: Die untergerichtliche Fehlanwendung von dispositivem Gesetzesrecht erlaubt die Beschwerde zum Bundesgericht wegen Verletzung von Bundesrecht. Ist die unterlegene Prozesspartei hingegen der Ansicht, das kantonale Gericht sei im Wege ergänzender Vertragsauslegung zu einem unrichtigen Auslegungsergebnis gekommen, kann das Bundesgericht als Frage des Bundesrechts nur die objektivierte Vertragsauslegung prüfen, nicht hingegen die subjektive Vertragsauslegung, soweit sie eine Beweiswürdigung involviert.[106] Dasselbe gilt dem Bundesgericht zufolge für die tatgerichtlichen Feststellungen über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten im Rahmen der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip.

Sodann steht es den Parteien frei, ihren Schuldvertrag durch Nebenabreden zu ergänzen.[107] Für Nebenabreden sind teilweise eigene Formerfordernisse aufgestellt, so etwa für die Vereinbarung eines Konkurrenzverbots im Arbeitsvertrag: Art. 340 Abs. 1 OR. Beim Viehhandel ist eine Zusicherung nur in Schriftform möglich; Art. 198 OR. Solche Nebenabreden, zusammen mit dem vom Gesetz vorgesehenen Instrument der Bedingung (Art. 151 ff. OR), mag man weiterhin als *accidentalia negotii* ansprechen. Die Zufügung von Nebenabreden als solche kann dem Vertrag die Wirksamkeit nicht nehmen (sofern nicht die Nebenabrede als solche Grenzen der Inhaltsfreiheit überschreitet[108]), wohl

burg/Ue. 1977, S. 249 ff.; Felix Dasser, Vertragstypenrecht im Wandel, Zürich 2000, S. 304 ff.; zuletzt Thomas Finkenauer, Ergänzende Auslegung bei Individualabreden, AcP 213 (2013) Heft 5/6, S. 619 ff., hier S. 625.

105 Oben im Text bei Fn. 66.

106 BGer Urt. v. 22. Juni 2017, C_99/2017 E. 5.1 (Art. 97, 105 BGG bleiben vorbehalten).

107 Martin Hohlweck, Nebenabreden – Pacta im römischen und im modernen Recht, Bielefeld 1996.

108 Vgl. auch Art. 157 OR.

kann aber die Nebenabrede qualifikationsrelevant sein. Vertragsanfängliche Nebenabreden sind daher bei der Qualifikation zu berücksichtigen. Allenfalls verhindert die Nebenabrede eine glatte Zuordnung zu einem gesetzlichen Vertragstyp; dann ist ein Innominatvertrag anzunehmen.

Es gehört zur Bestimmung der Parteien über den Vertrag, dass sie diesen noch nach dessen erstmaligen Abschluss modifizieren können. Von den einverständlichen Eingriffen in den in Geltung gesetzten Vertrag sticht die Vertragsaufhebung als die stärkste Veränderung hervor. Wird indes der Inhalt der vertraglichen Einigung geändert, so ist zu unterscheiden: Manche nachträgliche Änderungen sind ohne Einfluss auf die Qualifikation (Beispiele: Vereinbarung eines neuen Zahlungsziels; Stundung). Auch die nachträgliche Beigabe einer Nebenabrede kann allenfalls qualifikationsneutral erfolgen. Aufgrund mancher Änderungen wird man indes die Qualifikationsfrage neu stellen müssen. Hier ist zu beachten, dass die Qualifikation eines Vertrages abschliessend im Zeitpunkt seines Abschlusses erfolgt.[109] Soll ein bestehender Vertrag so geändert werden, dass sich für die neue vertragliche Beziehung eine andere Qualifikation ergibt, sind die Parteien auf eine Kombination von Vertragsaufhebung und -neuabschluss verwiesen. Dies kann überall dort von rechtlicher Bedeutung sein, wo es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt, z.B. bei der paulianischen Anfechtung, bei Änderungen der Gesetzeslage und dergleichen mehr.

Die vorstehenden Überlegungen sollten vor allem verdeutlichen, dass auch die Änderungs- und die Aufhebungsfreiheit, ebenso die Freiheit der Vereinbarung von *accidentalia negotii*, ein ganz bestimmtes, positivrechtliches Gepräge haben: Auch diese Freiheiten sind eröffnet auf der Grundlage von und mit Bezug auf die objektivrechtliche Vertragsordnung mit ihrem Bestand vertypter Verträge.

Was schliesslich die Preisfreiheit betrifft, so folgt Art. 21 OR nicht den im Ausland teilweise vorkommenden Regelungen, wonach schon ein bestimmtes Preis-/Leistungs-Missverhältnis als solches zur Anfechtung des Vertrags berechtigt. Wie eh und je ist die Zinsfreiheit gesetzlich beschränkt.[110] Die Frage der Preisfreiheit leitet über zu der Bedeutung der kantonalen Gesetzgebung in Ergänzung des Bundeszivilrechts:

---

109 Die blosse Abwicklung des Vertrags ändert als solche die erfolgte Qualifikation nicht mehr. Ein Gattungskauf wird nicht rückwirkend zum Stückkauf, wenn der Verkäufer den Käufer mit einer bestimmten Sache befriedigt hat. Dies gilt auch, wenn die Vertragsabwicklung gestört ist: Hat der Verkäufer den Käufer mit einer bestimmten Sache in Annahmeverzug gesetzt, dann ist von diesem Zeitpunkt an der Gattungsverkauf nicht zu einem Spezieskauf über die angebotene Sache mutiert.

110 Ausf. Alexander Blaeser, Die Zinsen im schweizerischen Obligationenrecht. Geltendes Recht und Vorschlag für eine Revision, Zürich/St. Gallen 2011, S. 43 ff.

III. Die Vertragsfreiheit in der Verfassungsordnung

Ursprünglich hatte man der verfassungsrechtlichen Garantie der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 BV[1874]) eine Vorgabe an die Privatrechtsgesetzgebung nicht entnehmen wollen:

> «Der Privatgesetzgeber kann sicher die Freiheit der Gewerbetreibenden durch formalistische und engherzige Regelung der Rechtsgeschäfte, deren sie sich bedienen, indirekt beschränken; die B. V. erblickt aber darin keine Verletzung ihres Grundsatzes, denn durch solche privatrechtliche Regelung werden erst die Voraussetzungen eines möglichen Gewerbebetriebs geschaffen, und diese Aufgabe gehört zur Kompetenz des Privatgesetzgebers, wenn auch die gegebene Lösung notwendigerweise die Freiheit der Gewerbeausübung mitbestimmt.»[111]

Burckhardt veranschaulichte dies anhand der gesetzlichen Regelung der Handlungsfähigkeit, bei der sich eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit immerhin denken lasse: Allein, «wo ist da die Grenze zwischen dem durch Art. 31 unbeengten Zivilrecht und dem durch Art. 31 beherrschten Gewerberecht zu finden?»[112] Mit einer Regelung zu der Fähigkeit, private Rechtsgeschäfte überhaupt einzugehen, überschreite der Privatgesetzgeber sein eigenes Gebiet noch nicht. Es war möglicherweise Andreas von Tuhr, der als erster den Bogen zur Bundesverfassung schlug: «Die Vertragsfreiheit ist die zivilrechtliche Seite der in der BundesV Art. 31 garantierten Handels- und Gewerbefreiheit.»[113] In der grundlegenden Studie Saladins heißt es dann, unter Berufung auch auf Zaccaria Giacometti, «Die Handels- und Gewerbefreiheit setzt … das Institut des Vertrages voraus und schliesst die Vertragsfreiheit ein.»[114] Eine Analyse der einschlägigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung im jüngsten Standardwerk zur Wirtschaftsfreiheit ergibt, dass die Vertragsfreiheit von der Rechtsprechung zumeist der Berufsfreiheit zugeordnet und auf die Wirtschaftsfreiheit als Individualrecht zurückgeführt wird (Art. 27 BV).[115] Hingewiesen werde in der Rechtsprechung auch auf die Anerkennung der Vertragsfreiheit, eine der Konkretisierungen der Privatautonomie, als allgemeinem Grundsatz des Privatrechts.

Für das Thema «Vertragsfreiheit und Verfassungsrecht» ist die föderale Zuständigkeitsregelung der Bundesverfassung bedeutsam. Das Bundeszivilrecht geht allem kantonalen Recht vor (vgl. Art. 49 BV). Die Setzung öffentlichen Rechts durch einen Kanton widerspricht an und für sich nicht notwendig dem

---

111 Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 2. Aufl., Bern 1914, S. 252.

112 Ebenda, S. 253.

113 von Tuhr (Fn. 65), S. 218 Fn 3.

114 Peter Saladin, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, S. 270; kurz zuvor war erschienen Hans Huber, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit. Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 12. November 1965, Berlin 1966.

115 Johannes Reich, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich 2011, N 131, dort auch N 496 zur Ausbildung der *«liberty to contract»* im amerikanischen Recht.

Vorrang des Bundes*zivil*rechts, doch entsteht ein Abgrenzungsproblem in denjenigen Fällen, in denen kantonales öffentliches Recht auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse einwirkt. An diesem Schnittpunkt setzt Art. 6 ZGB ein. Die Vorschrift wird so verstanden, dass eine kantonale Rechtssetzung nicht schon aus dem Grund bundesrechtswidrig ist, dass sie auf Rechtsverhältnisse einwirkt, die aufgrund Bundeszivilrechts bestehen.[116] Von jeher gelten Vorschriften des Arbeitsschutzes und der Gewerbepolizei als Beispielsfälle. Die Voraussetzungen der kantonalen Zuständigkeit, privatrechtsergänzendes öffentliches Recht (in Gesetzesform) zu erlassen, sind in der bundesgerichtlichen Praxis auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 ZGB konkretisiert worden. Auf dieser Grundlage kann auch zu der Frage Stellung genommen werden, inwieweit die Vertragsfreiheit gegen kantonales öffentliches Recht aufgeboten werden kann, mit der Folge, dass dieses sich als verfassungswidrig darstellt.

Hier kommt der Grundsatz der Vertragsfreiheit zunächst in der konkreten Ausgestaltung in Betracht, die sie durch das Bundeszivilrecht erfahren hat; inwieweit die Parteien in der Gestaltung ihrer Vertragsverhältnisse «frei» sind, ergibt sich ja nur im Zusammenspiel einer Vielzahl von bundesgesetzlichen Regelungselementen: Erst das konkrete Bundeszivilrecht ergibt, welche Freiheitsgrade für die Gestaltung von Vertragsbeziehungen bestehen. Dabei ist wesentlich, dass eine in sich abgeschlossene Regelung auf der Ebene des Bundeszivilrechts eine «Ergänzung» durch Kantonsgesetze nicht mehr erlaubt.[117] Unter diesem Gesichtspunkt ist wiederholt die Frage gestellt worden, ob das Auftragsrecht des OR in dem Sinne abschliessend ist, dass z.B. für den Behandlungsvertrag keine zusätzlichen Patientenrechte eingeführt werden könnten.[118] Im Allgemeinen wird man sagen können, dass das dispositive Vertragsrecht einer Kodifikation immer nur eine Auswahl sinnvoller Einzelregelungen bringen kann; dieser Umstand dürfte es erschweren, das Vorliegen einer abschliessenden Regelung geltend zu machen.

Schliesslich ist noch anerkannt, dass kantonale Gesetzgebung wegen eines «Verstosses gegen Sinn und Geist des Bundeszivilrechts» unzulässig sein kann; durch diese Formulierung stellt sich das übergreifende Prinzip der Vertragsfreiheit als eine Schranke der kantonalen Gesetzgebungsbefugnis dar. Wenn man die Vertragsfreiheit als Teil der Wirtschaftsfreiheit ansieht, ergibt sich, dass jedenfalls dem Kerngehalt der Vertragsfreiheit unbedingt derogative Kraft gegenüber kantonaler Gesetzgebung zukommt.[119] Dieser Zusammenhang

116 Flavio Lardelli, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 6 N 1 ff.

117 Christian Bovet und Stéphane Grodecki, in: Pascal Pichonnaz, Bénédict Foëx (Hrsg.), Commentaire Romand. Code civil I, Basel 2010, Art. 6 N 34 ff.; Lardelli (Fn. 116), Art. 6 N 21 ff.

118 Dazu BGE 114 Ia 350 E. 4b = Pra 1989, S. 951.

119 S. auch Reich (Fn. 115), N 131: sowohl die verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) als auch das Bundeszivilrecht beschränken die kantonale Gesetzgebungsbefugnis, wobei das Verhältnis beider Schranken nicht vollständig geklärt zu sein scheint.

erscheint für eine gesamthafte Bestandsaufnahme in puncto «Vertragsfreiheit» besonders bedeutsam, da im verfassungsrechtlichen Verhältnis von Bund und Kantonen den Kantonen – jedenfalls im Verfassungsrechtsvergleich – verhältnismässig umfangreiche Zuständigkeiten zustehen.

Die Rechtsprechung hat sich wiederholt mit kantonalen Regelungen zu Begrenzungen von Leistungsentgelten befasst, sei es auf dem Gebiet des Mietrechts, sei es auf anderen Gebieten (z.B. Tarifordnung für Mäkler);[120] etwas vergröbernd kann man sagen, dass das Bundesgericht zu einer grosszügigen Beurteilung neigt. Jedenfalls müssen zu einer sachgemässen Einschätzung der Preisfreiheit die auf der Grundlage von Art. 6 ZGB erlassenen kantonalen Gesetzen mit in den Blick genommen werden. Aufschlussreich ist die deutlichere Grenze, die den Kantonen gezogen wurde, soweit deren Gesetze sich als Einwirkungen auf bundeszivilrechtliche Formvorschriften darstellen. So hat das Bundesgericht eine kantonale Regelung (BL) verworfen, wonach eine gültige Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks durch ein bloss schriftliches Einverständnis eines zu Enteignenden begründet werden sollte; dem standen Art. 657 Abs. 1 ZGB und Art. 216 Abs. 1 OR entgegen.[121] Umgekehrt wurde auch die Aufstellung eines dem Bundeszivilrecht unbekannten Formerfordernisses (kantonalgesetzliche Form für den An- und Vorauszahlungsvertrag) für unzulässig gehalten.[122] Wie festgehalten sei, gelten damit gewisse Schranken der Vertragsfreiheit nur kantonal und damit landesuneinheitlich. Im interkantonalen Verhältnis zieht dies für die betreffende Schranke eigene kollisionsrechtliche Probleme nach sich.[123]

IV. Schweizer Vertragsrecht im Licht der Europäischen Menschenrechtskonvention

Im Sinne eines Merkpostens sei noch festgehalten, dass das Vertragsrecht von Staaten, die die Europäische Menschenrechtskonvention ratifiziert haben, in seiner konkreten Anwendung durch die Gerichte Verstösse gegen die Grundrechte der Konvention vermeiden muss. Die Vertragsfreiheit als solche wird durch die Konvention nicht ausdrücklich gewährleistet.[124] Eine Teilnahme der Vertragsfreiheit an der Gewährleistung des Eigentums (Art. 5 Abs. 1 S. 1 EMRK) erscheint jedenfalls plausibel. Möglich ist aber auch, dass aus anderen Grundrechten Schranken möglicher Vertragsgestaltung abgeleitet werden. So könnte man daran denken, dass der nach Art. 100 Abs. 1 OR zulässige Ausschluss der Haftung, soweit diese auf leichter Fahrlässigkeit beruht, konven-

120 Kasuistik bei Bovet und Grodecki (Fn. 117), Art. 6 N 49 ff.
121 BGE 102 Ia 553.
122 BGE 85 I 17.
123 Zu einem Beispiel aus dem Berufsrecht Felix Hunziker-Blum, Verschärfte Freizügigkeit, Beschluss aus Hindelbank, strenge Massstäbe – Ein Laborbericht, Anwaltsrevue 2017, S. 443 ff.
124 Anders die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11 EMRK).

tionswidrig ist, wenn sie den Vertragspartner für erlittene Körperschäden ohne Ersatz lässt; eine entsprechende Frage kann man für Art. 101 OR stellen.[125] Die EMRK könnte die Schweizer Vertragsordnung noch verstärkt mit dem berüchtigten Problem der Drittwirkung von Grundrechten konfrontieren;[126] an das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK sei erinnert.[127]

D. Tendenzen in Vertragspraxis und Vertragstheorie

I. Kodifikation – kein veraltetes Modell

In dem folgenden Rundblick sollen die Entwicklungen und Tendenzen zur Sprache kommen, denen die geltende schweizerische Vertragsordnung seit ihrer Gestaltwerdung im Obligationenrecht 1881/1911 ausgesetzt gewesen ist. Jedes der hier angerissenen Themen würde eine eigene Monographie verdienen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit wird nicht erhoben.[128] Ebenso wie die einzelnen Aspekte nur in groben Zügen angesprochen werden können, sind auch die Stellungnahmen des Verfassers auf das – hoffentlich – Wesentliche verknappt. Man kann die übergreifende Frage stellen, ob in den folgenden Thematiken ein grundlegender Prozess der Dekodifikation zu beobachten ist, und wie darauf zu antworten wäre.[129] Auf eine umfassende Diskussion der abstrakten Grundsatzfrage wird hier verzichtet. Es verhält sich nicht so, dass wir wegen der Komplexität der rechtlichen Entwicklung die Idee der Kodifikation als überholt ansehen müssten, weil die Kodifikation einer vermeintlich einfacher gestrickten Zeit angehört. Die Komplexität vergangener Rechtsordnungen wird oft unter-

125 Nur hingewiesen sei auf das erhebliche Ausmass, in welchem Verfassungsgerichtsbarkeiten des Auslands – der Autor denkt an Deutschland – aus den Grundrechten Vorgaben für die Privatrechtsordnung abgeleitet haben; s. dazu Heinrich Honsell, Die Einheit der Rechtsordnung, in: Tanja Domej et al. (Hrsg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008: Einheit des Privatrechts, komplexe Welt – Herausforderungen durch fortschreitende Spezialisierung und Interdisziplinarität, Stuttgart 2009, S. 11 ff., hier S. 14 ff.; s. auch Wolfgang Ernst, Das Bundesverfassungsgericht in der Privatrechtsordnung, in: Zentaro Kitagawa et al. (Hrsg.), Das Recht vor der Herausforderung eines neuen Jahrhunderts, Tübingen 1998, S. 205 ff.

126 Pointierte Stellungnahme schon bei Eugen Bucher, Drittwirkung der Grundrechte? – Überlegungen zu «Streikrecht» und «Drittwirkung» i.S. von BGE 111 II 245–259, SJZ 83 (1987), S. 37 ff.; aus jüngerer Zeit: Florian Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag, Baden-Baden 2016, S. 363 ff.

127 Aus der schon unübersehbaren Literatur sei als Empfehlung ausgewählt: Eduard Picker, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, in: Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2004. Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht, Karlsruhe 2005, S. 7 ff.

128 S. auch die Beiträge in Uwe Blaurock und Günter Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert, Baden-Baden 2010.

129 Susanne Genner, Dekodifikation: Zur Auflösung der kodifikatorischen Einheit im schweizerischen Zivilrecht, Basel 2006; s. weiter die Beiträge in: J. Michael Milo, Jan H. A. Lokin und Jan M. Smits (Hrsg.), Tradition, Codification and Unification. Comparative-Historical Essays on Developments in Civil Law, Cambridge/Antwerpen 2014.

schätzt. Auch Rechtsordnungen der Vergangenheit waren meistens Mehrebenensysteme. Von jeher war es auch eine Aufgabe der Kodifikation, die juristische Komplexität der Zeit zu meistern. Laufende Reformarbeiten an den Kodifikationen des Auslands – zuletzt die Reform des französischen Code civil 2016 – zeigen die Lebendigkeit des Kodifikationsgedankens, der sich ja auch in den Bemühungen um ein gemeineuropäisch kodifiziertes Privatrecht ausdrückt. Schliesslich sollte man nicht vergessen, welch wesentliche Bedeutung die Kodifikation für den Rechtsunterricht hat.[130] Die Qualitäten, die eine Kodifikation für den Rechtsunterricht empfehlen, sind eigener Art: Klarheit und Einfachheit der Grundprinzipien, Übersichtlichkeit und «Vernünftigkeit» der systematischen Ordnung, Schwerpunkte auf den wesentlichen, systemtragenden Fragen.

II. Wandlungen des Vertragsrechts

1. Konsumentenschutz

Die grundlegende Transformation des Privatrechts durch den Gedanken des Konsumentenschutzes ist eine vollendete Tatsache, auch wenn die Entwicklung des Konsumentenschutzes noch in vollem Gange ist. Eine Reaktion des Gesetzgebers auf eine sich immer erneut und erfindungsreich steigernde Aggressivität der Absatzbemühungen im Endkundengeschäft war – und bleibt – unausweichlich und unverzichtbar. Auch eine ländervergleichende Betrachtung zeigt als das in Marktgesellschaften weltweite Normal einen Wettlauf zwischen Marketingstrategen einerseits, der Rechtsprechung und dem Gesetzgeber andererseits. Auf der Verlustseite dieses Wechselprozesses von Kundenausbeutung und legislativen Schutzbemühungen ist freilich schon jetzt der Umstand zu verbuchen, dass der uniforme Rechtsstatus, der die Verkehrsteilnehmer ausgezeichnet hat, seit ständestaatliche Differenzierungen überwunden worden sind, aufgegeben werden musste. Das Verbrauchervertragsrecht und das allgemeine Vertragsrecht driften auseinander. Unerfreuliche Abgrenzungsschwierigkeiten dazu, wann im Einzelfall das Sonderrecht für den Konsumenten an die Stelle der allgemeinen Vertragsregeln tritt, sind unvermeidlich. Für die Zukunft wird es – immer wieder – darum gehen müssen, das richtige Mass des Schutzes zu finden. Zugleich wird man bemüht sein, das Verbraucherprivatrecht (als Sonderprivatrecht) so gut es geht weiter an den Grundstrukturen des Privatrechts teilnehmen zu lassen. In einer wichtigen Hinsicht tritt das Vertragsrecht, das sich an der Konsumentenbeteiligung ausrichtet, zu der traditionellen Vertragsordnung in einen Gegensatz: Das Verhältnis von dispositiven und zwingenden Normen kehrt sich um. So bestimmt Art. 19 PauRG, dass von den Bestimmungen des Gesetzes nur dort abgewichen werden kann, wo dies

130 S. Wolfgang Ernst, Gelehrtes Recht, in: Christoph Engel und Wolfgang Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, Tübingen 2008, S. 3 ff.

ausdrücklich vorgesehen ist. Die zum Zweck des Konsumentenschutzes aufgestellten Vorschriften, die sich als Folgenormen *(naturalia negotii)* darstellen, sind im Zweifel zwingendes Recht, oft einseitig nur zu Lasten des Unternehmers, so dass konsumentenfreundlichere Regelungen zugelassen bleiben. Etwas überspitzt könnte man sagen, der Konsumentenvertrag könne – weitgehend – nur zu den vom Gesetzgeber vorgegebenen Vertragsbedingungen (oder zu allenfalls konsumentenfreundlicheren Bedingungen) abgeschlossen werden. Die Inhaltsfreiheit ist auf eine kleinere Anzahl von Parameter verringert, zu denen aber – in Abwesenheit von Preiskontrollen – der Abgleich von Leistung und Gegenleistung gehört, also das Äquivalenzverhältnis. Bei Hinzunahme einer Preiskontrolle wäre eine Situation nicht mehr fern, in der schlussendlich ein bestimmter Vertragstyp, der der Endverbraucherversorgung dient, nur zu einem vom Gesetzgeber aufgestellten Inhalt abgeschlossen werden könnte. Sobald Preiswettbewerb und Konditionenwettbewerb gleichermassen ausgeschlossen sind, ist für den entsprechenden Sektor der Marktmechanismus ausgeschaltet. Ein echter Wettbewerb von Anbietern erschiene kaum noch möglich.

Es ist eine Frage des Gesetzgebungsdesigns, inwieweit die Kodifikation des Privatrechts (ZGB/OR) als ein Amalgam konsumentenschützender und allgemein-privatrechtlicher Regeln fortgeführt wird, oder ob man die Regeln des Konsumentenschutzes getrennt hält, sei es in Einzelerlassen, sei es gebündelt in einer eigenen Sonderkodifikation wie dem französischen *Code de la consommation*[131] oder dem italienischen *Codice del Consumo*.[132] Der Gesetzgeber der Schweiz hat sich in dieser Frage bislang keine klare Linie gegeben, wie das Pauschalreisevertragsgesetz und das KKG einerseits, die Vorschriften über den Widerruf bei Haustürgeschäften andererseits (Art. 40a ff. OR) zeigen. So oder so wird das Konzept des *Code unique*, was die Seite des Konsumentenschutzes betrifft, nicht mehr konsequent durchgehalten.

In den europäischen Nachbarländern, die einen steten Strom von unionsrechtlichen Verbesserungen des Konsumentenschutzes in ihre Vertragsordnungen integrieren müssen, kommt das teilweise bevorzugte Modell einer integralen Einarbeitung in die zentrale Privatrechtskodifikation offenbar an seine Grenzen.[133] Ein Grund liegt darin, dass die zwingenden Unionsrechtsvorgaben eine Dichte und einen Grad an Detailversessenheit erreicht haben, der eine harmonische Abstimmung mit Strukturen und Begriffen der Kodifikation verunmöglicht. Mög-

131 Zu diesem, statt aller, Claude Witz und Gerhard Wolter, Das neue französische Verbrauchergesetzbuch, ZEuP 1995, S. 35 ff.

132 Zu diesem s. Anna-Julka Lilja, Der Codice del Consumo (2005) – ein Vorbild für die Europäische Verbrauchergesetzgebung?, Berlin 2010.

133 Eine wesentliche Ursache liegt darin, dass die europäischen Behörden derzeit das Konzept vollharmonisierender Richtlinien bevorzugen; abgesehen von allem anderen Pro und Contra wird durch dieses Vorgehen die stimmige Anpassung der privatrechtlichen Kodifikationen an die Unionsrechtsvorgaben erschwert, teilweise verunmöglicht.

licherweise haben die Staaten, in denen man sich für einen *Code de la consommation* entschieden hat, das zukunftsfähigere Modell gewählt.

2. Allgemeine Geschäftsbedingungen

a. Allgemeine Geschäftsbedingungen – (k)ein Prüfstein der Vertragsfreiheit

Das Aufkommen und die rechtliche Bewältigung allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) brauchen hier nicht nochmals aufgerollt zu werden.[134] Es ist aus meiner Sicht ein Missgriff gewesen, dass man die richterliche Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen unter Berufung auf die Vertragsfreiheit hat abwehren wollen. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind in Tat und Wahrheit nicht das Ergebnis einer vertraglichen Aushandlung, sondern einseitige Bestimmungen vertraglicher Rechte und Pflichten. Dies gilt auch dann, wenn man an der Vorstellung festhält, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen zu ihrer Wirksamkeit beidseits in den Vertrag einbezogen worden sein müssen. Es ist ein fester Bestand der kontinentaleuropäischen Vertragslehre, dass Leistungsbestimmungen, die im Vertragsverhältnis einer der beiden Parteien überlassen bleiben, der richterlichen Kontrolle unterliegen:[135] AGB, bei denen es sich so verhält, müssen billigem Ermessen entsprechen. Eine Kernfrage des AGB-Rechts geht dahin, inwieweit eine richterliche Überprüfung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch im unternehmerischen Verkehr stattfindet.[136] Aus der hier eingenommenen Sicht, wonach die *ratio* dieser Überprüfung in der Einseitigkeit besteht, mit der eine der Parteien die Bedingungen des Vertrages bestimmt, sollte man gegenüber einer AGB-Kontrolle auch im unternehmerischen Verkehr offen sein. Der Gesetzgeber hat indes die auf Art. 8 UWG gestützte AGB-Kontrolle zunächst einmal am Schutz des Konsumenten ausgerichtet.

b. Dispositives Vertragsrecht: Leitbild der AGB-Kontrolle?

Im Ausland hat die Anerkennung richterlicher Klauselkontrolle schon seit Längerem zu einem Bedeutungszuwachs des dispositiven Vertragsrechts geführt: «Die gesetzlichen Dispositivnormen ergeben den Massstab für die Beurteilung, ob die Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht der Billigkeit entspricht.»[137] Man spricht bekanntlich von der Leitbildfunktion der Dispositiv-

134 Umfassend und grundlegend jetzt Helmut Heiss, in: Reto Heizmann und Leander D. Loacker (Hrsg.), UWG: Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb: Kommentar, Zürich 2018, Art. 8 N 1 ff.

135 Für den Kaufvertrag zum Beispiel war anerkannt, dass die Preisbestimmung, wenn sie einer Seite überlassen war, nicht willkürlich, sondern nach billigem Ermessen zu erfolgen hatte; daraus ergab sich ein richterliches Moderationsrecht; s. Bernhard Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 8. Aufl., Frankfurt/M. 1900, § 386, S. 590, m.w. Nachw.

136 Dazu etwa Isabelle Wildhaber, Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im unternehmerischen Verkehr, Gefahr für die Vertragsfreiheit?, SJZ 2011, S. 537 ff.

137 Flume (Fn. 1) S. 671.

normen.[138] Auch Art. 8 aUWG[1986] wies in diese Richtung: Hier kamen Vorschriften in Unlauterkeitsverdacht, die «von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen oder eine der Vertragsnatur erheblich wiedersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen»; freilich war zusätzlich noch eine Irreführung gefordert. Auch wenn die Revision des UWG nun eine andere Formulierung verwendet, will die Mehrzahl der Autoren «das formelle Missverhältnis durch einen Vergleich der AGB-Regelung mit dem dispositiven Recht bestimmen».[139] Es bleibt abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung in der Handhabung des neuen Art. 8 UWG der Vorstellung vom dispositiven Vertragsrecht als dem massgeblichen «Leitbild» bedienen wird.[140]

Die Zuweisung der Leitbildfunktion gibt dem dispositiven Recht eine zusätzliche Dimension: Es wirkt nun als zwingende Schranke gegenüber einer abweichenden Regelung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, während eine Individualabrede neben oder entgegen den Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen weiterhin von der dispositiven Vorschrift wegführen darf. Die dispositiven Regelungen des Gesetzes erscheinen «AGB-fest». Soweit sich der Verkehr auf die Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen angewiesen sieht, was ja im Massengeschäft der Fall ist, müssen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem dispositiven Recht folgen: Im Massengeschäft gibt das Gesetz damit die Vertragsbedingungen zwingend vor, soweit es für den betreffenden Vertragstypus einschlägige Dispositivnormen enthält. Mit Recht las man vor einigen Jahren, dispositives Vertragsrecht werde so, «in Verbindung mit dem wirtschaftlichen Zwang zum Formularvertrag, zu faktisch *in*dispositivem Recht.»[141] Gegen den Befund, dass dann im Massengeschäft der Konditionenwettbewerb durch den Privatgesetzgeber ausgeschaltet wird, kann man sich aber noch darauf zurückziehen, dass Unternehmer immerhin zu günstigeren Konditionen anbieten können als gesetzlich (über Art. 8 UWG) gefordert.

Obschon diese Entwicklung hin zur Kontrolle am «Leitbild» sich als fast zwingend darstellt, ist doch der einschneidende Funktionswandel, den das dispositive Vertragsrecht dabei durchmacht, keineswegs problemlos. Zunächst sei

---

138 Zur Leitbildfunktion vor dem Hintergrund der geschichtlichen Vertragstypenlehre Günter Weick, Die Idee des Leitbildes und die Typisierung im gegenwärtigen Vertragsrecht, NJW 1978, S. 11 ff.; aus jüngerer Zeit s. Nils Jansen, Klauselkontrolle, in: Horst Eidenmüller et al. (Hrsg.), Revision des Verbraucher-*acquis*, Tübingen 2011, S. 53 ff.; Moritz Renner, Die »Natur des Vertrages» nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Soziologische Massstabsbildung bei der AGB-Inhaltskontrolle, AcP 213 (2013), S. 677 ff.

139 Heiss (Fn. 134) Art. 8 N 193 ff., dort auch zur Gegenansicht, wonach sich aus dem gesetzlichen Formulierungswechsel ein Verbot der Bezugnahme auf die dispositive Vertragsordnung ergeben soll.

140 S. als Beispiel Andreas Schirrmacher, Die Sachmängelgewährleistung in der Vertragsgestaltung, insbesondere durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB), Diss. iur. Zürich 2018, S. 149 ff.

141 Christian Thomale, Der Maklervertrag als Hybrid der Vertragstypenlehre, JZ 2012, S. 716 ff., S. 721.

auf den fragmentarischen Charakter der Dispositivnormen hingewiesen: Aus der Unzahl von Folgefragen, die bei Verträgen desselben Typus auftreten können, regelt der Gesetzgeber ja nur eine Auswahl. Bei dieser Auswahl, die zu einem überwiegenden Teil in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts – unter Rückgriff auf das damals Übliche – erfolgt ist, hatte man die Kontrollfunktion gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht im Sinn. Teilweise verfolg(t)en Dispositivnormen vorrangig einen Vereinheitlichungszweck, weil sich Usancen kantonal unterschieden. Teilweise geben die Dispositivnormen nur einer von mehreren möglichen Vertragsauslegungen den Vorzug. Wenn diese Normen als zwingende Grenze der Vertragsgestaltung mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen wirken, ergibt sich ein bemerkenswerter Befund: Je umfassender und detailfreudiger ein historischer Gesetzgeber in puncto dispositiver Folgenormen gewesen ist, desto engmaschiger sind nun die zwingenden Vorgaben für AGB-gestützte Massengeschäfte.

Im Idealfall sollte es für jede einzelne Dispositivnorm stimmen, dass sie die *natura contractus* verwirklicht, aber ob dem wirklich so ist, mag im Einzelfall doch zweifelhaft erscheinen. Als Gegenbeispiel sei auf die rechtspolitischen Zweifel verwiesen, die gegenüber Art. 185 OR schon geäussert wurden.[142] Eine AGB-Kontrolle, die sich zu stark auf die Leitbildfunktion der Dispositivnormen verlässt, greift leicht zu kurz in den Fällen, in denen der Gesetzgeber des OR[1881] eine Dispositivnorm hätte aufstellen können, davon aber – aus welchen Gründen auch immer – abgesehen hat. Es ist daher die Frage, ob nicht für die AGB-Kontrolle ein klares gesetzgeberisches Verbot unzulässiger Klauseln, zumindest in Ergänzung der am Leitbild dispositiven Rechts orientierten Inhaltskontrolle, zu wünschen ist (Verbotskatalog). Schliesslich trifft eine am dispositiven Vertragsrecht als Leitbild orientierte Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen noch auf Probleme, wenn es um Allgemeine Geschäftsbedingungen für Innominatverträge geht; die Streitfrage, welche Vorschriften aus dem Bereich der gesetzlich geregelten Verträge hier anwendbar sind, kehrt damit auf einer neuen Ebene wieder, indem nach den Leitbild-geeigneten Vorschriften gefragt werden muss.[143] Für das Thema dieses Beitrags sei festgehalten: Als Kontrollmassstab bietet sich das dispositive Vertragsrecht nur an, weil und insoweit es dem Ideal verpflichtet ist Normen aufzustellen, «deren einheitliche Annahme von jedem Sachkundigen ohne Bedenken als Errungenschaft für unseren Kredit, für den Schutz wichtiger Rechte, für die Sicherheit des Verkehrs anerkannt werden muss» (Munzinger).[144]

142 S. BGE 128 III 370, und dazu, statt aller, Pascal Pichonnaz, Periculum emptoris und das schweizerische Recht: Ein Fall des Rückgriffs auf römisches Recht durch das Schweizerische Bundesgericht, in: Eva Jakab und Wolfgang Ernst (Hrsg.), Kaufen nach Römischem Recht – Antikes Erbe in europäischen Kaufrechtsordnungen, Berlin/Heidelberg 2008, S. 183 ff.

143 Dieses Thema ist Gegenstand der Arbeit von Markus Stoffels, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge. Rechtsfindung und Inhaltskontrolle, Tübingen 2001 (zum deutschen Recht).

144 S. 190, in: Fasel (Fn. 55), S. 348.

3. Und immer wieder: die Vertragsäquivalenz

Für die Zentralfragen des Vertragsrechts gilt wohl auch das «Prinzip der Ewigen Wiederkunft». Die Frage, ob das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung allein durch die Übereinstimmung der Parteien gerechtfertigt ist, oder ob eine – der richterlichen Überprüfung unterliegende – Übereinstimmung mit einem überindividuellen Massstab stattzufinden hat (Vertragsgerechtigkeit), ist mit der Regelung dieser Frage im Obligationenrecht – nämlich durch die Bestimmung zur Übervorteilung – nicht zur Ruhe gekommen. Vielfältig zeichnet sich ein Drang zu paternalistischer Preiskontrolle ab; die Entwicklung ist teilweise mit dem Gedanken des Konsumentenschutzes verquickt. Als Ausgangspunkt sei die Erkenntnis festgehalten: «Es kommt bei einem gegenseitigen Vertrag nicht darauf an, in welchem Verhältnis bei einer objektiven Betrachtung Leistung und Gegenleistung stehen, sondern die Vertragsschliessenden bestimmen den Entgeltcharakter, es sei denn, dass ausnahmsweise besondere gesetzliche Bestimmungen bestehen, wie im Fall von Preisgesetzen. Das pretium ist ein iustum pretium, weil und wenn es vereinbart ist.»[145]

Ein Weg, der häufiger beschritten wird, um einen Ausgleich für die vermeintlich fehlende Äquivalenzkontrolle zu schaffen, ist die Ausdehnung der Unwirksamkeitsgründe auf Fälle, in denen eine strukturelle Unterlegenheit im Spiel ist (oder vermutet wird).[146] Beispielhaft sei ein Blick in den französischen Code civil geworfen, der 2016 revidiert wurde.[147] Durch Art. 1143 wird die Anfechtbarkeit des Vertrages wegen *violence* [!] auf den Fall erstreckt, dass sich eine Partei in Ausbeutung einer Notlage der Gegenpartei einen übermäßigen Vorteil *(avantage excessif)* verschafft.[148] In einem neuen Art. 1122–2 wird namentlich der Verbraucher vor einem erheblichen Ungleichgewicht der Leistungen *(déséquilibre significatif)* geschützt, indem er Abänderung oder Aufhebung der entsprechenden Vertragsklausel verlangen kann. Eine andere Entwicklung, in Deutschland zu beobachten, besteht darin, das «subjektive» Element der Ausnutzung einer Notlage etc. herunterzuspielen oder geradezu zu negieren; dies hat zur Folge, dass das objektive Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung, jedenfalls ab einer gewissen Schwelle, ausreicht, um sich gestützt auf das gesetzliche Verbot sittenwidriger Verträge vom Vertrag loszusagen.[149] Damit ergibt sich in etwa wieder eine objektive Preiskontrolle, die der Gesetzgeber

145 Flume (Fn. 1), S. 170.

146 S. z.B. Art. 51 CESL.

147 Zur Revision des Code civil s. Ulrike Babusiaux und Claude Witz, Das neue französische Vertragsrecht: Zur Reform des Code civil, JZ 2017, S. 496 ff.; aus rechtsvergleichender Sicht s. die Beitrage in: John Cartwright und Simon Whittaker (Hrsg.), The Code Napoléon Rewritten: French Contract Law after the 2016 Reforms, Oxford/Portland 2017.

148 «Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.»

149 Zur Lehre vom «wucherähnlichen» Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB s. BGHZ 146, 298.

des deutschen BGB – wie vor ihm der des OR – bewusst nicht aufgenommen hatte.

4. Ausgeübte Vertragsfreiheit – ungetreue Geschäftsbesorgung?

Die eidgenössische Volksinitiative «gegen die Abzockerei» und der aus dieser hervorgegangene Art. 95 Abs. 5 (neu) BV[150] haben das Problem der *laesio enormis* für den Bereich der Lohngerechtigkeit wieder belebt, dabei indes eine neue Seite der Problematik aufgezeigt: Der Abschluss der Vergütungsvereinbarungen erfolgt seitens Gesellschaft durch Vertreter, die nicht selber die von Vor- und Nachteiligkeit der Vereinbarung betroffenen Vermögensträger sind. Der neuralgische Punkt liegt darin, dass die Inäquivalenz ein Vermögen belastet, das für den Vertragsschliessenden ein fremdes Vermögen ist, nämlich das Vermögen der Gesellschaft. Im Umgang mit fremdem Vermögen kann man sich, was die Belastung dieses Vermögens mit Zahlungspflichten für Vorstandsmitglieder betrifft, nicht auf die Vertragsfreiheit berufen; die Belastung des Gesellschaftsvermögens mit der Entgeltverpflichtung muss vielmehr im Rahmen der «business-judgment-rule» angemessen sein. Wenn hingegen ein Einzelkaufmann mit seinem Prokuristen ein Gehalt vereinbart, das geradezu unerhört ist und jede Vorstellung sprengt: Unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt wollte man eine solche Vereinbarung beanstanden?

Dieses Beispiel zeigt, dass das Problem des *iustum pretium* eine neue Dimension gewonnen hat. Ursächlich ist eine sich wandelnde Verbreitung verschiedener Rechtssubjektivitäten, weg von der natürlichen Person, dem klassischen Kaufmann, hin zu juristischen Personen oder Handelsgesellschaften. Der Vertragsschluss für juristische Personen/Gesellschaften erfolgt durch deren Vertreter, die sich hierbei – im Verhältnis zur vertretenen Gesellschaft – pflichtgemäss, und also gerade nicht willkürlich, zu verhalten haben. Auch wenn nach der Vertragsordnung das rechtliche «Können» gegeben ist, zu jedwedem Preis-/Leistungsverhältnis zu kontrahieren, sind die konkreten Akteure doch im jeweiligen Innenverhältnis gehalten, eine auffällige Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung zu vermeiden; man könnte sagen, diese Einschränkung betreffe ihr rechtliches «Dürfen» im Innenverhältnis. Ein Vertrag, der sich durch ein objektives Missverhältnis auszeichnet (ohne dass ein Fall von Art. 21 OR vorliegt), ist danach zwar gültig, führt aber allenfalls zu einer Verantwortlichkeit des Handelnden gegenüber der verpflichteten/berechtigten juristischen Person. Ein solcher Pflichtverstoss mag eine Strafbarkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung auszulösen (Art. 158 StGB). Obschon es sich beim vertragsrechtlichen «Können» und dem auftragsrechtlichen «Dürfen» um zwei verschiedene Ebenen handelt, setzt die Rechtsordnung, soweit es die mit juristischer Persona-

150 Seit dem 1. Jan. 2014 ist hierzu die VegüV (Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften) in Kraft.

lität ausgestatteten Akteure betrifft, doch einen erheblichen Anreiz, unausgewogene Verträge zu vermeiden. Nimmt man hinzu, dass der Konsumentenschutz darauf drängt, auch gegen ein objektives Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung einzuschreiten, dürfte sich der Bereich, in welchem ganz unbekümmert zu jedwedem Preis-/Leistungsverhältnis kontrahiert werden kann, als erheblich beschränkt darstellen. Es bleibt etwa der Kunstsammler, der bei einer Auktion das für seine Sammlung fehlende Bild zu einem exorbitanten Preis, einem Vielfachen des Schätzpreises, ersteigert.

III. Aspekte der Vertragsordnungen in Nachbarländern

1. Wettbewerb der Vertragsordnungen

In den Anfängen ist eine Vertragsordnung typischerweise einem konkreten Kulturkreis eigen: Die Vertragsordnung erscheint als urtümlich vorgegeben. In der Entwicklung werden dann Elemente anderer Rechtsordnungen entlehnt. Vertragsordnungen verschiedener Rechtsräume beliefern sich gegenseitig mit Regelungselementen, die sich für die übernehmende Ordnung als – gezielte oder unbewusste – Innovation darstellen. Die europäische Geschichte der Vertragsordnungen ist seit dem Mittelalter geprägt von der Tendenz zu einer Zusammenfassung kleinerer Rechtsräume mit eigenen Vertragsordnungen zu grossräumigeren Einheiten mit einheitlichem oder angeglichenem Vertragsrecht. Die Schaffung des OR ist das naheliegende Musterbeispiel. Vergleichbare Prozesse sind in allen Nachbarländern abgelaufen. Dem internationalen Geschäftsverkehr kommen länderübergreifende Vertragsordnungen zu Gute; das UN-Kaufrecht ist ein Beispiel unter vielen. Die Instrumente solcher Raumvergrösserung sind verschieden: Es gibt Einheitsrecht aufgrund von völkerrechtlichen Konventionen, aber auch die Übertragung der Zuständigkeit für das Vertragsrecht auf grössere und schlussendlich supranationale Verbände. Heute gibt auch das WTO-Recht einen Rechtsrahmen für die nationalen Vertragsrechte vor. Neben regelrechter Vereinheitlichung kommen informelle Prozesse inhaltlicher Annäherung (Konvergenz) vor, in deren Folge sich Unterschiede zwischen Vertragsordnungen einebnen.[151] Von der akademischen Seite wird der Wettbewerb der Vertragsordnungen durch rechtsvergleichende Untersuchungen flankiert.

An der Aufstellung eines gemeinsamen europäischen Vertragsrechts, oder zuerst einmal nur eines gemeineuropäischen Kaufrechts, wird seit Jahrzehnten gearbeitet.[152] Der Prozess ist zähflüssig und hängt auch von der Vitalität der Europäischen Union insgesamt ab. Mit etwas Abstand wird man aber nicht zweifeln, dass die Entwicklungstendenz auf ein gemeineuropäisches Vertragsrecht gerichtet

151 Die Problematik ist für das Gesellschaftsrecht grundlegend aufgearbeitet durch Hans-Ueli Vogt, Konvergenz von Gesellschaftsrechten, Zürich 2012.

152 Zur Geschichte der bisherigen Bemühungen s. umfassend Nils Jansen und Reinhard Zimmermann (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018.

ist.[153] Noch nicht abzuschätzen sind die rechtliche Grundlage eines solchen kommenden Vertragsrechts – die Rechtssetzungskompetenzen der EU sind hier derzeit ungenügend –, die Vertragstypen, die es erfassen wird, und das Verhältnis zu den beizubehaltenden nationalen Vertragsrechten.[154] Mit diesen Entwicklungen geht eine gewisse Abkoppelung von den unterschiedlichen rechtskulturellen Umfeldern einher: Je grossräumiger ein Vertragsrecht gelten soll, desto abstrakter wird es sein. Erkannt ist freilich auch ein Spannungsverhältnis von Rechtsvereinheitlichung oder -angleichung einerseits und Wettbewerb von Vertragsordnungen andererseits, der sich ja am besten bei einem Nebeneinander distinkter Systeme entfalten kann: Vereinheitlichung kann sich als Feind des Wettbewerbs entpuppen.

Immer noch sollten Vertragsordnungen in allererster Linie auf den heimischen Geschäftsverkehr zielen. Eingeladen durch die Möglichkeit der Rechtswahl steht der internationale Geschäftsverkehr indes vor der Aufgabe, Vor- und Nachteile von verschiedenen Vertragsordnungen gegeneinander abzuwägen, um eine zweckmässige Wahl zu treffen. So hat sich eine Konkurrenz von Vertragsordnungen ergeben. Wenn der Gesetzgeber heute gestaltend in die Vertragsordnung eingreift, muss man zu vermeiden suchen, dass heimische Kontrahenten sich vom schweizerischenertragsrecht abwenden; ebenso kann man es als sekundäres Regelungsziel anerkennen, das Schweizer Vertragsrecht für ein kollisionsrechtliches opt-in von Auslandsparteien attraktiv zu halten. Derzeit wird dem Vertragsrecht des OR eine grosse internationale Beliebtheit nachgesagt. Es handelt sich um anekdotische Eindrücke, methodisch abgesicherte Studien sind dem Verfasser nicht bekannt.

2. *Angelsächsische Vertragsordnungen – ein Seitenblick*

Ein kurzer Blick sei auf die im Grundsätzlichen anders geartete Ordnung des Vertragswesens in der englischen Rechtstradition geworfen.[155] Vertragstypen kommen hier in einer anderen Weise ins Spiel.[156] Im Zentrum der englischen Rechtsentwicklung stand die Frage der Klagbarkeit des Versprechens. Für das Versprechen wurde die Doktrin der *consideration* entwickelt, von welcher der englische Rechtshistoriker S. F. C. Milsom gesagt hat, sie sei «the essence of

153 Als Monographie hervorzuheben: Karl Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003. Die Literatur im Übrigen ist längst unüberschaubar.

154 Hierzu Leander Loacker, Unnötige Qual bei der Wahl des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts: Zum geplanten territorialen Anwendungsbereich der Kaufrechtsverordnung und seiner Interaktion mit dem Kollisionsrecht, EuZW 2014, S. 888 ff.

155 Rechtsvergleichenden Überblick für die Frage der Vertragstypenordnungen: Francisco Javier Andrés Santos, Christian Baldus und Helge Dedek (Hrsg.), Historical Development and European Perspectives: Contract Types in Europe. Vertragstypen in Europa – Historische Entwicklung und europäische Perspektiven, München 2011; dazu Florian Bien und Artur Fabisch, ERCL 2012, S. 499 ff.

156 Zum folgenden ausf. Eugen Bucher, England und der Kontinent, Zur Andersartigkeit des Vertragsrechts – die Gründe und zu consideration, ZVglRWiss 105 (2006), S. 164 ff.

the common law of contract».[157] Der Inhalt des Versprechens und der Gegenstand der *consideration* müssen nicht einem bestimmten vertypten Austauschvorgang (Sachübereignung gegen Geld, Gebrauchsüberlassung gegen Geld usw.) entsprechen, um die Klagbarkeit des Versprechens zu begründen. Versprechen und *consideration* zeichnen sich im Gegenteil geradezu durch eine erstaunliche Inhaltsindifferenz aus. Dies zeigt sich an den verschiedenen Gesichtspunkten, unter denen man das Erfordernis einer *consideration* thematisiert und präzisiert: *past* oder *executed*, Aufbringung durch den Versprechensempfänger selbst oder durch einen Dritten, die Frage einer bloss symbolischen *consideration («peppercorn»)*. Es ist demgegenüber überhaupt kein Thema, ob die *consideration* die zu einem bestimmten Vertragstyp gehörende, charakteristische Leistung zum Gegenstand hat. Ebenso wenig wird diese Frage für das Versprechen gestellt, das durch die *consideration* seine Klagbarkeit erhält. Die Vertragslehre des englischen Rechts ist also im Ansatz *nicht* vertrags*typen*bezogen. Nicht nur war die Klagbarkeit eines Versprechens nie davon abhängig, dass die Vereinbarung mit einem vorgegebenen Vertragstypus zur Deckung gebracht werden kann. Es fehlte auch die Vorstellung, es gebe verschiedene Vertragstypen, für die sich vor Eintreten auf die konkrete Vertragsvereinbarung aufgrund der *natura contractus* bereits Wesentliches aussagen lasse. Wenn man das englische Vertragsrecht mit einer kontinentaljuristischen Brille sehen will, genügt es, dass der Vertragsschluss nach den Regeln des «allgemeinen Vertragsrechts» in Ordnung ist. Das Weitere ergibt sich zunächst aus der Auslegung des konkreten Vertrages. Das englische Recht zeigt also nicht denselben ausgeprägten Dualismus von allgemeinem Vertragsrecht und ausgefeilten Normbeständen vertragstypenspezifischer Natur wie die Vertragsordnungen der römischrechtlichen Tradition. Man arbeitet mit einem allgemeinen *contract law* und wertet im Übrigen den Inhalt der konkreten Vereinbarung aus. Die konkrete Vertragsvereinbarung erfährt freilich eine wesentliche Ergänzung durch *implied terms*: Vertragsparteien müssen sich die Behandlung anhand bestimmter Vertragsbedingungen gefallen lassen, die nicht vereinbart worden sind. Die richterliche Berücksichtigung solcher Bedingungen *(implied terms)* wird als *implication* bezeichnet. Es hat sich eine ausgefeilte Lehre von der *implication* entwickelt, die sich als wesentlicher Bestandteil des angelsächsischen Vertragsrechts darstellt.[158] Diese Lehre ist hier im Einzelnen nicht darzustellen. Für unser Thema ist wesentlich, dass für die *implied terms* dem Vertragstyp «vielfach entscheidende Bedeutung» zukommt.[159] Die *implied terms* – zumin-

157 Stroud Francis Charles Milsom, Historical Foundations of the Common Law, London 1981, S. 356.

158 Umfassend Martin Schmidt-Kessel, Implied Terms, ZVglRWiss 96 (1997), S. 101 ff.; zuvor bereits Reinhard Zimmermann, «Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter …» – Condicio tacita, implied terms und die Fortbildung des europäischen Privatrechts, AcP 121 (1993), S. 121 ff.

159 Schmidt-Kessel (Fn. 158), S. 117 m.w. Nachw. in Fn. 118.

dest ein Teilbereich derselben – lassen sich als Funktionsäquivalente unseres dispositiven Vertragsrechts verstehen. Sie gehen auch mit der Ausbildung spezieller Vertragstypen einher, die als Anwendungsauslöser fungieren. Mit dem *Sale of Goods Act* verfügt das englische Recht über eine wichtige Teilkodifikation, für die etwa auch Abgrenzungsfragen zum Tausch oder zur Werklieferung zu stellen sind. Ähnliches gilt für den *Supply of Goods and Services Act* 1982. Durch diese Teilkodifikationen wurden einschlägige *implied terms* zu «Gesetzesrecht» gemacht, das sich ganz direkt mit dem dispositiven Vertragsrecht der kontinentalen Tradition vergleichen lässt.[160]

3. Vertragsordnungen von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union

Eine Klarstellung sei vorausgeschickt: Die Unions-Mitgliedschaft hat auf die Entwicklung der Rechtsordnungen aller Mitgliedsstaaten – nicht nur im Privatrecht – in kaum zu überschätzendem Umfang und auf vielfältigste Weise eingewirkt. Das derzeitige Bemühen im Vereinigten Königreich, die Rechtsordnung aus ihrer Verflechtung mit dem Rechtswesen der Union wieder herauszulösen, zeigt das erreichte Ausmass der rechtlichen Integration. An dieser Stelle ist weder eine politische Bewertung der Mitgliedschaft in der Europäischen Union beabsichtigt, noch soll die gesamte Transformation der mitgliedsstaatlichen Rechtsordnungen unter dem Einfluss der Unionsmitgliedschaft evaluiert werden. Es geht an dieser Stelle einzig um gewisse Veränderungen der herkömmlichen Vertragsordnungen. Wenn im Folgenden eine kritische Sicht überwiegt, so stehen dem vielfältige Positiveffekte – auf rechtlichem, wirtschaftlichem und gesellschaftlichem Gebiet – gegenüber, die hier indes nicht thematisch einschlägig sind.

Sieht man vom Recht Englands und Wales ab, dürften die Vertragsordnungen in den derzeitigen Mitgliedsstaaten der Union durchweg ebenso strukturiert sein wie die Vertragsordnung der Schweiz: Ein allgemeiner Vertragsbegriff (Konsensualvertrag) spielt mit einem Bestand besonderer Vertragstypen zusammen; Innominatverträge sind ebenfalls gültig. Die Einarbeitung unionsrechtlicher Vorgaben ist, soweit sie durch Erlass von Richtlinien erfolgte, von Staat zu Staat unterschiedlich erfolgt. Hier wird als Beispiel die deutsche Entwicklung skizziert. Der deutsche Gesetzgeber hat in den letzten Jahrzehnten konsequent den Weg beschritten, die aus der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit bekannten Typen als neue Nominatverträge in das BGB zu integrieren. Grundsätzlich denselben Weg beschreitet man in den Niederlanden und in weiteren Mitgliedsstaaten der EU. Soweit die Rechtssetzung der Europäischen Union die Aufstellung zwingender (oder halbzwingender) Normen im Vertragsrecht erfordert, muss der Gesetzgeber des Mitgliedsstaats, der das durch die EU vorgeschriebene *ius cogens* in die Privatrechtskodifikation integrieren will, hierfür

160 S. auch Hein Kötz, Undogmatisches, Tübingen 2005, S. 181.

auch ein passendes Typenumfeld schaffen. Die vom europäischen Recht verlangten zwingenden Vorschriften sind tatbestandlich in der Regel nämlich nicht so formiert, dass sie an die überkommenen Vertragstypen mitgliedsstaatlicher Rechte anknüpfen würden (was doch wenigstens manchmal möglich wäre); vielmehr schafft das europäische Recht für seine Verbotsnormen eine jeweils eigene und neue Vertragstypologie. Kategorien wie «Haustürgeschäfte» oder «Verträge über digitale Leistungen» liegen ja, bildlich gesprochen, «quer» zur herkömmlichen Typenordnung. Soll die Typenordnung der Kodifikation nicht völlig umgekrempelt und unübersichtlich werden, kann man natürlich auch ein Sondergesetz aufstellen, das dann aber den idealtypischen Anspruch der Kodifikation unterminiert, erschöpfend über das Privatrecht Auskunft zu geben. Skylla und Charybdis.

Eine Aufzählung der neu in das deutsche BGB einmontierten Vertragstypen soll den Gestaltwandel verdeutlichen: Im Bereich des Kaufs ist (neben Verträgen über den Erwerb besondere Gegenstände wie z.B. Schiffen) speziell der Verbrauchsgüterkauf geregelt. Es folgen Abschnitte über Teilzeit-Wohnrechteverträge, Verträge über langfristige Urlaubsprodukte, Vermittlungsverträge und Tauschsystemverträge. Im Bereich des Darlehensvertrags ist der Verbraucherdarlehensvertrag verselbständigt, wobei für den Immobiliar-Verbraucherdarlehensvertrag nochmals Sonderregeln aufgestellt sind. Im Zusammenhang mit dem Mäklervertrag ist des Darlehensvermittlungsvertrages gedacht. Das Sachdarlehen ist vom Finanzierungsdarlehen vollständig gelöst. Der Behandlungsvertrag (Behandelnder – Patient) ist als besondere Ausprägung des Dienstvertrages (der kein Arbeitsvertrag ist) eingeführt. Als besondere Unterarten des Werkvertrags sind Bauvertrag und Verbraucherbauvertrag normiert. Auch für den Architektenvertrag, für den Ingenieurvertrag (im Zusammenhang mit Bauwerkserstellung) und für den Bauträgervertrag sind eigene *naturalia negotii* aufgestellt. Schon länger hatte der Reisevertrag einen eigenen Vertragstyp im Gesetz erhalten (mit einer Sonderbestimmung für Gastschulaufenthalte). Für die Pauschalreise wurde ab 1. Januar 2018 ein eigener Vertragstypus in das BGB eingeführt. Eine eigene Vorschrift behandelt die Gewinnzusage. Eine regelrechte Inflation hat das Auftragsrecht erfahren, indem als Anwendungsbereich des entgeltlichen Auftrags (in Deutschland: Geschäftsbesorgung) das Recht der Zahlungsdienste in das BGB integriert wurde. Besonders geregelt sind hier (und nicht etwa im Bereich der Anweisung) die Aufträge zur Übertragung von Wertpapieren in Systemen, der Zahlungsdienstevertrag und der Zahlungsdiensterahmenvertrag.

Bei dieser legislativen Proliferation von Vertragstypen stehen die verschiedenen Typen systematisch keineswegs auf einer Ebene. Vielmehr erscheinen Typen, Untertypen und Unter-Untertypen in einer mehrfachen Stufung des Systems.[161] Der Zusammenhang wird durch die Anordnung im Gesetz, durch

161 Auch das OR kennt diese Regelungstechnik, setzt sie freilich weitaus zurückhaltender ein; s. dazu Gauch (Fn. 70), S. 3 ff., hier S. 10 f. u. öfter.

dessen Untergliederung und durch zahlreiche gesetzliche Querverweise hergestellt. Das Ideal des dem Bürger leicht zugänglichen Gesetzes – es war für das BGB ohnehin nie die Leitidee – wird hier und an vielen anderen Stellen eklatant verfehlt. Durch den Anspruch, eine allumfassende Quelle des Privatrechts zu bleiben, hat sich das deutsche BGB erheblich gewandelt.[162] Wiederholt ist schon an das Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794 erinnert worden, dessen Überfülle an Details nicht als Wohltat, sondern als Plage galt. Es fällt auf, dass zahlreiche atypische Verträge, die im Verkehrsleben eine große Rolle spielen, sich dem Prozess der kontinuierlichen Rekodifikation bislang entzogen haben. So ist der Leasingvertrag (in seinen verschiedenen Varianten) bislang nicht für einen neuen gesetzlichen Vertragstypus verwertet worden. Das Arbeitsrecht hat sich der Integration in das BGB – und überhaupt einer Kodifizierung – entzogen, obschon wiederholt Versuche in diese Richtung gemacht worden sind.[163]

In überraschender Weise hat die Ordnung der Europäischen Union noch eine weitere rechtliche Dimension des dispositiven Vertragsrechts sichtbar werden lassen: Man stellt die Frage, wie sich die national unterschiedlichen Vertragsrechte, gerade auch in ihrem dispositiven Element, zu den Grundfreiheiten der Union verhalten: Kann es eine «Massnahme gleicher Wirkung» sein, dass ein Staat nach seiner Typenordnung dispositive Folgenormen zur Anwendung bringt, die in anderen Staaten so nicht gelten? Immerhin erzeugen Dispositivnormen eine Art «Wegbedingungsobliegenheit».[164] Wie soll die hierdurch erfolgte Beschränkung einer betroffenen Verkehrsfreiheit des primären Unionsrechts, wenn man eine solche erkennen wollte, gerechtfertigt werden? Die Problematik wird von der Möglichkeit der internationalprivatrechtlichen Rechtswahl überlagert.[165] Die Fragestellung schreckt auf, doch dürften die gewöhnlichen Dispositivnormen wohl den Verhältnismässigkeitstest, auf den es hinausläuft, bestehen.[166]

---

162 Beim deutschen HGB verlief die Entwicklung weniger einschneidend: Dem Frachtvertrag wurde ein Unterabschnitt zum Umzugsvertrag beigestellt; der multimodale Transportvertrag wurde eigens geregelt.

163 Entwürfe eines Arbeitsvertragsgesetzes wurden in der Weimarer Republik diskutiert, in der BRD der siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts und dann nach der deutschen Wiedervereinigung (die DDR hatte über ein Arbeitsgesetzbuch verfügt); s. umf. Enrico Iannone, Die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts – ein Jahrhundertprojekt ohne Erfolgsaussicht?, Frankfurt/M. 2009.

164 Für zwingende Normen wurde die Frage untersucht durch Oliver Remien, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003.

165 Grundlegend Andreas Furrer, Zivilrecht im gemeinschaftlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht, Bern 2002.

166 S. (Auswahl) Irene Klauer, Die Europäisierung des Privatrechts – Der EuGH als Zivilrichter, Baden-Baden 1998; Olaf Langner, Das Kaufrecht auf dem Prüfstein der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, RabelsZ 2001, S. 223 ff.; Apostolos Tassikas, Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmebereiche der EG-Grundfreiheiten. Ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts, Tübingen 2004; Heinrich Foglar-Deinhardstein, Gerichtliche Europäisierung des Vertragsrechts,

IV. Impulse der Vertragsrechtstheorie

1. Der vollständige und der unvollständige Vertrag

Ein in jüngerer Zeit intensiv diskutierter Aspekt des Vertragsrechts ist die Kennzeichnung der Verträge als «vollständig» *(complete)* oder «unvollständig» *(incomplete)*.[167] Der «vollständige» Vertrag ist derjenige, der aus sich heraus abschliessend Regelungen für alle Eventualitäten enthält und auch die im Vertragstext benutzten Begriffe definiert; der vollständige Vertrag will nicht durch dispositives Gesetzesrecht ergänzt werden. Die Vertragsordnung des OR will im Sinne der kontinentalen Tradition den «unvollständigen» Vertrag ermöglichen, für dessen Abschluss – wenn es sich um einen der gesetzlich geregelten Vertragstypen handelt – die Parteien sich auf die Vereinbarung der *essentialia* beschränken können (aber nicht müssen). Es gibt indes keine gesetzliche Regelung, die bei Geltung des schweizerischen Rechts als *lex contractus* den Abschluss vollständiger Verträge hindern würde. Wenn freilich eine von der schweizerischen Rechtsterminologie grundverschiedene Begrifflichkeit definiert und benutzt wird, können in der Handhabung «vollständiger» Verträge Schwierigkeiten auftreten, sobald Regelungen des schweizerischen Rechts ins Spiel kommen, wie es hinsichtlich des Kollisionsrechts, des zwingenden Rechts, der AGB-Kontrolle oder der Vollstreckung kaum zu vermeiden ist.

Aus geschichtlicher Sicht ist aufschlussreich, dass archaische Rechtsordnungen offenbar zum «vollständigen» Vertrag neigten. Gehen wir noch einmal auf das römische Recht zurück, so scheint der republikanischen Vertragspraxis, wie wir sie beispielsweise in den *leges locationis* bei Cato finden, der «vollständige» Vertrag vorgeschwebt zu haben. Keineswegs hat man sich auf eine objektiv-rechtliche Reserveordnung verlassen, die einen knappen Vertragskonsens ergänzt hätte. Auch andere literarische Zeugnisse deuten in diese Richtung. Was nicht im Vertrag versprochen ist, und sei es noch so elementar, wird nicht geschuldet. Spitzfindig werden Verträge formuliert, mit denen man die andere Partei benachteiligen kann. Es könnte sich um eine allgemeine Charakteristik archaischer Vertragsrechte handeln. Man denke an die Vereinbarung zwischen Jakob und Laban,[168] die von beiden Seiten manipulativ ausgenutzt wird. In der biblischen Geschichte erscheint dies nicht als ein Bruch des Vertrages, gegen den die andere Partei rechtlich geschützt gewesen wäre. Schön unterschied Geoffrey Miller die beiden Modelle der Vertragspraxis: «The parties to a

ZfRV 2005, S. 22 ff.; Florian Möslein, Dispositives Recht. Zwecke, Strukturen und Methoden, Tübingen 2011, S. 398 ff.; alle auch zu dem Leitentscheid EuGH 24. 1. 1991, Rs C-339/89, Alsthom Atlantique/Sulzer AG, Slg. 1991, I-107.

167 S. Hanno Merkt, Angloamerikanisierung und Privatisierung der Vertragspraxis versus Europäisches Vertragsrecht, ZHR 171 (2007), S. 490 ff.; Peter Mankowski, Rechtskultur: Eine rechtsvergleichend-anekdotische Annäherung an einen schwierigen und vielgesichtigen Begriff, JZ 2009, S. 321 ff.

168 1. Buch Mose (Genesis) 30,33.

contract must be careful to state the conditions of their agreement if they wish to take advantage by manipulating those conditions to his own benefit. Such a doctrine is not part of contract law today. A contract is considered to incorporate the reasonable conditions to its performance, even if those conditions are not expressly set forth.»[169] Das Vorkommen solcher Spitzbübereien, die in den Lebenswelten der Antike zahlreich belegt sind,[170] zeigt, dass auf eine Ergänzung des Vertrages durch «unparteiische» Regeln, die von der objektiven Rechtsordnung bereitgehalten werden, nicht gerechnet werden durfte. Was ungeregelt geblieben war, unterfiel nicht einer unparteiischen Reserveordnung, sondern erlaubte die unnachsichtige Ausnutzung zum eigenen Vorteil.

Heute haben wir die unter US-amerikanischem Einfluss[171] zunehmende Verbreitung des Konzepts des vollständigen Vertrages in der Vertragspraxis als Tatsache zu konstatieren. Es ist nicht nur akademischer Purismus, sondern entspräche pragmatischer Vorsicht, hybriden Vertragskonzepten nach Möglichkeit aus dem Weg zu gehen, da unnötige Komplikationen kaum auszuschliessen sind.

2. *Materialisierung des Vertragsrechts?*

In der Diskussion häufig aufgegriffen wurde das von Franz Wieacker geprägte Stichwort vom «individualistischen Sozialmodell»,[172] das im Sinne eines «Funktionswandels des Schuldrechts» zu überwinden sei. In den 70er- und 80er-Jahren des 20. Jahrhunderts ist namentlich in der deutschen Diskussion das Schlagwort von der Materialisierung des Privatrechts aufgebracht worden. Es ging darum, dem – wie es hiess – «bloss formalen» Obligationenrecht der Kodifikation nun endlich auch die ihm vermeintlich fehlenden materiellen Gerechtigkeitsstandards einzuprägen.[173] Diese Vorstellung fiel teilweise mit einer Fundamentalkritik an der westlichen Privat- und Marktgesellschaft zusammen; sie verband sich in wirkungsvoller Weise mit dem konkreten rechtspolitischen Postulat des Konsumentenschutzes. Theoretisch-methodisch erhielt das Anlie-

169 Geoffrey P. Miller, Contracts of Genesis, The Journal of Legal Studies 22 (1993), S. 15 ff., hier S. 34 f.

170 Aus dem röm. Recht s. etwa D. 4,3,7,3 (Ulp. 11 ad ed.) zu Fällen einer Vernichtung des Leistungsgegenstandes durch den Schuldner.

171 Auf die Frage der «Amerikanisierung» des Vertragsrechts kann hier nicht in vollem Umfang eingegangen werden; s. Jens Drolshammer, A Timely Turn to the Laywer? Globalisierung und die Anglo-Amerikanisierung von Recht und Rechtsberufen – Essays, Zürich/St. Gallen 2009; Wolfgang Wiegand, Americanization of Law – Reception or Convergence, in: Lawrence M. Friedmann und Harry N. Scheiber (Hrsg.), Legal Culture and the Legal Profession, Boulder (Col.)/Oxford 1996, S. 137 ff.

172 Franz Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung in der modernen Gesellschaft, Karlsruhe 1953; s. auch ders., Das bürgerliche Recht im Wandel der Gesellschaftsordnungen, Karlsruhe 1960; ders., Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution, in: Juristen-Jahrbuch 9 (1968/69), S. 1 ff.

173 S. z.B. Heinz-Dieter Assmann, Gert Brüggemeier, Dieter Hart und Christian Joerges, Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts, Königstein/Ts. 1980.

gen Nachdruck durch einen viel beachteten AcP-Beitrag von Claus-Wilhelm Canaris.[174] In der Formel der «Materialisierung des Privatrechts» liessen sich griffig verschiedene Tendenzen auf einen Punkt bringen, vor allem der Schutz des Schwächeren und die Austauschgerechtigkeit – Punkte, in denen man dem im 19. Jahrhundert kodifizierten Privatrecht einen Nachholbedarf attestierte. Die jüngere rechtsgeschichtliche Forschung hat diese ihrerseits stark durch den Zeitgeist der 1970er Jahre bedingte Sicht auf die Gesetzgebungswerke vom Ende des neunzehnten Jahrhunderts erheblich korrigiert und verfeinert.[175] Die Vorstellung, das OR sei eine Kodifikation im Geist des Manchester-Liberalismus, wäre ein Zerrbild. Das Obligationenrecht ist am Ende des 19. Jahrhunderts von Volksvertretern und Juristen mit ausgeprägtem Verantwortungsbewusstsein, freilich im Umfeld der damaligen Zeit, erarbeitet worden. Wie alle Teile der Rechtsordnung will auch das Obligationenrecht im Sinne der Rechtsidee angewendet werden. Es ist eine Fehlvorstellung, die Ordnung durch das Obligationenrecht sei «bloss formal» und bedürfe erst noch einer wertungsmässigen Unterfütterung etwa durch Verfassungsprinzipien,[176] Menschenrechte, sozialpolitisches Verantwortungsbewusstsein oder gleichsam naturrechtliche Vorstellungen etwa von Vertragsgerechtigkeit. Wie das Obligationenrecht ist auch die Überlieferung, an die es auf Schritt und Tritt anknüpft, der Rechtsidee verpflichtet gewesen. So wird man nicht sagen können, dass etwa das ausgefeilte Recht des römischen Verbalvertrages zu seiner Vervollkommnung noch einer «Materialisierung» bedurft hätte; im Gegenteil sehen wir heute in der «Materialisierung» dieses Vertragstyps, der in der Spätantike zu beobachten ist, ein Anzeichen sinkender Rechtskultur. Für Versuche, das Vertragsrecht für die Implementierung übergeordneter sozialpolitischer Leitbilder – oder Ideologien – zu gebrauchen, gibt es abschreckendes Anschauungsmaterial in der Geschichte. Es wird leider oft verkannt: Gerade der Rechtsformalismus ist Garant der Freiheit. Die Zurückdrängung des Rechtsformalismus zur Implementierung «materialer Wertethik», die in einer pluralistischen Gesellschaft ja auch erst in Diskursen der Öffentlichkeit und in Parlamentsverfahren destilliert werden muss, kann Freiheit gefährden.

---

174 Claus-Wilhelm Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner «Materialisierung», AcP 200 (2000), S. 273 ff.; abgewogen Stefan Arnold, Vertrag und Verteilung. Die Bedeutung der iustitia distributiva im Vertragsrecht, Tübingen 2014; Florian Rödl, Gerechtigkeit unter freien Gleichen. Eine normative Rekonstruktion von Delikt, Eigentum und Vertrag, Baden-Baden 2016, S. 267 ff.

175 Grundlegend – mit Ausrichtung auf die Entstehung des deutschen BGB – Tilman Repgen, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Tübingen 2001; Joachim Rückert, Das Bürgerliche Gesetzbuch – ein Gesetzbuch ohne Chance?, JZ 2003, S. 749 ff.; Norbert Horn, Philosophische und historische Grundlagen des bürgerlichen Rechtsstaats, in: Patrick Gödicke, Horst Hammen, Wolfgang Schur und Wolf-Dietrich Walker (Hrsg.), Festschrift für Jan Schapp zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2010, S. 267 ff.

176 Michael Stürner, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, Tübingen 2010.

3. Elemente der Vertragsordnung in theoretischer Sicht

a. Ein internationaler Diskurs

Die jüngere Vertragstheorie, insbesondere auch soweit sie ökonomisch inspiriert ist, hat sich mit grossem Interesse der Funktion sowohl der zwingenden als auch der dispositiven Normen zugewandt; es handelt sich um einen internationalen, vertragstheoretischen Diskurs.[177] Die Diskussion soll hier in einem Literaturbericht gespiegelt werden. Nur am Rande sei notiert, dass die Frage dispositiver Vertragsregelungen auch schon im Hinblick auf die Bemühungen um ein gemeineuropäisches Vertragsrecht untersucht worden ist.[178]

b. Dispositives Vertragsrecht

In einem brillanten Grundlagenwerk hat Felix Dasser für eine radikale Abkehr von der Typenbezogenheit der Erfassung von Schuldverträgen plädiert.[179] Dasser zeigt unnachsichtig die Schwierigkeiten auf, die in der Handhabung der Typenordnung des OR auftreten. Das Obligationenrecht biete nur eine ungenügende Grundlage für die Behandlung von Dauerschuldverhältnissen und komplexen Verträgen. Unter Verweis vor allem auf das angloamerikanische Recht[180] vertritt Dasser die Vorstellung eines Kontinuums der Vertragstypen. Vertragstypen seien nicht isolierbare Erscheinungen, sondern miteinander durch stufenlose Übergänge verbunden.[181] In gewisser Weise hat sich Dasser nicht weniger vorgenommen als eine Überwindung des charakteristischen Dualismus von allgemeinem Vertragsrecht und besonderen Vertragstypen, der ja in der Tat nicht auf Design beruht, sondern das Ergebnis eines historisch-kontingenten Entwicklungsprozesses ist.

Gauch räumte als Grunddefizit jeder Vertragstypenordnung ein, dass stets mit einer Diskrepanz des gesetzlichen Typenprogramms und des im Einzelfall «passenden» Vertragsinhalts gerechnet werden muss.[182] Dieses Defizit werde jedoch durch die Möglichkeit der Wegbedingung weitgehend aufgefangen; ausserdem habe der Gesetzgeber durch Aufstellung von Untertypen für eine passgenauere Deckung mit den im Einzelfall «richtigen» Vertragsinhalten gesorgt.

---

177 S. z.B. Randy E. Barnett, The Sound of Silence: Default Rules and Contractual Consent, Virginia LR 78 (1992), S. 821 ff.

178 Martijn W. Hesselink, Non-mandatory Rules in European Contract Law, ERCL 2005, S. 44 ff.; Matthias E. Storme, Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law, Juridica International. Law Review University of Tartu 2006, XI. = ERCL 2007, S. 233 ff.

179 Felix Dasser, Vertragstypenrecht im Wandel. Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen, Zürich 2000; dazu Ernst A. Kramer, SJZ 98 (2002), S. 26 f.; s. auch Felix Dasser, Vertragsrecht ohne Vertragstypenrecht, in: Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann u.a. (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts. Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 207 ff.

180 Dasser, Vertragstypenrecht (Fn. 179), S. 246 ff.

181 Dasser, Vertragstypenrecht (Fn. 179), S. 19.

182 Gauch (Fn. 70), S. 3 ff.

Unter Berücksichtigung wesentlicher Strukturelemente der Vertragsordnung (Innominatverträge, zwingendes Recht, Allgemeine Geschäftsbedingungen) kommt GAUCH zu einer Würdigung: Das gesetzliche Vertragstypenrecht sei «ein zweckmässiges Instrument […], um praktisch wichtige Schuldverträge differenzierend zu regeln», gleichwohl aber umfassend reformbedürftig. In abgestimmter Weise müsse diese Reform das allgemeine Vertragsrecht einbeziehen. In der von Dasser vorgeschlagenen Abschaffung des Vertragstypenrechts und dessen Ersetzung durch ein monistisches allgemeines Vertragsrecht sähe GAUCH einen Rückschritt:

> «Entweder würde es die Besonderheiten der einzelnen Verträge noch weniger berücksichtigen als das Vertrtagstypenrecht. Oder seine Regelungen wären so unbestimmt gefasst, dass es einer intensiven Rechtsprechung bedürfte, um sie für die einzelnen Verträge zu konkretisieren. An die Stelle des gesetzlichen Vertragstypenrechts träte nach und nach ein Vertragstypenrecht der Gerichte […] Gewonnen wäre damit nichts, verloren aber ein Stück an ‹Orientierungssicherheit›, die das Gesetz in der derzeitigen Kombination von allgemeinen und besonderen Vertragsregeln zwar nicht vollständig, aber doch besser gewährt.»[183]

Eine besonders eindringliche, interdisziplinäre Untersuchung des Phänomens «Dispositives Vertragsrecht» stammt von JOHANNES CZIUPKA.[184] In seinem Werk ist, wie schon bei Dasser, auch die angelsächsische Diskussion über «default rules» («non-mandatory rules») aufgearbeitet, womit eine Berücksichtigung der ökonomischen Seite einhergeht. «Transaktionskostenminimierung» ist ein naheliegendes Stichwort. Diskutiert wird die Sichtweise, wonach das dispositive Recht aufgrund einer Marktimitation gestaltet wird.[185]

Zu der wissenschaftlichen Analyse dispositiven Rechts als Element der Vertragsordnung hat in jüngster Zeit namentlich FLORIAN MÖSLEIN beigetragen.[186] MÖSLEIN verfolgt einen systemischen Ansatz, bei dem das Wechselspiel von Gesetzgeber und privaten Akteuren im Zusammenhang erfasst werden soll. Er befürwortet ein Verständnis des dispositiven Vertragsrechts als ein Instrument von «governance», indem es nicht um hoheitliche Intervention, sondern um eine Ermunterung zur Selbstregulierung gehe. Der Staat stelle mit dem disposi-

---

183 GAUCH (Fn. 70), S. 26.

184 JOHANNES CZIUPKA, Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, Tübingen 2010.

185 FELIX MAULTZSCH, Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs, AcP 207 (2007), S. 530 ff. (S. 546 ff.).

186 MÖSLEIN (Fn. 166); dazu die Rezensionen von ANDREAS ENGERT, ERCL 2013, S. 196 ff., und SEBASTIAN MARTENS, ZEuP 2013, S. 441 ff.; s. auch schon FLORIAN MÖSLEIN, «Governance by Default» – Innovation und Koordination durch dispositives Recht, in: Stefan Grundmann et al. (Hrsg.), Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010. Unternehmen, Markt und Verantwortung, Bd. II, Berlin 2010, S. 2861 ff.; DERS., Dispositive Regeln im transnationalen Privatrechtsverkehr – Same same, but different?, in: Gralf-Peter Calliess (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 155 ff.; weiterhin unter Beteiligung desselben Autors: FLORIAN MÖSLEIN und STEFAN GRUNDMANN, Vertragsrecht als Infrastruktur für Innovation, ZfPW 2015, S. 435 ff.

tiven Recht eine «Rahmenordnung». Mit der Akzeptanz oder Abbedingung der dispositiven Folgenormen gäben die Parteien ein Signal, das man als Rückkopplung ansehen könne. Als zukunftsprägende Tendenzen sieht MÖSLEIN die sich beschleunigenden Innovationenen für die Vertragsgestaltung, verbunden mit einer gewissen «Entstaatlichung», die mit einer Schwerpunktverlagerung auf die globale Ebene einhergeht.[187] Das Schlagwort «Entstaatlichung» stellt einen Bezug her zu dem Phänomen der «Rechtssetzung durch Private»,[188] die hier vor allem in Form von verbandsgenerierten Musterverträgen (und weniger in Form einer echten Delegation rechtssetzender Zuständigkeit) ins Spiel kommt. MÖSLEIN kann sich ein «Regelungs-Wiki» (nach dem Modell von Wikipedia) vorstellen, in welchem Musterregelungen ausgewogener Art abgerufen werden können. Auf einer mehr technischen Ebene untersucht MÖSLEIN die unterschiedlichen Mechanismen für ein «opt-out» aus der gesetzlichen Dispositivregelung; der Gesetzgeber kann die Wegbedingung erleichtern oder erschweren. Schliesslich ist bemerkenswert, dass MÖSLEIN der kurz zuvor geäusserten Meinung entgegen getreten ist, die gesetzlichen Bestimmungen dispositiver Art könnten einer anderen Auslegungsmethode unterliegen als zwingende Normen.[189] Dem Thema der «Contract Governance» ist jetzt ein gewichtiger Sammelband gewidmet.[190]

c. Zwingendes Recht: Die objektive Vertragsordnung als Regulierung?

Andere Arbeiten haben sich dem zwingenden Vertragsrecht gewidmet. Ein Anliegen des Beitrags von GERHARD WAGNER [191] besteht darin, der im Zuge europäischer Rechtssetzung verzeichneten Tendenz entgegenzutreten, bestimmte Regelungsmaterien überhaupt (für jedermann) der Privatautonomie zu entziehen, obwohl es spezifisch um den Schutz von Verbrauchern geht oder gehen sollte. Seine Schlussworte seien hier zitiert:

> «Die Komplexität und Vielgestaltigkeit der Vertragspraxis müsste eigentlich Anlass für eine demütige Haltung des Gesetzgebers sein, der sich eingestehen müsste, nicht auf alle Probleme der Praxis eine vorgefertigte Antwort zu haben. Genau darin – in

187 Zur These von der «Entstaatlichung des Rechts» s. die Beiträge in REINHARD ZIMMERMANN (Hrsg.), Globalisierung und Entstaatlichung des Rechts, Tübingen 2008.

188 Aus historischer Sicht: STEPHAN MEDER, Ius non scriptum – Traditionen privater Rechtsetzung, 2. Aufl., Tübingen 2009; für die heutige Dogmatik: GREGOR BACHMANN, Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung, Tübingen 2006; sowie die Beiträge in: CHRISTIAN BUMKE und ANNE RÖTHEL (Hrsg.), Privates Recht, Tübingen 2012; s. schon URSULA BRUNNER, Rechtsetzung durch Private. Private Organisationen als Verordnungsgeber, Diss. iur. Zürich 1982.

189 Diese Ansicht war vertreten worden von MARTIN SCHMIDT-KESSEL, Europäisches Vertragsrecht, in: Karl Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., Berlin 2001, N 23 ff.

190 STEFAN GRUNDMANN, FLORIAN MÖSLEIN und KARL RIESENHUBER (Hrsg.), Contract Governance, Oxford 2015.

191 GERHARD WAGNER, Zwingendes Vertragsrecht, in: Horst Eidenmüller et al. (Hrsg.), Revision des Verbraucher-*acquis*, Tübingen 2011, S. 1 ff.

> der mit dezentralen Entscheidungen verbundenen Flexibilität und Veränderungsdynamik – liegt schliesslich der massgebende Vorteil marktwirtschaftlicher Systeme vor Planwirtschaften».[192]

In der jüngeren Zeit ist die Verwendung von Verbotsnormen kritisch auf ihre Effektivität hin untersucht worden, namentlich unter interdisziplinärem Einbezug von Methoden der Verhaltensökonomie.[193] Für Verbotsnormen fehlt oft eine methodisch abgesicherte Folgenabschätzung. Wiederholt ist angeregt worden, anstelle von zwingendem Recht stärker auf Anreize zu umfassender wechselseitiger Information der Vertragspartner zu setzen, doch ist auch für diesen Ansatz die Effektivität in der Lebenswirklichkeit angezweifelt worden.[194]

Ordnungspolitisch gesehen kann zwingendes Vertragsrecht als «Regulierung» begriffen werden. Diese Sichtweise wurde massgeblich durch die 1999 erschienene Monographie von Hugh Collins, «Regulating Contracts», eröffnet.[195] Danach sollen sich unter dem Stichwort der Regulierung die auseinanderdriftenden Elemente der Vertragsordnung gerade wieder neu fokussieren lassen. Dies schliesst die Überlegung ein, dass nicht bloss der gerechte Interessenausgleich zwischen den Parteien, der möglicherweise «gestört» ist, befördert werden soll, sondern dass – darüber hinaus – gesellschaftspolitisch erwünschte Effekte (Allgemeinwohlziele) angestrebt werden. Vor allem im Bereich der Europäischen Union hat dieser Gedanke Fuss gefasst, weil die Europäische Union mit ihrer Rechtssetzung Integrationsziele verfolgt, die das Privatrechtsverhältnis von Bürgern und Unternehmen untereinander transzendieren. Die Auswirkungen sind teilweise gravierend. Als Beispiel sei hier nur die Vorgabe eines pönal ausgestalteten Verzugszinses genannt, mit dem nicht bloss eine Entschädigung des Geldgläubigers für den verspäteten Zahlungseingang bezweckt ist, sondern eine Hebung der «Zahlungsmoral» im Geschäftsverkehr.[196] Letzten Endes muss sich hier das einzelne Unternehmen (resp. der einzelne Bürger) gefallen lassen, dass seine Vertragspositionen für ausserprivatrechtliche Zwecke instrumentalisiert werden.[197] Derart krasse Abweichungen von naturalen Folgenormen müssen ihrerseits wieder gegen Wegbedingung ab-

192 Wagner (Fn. 191), S. 52.

193 Stefan Bechtold, Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts, Tübingen 2010.

194 S. Wolfgang Schön, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer (neuen) Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in: Andreas Heldrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, München 2007, S. 1191 ff.; Leander Loacker, Große Erwartungen, oder: Vorvertragliche Informationspflichten und Verhältnismäßigkeit, in: Robert Koch, Manfred Werber und Gerrit Winter (Hrsg.), Der Forschung – der Lehre – der Bildung. 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und Versicherungswissenschaftlicher Verein, Karlsruhe 2016, S. 189 ff.

195 Hugh Collins, Regulating Contracts, Oxford 1999.

196 Dazu, mit eindringlicher Kritik dieser Regelung, Heinrich Honsell und Theo Mayer-Maly, Rechtswissenschaft. Die Grundlagen des Rechts, 7. Aufl., Bern 2017, S. 315 ff.

197 S. schon Heinrich Honsell, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht, ZIP 2008, S. 621 ff.

gesichert werden: Zwängerei braucht den Zwang. Inzwischen ist bereits eine umfangreiche theoretische Auseinandersetzung mit diesem Ansatz zu verzeichnen, bei der über die sachliche Rechtfertigung von Regulierung, über deren richtiges Mass und über die richtigen Regulierungsmittel diskutiert wird.[198]

Das Obligationenrecht setzt seine Regelungen in transparenter – und begrenzter – Weise der Ergänzung durch öffentliches Recht aus. Art. 73 OR mit dem Vorbehalt öffentlich-rechtlicher Zinsbeschränkungen ist ein Beispiel.[199] Freilich treten zunehmend öffentlich-rechtliche Regulierungen mit eigenen Durchsetzungsmechanismen neben das Privatrecht, die zugleich vertraglich begründeten Rechten zur Durchsetzung verhelfen können. Hierdurch wird das Privatrecht an sich weder aufgehoben noch verändert, doch kann sich ein Abstimmungsbedarf unter dem Stichwort «Einheit der Rechtsordnung» ergeben.[200]

V. «OR 2020»

Die unter der Leitung von Claire Huguenin unter dem Titel «OR 2020» durchgeführte Studie, die mit einem viel beachteten Vorschlag für einen neuen Allgemeinen Teil abgeschlossen hat, deckt zentral das allgemeine Vertragsrecht ab (daneben auch vieles andere, insbesondere das Haftpflicht- und das Verjährungsrecht).[201] Mit Absicht blieben bei diesem Projekt die besonderen Vertragsverhältnisse ausgeklammert, damit aber auch das Zusammenspiel des allgemeinen Vertragsrechts mit den besonders vertypten Verträgen. Ein legislatives Aufgreifen dieses Projekts würde freilich zu einem erheblichen Teil auch Änderungen im Bereich der vertypten Verträge erfordern. Zum Beispiel übernimmt der Entwurf (aus dem UN-Kaufrecht und manchen Nachbarrechten) das abstrakte Konzept der «Pflichtverletzung» und regelt allgemein die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen (Art. 118 ff. OR 2020): Diese Vorschriften sol-

198 Alexander Hellgardt, Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016; Stefan Grundmann, Privatrecht und Regulierung, in: Marietta Auer et al. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, S. 907 ff.; zum Regulierungsaspekt auch Bechtold (Fn. 193).

199 Art. 253b, Art. 342 OR sind weitere Beispiele.

200 S. etwa Markus Hess, Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht, in: Pascal Grolimund u.a. (Hrsg.), Festschrift für Professor Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 1163 ff.

201 S. die Beiträge in Jan Dirk Harke und Karl Riesenhuber (Hrsg.), OR 2020 – Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht, Tübingen 2016; Ewoud Hondius, Towards a New Swiss Law of Obligations, ERPL 2014, S. 1 ff.; Bruno Schmidlin, Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 2015, S. 25 ff.; Patrick Sutter, Kritische Anmerkungen zu den Prämissen des Entwurfs für einen neuen allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts (OR 2020), Anwaltsrevue 2017, S. 407 ff.; Christoph A. Kern und Nicole Jasmin Bettinger, Schuldrechtsmodernisierung in der Schweiz? – Der Entwurf Obligationenrecht 2020, ZEuP 2014, S. 562 ff.

len auch die «qualitativ mangelhafte Leistung» erfassen,[202] also Störungen, wie sie jetzt durch Art. 197 ff. OR oder Art. 259a ff. OR geregelt sind. Die letztgenannten Vorschriften müssten bei einer Umsetzung des OR 2020 zwingend revidiert werden, da sie in ihrer jetzigen Gestalt nicht mit den Entwurfsregelungen zur «Pflichtverletzung» zusammenpassen. Obschon die Gebiete der Gewährleistungsrechte sicher nochmals mit Gewinn novelliert werden könnten,[203] fehlt es derzeit an einer sauberen Aufnahme des nach der isolierten Verlängerung der Gewährleistungsfristen (Art. 210neu, seit 1.1.2013) noch verbleibenden Reformbedarfs. Inzwischen hat der Bundesrat entschieden, dass von einer Gesamtrevision des Allgemeinen Teils des ORs abzusehen sei, weil dafür ein genereller Handlungsbedarf nicht bestehe.[204]

VI. Stellungnahmen

Es ist eine Erfahrungstatsache, dass kein Rechtssystem das mannigfaltige Vertragsgeschehen der Lebenswirklichkeit je als eine Abfolge von ausschliesslich individuellen, massgeschneiderten Vereinbarungen zu erfassen sucht. Vielmehr werden Vereinbarungen mit wesentlich gleichen Inhalten als wiederkehrend empfunden und es wird versucht, diese als Anwendungen desselben Typus zu erfassen. Auch dort, wo eine gesetzliche Typenordnung die Parteien nicht in vorgegebene Formate zwingt, ergeben sich so schematisierte Inhalte. Dieser Drang zur Schematisierung dürfte zum einen der «Ökonomie der (juristischen) Logik» geschuldet sein, weil ein routine-orientierter Zugriff eine schnellere Erfassung und Bewältigung des anstehenden Vorgangs ermöglicht. Zum anderen verwirklicht sich im Schematismus der Grundsatz der Rechtsgleichheit, indem wesentlich gleiche Vereinbarungen einer gleichen rechtlichen Erfassung unterworfen werden. Es gehört «zu den Selbstverständlichkeiten bewährter juristischer Tradition», dass ein konkretes Geschäft als Typus beurteilt werden muss (Flume). Es ist die bleibende Herausforderung der Vertragsrechtspraxis, die individuellen Besonderheiten einer Vertragsbeziehung unter den Bedingungen eines gesetzlich sanktionierten Typenschematismus zur Geltung zu bringen.

Die Ausbildung von *naturalia negotii* ist ein Wirklichkeitsgeschehen, das in der steten Wiederholung gleichartiger Geschäfte besteht, die sich im Verlauf zu

202 Markus Müller Chen, in: Claire Huguenin und Reto M. Hilty (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020. Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013, Art. 118 OR 2020 N 13.

203 Eine schon weit vorangeschrittener Reformanlauf wurde bekanntlich abgebrochen; zu diesem s. Wolfgang Ernst, Die kaufrechtliche Gewährleistung nach der Teilrevision des Obligationenrechts, in: Eugen Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung. Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern/München 2005, S. 255 ff.

204 Bundesrat, Bericht v. 31.1.2018 in Erfüllung der Postulate 13.3217 Bischof und 13.3226 Caroni zur Modernisierung des Allgemeinen Teils des Schweizerischen Obligationenrechts, 1 ff., https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-01-310/ber-br-d.pdf, abgerufen 24.5.2018.

Standardinhalten abschleifen. Es muss nicht der Gesetzgeber sein, der *naturalia negotii* fixiert. Dies geschieht schon durch das Verkehrsgeschehen, aber heute in eindrucksvoller Weise auch durch Verbände oder Interessengemeinschaften, die Musterverträge herausgeben. So kann sich, wer zum Beispiel das erste Mal einen Leasing-Vertrag abschliessen will, eine Vielzahl von Formularen im Internet ansehen. Wenn der Gesetzgeber heute dispositive Gesetzesvorschriften aufstellt, übernimmt er nicht bloss eine Informationsaufgabe, die in der heutigen Gesellschaft vielleicht überflüssig geworden ist. Wenn der Gesetzgeber Folgeregelungen in das Gesetz aufnimmt, darf man davon ausgehen, dass er die möglicherweise dem Rechtsverkehr abgeschauten *naturalia* auf ihre Sachgerechtigkeit hin überprüft hat. Mit einer blossen Umsetzung empirisch auffindbarer Vertragspraktiken ist es nicht getan. Erst durch die Ausgewogenheitsprüfung, die man vom Gesetzgeber erwarten kann, kommt gesetzlichen *naturalia negotii* ihre volle Entlastungsfunktion zu: Aufgrund des Erlasses in Gesetzesform sollten die Verkehrsteilnehmer sich darauf verlassen können, dass der Konsens über die *essentialia* auch ohne nähere Nachprüfung ein stimmiges Ganzes von Folgeregelungen auslöst, durch das der Vertrag gesteuert wird.

Der Nachdruck, mit dem der Rechtsverkehr nach der Sicherheit konturierter Vertragstypen mit erwartungsfesten *naturalia negotii* verlangt, ist verschieden, je nachdem, um welche Verkehrskreise es geht. Spezialisierte Verkehrskreise vermögen sich diese Sicherheit durch «selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft» selber zu geben. Ähnliches gilt für das Vertragsgeschehen mit internationaler Ausrichtung: Hier werden die Parteien keine Schwierigkeiten haben (und keine Kosten scheuen), für ihre Transaktion eine massgeschneiderte Rechtsgrundlage zu kreieren; die Abhängigkeit vom kodifizierten Vertragsrecht ist gemindert, wenn nicht ganz aufgehoben. Der Imperativ des «complete contract» weist ja in dieselbe Richtung. Für den Bürger hingegen ist die gesetzgeberische Stabilisierung von Vertragstypen von ungleich höherer Bedeutung. Bei der Auswahl von Vertragstypen für eine Aufstellung eines gesetzlichen Typenbildes sollte der Gesetzgeber daher besonders auf die Grundgeschäfte der Sozialexistenz des Bürgers schauen: Für den Leasing-Vertrag mag eine gesetzliche Typenfixierung entbehrlich sein, für den Kauf, die Miete und den Arbeitsvertrag, an denen der Bürger beteiligt ist, sieht dies anders aus.

Im Lichte jüngerer Forschung hat die Aufstellung dispositiver Gesetzesnormen, bildlich gesprochen, ihre Unschuld verloren. Dispositive Folgenormen erscheinen nicht mehr automatisch als reine Wohltat. Stärker als in der Vergangenheit wird man sich bewusst sein, dass auch dispositive Folgenormen – in schwacher Weise – verhaltenssteuernd wirken. Dispositive Folgenormen dürften die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen erheblich beeinflussen; sie geben unter Umständen vor, was alleine noch formularvertraglich «geht». Soll nicht aus Wohltat Plage werden, muss der Gesetzgeber sich bei der Aufstellung von Dispositivnormen fragen, ob er auch diese Folgen will. Eine «Rechtssetzungslehre für das Privatrecht» ist schon wiederholt an-

gemahnt worden.[205] Zum Abschluss seien goldene Worte aus einer Schrift von 1984 zitiert:

> «[D]em dispositiven Recht [ist] eine standardisierende, pädagogische Funktion zur Aufrechterhaltung eines Verkehrsethos zu eigen […], die vernachlässigt wird, wenn das Recht sich in laissez-faire-Manier der Herausbildung wenigstens vor-konkretisierter Leitlinien entzieht, um partei-autonome Dispositionen zu erzwingen. […] Zwar ergeben sich bei der Feststellung der Verkehrstypik gewisse Schwierigkeiten, die aber eher überwindbar erscheinen als das Unbehagen, das sich aus verkehrsfremden, von Fall zu Fall und von Ort zu Ort schwankenden richterlichen Billigkeitsentscheidungen ergibt.»[206]

E. Smart Contract: Vertrag der Zukunft?

I. Einleitung

Die jüngste Herausforderung der Vertragsordnung ist in den sogenannten Smart Contracts zu sehen. Es handelt sich nicht um einen Rechtsbegriff. Vielmehr geht es um eine Kategorie von Computerprogrammen, durch die eine Leistungsbewegung, ein «Werttransfer», vorprogrammiert wird. In Kürze sei hier zunächst die technische Seite zusammengefasst, wie sie sich aus der Sicht des technisch ungebildeten Juristen darstellt:[207] Im Kern steckt eine Wertbewegung, die im Rahmen eines Software-Durchlaufs erfolgt. Der gesamte Vorgang spielt sich ausschliesslich auf der Ebene eines elektronischen Datenaustauschs ab. Die Wertbewegung hat typischerweise Einheiten von sogenannten Kryptowährungen zum Gegenstand (Bitcoin, Ethereum u.a.). Sie ist vorprogrammiert, indem sie (oder ihr Umfang) vom Eintritt oder Ausfall bestimmter Ereignisse abhängig gestellt ist. Als vereinbarte Auslöser der Übertragung kommen im Internet stattfindende, digital abgreifbare Vorkommnisse in Betracht; z.B. im Internet verzeichnete Börsennotierungen. Sollen Ereignisse in der natürlichen Lebenswelt als Bedingung benutzt werden, bedarf es einer Umsetzungsinstanz, die ein «externes» Ereignis zum Auslöser eines im Internet abgreifbaren Daten-

205 Bechtold (Fn. 193), S. 331 ff.

206 Ivo G. Caytas, Der unerfüllbare Vertrag. Anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe, Diss. iur. St. Gallen 1984, S. 461.

207 S. Swiss LegalTech Association (SLTA), Data, Blockchain and Smart Contracts – Proposal for a robust and forward-looking Swiss ecosystem. Regulatory Task Force Report, 27. April 2018, http://www.swisslegaltech.ch/wp-content/uploads/2018/04/SLTA-Regulatory-Task-Force-Report-1.pdf, abgerufen am 30.04.2018; Martin Heckelmann, Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts, NJW 2018, S. 504 ff.; Martin Hess, Stephanie Lienhard, Übertragung von Vermögenswerten auf der Blockchain, in: Jusletter 4. Dezember 2017; Markus Kaulartz, Die Blockchain-Technologie, CR 2016, S. 474 ff.; Jörn Heckmann, Markus Kaulartz, Smart Contracts – Anwendungen der Blockchain-Technologie, CR 2016, S. 618 ff.; Christoph Simmchen, Blockchain (R)Evolution, MMR 2017, S. 162 ff.; Hajo Schulz, Das macht Blockchain – Die Technik hinter Bitcoin & Co., c't 23/2017, S. 102 ff.

flusses macht; diese Umsetzungsinstanz, die man sich möglichst neutral und unbeeinflusst von den Beteiligten wünscht, wird auch als «Oracle» bezeichnet.[208] Das sogenannte «Internet der Dinge» erweist sich hier als zunehmend wichtige Datenquelle. Als Beispiel sei das Tracking von Brief- oder Paketzustellung durch die Schweizerische Post genannt: Die hier erzeugten Daten könnten benutzt werden, um eine Wertbewegung auszulösen («Bitcoin-Zahlung bei Zustellung»).

Die Verarbeitung der Daten einschliesslich der abschliessenden Wertbewegung erfolgt nicht auf einem einzelnen Gerät, sondern dezentral über eine oft kaum absehbare Zahl von Rechnern, auf denen dasselbe Programm abläuft und die ihre Daten untereinander abgleichen können. Eine aufwendige Verschlüsselungstechnik soll sicherstellen, dass alles Geschehen der zugrundeliegenden Programmstruktur entspricht. Eine Mehrzahl von geplanten Bewegungen wird zusammengefasst (in einem «Block») und mit einer mathematischen Rechenaufgabe verbunden; mehrere Anwender können unter Einsatz von Rechenzeit an der Lösung arbeiten. Derjenige, der als erster die Lösung der Rechenaufgabe findet, schaltet damit die mehreren Vorgänge frei; er erhält hierfür eine Art Vergütung. Rechenaufgabe und Lösung werden jeweils aufgezeichnet, und zwar so, dass die neue Bewegung – blockweise zusammengefasst mit weiteren jüngsten Bewegungen – den bereits aufgezeichneten früheren Bewegungen hinzugefügt wird; der hinzukommende Datenblock enthält auch ein Datenkondensat des vorangegangenen Blocks («Hash»). So entsteht eine Kette, die den Juristen an die Kette von Indossamenten erinnern mag. In dem entstehenden Verzeichnis («Blockchain») ist jedenfalls der gesamte zurückliegende Lebenslauf von Wertbewegungen ablesbar.[209] Die elektronische Aufbewahrung dieser Transaktionsverzeichnisse («Ledger»)[210] erfolgt wiederum dezentral («distributed ledger»), oft (aber nicht zwingend) in öffentlicher Weise.[211] Von allen derart strukturierten Systemen erhofft man sich einen aussergewöhnlich hohen Grad von Störunanfälligkeit und Schutz vor Manipulationen. Die schlussendliche Wertbewegung ist nicht notwendig transaktionskostenfrei. Die Wertbewegung erfolgt auch nicht zwingend «blitzschnell», obschon die technische Entwicklung hier auf eine Beschleunigung drängt.

Die Entwicklung dieser Technik ist mit sogenannten Kryptowährungen verbunden: Die transaktionsgesteuerte Übertragung von Einheiten dieser sog.

208 Dazu Rolf H. Weber, Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts, in: Jusletter 4. Dezember 2017, N 33 ff.; Jörn Heckmann, Markus Kaulartz, Smart Contracts: Quellcode als Vertragstext, c't 24/2016, S. 138 f.

209 S. Rolf H. Weber, Blockchain als rechtliche Herausforderung, in: Jusletter IT 18. Mai 2017.

210 Den Ausdruck «Transaktionsverzeichnis» übernehme ich von Eleonor Gyr, Dezentrale Autonome Organisation DAO, in: Jusletter 4. Dezember 2017, N 3.

211 Smart Contracts können auch auf andere technische Weisen als durch Blockchain verwirklicht werden, s. Heckelmann (Fn. 207), S. 504 ff., doch ist derzeit das eine stark mit dem anderen verbunden, so dass für diesen Beitrag eine Gleichsetzung erlaubt sei.

«Währungen» stellt einen zentralen Anwendungsfall von Smart Contracts dar. Es können aber auch andere, ebenfalls digitale Werteinheiten («Token») verschoben werden, die ihrerseits wieder zu bestimmten Leistungen weiterbenutzt werden können. Es gibt nicht ein einheitliches System dieser Art; vielmehr konkurrieren zahlreiche Systeme verschiedener Entwickler miteinander. Ein bestimmtes Blockchain-System (z.B. Ethereum) erlaubt die Benutzung für eine Vielzahl spezieller Applikationen; diese können als die eigentlichen Smart Contracts angesprochen werden. Eine vielfältige Vernetzung und Verschachtelung mehrerer Anwendungen lässt sich denken. In einem intensiven Wettbewerb entwickeln sich die technischen Möglichkeiten offenbar immer weiter. Zahlreiche Dienstleistungen werden bereits auf dieser Grundlage angeboten. Geradezu fieberhaft wird nach weiteren Anwendungsmöglichkeiten gesucht. Insbesondere der Finanzsektor muss diese Entwicklung als Herausforderung ansehen, weil die Wertverschiebungen, die mit dieser Technologie ermöglicht werden, eine hochinteressante Alternative zu den herkömmlichen Formen des Zahlungsverkehrs darstellen. In allen Anwendungen verspricht man sich von den Smart Contracts, wegen der Entbehrlichkeit von aufwendigen Überwachungsaktivitäten, eine Senkung der Transaktionskosten.

Im Folgenden soll es ausschliesslich darum gehen, wie sich diese Entwicklungen und das Vertragsrecht des OR zueinander verhalten. Mehrere benachbarte Themen bleiben daher ausgeblendet: Was das Privatrecht betrifft, ist die geschilderte Technik nicht auf vertragliche, d.h. spontan und selbstbestimmt vereinbarte Transaktionen zwischen mehreren Parteien beschränkt; auch im Bereich des Sachenrechts («Smart Grundbuch»?) und des Erbrechts kann man sich einen Einsatz dieser Technologie vorstellen. Desweiteren soll es nicht um sogenannte Kryptowährungen als solche gehen. Hier stellt sich bekanntlich die Frage nach dem Rechtsstatus der einzelnen Werteinheit, die (derzeit) gewiss nicht «Geld» ist, wie auch die Kryptowährungen nicht als Währung im herkömmlichen Sinne gelten können.[212] Eine mögliche Schuld, die die Verschaffung von Einheiten einer Kryptowährung zum Inhalt hat, ist nicht Geldschuld im Sinne des schweizerischen Privatrechts. Neben den Fragen materiellen Zivilrechts kommen auch Probleme des Prozessrechts, einschliesslich der Vollstreckung, in den Blick.[213] Schaut man über das Privatrecht hinaus, so wird vom öffentlichen Recht her ein Regulierungsbedarf zu prüfen sein, insbeson-

212 Zu rechtlichen Aspekten der Kryptowährung, die hier als solche nicht behandelt wird, s. nur (Auswahl): Luzius Meisser, Kryptowährungen, in: Rolf H. Weber, Florent Thouvenin (Hrsg.), Rechtliche Herausforderungen durch webbasierte und mobile Zahlungssysteme, Zürich 2015, S. 84 ff.; die Beiträge in Helgo Eberwein, Anna-Zoe Steiner (Hrsg.), Bitcoins, Wien 2014; Merih Erdem Kütük-Markendorf, Rechtliche Einordnung von Internetwährungen im deutschen Rechtssystem am Beispiel von Bitcoin, Frankfurt a.M. 2016.

213 Zu Kryptowährung als Vollstreckungsobjekt aus deutscher Sicht Merih Erdem Kütük, Christoph Sorge, Bitcoin im deutschen Vollstreckungsrecht – Von der «Tulpenmanie» zur «Bitcoinmanie», MMR 2014, S. 643 ff.

dere im Sektor der Finanzdienstleistungen, da mittels Smart Contracts in erheblichem Umfang Dienstleistungen erbracht werden können, deren konventionellere Varianten nur unter regulierten Bedingungen angeboten werden dürfen. Dem Gesetzgeber stellt sich die Frage nach sektoralen Regulierungen des derzeit möglicherweise unterregulierten Smart Contract-Geschehens; auf der bestehenden Gesetzesgrundlage sind möglicherweise Fälle der Gesetzesumgehung zu identifizieren.[214] Beispielsweise ist schon der Datenschutz in den Blick gekommen.[215] Schliesslich sind auch das Strafrecht und das Strafprozessrecht betroffen (Einziehung von Einheiten der Kryptowährung?). Wie hier deutlich geworden sein sollte, sehen sich die Rechtsordnungen einer umfassenden Aufgabe gegenüber, neue technologische Entwicklungen rechtlich angemessen zu erfassen und zu begleiten. Auch für die Juristen handelt es sich um «the next big thing». Bereits jetzt liegt eine umfangreiche Literatur vor.[216]

II. Smart Contract und Vertragsrecht

1. Verschiedene Beteiligungsformen

Es verhält sich nicht so, dass jeder am Smart Contract-Geschehen irgendwie Beteiligte dieselbe Rolle eines (End-)Nutzers einnimmt. Vielmehr wirken Beteiligte in unterschiedlichen Rollen zusammen, was auch eine unterschiedliche rechtliche Erfassung nach sich ziehen muss.[217] Nur kurz sei hier auf die Entwickler eingegangen, die die zugrundeliegenden Programme entwickeln. Die Programmentwicklung erfolgt typischerweise in einer offenen Zusammenarbeit («open source»), bei der die Abstimmung über ein Internetprotokoll erfolgt. Man spricht von einer «Decentralized autonomous organisation» (DOA). Das stabilisierte Software-Produkt, das aus einer solchen Zusammenarbeit hervorgeht, kann unter Umständen weiterentwickelt werden, sodass neue Programm-Versionen einander ablösen (sog. «fork»). Da es keinen zentralen Entscheider gibt, stellt sich die Frage, wie hierüber entscheiden wird (Mehrheitsentscheidungen der Zusammenarbeitenden?). Für die vertragsrechtliche Erfassung wird man (wenigstens) auseinander halten müssen (1.) das Verhältnis der Entwickler

214 Zur Gesetzesumgehung s. Heinrich Honsell, in: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014, Art. 2 N 31 ff.

215 Michael Isler, Datenschutz auf der Blockchain, in: Jusletter 4. Dezember 2017.

216 S. schon Fn. 207, weiterhin: Hans Rudolf Trüeb, Smart Contracts, in: Pascal Grolimund et al. (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, Zürich/Basel/Genf, 2018, S. 723 ff.; Stephan D. Meyer, Benedikt Schuppli, «Smart Contracts» und deren Einordung in das schweizerische Vertragsrecht, recht 2017, S. 204 ff.; Barbara Graham Siegenthaler, Andreas Furrer, The Position of Blockchain Technology and Bitcoin in Swiss Law, in: Jusletter 8. Mai 2017; Rolf H. Weber, «Rose is a rose is a rose» – what about code and law? Computer Law & Security Review (2018), https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.05.005; ders., Smart Contracts: Vertrags- und verfügungsrechtlicher Regelungsbedarf? Sic! 2018, S. 291 ff.

217 Zutr. Meyer/Schuppli (Fn. 215), S. 204 ff.

und «Miner», welche in einer DOA die betreffende Blockchain-Grundtechnik herstellen, untereinander;[218] (2.) das Verhältnis der Entwickler und Anbieter einzelner Anwendungen, sozusagen die «Verleger» eines bestimmten, abstrakten Smart Contract, untereinander; und schliesslich (3.) die Endnutzer, die konkret einen solchen Smart Contract untereinander oder im Verhältnis zu dessen «Verleger» einsetzen. In den erstgenannten Konstellationen könnte man möglicherweise einfache Gesellschaften – oder entsprechende Personenverbindungen ausländischer Rechtsordnungen – sehen,[219] sofern man nicht die Entwicklungsbeteiligung als Gefälligkeitsverhältnis aus dem Rechtsbereich herausnimmt. Die Rechtsformen, in der sich Personen zur Entwicklung einzelner Anwendungen zusammen finden (2), dürften breiter gestreut sein; hier werden auch juristische Personen beobachtet. Im Folgenden soll es indes nur noch um Anwendungen von Smart Contracts gehen (3). Insofern mag die bisherige Darstellung den Eindruck erweckt haben, die Sache spiele nur zwischen technikaffinen Nutzern. Dies trifft in gewisser Weise zu, doch können Smart Contracts auch hinter einer endkundenfreundlichen Benutzeroberfläche eingesetzt werden und unterscheiden sich nicht merklich von Internetseiten, mit denen Anbieter wie «amazon» oder «ricardo» heute auftreten. Für Internet-gestützte Geschäftsmodelle dürfte der vielfältige Einsatz von Smart Contracts in Betracht kommen; etwas vereinfacht handelt es sich dann darum, dass Unternehmen wie z.B. «amazon» ihre Betriebssoftware auf ein Blockchain-Produkt umstellen. Schon auf erste Sicht ist erkennbar, dass in einem solchen Fall die Rechtsnatur der Beziehung des Unternehmens zum Endkunden gar nicht betroffen ist.

2. Der Trägervertrag für den Smart Contract

Manche Beteiligte, vorwiegend von der technischen Seite kommend, sahen und sehen in den «Smart Contracts» eine grundlegende Alternative zum rechtlich abgesicherten Vertrag: Der Automatismus der Durchführung soll eine Durchsetzung mit dem gerichtsgeschützten Vertragsrecht einer nationalen Rechtsordnung vollständig entbehrlich machen. Smart Contracts erscheinen in dieser Sicht als sich von selbst vollziehende Verträge, bei denen keine der Parteien in irgendeiner Situation auf eine umgebende Rechtsordnung angewiesen sein könnte («Code is Law»). Die technologische Entwicklung hat sich – partiell – mit einem anarcho-liberalen Ansatz verbunden, dem es um eine gesellschaft-

218 Hierzu Eleonor Gyr, Dezentrale Autonome Organisation DAO, in: Jusletter 4. Dezember 2017.

219 Noch klärungsbedürftig ist auch das Kollisionsrecht dieser Gemeinschaften. Aus der Sicht schweizerischer Gerichtsbarkeit wird man beim Fehlen einer zentralen Organisation durch Art. 150 Abs. 2 IRPG auf das Kollisionsrecht der Verträge verwiesen. Ob man sodann in Entwicklerbeiträgen «charakteristische Leistungen» wird sehen können? Dann würde jeder Entwickler vermutlich auf der Grundlage des Privatrechts desjenigen Staates tätig, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.

liche Umgestaltung geht, die institutionelle Intermediäre und Hierarchien zu Gunsten bürgerschaftlicher Direktbeziehungen «von Gleich zu Gleich» zurückdrängt.

Aus der Sicht des Juristen handelt es sich bei der Vorstellung «Code statt Law» um eine Illusion. Wenn wir als Smart Contract das Programm bezeichnen, das eine Wertbewegung entsprechend eines im Voraus festgelegten Bedingungsprogramms automatisch durchführt, dann ist dieses Programm nicht «Vertrag» im Sinne der Rechtsordnung. Der «Code», die Programmiersprache, ist nicht Vertragssprache. Ein Vertrag im Sinne der Rechtsordnung aber kann und wird in aller Regel die Benützung des Programms begleiten. Im Folgenden wird vom Trägervertrag gesprochen. Trägervertrag ist jeder privatrechtliche Vertrag, für dessen Vollzug der Einsatz eines Elements der Blockchain-Technologie (oder einer Vielzahl solcher Elemente) vereinbart ist. Auf den Trägervertrag muss man sich stützen, wenn man wegen Störungen in der Ausführung des Smart Contract um gerichtlichen Schutz nachsuchen will. Aus der Sicht des Privatrechts ist der Trägervertrag der «eigentliche» Vertrag, in dem sich die Parteien auf die Benutzung eines Programms für einen bestimmten Zweck verständigen.

Das Verhältnis des Blockchain-Elements (Smart Contract) zum privatrechtlichen Vertrag kann unterschiedlicher Natur sein. Es besteht ein Spektrum, an dessen einem Ende ein konventioneller, möglicherweise in Schriftform oder in notarieller Form abgesetzter Vertrag steht, in dem die Parteien als eine von mehreren Leistungspflichten eine Wertbewegung mittels Blockchain-Technologie vorsehen resp. antizipieren. Am anderen Ende steht eine auf erste Sicht vermeintlich vertragslose Transferbewegung, die von Verwendern der Technologie mittels ins Netz gestellter Software ausgelöst wird; den Parteien kann im letzteren Fall die Vorstellung, sie würden einen Vertrag im Sinne einer bestimmten Privatrechtsordnung durchführen, möglicherweise fehlen oder zuwider sein.

Wir beginnen mit dem zuletzt genannten, kritischen Fall. Wenn die Wirkung eines Programmablaufs darin besteht, dass einem Empfänger eine werthaltige Position zufliesst, und wenn hierfür eine zuwendende Partei eine Vermögenseinbusse erleidet, dann ist – aus der Sicht nicht nur des schweizerischen Privatrechts – hierfür eine *causa* erforderlich, weil sonst für den verlierenden Teil ein Anspruch auf Rückgewähr bestünde. Zur Schaffung einer *causa* ist erforderlich, dass es zwischen beiden Beteiligten zu einem Vertragsschluss gekommen ist. Nun ist hierzu in allen Landen, wo wie im OR grundsätzlich Form- und Inhaltsfreiheit besteht, nichts weiter erforderlich, als die Herstellung eines Konsenses hinsichtlich der Wertbewegung und ihrer programmgemässen Bedingungen. Diese Übereinstimmung lässt sich unschwer in der Benützung desselben Programms finden, falls das Geschehen nicht ohnehin von einem Vertragsschluss herkömmlicher Art begleitet ist. Der automatisierte Vollzugsmechanismus schafft dauerhafte und rechtlich anerkannte Güterverschiebungen, wenn das durchführende Programm von den Beteiligten vertraglich verein-

bart worden ist.[220] Inhalt der vertraglichen Einigung ist (mindestens) die Zustimmung zu einer bestimmten Nutzung des zur Verfügung stehenden Programmgeschehens. Die Welt der Smart Contracts bildet nicht eine Parallelwelt, die neben die Vertragsordnungen treten würde und ohne Berührung mit dieser ablaufen würde. Vielmehr stehen Geschehnisse, bei denen sich Beteiligte eines Smart Contract bedienen, der rechtlichen Beurteilung offen, ebenso wie alle anderen Vorkommnisse des Geschäftsverkehrs.

3. Einzelfragen

a. Gerichtsfähigkeit

An sich ist jedes Rechtsverhältnis gerichtsfähig. Möglicherweise ist es hier aber gerade die Intention der Parteien, einer allenfalls streitigen Klärung ihres Rechtsverhältnisses auf der Grundlage traditionell-juristischer Verfahren aus dem Weg zu gehen. Es ist die Frage, ob Parteien in Übereinstimmung ihre Vereinbarung, die auf eine verbindliche Güterbewegung gerichtet ist, gleichsam aus dem bestehenden Rechts- und Gerichtssystem «heraushalten» können. Besteht sozusagen die Möglichkeit, eine Vereinbarung durch übereinstimmenden Entschluss als ein rechtsschutzloses «gentlemen's agreement» zu klassifizieren? Prozessual betrachtet: Gibt es eine vertragliche Derogation jeglicher Gerichtsbarkeit? Das schweizerische Recht eröffnet die Wahl zwischen der staatlichen Gerichtsbarkeit und der Schiedsgerichtsbarkeit. Ansprüche aus Verträgen mit Smart-Contract-Bezügen sind schiedsfähig. Könnten Parteien sich auf den Standpunkt stellen, für sie sei der Programmautomatismus das «Schiedsgericht» und das Ergebnis des Programmdurchlaufs wie ein a-nationaler (delokalisierter) Schiedsspruch zu behandeln? Das geltende Recht des Schiedsverfahrens (Art. 359 ff. ZPO; Art. 176 ff. IPRG) passt von vornherein nicht für ein automatisiertes Verfahren, dessen Ergebnis nicht auf einer (im weitesten Sinne) rechtlichen Kognition durch natürliche Personen beruht (rechtliches Gehör?) und das als solches die Qualitäten eines Schiedsspruchs entbehrt (Rechtskraft, Vollstreckbarkeit?). Es bedürfte einer sehr tief greifenden Revision von ZPO und IPRG, wenn man anstreben würde, so etwas wie «AI-Schiedssprüche» in das Recht der Schiedsentscheidung zu integrieren. Undenkbar wäre dies nicht, aber es wäre intensiv die rechtspolitische Frage zu debattieren, ob und unter welchen Kautelen man die Bildung einer letztlich rechtsfreien Enklave zulassen will.

Im Einzelfall bleibt heute möglich, dass die Parteien ein *pactum de non petendo in perpetuum* abschliessen, und sich gegenseitig vor jeder gerichtlichen Inanspruchnahme schirmen, soweit es um Streitigkeiten mit Bezug auf die

220 Gabriel Jaccard, Smart Contracts and the Role of Law, in: Jusletter IT 23. November 2017, S. 9 f.

Smart Contract-Verwendung geht.[221] Abgesehen von der Frage, ob ein solches *pactum* nachweislich geschlossen wurde, wäre die Vereinbarkeit mit Art. 27 ZGB zu bedenken. Auch der Konsumentenschutz kann ins Spiel kommen.

b. Gerichtsstand

Was die Bestimmung des internationalen Gerichtsstandes betrifft, dürften Art. 5 Ziff. 1 LugÜ und Art. 113 IPRG ausser Betracht fallen, da ein «Ort der Leistung» (der in der Schweiz liegen müsste) kaum auszumachen ist. Das Leistungsergebnis eines Smart Contract-Durchlaufs ist sozusagen «ortlos». Es wird – wohl auch im Ausland[222] – für Klagen im Zusammenhang mit Smart Contract-Transaktionen daher regelmässig auf das Gericht am Wohnsitz/Aufenthalt des Beklagten hinauslaufen; Art. 1 LugÜ, Art. 112 IPRG. Aus dem genannten Grund fällt innerstaatlich die zweite Alternative von Art. 31 ZPO aus, so dass nur das Gericht am Wohnsitz/Sitz der beklagten Partei zuständig ist; die Anwendung von Art. 32 ZPO erscheint im Einzelfall denkbar, sofern der Smart Contract-Mechanismus einem Konsumentenvertrag nach Abs. 2 zuzuordnen ist.

c. Anwendbares Recht

Da der Programmablauf über verschiedenste Rechner ungeachtet von Landesgrenzen erfolgt, stellt sich die Frage, welche Rechtsordnung die *lex causae* darstellt. Es geht hierbei nicht um eine *lex causae* des Smart Contract, also des im Internet zugänglichen Programms. Bei diesem handelt es sich nicht um ein konkretes Rechtsverhältnis, für das man die Frage des darauf anwendbaren Rechts stellen oder beantworten könnte. Die Frage des anwendbaren Rechts lässt sich nur für die konkrete Trägervereinbarung stellen, die eine bestimmte Benutzung eines Smart Contract begleitet. Nehmen wir an, diese Frage wird nach dem IPRG entschieden, weil ein Schweizer Gericht angerufen ist. Die Frage des anwendbaren Rechts ist vielleicht weniger problematisch, als es auf erste Sicht den Anschein haben mag. Zunächst sei daran erinnert, dass Smart Contract-Bewegungen in konventionelle Verträge eingebettet sein können, die ansonsten ganz einem gesetzlichen Vertragstyp des OR entsprechen. Für diese wird das anwendbare Recht wie gewöhnlich bestimmt, wobei die Rechtswahlregel des Art. 116 IPRG spielen kann. Sofern es sich aber um eine isolierte Smart Contract-Benutzung handelt, in die man in rechtsgeschäftlicher Sicht nicht mehr als eine dürre Zustimmung hineinlesen kann, gilt am ehesten das Folgende: Was die parteiautonome Rechtswahl betrifft, schwebt den Parteien – im Sinne des Mottos «Code is Law» – möglicherweise vor, dass sie sich mit der Benutzung des Smart Contract überhaupt gegen die Geltung irgendeines Hinter-

221 Zum *pactum de non petendo in perpetuum* s. Eugen Bucher, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1988, S. 400: materiellrechtliche Vereinbarung, bundesrechtlich zulässig.

222 Im Bereich der Europäischen Union s. Art. 4 Abs. 1 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 («Brüssel I-VO»).

grundrechts verwahren. Es würde sich um eine allumfassende «negative Rechtswahl» handeln, die Wahl völliger «Rechtsabwesenheit». Eine solche Wahl ist vom schweizerischen Kollisionsrecht – aber wohl auch von den Kollisionsrechten anderer Staaten – nicht vorgesehen.[223] Sind die Beteiligten von einer solchen Vorstellung geleitet, kann dies nur dazu führen, dass das anwendbare Recht objektivrechtlich bestimmt wird; die objektivrechtliche Bestimmung des anwendbaren Rechts durch das Gesetz ist als solche nicht abdingbar.

Wird jemand mit einem Begehren beklagt, dass sich darauf stützt, eine von Beklagtenseite ausgehende Wertbewegung sei ausgeblieben, wird man nach (oder analog) Art. 117 Abs. 2 IPRG das Recht am Wohnsitz des Beklagten anwenden. Stützt sich die Klage darauf, dass den Beklagten ein Smart Contract-gesteuerter Güterzufluss zu Unrecht bereichert hat, sollte ebenfalls das Recht am Wohnsitz des Beklagten zur Anwendung kommen. Ergebnisse, die sich für ein Schweizer Gericht hinsichtlich des anwendbaren Rechts ergeben, sind nicht mit den Ergebnissen koordiniert, zu denen Gerichte anderer Staaten kommen würden. Es ist dies ein mit der globalen Anlage der Technik verbundener Umstand. Zukünftig werden möglicherweise Abkommen für eine Harmonisierung des Kollisionsrechts sorgen. Für die folgenden Einzelfragen wird die Anwendbarkeit des schweizerischen Privatrechts auf die Trägervereinbarung, die mit der Smart Contract-Verwendung einhergeht, vorausgesetzt.

d. Vertragsschluss

Das schweizerische Vertragsrecht ermöglicht aufgrund der Inhalts- und Formfreiheit einen niedrigschwelligen Einstieg in den Trägervertrag: Eine Zustimmung zu einer bestimmten Benützung eines bestimmten Smart Contract kann schon im Start des Programms gesehen werden; eine rückläufige Annahmeerklärung durch den anderen Teil dürfte nach Art. 6 OR entbehrlich sein. Problematisch ist möglicherweise der Rechtsbindungswille der Parteien, insbesondere wenn diese der Ansicht sein sollten, es handele sich um ein rechtsfreies Geschehen. Ergibt hier aber nicht das Vertrauensprinzip, dass die Programmverwendung damit einhergeht, dieses als verbindlich anzuerkennen? Wer sich eines Smart Contract bedient, um eine Güterbewegung zu steuern, hat meines Erachtens keine Möglichkeit, sich gegen eine Deutung dieses Verhaltens als rechtliche Zustimmung zu verwahren. Hilfreich ist hier der Gedanke der *protestatio facto contraria*: Gegenüber einem Vollzug eines Rechtsgeschäfts, z.B. der willentlichen Inanspruchnahme einer angebotenen Leistung, ist die offene *protestatio*, dies nicht als das Rechtsgeschäft zu wollen, um das es sich handelt, wirkungslos.[224]

---

223 Zur negativen Rechtswahl s. Max Keller, Jolanta Kren Kostkiewicz, in: Daniel Girsberger et al. (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2004, Art. 116 N 16.

224 Zu dieser Figur s. Thomas Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, Tübingen 1999, S. 72 ff.

Die Bedeutung des Vertragsrechts des OR für Smart Contract-Transaktionen sei beispielhaft verdeutlich an der Auswirkung von Willensmängeln: Wer von einem Erpresser durch Drohung zum Start eines Smart Contract veranlasst worden ist, muss sich auf Art. 29 f. OR berufen können, mit der Folge, dass er eine Rückgewähr dessen verlangen kann, was infolge des Smart Contract-Durchlaufs beim Empfänger angekommen ist. Der Vertrag, dessen Unverbindlichkeit hierbei geltend gemacht wird, ist nicht der Smart Contract als solcher, sondern der Trägervertrag, durch den sich die Parteien auf den Durchlauf dieses Programms einigen: Anfechtbarkeit oder Ungültigkeit sind keine Prädikate, mit denen man den Smart Contract als solchen ansprechen könnte. Entsprechendes sollte in Fällen des wesentlichen Irrtums gelten (Art. 23 f. OR). Es ist aber die Frage, in welcher Gestalt hier ein wesentlicher Irrtum auftreten kann. Hierbei ist zu bedenken, dass der (minimale) Vertragsinhalt in der Vereinbarung besteht, ein bestimmtes Programm laufen zu lassen. Gerade diese Erklärung muss durch einen Irrtum nach Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 bis 4 OR beeinflusst sein. Irrt sich ein Beteiligter über Eigenschaften des Smart Contract-Programms, so muss sich der Irrtum als wesentlich für den Abschluss des Trägervertrags darstellen, der mit dem Eintritt in die Smart Contract-Transaktion einhergeht. Als einschlägige Kategorie dürfte sich wohl nur der Grundlagenirrtum nach Ziff. 4 anbieten.

Was den Vertragsschluss betrifft, wird man sich weiter fragen müssen, inwieweit Vereinbarungen, die die Parteien über die Auslösung des Programms hinaus treffen (Nebenabreden), Berücksichtigung finden und mit dem automatischen Vollzugsprogramm zusammenspielen. Wenn sich zwei Parteien z.B. verabreden, einen Smart Contract zu benützen, und die eine Partei sich ausser-netzlich (oder auch nur «ausserhalb» des Smart Contract-Programms) verpflichtet, der anderen Partei einen prozentualen «kickback» in Landeswährung auszuzahlen: Bewirkt die Festlegung auf den Smart Contract, dass ausser-netzliche Vereinbarungen ausgeschlossen oder ungültig sind? Hier kommt der Umstand in den Blick, dass – anders als das Smart Contract-Vollzugsprogramm – die Trägervereinbarung durchaus einer Auslegung im herkömmlichen Sinne zugänglich ist. Im Ausgangspunkt wird man die regelmässige Methode der Vertragsauslegung zu Grunde legen.

e. Typenqualifikation

Es sei daran erinnert, dass auf dem Gebiet von Smart Contracts Akteure in verschiedenen Rollen engagiert sind, und dass dementsprechend Vertragsbeziehungen sehr unterschiedlicher Art anzutreffen sind. Die folgenden Überlegungen gelten der Ebene der «Endnutzer», die im Netz fertig bereitstehende Smart Contract-Programme starten.

Der Smart Contract ist nicht als solcher Gegenstand einer Typenqualifikation. Es handelt sich um ein Vollzugsprogramm in Gestalt einer Software; dieses ist kein Vertrag im Rechtssinne und einer vertragssystematischen Typen-

qualifikation nicht zugänglich. Qualifizieren kann man nur den Trägervertrag. Daraus ergibt sich zugleich, dass es nicht die eine, einheitliche Qualifikation des Smart Contract gibt. Vielmehr hängt die Qualifikation des Trägervertrags davon ab, welche Transaktion die Parteien mittels des Smart Contract durchführen wollen. Es ist möglich, dass ein und derselbe Smart Contract, je nach dem Zweck, zu dem er eingesetzt wird, von Trägerverträgen begleitet wird, die unterschiedlich zu qualifizieren sind. Es ist nicht gesagt, dass die Vertragsbeziehung der Parteien sich in dem Durchlauf eines Smart Contract erschöpft. Dies mag der Fall sein; es ist aber ebenso denkbar, dass ein Smart Contract lediglich als ein Vollzugsbaustein in eine weit umfangreichere Vertragsbeziehung eingeklinkt wird. So kann man sich vorstellen, dass «Zahlungen» (wenn man diesen Begriff für die Verschiebung von Einheiten einer Kryptowährung benutzen will) vertragsgemäss mittels eines Smart Contract erfolgen sollen; die Gegenleistung könnte dann z.B. in der Errichtung eines Bauwerks liegen. Es liegt dann lediglich ein vereinbarter Zahlungsautomatismus vor, bei dem die Bedingungen, die den Zahlungsvorgang auslösen, im Internet abgreifbare Daten sein müssen; das übrige Vertragsprogramm mag ganz dem eines gewöhnlichen Bauvertrags entsprechen. Der Umstand, dass in die Vertragsabwicklung ein Smart-Contract-Element eingeschaltet ist, muss daher gar keinen notwendigen Einfluss auf die Vertragsqualifikation haben. Die von den Vertragspartnern eingesetzten Techniken der Leistungserbringung sind an und für sich nicht qualifikationsrelevant. Ob ein Bauunternehmer die vertraglich versprochene Baugrube durch Arbeiter oder durch Maschineneinsatz herstellt, spielt für die Qualifikation als Werkvertrag keine Rolle. Allerdings werden mittels des Smart Contract-Elements regelmässig von einer Seite (oder von beiden Seiten) Einheiten einer sogenannten Kryptowährung oder Token oder andere Einheiten digitaler Natur bewegt. Dieser Leistungsinhalt findet bei der Qualifikation Berücksichtigung. Für die Verträge, bei denen eine der Parteien die Leistung der anderen Partei mit einem Entgelt vergütet, kann sich nur die Frage stellen, ob das Geschäft noch dem gesetzlichen Typus unterzuordnen ist, wenn diese Vergütung in Einheiten einer Kryptowährung zu erfolgen hat. Während niemand bezweifelt, dass die Vereinbarung einer Giralzahlung statt Barzahlung kein Ausweichen auf den Tauschvertrag erzwingt, wird man bei der Vereinbarung von Kryptowährung zögern: Während die Giralzahlung immerhin auf Einheiten der (oder: einer) staatlichen Währung lautet, ist dies bei Einheiten einer Kryptowährung nicht der Fall. Meines Erachtens handelt es sich daher, wenn eine Sachleistung mit der Zuwendung von Einheiten einer Kryptowährung entgolten wird, um Tausch (Art. 237 ff. OR);[225] soweit es um andere Leistungen als die Sachleistung nach Verkäuferart geht, ist ein Innominatvertrag anzunehmen.

225 So auch, für das deutsche Recht, Harm Peter Westermann, in: Franz Jürgen Säcker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 433 – § 453, 7. Aufl., München 2016, § 433 N 16.

Sollten die Entwicklungen der sogenannten Kryptowährungen einmal an einen Punkt gelangen, an dem eine solche Einrichtung als Währung erscheint, würde eine Schuld von entsprechenden Einheiten einer Fremdwährungsschuld gleichzusetzen sein, die bekanntlich auch als Geldschuld im Sinne des OR gilt.[226] Dies würde die Möglichkeit eröffnen, eine Vereinbarung, bei der etwa eine Werkleistung durch eine Smart-Contract-gesteuerte «Zahlung» einer solchen Kryptowährung vergolten wird, glatt als Werkvertrag im Sinne der Art. 363 ff. OR zu behandeln.

Nicht übersehen sollte man schliesslich, dass auch das Schuldbekenntnis (Art. 17 OR) eine passende Grundlage für die Smart Contract-Nutzung darstellen kann: Der Inhalt des Versprechens besteht dann darin, dass der Versprechende sich des Smart Contract bedient und dem Empfänger dadurch diejenige Leistung zukommen lässt, die sich aus dem Durchlauf des Smart Contract ergibt. Auf diese Rechtsgrundlage wird man namentlich dann verwiesen sein, wenn die Wertbewegung, wie der Smart Contract sie steuert, nicht in ein Synallagma eingebettet ist.

f. Naturalia negotii für den Smart Contract?

Als wesentliche Folge der Typenqualifikation ergibt sich, dass für die Smart Contract-Transaktion unter Umständen auch *naturalia negotii* ins Spiel kommen. Inwiefern dies der Fall ist, hängt von der Gestalt der Transaktion ab. Es sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass auch der Allgemeine Teil des OR Dispositivnormen enthält, die, wenn nicht wegbedungen, den Vertrag näher ausgestalten. Diese Normen können auch einen Innominatvertrag betreffen, der eine Smart Contract-Wertbewegung begleitet. Als Beispiele seien die Normen über Ort und Zeit der Erfüllung genannt (Art. 74, 75 OR). Diese Bestimmungen gelten grundsätzlich auch für einen Erfüllungsvorgang, der durch einen Smart Contract gesteuert wird. Man wird sich aber fragen, ob in der Zustimmung zur Smart Contract-Abwicklung nicht zugleich die Vereinbarung liegt, dass die Erfüllung in diesen beiden Parametern so geschuldet ist, wie sie vom Smart Contract-Programm herbeigeführt wird. In dieser Weise wird das zivilrechtliche Vertragsprogramm durch Vorgaben des Smart Contract mitbestimmt. Es dürfte überhaupt eine Hauptaufgabe der privatrechtlichen Bewältigung von Smart Contract-Geschehen sein, die programmierten Mechanismen des Smart Contract mit dem genauen Inhalt einer vertraglichen Vereinbarung abzustimmen.

g. Vollzug und Missbrauch

Bei den schon aus der Vergangenheit geläufigen Zahlungsautomatismen, namentlich beim Akkreditiv, ist die Problematik gut bekannt, dass die Unbeein-

226 Die Fremdwährungsschuld ist Geldschuld im Sinne des OR, vgl. Art. 84 Abs. 2 OR und Kommentare dazu.

flussbarkeit der vorprogrammierten Wertbewegung, die von den Parteien gerade gesucht wird, die Möglichkeit eines Missbrauchs einschliesst. In vergleichbarer Weise wird sich wohl auch bei den Smart Contracts die Frage stellen, ob der Leistende den gestarteten Automatismus noch auf dem Rechtsweg abbrechen kann. Die Technologie ist indes so angelegt, dass der hierzu nötige Eingriff unmöglich sein sollte. Auf dem Rechtsweg wird man eher eine neutralisierende Gegenbewegeng durchzusetzen suchen, vergleichbar der Stornobuchung im Giralverkehr.

Was Leistungsstörungen betrifft,[227] so ist ein allfälliges Versagen eines Smart-Contract-Mechanismus eine Störung eigener Art. Es handelt sich darum, dass für den Vertragsvollzug ein Instrument vorgesehen ist, das nicht oder nicht richtig funktioniert, entgegen dem, was sich die Parteien bei Vertragsschluss vorgestellt haben. Wie sich diese Störung vertragsrechtlich darstellt, ist damit nicht gesagt. Es könnten vor allem Verzugs- und Unmöglichkeitsregeln zur Anwendung kommen. Wenn keine der Parteien als Entwickler an der Bereitstellung des Smart Contract beteiligt ist, könnte es sich um eine «neutrale» Störung handeln, die von keiner der Parteien zu vertreten ist.

h. Ungerechtfertigte Bereicherung

Damit die durch Smart Contract bewirkte Wertverschiebung nicht einer Rückforderung nach Art. 62 Abs. 1, Abs. 2 OR unterliegt, bedarf es eines gültigen Grundes, einer causa. Der Smart Contract ist als solcher keine derartige *causa*. Zu einer *causa* wird der Smart Contract nur durch die übereinstimmende Absicht der Parteien, das Leistungsergebnis, das sich mit dem Durchlauf des Smart Contract ergibt, zu wollen; diese Vereinbarung ist im Trägervertrag – und nur in diesem – enthalten.

III. Smart Contracts – Perspektiven für die Vertragsordnung

Das Vertragsrecht, sei es das Recht des OR oder das gesetzliche Vertragsrecht eines anderen Staates, wird durch das Aufkommen von Smart Contracts nicht gegenstandslos. Umgekehrt wird ein Schuh daraus: Ohne ein begleitendes Vertragsrecht sind bestandskräftige Wertbewegungen mittels Smart Contract nicht erwartungssicher durchführbar. Für Unregelmässigkeiten aller Art schafft erst die Möglichkeit eines Rückgriffs auf Ansprüche und Rechtsbehelfe, die das positive Vertragsrecht anerkennt, Sicherheit gegen Enttäuschungen von Erwartungen und Ausgleichsansprüche für unrechtmässig erlittene Schädigungen. Die Inhalts- und die Formfreiheit des schweizerischen Vertragsrechts bilden im

227 Zu Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts s. Rolf H. Weber, Leistungsstörungen und Rechtsdurchsetzung bei Smart Contracts, in: Jusletter 4. Dezember 2017.

Ausgangspunkt gute Voraussetzungen, um den fortschreitenden Einsatz von Smart Contracts rechtlich zu begleiten.

Mittels Smart Contract dürfte es möglich sein, die Anzahl der Fälle, in denen zur Durchsetzung des Vereinbarten staatliche Gerichte (oder Schiedsgerichte) angerufen werden müssen, zu vermindern. Es ist von jeher ein Bestreben der Vertragspraxis gewesen, Vertragsprogramme so zu strukturieren, dass man sich auf die versprochene Leistungserbringung verlassen kann. Wertpapiere sind lange Zeit ein beliebtes Instrument gewesen, um diese Erwartungssicherheit zu erhöhen. Als Beispiel sei das Akkreditiv genannt, bei dem der Auszahlungsanspruch gleichsam «vorprogrammiert» ist. Es ist gerade ein Vorzug privatautonom gestalteter Transaktionen, dass die Beteiligten selbstbestimmt Mitverantwortung übernehmen für die Reibungslosigkeit ihres Austauschs und dass ihnen Streitvermeidung und Streitregulierung ein Anliegen sind. In dieser Richtung werden auch Smart Contract-Technologien wohltuend wirken können.

Die Verlässlichkeit der Leistungserbringung ist für eine stark arbeitsteilige Wirtschaft, in der die Produktionsschritte schnell getaktet sind, von ausserordentlich hohem Wert. Die Prognose fällt nicht schwer, dass Smart Contracts sich noch einer enormen Beliebtheit erfreuen werden. Wenn es gelingt, Transaktionen so verlässlich zu gestalten, dass sich die Beanspruchung der im Gerichtswesen organisierten Durchsetzungsmechanismen reduzieren lässt, ist dies ein Fortschritt. Abwehrbewegungen seitens des Juristenstandes sind nicht angebracht. Es ist eine mögliche Entwicklung, dass über Smart Contracts laufende Transaktionen einen grossen Anteil am gesamten Transaktionsaufkommen ausmachen werden und dass die Beanspruchung des Rechtswesens zur Vertragsdurchsetzung spürbar zurückgeht. Ein Absterben des Gerichtssystems, weil niemand mehr (über Transaktionen) in Streit kommen kann, erscheint aus jetziger Sicht nicht sehr wahrscheinlich. Es ist aber gut denkbar, dass sich gesamtgesellschaftlich der Schwerpunkt intellektueller Tätigkeit verschiebt, indem weniger Juristen sich um die Aufarbeitung gescheiterter Vertragsbeziehungen kümmern müssen, während mehr Informatiker/Programmierer die Qualitäten der Selbstvollzugsmechanismen perfektionieren. Ob es in dieser Entwicklung einen Punkt geben könnte, in dem dann doch das informatikgetragene Austauchgeschehen sich vollständig von dem herkömmlichen Rechtswesen emanzipiert? Es wäre vermessen, wenn der Jurist hier ein sicheres «Nein» sprechen wollte.

Inwieweit ergibt sich mit Smart Contracts ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber? In Bezug auf sogenannte Kryptowährungen und im Zusammenhang stehende Blockchain-Anwendungen wird bereits jetzt ein deutlicher Regulierungsbedarf gesehen, vor allem insoweit es sich um Geschehnisse mit Bezug zum Finanzmarkt handelt; in der Schweiz[228] ebenso wie international. Ist auch der Privatgesetzgeber gefordert? Wir beobachten einen Findungsprozess, in

228 Nur als Beispiel genannt seien die von der FINMA erlassenen «ICO Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)» v. 16.2.2018.

dem die Erfassbarkeit neuer Technologien mit den Mitteln des Obligationenrechts getestet wird. Es wird sich in vielen Einzelfragen zeigen müssen, wie die Regeln des OR über Risikoallokation bei Vertragsschluss und -abwicklung die Vorgänge rund um einen Smart Contract rechtlich strukturieren. Anlass für grundlegenden Zweifel, dass die bestehende Vertragsordnung die neuen Phänomene nicht sachgerecht aufnehmen könnte, ist derzeit nicht zu erkennen. Für ein Gesetz mit Sonderregelungen zu «Smart Contracts» besteht kein Grund, und es wäre vermutlich auch verfrüht, wenn der Gesetzgeber jetzt in einen noch laufenden Findungsprozess eingreifen würde.

F. Schlussthesen

- Es besteht kein hinreichender Anlass, vom bewährten System der Vertragstypenordnung, wie es vom OR aufgestellt wird, zugunsten einer radikalen Neuregelung abzugehen.
- Eine weitergehende Ausdifferenzierung gesetzlicher Vertragstypen könnte hier und da erwogen werden. Der Gesetzgeber mag, wenn er die Kodifikation *à jour* halten will, nach «kodifikationsreifen» Innominatverträgen Ausschau halten; eine legislative Grundentscheidung, jeden in der Rechtspraxis irgendwie erkennbaren Typus mit einer neuen gesetzlichen Typenregelung zu bedenken, erscheint indes nicht angebracht.
- Von jeher empfahl sich eine Aufnahme neuer, «kodifikationsreifer» Vertragstypen in den Besonderen Teil des OR vor allem bei Geschäften, die im Alltagsleben der Bürger eine feste Rolle spielen. Für Geschäfte, die ganz überwiegend im unternehmerischen Bereich getätigt werden, dürfte zumeist das selbstgeschaffene Recht der beteiligten Verkehrskreise ausreichen. Soweit es nicht um B2B-Geschäfte geht, spielt heute bei gesetzlichen Neuregelungen fast immer der Gedanke des Konsumentenschutzes mit; damit kommt zugleich die Variante einer Typenregelung in einem Sondergesetz in die Diskussion.
- Zur Zusammenführung der bestehenden konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen und zu deren allfälligem Ausbau ist ein *Code de la consommation* nach französischem (und italienischem) Vorbild zu erwägen. Eine solche Nebenkodifikation würde es erleichtern, dem Vertragsrecht des OR seinen weitgehend dispositiven, flexiblen und marktfreundlichen Charakter zu belassen. Die Attraktivität des OR-Vertragsrechts im Wettbewerb der Rechtsordnungen würde gestärkt.
- Die Aufstellung dispositiver Normen sollte auch in Zukunft dem Ideal verpflichtet bleiben, Regelungen anzubieten, wie sie von verständigen Vertragsparteien gleicher Verhandlungsmacht getroffen würden, wenn diese in ihren Vertrag eine Regelung des entsprechenden Punktes eingefügt hätten. Dies ist auch eine Voraussetzung für die Verwendung dispositiver Gesetzesvorschrif-

ten als Leitbild bei der Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen. Mit einer empirisch ausgerichteten «Marktimitation», die durchaus hilfreich sein kann, ist es freilich nicht getan; es geht um eine normative Setzung, die eine wertende Billigung durch den Gesetzgeber impliziert.

– Aufgrund des Umstands, dass die Schweiz unionsrechtlichen Vorgaben nur insofern unterliegt, als diese durch völkerrechtliche Verträge übernommen werden,[229] geniesst der Schweizer Privatrechtsgesetzgeber ungleich grössere Spielräume in der Gestaltung der gesetzlichen Vertragsordnung als die Gesetzgeber der Mitgliedsstaaten der EU. In der konkreten Entwicklung ist im Vergleich mit den Nachbarländern ein deutliches Zurückbleiben des Konsumentenschutzes zu verzeichnen.[230]
– Soweit aus Gründen des Allgemeinwohls im Bereich des Privatrechts regulierend eingegriffen werden muss, sollten zwingende Vorschriften aufgestellt werden; von einer Instrumentalisierung dispositiven Gesetzesrechts wird besser abgesehen. Vermischung von Privatrecht mit Öffentlichem Recht ist nach Möglichkeit zu meiden. Einschränkungen der Vertragsfreiheit, wo diese notwendig erscheinen, sind möglichst landeseinheitlich, also durch Bundesgesetzgebung oder durch abgestimmte Kantonsgesetzgebung einzuführen.
– Die technologischen Entwicklungen, die mit dem Stichwort «Smart Contract» angesprochen werden, veranlassen derzeit im untersuchten Bereich des Obligationenrechts keinen Handlungsbedarf für den Privatrechtsgesetzgeber.[231] Ob eine Einordnung der Einheiten von Kryptowährungen in das Gütersystem des schweizerischen Vermögensrechts ein Tätigwerden des Gesetzgebers nötig oder wünschenswert macht, bleibt ebenfalls noch abzuwarten.

---

229 Im Bereich des Vertragsrechts muss namentlich das Arbeitsrecht wegen der bilateral vereinbarten Personenfreizügigkeit auf Unionsrecht Rücksicht nehmen, s. z.B. Astrid Epiney und Patrizia Zbinden, Arbeitnehmerentsendung und Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG. Zur Tragweite und Auslegung der Dienstleistungsfreiheit im Freizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, Fribourg 2009.

230 Zum Stand des Verbraucherschutzes in Deutschland Beate Gsell, Verbraucherschutz, in: M. Martinek (Redaktor), Eckpfeiler des Zivilrechts. J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz u. Nebengesetzen, Bearb. 2018, Berlin 2018, S. 713 ff.

231 Für Verfügungsgeschäfte über Kryptopositionen wurden bereits Gesetzesreformen vorgeschlagen, etwa die Gleichstellung einer Blockchain-Bewegung mit der Schriftform (Art. 165 OR). Ich verdanke diesen Hinweis Corinne Zellweger-Gutknecht.

Autonomie des parties et clauses attributives de juridiction dans les contrats internationaux: aspects choisis de droit international privé suisse

Isabelle Romy*

* Professeure à l'Université de Fribourg et à l'EPFL, docteure en droit, avocate. Je remercie vivement Mme Félise Rouiller, avocate, pour l'aide précieuse qu'elle m'a apportée et pour ses commentaires critiques et constructifs lors de la préparation et de la rédaction de cette contribution.

Table des matières

A. Introduction . . . 90
B. Autonomie des parties et conventions d'élection de for . . . 92
I. Portée et objectifs des clauses d'élection de for dans les contrats internationaux 92
II. Les clauses d'élection de for dans la LDIP . . . 96
1. Généralités . . . 96
2. Nature des conventions d'élection de for et droit applicable . . . 96
3. Champ d'application territorial et temporel . . . 100
4. Conditions formelles . . . 102
5. Conditions matérielles . . . 103
6. Limitations à l'autonomie des parties, en particulier dans les contrats de consommation . . . 104
a. Généralités . . . 104
b. Le for semi-impératif du consommateur . . . 105
7. Portée et effets de l'élection de for . . . 107
a. Entre les parties . . . 107
b. Opposabilité à des tiers . . . 109
c. Effets pour le tribunal suisse élu . . . 109
d. *Litispendance et forum running* . . . 110
e. Effets pour le tribunal suisse dérogé . . . 111
III. Les clauses de prorogation de compétence dans la Convention de Lugano (à la lumière du Règlement Ibis 1212/2015) . . . 112
1. Généralités . . . 112
2. Nature des conventions de prorogation de compétence et droit applicable 113
3. Champ d'application personnel et temporel . . . 115
4. Conditions formelles . . . 117
a. Généralités . . . 117
b. Forme écrite . . . 118
c. Habitudes des parties ou usages commerciaux . . . 120
5. Conditions matérielles . . . 121
6. Limitations à l'autonomie des parties . . . 122
a. Généralités . . . 122
b. Le for semi-impératif du consommateur . . . 123
7. Portée et effets de l'élection de for . . . 125
a. Pour les parties . . . 125
b. Opposabilité à des tiers . . . 126
c. Effets pour le tribunal élu . . . 126
d. *Litispendance et forum running* . . . 126
e. Effets pour le tribunal dérogé . . . 128
IV. La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for 128
C. Autonomie des parties et conventions d'arbitrage . . . 131
I. Portée et objectifs des conventions d'arbitrage dans les contrats internationaux 131
II. Les conventions d'arbitrage dans la LDIP . . . 133
1. Généralités . . . 133
2. Nature des clauses compromissoires et droit applicable . . . 133
3. Champ d'application territorial et temporel . . . 136
4. Conditions formelles . . . 137
5. Conditions matérielles . . . 138
a. Arbitrabilité . . . 138
b. Désignation des rapports soumis à l'arbitrage . . . 141
c. Composition du tribunal arbitral et siège . . . 142

6. Limitations à l'autonomie des parties 142
a. Quant à l'arbitrabilité du litige 142
b. Quant au choix des arbitres et des règles de procédure applicables . . 143
c. Quant à la renonciation à recourir 144
7. Portée et effets de la clause compromissoire 145
a. Pour les parties 145
b. Opposabilité de la clause compromissoire à des tiers 145
c. Effets de la clause compromissoire pour le tribunal arbitral et principe de compétence-compétence 146
d. Effets de la clause compromissoire sur les tribunaux étatiques: l'exception d'arbitrage 148
D. Remarques finales 150
1. Reconnaissance internationale accrue du principe d'autonomie de la volonté des parties 150
2. Restrictions et imprévisibilité juridiques comme facteurs d'affaiblissement du principe d'autonomie de la volonté des parties 151

A. Introduction

L'autonomie de la volonté des parties constitue la clé de voûte du droit suisse des obligations, lequel permet aux parties de déterminer librement l'objet d'un contrat, dans les limites de la loi. Le pendant procédural de cette liberté contractuelle est vaste; la mise en œuvre des droits et prétentions des parties est largement soumise et subordonnée à cette autonomie, reconnue depuis de nombreuses années comme un principe essentiel de la procédure civile. Celle-ci est dominée par les maximes de disposition et des débats, qui confèrent aux plaideurs la maîtrise de leur litige[1].

L'autonomie de la volonté constitue également un pilier du commerce international, de sorte que les études sur la portée de ce principe en droit international privé se sont multipliées dans le domaine des contrats internationaux, dès l'essor du libéralisme économique au XIX^{ème} siècle[2]. Ce thème a ainsi retenu l'attention soutenue de la doctrine et des institutions internationales, en particulier de l'Académie de La Haye, dès le début du siècle dernier[3].

---

1 Max Guldener, Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zurich 1951, p. 148; Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2ème éd., Bâle 1990, p. 309 ss; Fabienne Hohl, Procédure civile – Tome I – Introduction et théorie générale, 2ème éd., Berne 2016, N 1164 ss; Spühler Karl/Dolge Annette/Gehri Myriam, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9ème éd., Berne 2010, chapitre 5 N 2.

2 Voir Christian Kohler, L'autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatisme, RCADI 359, Leiden 2013, p. 58 s., 68 ss.

3 Voir parmi d'autres auteurs: Diego P. Fernandez Arroyo, Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, RCADI 323, Leiden 2006; Marcel Caleb, Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en droit international privé, Paris 1927; Agostino Curti Gialdino, La volonté des parties en droit international privé, RCADI 137, Leiden 1972; Charalambos N. Fragistas, Compétence internationale en droit privé, RCADI 104, Leiden 1961, pp. 159 ss; Institut de droit international/Erik Jayme, L'auto-

C'est tout d'abord en matière de conflits de lois que la volonté des parties a été reconnue comme un facteur de rattachement de la loi applicable aux relations contractuelles, et ce dès le XIX^{ème} siècle. Au XX^{ème} siècle, les développements ont porté sur la reconnaissance graduelle de l'autonomie des parties en matière d'élection de for; la faculté octroyée aux parties à un contrat international de déterminer le tribunal compétent pour trancher leurs différends est devenue la règle[4]. Enfin, dès le début du XX^{ème} siècle et en parallèle avec le développement des échanges commerciaux, l'essor et la popularité de l'arbitrage pour résoudre des différends commerciaux internationaux ont intensifié encore la portée de ce principe[5].

À l'heure actuelle, l'autonomie des parties en matière contractuelle est solidement ancrée dans la majorité des systèmes de droit contemporains, qu'il s'agisse des pays de droit civil ou de *common law*, ainsi que dans de nombreuses conventions internationales[6]. Lors de la codification du droit international privé suisse au début des années quatre-vingt, le rattachement de principe à l'autonomie des parties, encouragé et soutenu par les milieux économiques, a donné lieu à peu de contestations[7].

L'autonomie de la volonté est désormais reconnue comme un principe fondamental du droit international privé, y compris de l'arbitrage international, même si les débats sur les fondements théoriques et la légitimation de ce principe sont loin d'être épuisés[8]. Toutefois, que l'on considère ce principe comme

---

nomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées, *in*: Annuaire de l'Institut de droit international 1991 6/I; Jerzy Jodlowski, Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile, RCADI 143, Leiden 1974; Pierre Louis-Lucas, L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé, *in*: Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant, Paris 1939, p. 469 ss; Franz Matscher, Étude des règles de compétence judiciaire dans certaines conventions internationales, RCADI 161, Leiden 1978; Jean-Paulin Niboyet, La théorie de l'autonomie de la volonté, RCADI 16, Leiden 1926.

4 Ronald A. Brand, The Evolving Private International Law – Substantive Law Overlap in the European Union, *in*: Peter Mankowski/Wolfang Wurmnest (éd.), Festschrift für Ulrich Magnus zum 70. Geburtstag, Munich 2014, p. 375; Xandra Kramer/Erlis Themeli, The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum, *in*: Vesna Lazic/Steven Stuij (éd.), Brussels Ibis Regulation – Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme, La Haye 2017, p. 33.

5 CR LDIP/CL-Bucher, Intro. art. 176–194 LDIP N 1; Message du 10 novembre 1982 concernant une loi fédérale sur le droit international privé (FF 1983 I 255), p. 442; voir également, parmi de nombreux textes, le Protocole de Genève de 1923, relatif aux clauses d'arbitrage, et la Convention de Genève de 1927 pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères, remplacés tous deux par la Convention de New York de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, qui témoignent de l'importance accrue de l'arbitrage pour la résolution des contentieux commerciaux.

6 Voir Kohler (note 2), p. 29 ss, et références citées.

7 Message LDIP 1982 (note 5), p. 273.

8 Jürgen Basedow, Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts, RabelsZ 2011 75/1, p. 41; Institut de droit international/Jürgen Basedow, Rapport «Droits de l'homme et droit international privé», 2017, p. 420 s., 428 s.; Kohler (note 2), p. 57 ss; Niboyet (note 3).

une «simple» émanation de la liberté contractuelle ou comme un droit de l'homme à part entière, sa portée n'en reste pas moins limitée. La liberté conférée aux parties de choisir le droit applicable à leurs relations contractuelles et le for de leurs éventuels différends ou encore celle de soumettre leur contentieux à l'arbitrage a toujours été assortie de restrictions qui trouvent leurs sources dans l'ordre public[9] ou dans les lois impératives des ordres juridiques concernés[10]. Depuis la fin du XX^{ème} siècle, on observe d'ailleurs un renforcement des réglementations impératives qui ont pour but de protéger les consommateurs et les travailleurs et qui restreignent directement la portée de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle[11].

Cette contribution a pour but d'analyser la mise en œuvre du principe d'autonomie de la volonté des parties en lien avec les clauses attributives de juridiction, à savoir les conventions d'élection de for et d'arbitrage dans les contrats internationaux, lesquelles revêtent une importance essentielle dans le commerce international. Nous limiterons notre analyse du droit applicable aux aspects en lien avec ces clauses. Notre propos est d'examiner la portée, les contours et les limitations apportés à ce principe, à la lumière de la jurisprudence et des développements législatifs récents, afin de préciser son rôle en droit international privé.

B. Autonomie des parties et conventions d'élection de for

I. Portée et objectifs des clauses d'élection de for dans les contrats internationaux

Les relations contractuelles internationales sont aussi nombreuses que variées, qu'il s'agisse des rapports de commerce et d'affaires entre entreprises ou des contrats conclus entre particuliers. À l'ère d'internet, les prestations de services et le commerce des biens se sont globalisés, de sorte qu'il est permis de penser que la conclusion de contrats présentant un élément d'extranéité s'est intensifiée ces dernières années.

Le caractère international de ces contrats résulte de divers facteurs, qui peuvent être combinés entre eux: les parties ont leur domicile ou leur siège dans des États différents, elles choisissent de soumettre leurs relations au droit d'un pays tiers, ou encore elles conviennent d'un ou de plusieurs lieux à l'étran-

9 Caleb (note 3), p. 70, 87.

10 Curti Gialdino (note 3), p. 751 s.; Kohler (note 2), p. 125 ss; Louis-Lucas (note 3), p. 472; Karl H. Neumayer, Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations, Rev. crit. de DIP 1957/1, p. 579; Niboyet (note 3), p. 42 ss; Véronique Ranouil, L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept, Paris 1980, p. 87.

11 Kohler (note 2), p. 18 ss.

ger pour l'exécution de leurs prestations contractuelles. En cas de contentieux, le caractère international peut également être lié au lieu de situation des biens du défendeur lorsqu'ils se trouvent dans un État autre que celui de son siège ou domicile.

Ces divers éléments d'extranéité constituent autant de facteurs de rattachement différents du contrat à un ordre juridique donné. En cas de litige, tant la Loi fédérale sur le droit international privé (ci-après, la «LDIP») que la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerce du 30 octobre 2007 (ci-après, la «Convention de Lugano» ou «CL»)[12], à l'instar d'autres législations et traités, offrent aux plaideurs le choix entre plusieurs fors alternatifs pour mettre en œuvre leurs prétentions contractuelles. La large reconnaissance des actions négatoires de droit multiplie encore les possibilités offertes aux plaideurs: une action négatoire de droit peut en effet être introduite au for qui serait celui de l'action «positive»; en d'autres termes, le demandeur formel, qui est défendeur matériel à l'action, peut ouvrir action en constatation négative de droit à son propre domicile, de sorte que les fors à la disposition des plaideurs s'en trouvent dédoublés[13].

Cette multiplication des fors potentiels est source d'insécurité pour les parties. Confronté à plusieurs fors possibles, le plaideur optera pour celui qui lui paraît le plus favorable, phénomène connu sous le nom de *forum shopping*[14]. Ce choix ne devrait pas résulter d'une application mécanique des règles de conflit, mais bien plutôt d'une analyse stratégique et d'une évaluation minutieuse des divers aspects liés à un litige international. À défaut d'élection de droit, le droit applicable à une cause se détermine par l'application de la *lex fori*, c'est-à-dire les règles de conflit de lois de l'État dans lequel est situé le tribunal saisi de l'action. Lorsqu'une action est introduite en Suisse, le juge suisse déterminera d'office le droit applicable au litige en application de la LDIP, les conventions internationales étant réservées (art. 1 al. 2 LDIP).

Lorsqu'une action en matière contractuelle relevant de la matière civile et commerciale est introduite devant les tribunaux d'un État membre de l'Union européenne, le juge saisi détermine le droit applicable à l'obligation contractuelle en cause conformément au Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement

12 La Convention de Lugano révisée est entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 2011 et a remplacé dès cette date la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988 (ci-après, l'«ancienne Convention de Lugano» ou «aCL»), entrée en vigueur pour la Suisse le 1er janvier 1992 (RO 1991 2435).

13 Nino Sievi, Die negativen Feststellungsklagen des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens, Fribourg 2017, N 358 ss. Voir également note 107 ci-après.

14 Michel Kähr, Der Kampf um den Gerichtsstand – Forum Shopping im internationalen Verfahrensrecht der Schweiz, Zurich/Saint-Gall 2010, p. 23 ss; Sievi (note 13), N 5, note en bas de page n° 5.

Européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)[15], sous réserve des exceptions prévues à l'art. 1er.

Même en cas d'élection de droit, le juge tiendra compte des règles impératives de la *lex fori* (art. 18 LDIP) et, lorsque des intérêts légitimes et prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, de celles du droit étranger (art. 19 LDIP). Ces dispositions impératives peuvent modifier l'équilibre du contrat en faveur de la partie qu'elles font bénéficier d'une protection accrue[16].

Le déroulement de la procédure et les possibilités de recours sont définis par les règles de procédure civile du for. Ce sont les règles de procédure de la *lex fori* qui déterminent si la procédure peut être ou non limitée à une question incidente, telle que la compétence ou la prescription. Le choix du for influencera également la procédure d'obtention des preuves et nécessitera de recourir à la procédure d'entraide internationale en matière civile si des auditions de témoins ou la production de pièces sont nécessaires à l'étranger. Le demandeur tiendra également compte de considérations liées à l'exécution forcée du jugement à venir. Si le défendeur possède des biens dans un autre État que celui dans lequel le jugement est rendu, le demandeur devra faire reconnaître le jugement dans un État étranger avant de pouvoir le faire exécuter, ce qui peut présenter des incertitudes.

Face aux aléas de ce *forum shopping*, ce sont avant tout des raisons de prévisibilité et de sécurité juridique qui incitent les parties à un contrat international à choisir le for de leurs différends potentiels avant la survenance d'un litige[17]. Selon les cas, elles négocieront parfois âprement la juridiction de leur convenance en prenant en considération les éléments qui précèdent ainsi que la qualité des tribunaux potentiels, la langue et la longueur de la procédure, les coûts ou encore les possibilités de recours[18].

Il arrive également fréquemment que l'élection de for soit intégrée dans des contrats préformulés ou dans les conditions générales du fournisseur de biens ou de services, qui entend canaliser ainsi les actions potentielles de ses clients à un seul for, en général celui de son siège, pour les mêmes raisons de prévisibilité.

---

15 Le Règlement de Rome I est applicable dans tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark. Il s'est substitué tant à la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur le même objet qu'aux règles de conflit de lois nationales des États membres. Partant, lorsqu'une action est introduite devant le tribunal d'un État membre, le juge n'utilise plus ses règles nationales de conflit de lois pour déterminer le droit applicable au contrat, mais uniquement le Règlement de Rome I, et ce même si la loi désignée n'est pas celle d'un État membre (art. 2).

16 Pour un exemple d'application de l'art. 18 LDIP (application de dispositions impératives du droit suisse) à une affaire de concurrence déloyale, voir ATF 136 III 23. Pour un exemple d'application de l'art. 19 LDIP (prise en considération de dispositions impératives du droit étranger), voir ATF 136 III 392.

17 Les mêmes raisons de prévisibilité et de sécurité incitent également les parties à choisir le droit applicable à leur contrat.

18 Kähr (note 14), p. 37 ss.

Dans ces deux cas de figure, l'élection de for est intrinsèquement liée à l'autonomie de la volonté des parties: c'est elle qui constitue le facteur de rattachement nécessaire à une juridiction donnée et qui fonde la compétence internationale de cette dernière. Cette liberté des parties de choisir le for de leurs contentieux éventuels a été reconnue dans des traités bilatéraux déjà anciens, même si la doctrine lui a prêté moins d'attention qu'en matière d'élection de droit[19].

À l'heure actuelle, l'autonomie des parties comme fondement de la compétence internationale est reconnue dans la majorité des États[20]. Au niveau international, plusieurs instruments concrétisent ce principe[21], qu'il s'agisse de la Convention de Lugano, du Règlement (UE) nº 1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte) du 12 décembre 2012 (ci-après, le «Règlement de Bruxelles Ibis»)[22] ou de la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005 (ci-après, la «Convention de La Haye»). Ce dernier traité a pour but de renforcer la reconnaissance et l'exécution des clauses de prorogation de for en vue de promouvoir le commerce et les investissements internationaux[23].

En dépit de cette large reconnaissance, les conditions de validité des clauses d'élection de for et leur portée varient d'un régime à l'autre. Des limitations à l'autonomie des parties sont souvent imposées dans les domaines où le pouvoir de négociation des parties est inégal et lorsque l'une d'entre elles pourrait, sans l'intervention de l'État, imposer son choix de for à la partie considérée comme la plus faible, comme en matière de contrats de consommation, d'assurances, ou de travail[24].

Nous examinerons, dans la suite de ce chapitre, les principales règles et conditions applicables aux clauses d'élection de for du droit suisse avant de passer en revue les développements les plus récents en droit européen et international, ceci en vue de faire apparaître les divergences et convergences pertinentes pour l'objet de notre étude.

Une précision terminologique s'impose encore: divers termes – à notre avis interchangeables – sont employés pour désigner ces accords[25]. Nous

19 Fragistas (note 3), p. 172, 239 et références citées; Othmar Mayenfisch, La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international, Lausanne 1957, p. 171.

20 Kohler (note 2), p. 112 ss.

21 Pour un aperçu des traités internationaux antérieurs, voir Jodlowski (note 3), p. 534 ss.

22 Le Règlement de Bruxelles Ibis a remplacé, dès le 10 janvier 2015, l'ancien Règlement nº 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000 (ci-après, le «Règlement de Bruxelles»).

23 Préambule de La Convention de La Haye.

24 Kramer/Themeli (note 4), p. 30 s.

25 Notamment: en français «élection de for» à l'art. 5 LDIP, dans la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for et à l'art. 17 CPC, ou «prorogation de compétence» à l'art. 23 de la

utiliserons, pour notre part, la terminologie propre à chaque disposition légale considérée.

II. Les clauses d'élection de for dans la LDIP

1. Généralités

Avant l'entrée en vigueur de la LDIP le 1er janvier 1989, l'élection de for était régie par les lois cantonales de procédure, dont la portée était limitée par les dispositions de droit fédéral qui imposaient des fors impératifs, ainsi que par diverses conventions internationales conclues par la Confédération. L'art. 5 LDIP sur l'élection de for et l'art. 6 LDIP sur l'acceptation tacite ont apporté une clarté bienvenue à cette situation disparate[26].

L'art. 5 LDIP règle aussi bien la prorogation en faveur d'un tribunal suisse que la dérogation, c'est-à-dire la convention déclarant incompétent un tribunal suisse internationalement compétent[27]. C'est en se fondant sur l'art. 5 LDIP qu'un tribunal suisse peut décliner sa compétence lorsqu'il existe une élection de for en faveur d'un tribunal étranger.

2. Nature des conventions d'élection de for et droit applicable

L'élection de for est un contrat dont la nature, procédurale selon les uns[28], *sui generis* selon les autres[29], a été controversée avant l'entrée en vigueur de la LTF; le débat a perdu en acuité depuis lors puisque, dans les deux cas, le recours en matière civile est ouvert au Tribunal fédéral. En revanche, le caractère indépendant de la clause d'élection de for est reconnu de longue date par la jurisprudence et la doctrine. Il en découle que l'éventuelle nullité entachant le contrat de base n'affecte pas la clause d'élection de for[30].

Convention de Lugano; en allemand, «Gerichtsstands-» ou «Zuständigkeitvereinbarung» ; en anglais, «choice of court» ou «forum (selection) clause» .

26 Gabrielle Kaufmann-Kohler, La clause d'élection de for dans les contrats internationaux, Bâle 1980, p. 10 s.; Alfred E. von Overbeck, Les élections de for selon la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, *in*: Peter Forstmoser/Hans Giger/Anton Heini/Walter R. Schluep (éd.), Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zurich 1989, p. 610.

27 ATF 119 II 177, c. 3d.

28 ATF 121 III 495, c. 5c; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 35 (avec références); Walther J. Habscheid, Parteivereinbarungen über die internationale Zuständigkeit nach deutschem und schweizerischem Recht, *in*: Hans W. Fasching/Winfried Kralik (éd.), Festschrift für Hans Schima, Vienne 1969, p. 183; Kähr (note 14), p. 4.

29 ATF 119 II 391, c. 3a; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 35 (avec références); CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 19; Florian Mohs, Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen, Munich 2006, p. 33 s.

30 ATF 121 III 495, c. 5c; ATF 93 I 323, c. 4; Andreas Bucher, Les conventions d'élection de for – Questions en marge de la loi, *in*: Pacte, Convention, Contrat – Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1998, p. 182; Bernard Dutoit, Droit

L'élection de for est un contrat, qui suppose un échange concordant de volontés. L'art. 5 LDIP contient des prescriptions de forme et une de fond (l'élection de for doit se rapporter à un rapport juridique déterminé), mais il ne précise pas quelles conditions ce consentement doit satisfaire, ce qui soulève la question du droit applicable à la conclusion d'une telle convention, en particulier en ce qui concerne la concordance de la volonté des parties[31].

La jurisprudence et la doctrine sont divisées. Certains auteurs préconisent d'appliquer par analogie la solution prévue à l'art. 178 al. 2 LDIP pour la convention d'arbitrage; la convention de for serait valable si elle répondait, alternativement, aux conditions posées par le droit choisi par les parties, par le droit régissant l'objet du litige ou par le droit suisse[32]. Pour d'autres auteurs, il convient de se référer à la *lex causae*[33], voire au droit suisse des contrats applicable par analogie[34].

Au vu de la diversité des opinions de la doctrine, le Tribunal fédéral a jugé (dans le cadre limité d'un recours de droit public selon l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire) qu'il n'était pas arbitraire de recourir à la *lex fori*, en l'occurrence au droit (matériel) suisse, et plus spécifiquement au principe de la confiance, pour interpréter une clause de prorogation de for. Il s'agissait en l'espèce de déterminer si un jugement rendu par un tribunal américain sur la base d'une clause d'élection de for en faveur de ce dernier pouvait être reconnu et exécuté en Suisse, ce que le Tribunal fédéral confirma[35]. Dans un arrêt ultérieur, la Cour de justice de Genève a également appliqué le droit suisse, plus spécifiquement l'art. 18 CO et le principe de la confiance, pour interpréter une clause d'élection de for en faveur des tribunaux de l'État du Massachussetts, insérée dans un contrat de dépôt conclu entre une société ayant son siège à Guernesey (déposante), et une banque ayant son siège au Massachusetts, États-Unis. Ce contrat était soumis au droit de cet État. La Cour de justice considéra, selon les principes d'interprétation du droit suisse, que cette clause revêtait un caractère exclusif et qu'elle excluait par conséquent une action en validation au for du séquestre (des avoirs de la banque dépositaire situés à Genève) en Suisse, sauf accord du défendeur[36].

---

international privé suisse – Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 5ème éd., Bâle 2016, art. 5 LDIP N 2; Kaufmann-Kohler (note 26), p. 36 ss.

31 ATF 122 III 439, c. 3b.

32 Hans Reiser, Gerichtsstandsvereinbarungen nach IPR-Gesetz und Lugano-Übereinkommen, Zurich 1995, p. 39 s.; Frank Vischer, Forum Selection and Arbitration Clauses under the Brussels and Lugano Conventions and under Swiss law, *in*: Jack L. Goldsmith (éd.), International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection – Fourtheenth Sokol Colloquium, New York 1997, p. 87 s. Sur l'art. 178 al. 2 LDIP, voir *infra* p. 134 ss.

33 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 39; Bucher (note 30), p. 179 s.; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 19; von Overbeck (note 26), p. 613 s.

34 ATF 122 III 439, c. 3b *in fine* et références citées.

35 ATF 122 III 439, c. 3c.

36 Arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de Genève du 14 novembre 1997, SJ 1998 p. 325 ss.

Dans des arrêts subséquents, et à l'instar de la jurisprudence relative aux conventions de prorogation de for régies par la Convention de Lugano[37], le Tribunal fédéral a considéré que l'interprétation des clauses d'élection de for de l'art. 5 LDIP est régie par le droit applicable aux contrats qui les contiennent *(lex causae)*, désigné par le droit international privé suisse[38].

Ces questions restent d'actualité et méritent un analyse nuancée à la lumière de l'autonomie de la volonté des parties, d'une part, et des intérêts de l'ordre juridique du for, d'autre part. Cet examen permet, à notre avis, de dégager les principes suivants:

– l'admissabilité et la forme de la clause de prorogation de for doivent être régies par la loi du for[39], en l'occurrence par l'art. 5 LDIP, puisque c'est cette disposition qui ancre, dans la LDIP, la liberté donnée aux parties de choisir le for de leur contentieux.
– Il paraît en outre légitime que le tribunal élu examine selon son propre droit l'existence même d'un accord de volontés concordantes; en effet, le juge saisi doit s'assurer que l'accord qui lui confère compétence existe bel et bien. Il applique à cette fin son propre droit matériel, tout comme il le fait de manière générale en matière de qualification des notions juridiques nécessaires à l'application de la LDIP[40].
– En revanche, pour donner plein effet au principe d'autonomie de la volonté des parties, les autres aspects liés à la validité de l'accord et à sa conclusion, notamment en ce qui concerne la capacité des parties, leurs éventuels pouvoirs de représentation et les vices du consentement, devraient être régis par la loi régissant cet accord, soit la *lex causae*, déterminée selon la volonté des parties ou, à défaut, les règles de conflit de lois de la *lex fori*. Le tribunal suisse élu appliquera à cet égard les règles de l'art. 116 LDIP, aux termes duquel l'élection de droit peut être expresse ou ressortir de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances; la jurisprudence fédérale exige

37 Voir ATF 143 III 558, c. 4.1; TF 4A_149/2013 du 31 juillet 2013, c. 4; TF 4C.163/2001 du 7 août 2001, c. 2b.

38 Voir TF 4A_345/2014 du 20 octobre 2014, c. 3. Cet arrêt portait sur la question de savoir si une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal russe, contenue dans un contrat de prêt et un contrat de garantie conclu entre une société ayant son siège en Suisse et une banque russe, pouvait également s'étendre à l'action en responsabilité intentée au siège de la société en Suisse par un créancier cessionnaire contre les organes de la société débitrice suisse selon les art. 754 et 756 CO. En l'espèce, le TF a considéré que l'interprétation de cette clause pour savoir si elle s'appliquait à une action fondée sur le droit des sociétés était régie par le droit applicable au contrat, en l'occurrence le droit russe en vertu de l'art. 117 al. 2 et 3 let. a et e LDIP. Toutefois, les autorités précédentes n'avaient pas tenté d'établir le contenu du droit russe et la recourante se référait dans ses écritures aux principes du droit suisse concernant l'interprétation des conventions d'arbitrage ou des clauses d'élection de for. Elle avait ainsi implicitement admis que le droit suisse était applicable à titre supplétif sur la base de l'art. 16 al. 2 LDIP; une interprétation selon le droit suisse permettait d'admettre la compétence des tribunaux suisses.

39 VON OVERBECK (note 26), p. 613.

40 ATF 139 III 217, c. 2.2; ATF 133 III 323, c. 2; ATF 132 III 609, c. 4.

que les parties aient eu conscience que la question du droit applicable se posât, qu'elles aient voulu la régler et qu'elles aient exprimé cette volonté, même tacitement (par exemple en invoquant le même droit dans leurs écritures)[41]. Le rattachement à un ordre juridique ne peut pas se fonder simplement sur la conclusion d'un accord d'élection de for en faveur des tribunaux de la juridiction choisie[42].

– Lorsque les parties n'ont pas convenu spécifiquement du droit applicable à la clause d'élection de for, le juge suisse se référera à l'art. 117 LDIP, qui détermine le droit applicable au contrat. Si l'art. 117 LDIP conduit à l'application du droit étranger, le juge suisse peut, en matière patrimoniale, mettre la preuve du contenu du droit étranger à la charge des parties. Le droit suisse s'appliquera à titre supplétif si le contenu du droit étranger ne peut pas être établi (art. 16 al. 2 LDIP)[43].
– Quant aux effets d'une clause d'élection de for valablement conclue et valide, il convient de distinguer les rapports entre les parties et les effets sur le tribunal élu. Il nous paraît que les questions liées aux conséquences de l'inexécution, notamment celle de savoir si la partie qui ne respecte pas l'accord et ouvre action à un autre for que le for exclusif élu, est tenue d'indemniser l'autre partie de son éventuel dommage, doivent être régies par le droit (matériel) applicable à ce contrat. Les effets pour le tribunal élu et pour le tribunal dérogé, notamment lorsque le for est exclusif, sont régis en revanche par la *lex fori*[44]. Ainsi, la question de savoir si le tribunal suisse élu est tenu d'accepter sa compétence ou s'il peut la décliner d'office est régie exclusivement par l'art. 5 al. 3 LDIP, pour des motifs liés à la cohérence de l'ordre juridique et du système judiciaire de l'État du tribunal élu.

Néanmoins, les exemples jurisprudentiels susmentionnés enseignent que la distinction n'est pas toujours aisée entre la validité de la clause et ses effets. Ainsi, la question de savoir si une clause d'élection de for a une portée exclusive ou non concerne aussi bien la concordance de volontés des parties[45] (qu'ont-elles réellement voulu, subsidiairement quelle était leur volonté commune hypothétique?) que les effets d'une telle clause (l'exclusivité est-elle présumée par la *lex fori*?). Le tribunal suisse élu interprétera, si nécessaire, les déclarations de volonté des parties selon les principes d'interprétation posés par le droit suisse; il pourra néanmoins tenir compte du contenu du droit étranger ap-

41 ATF 130 III 417, c. 2.2.1.

42 ATF 131 III 289, c. 2.6; ATF 100 II 34, c. 2. La jurisprudence plus ancienne considérait toutefois qu'une clause d'élection de for entraînait la présomption que les parties voulaient soumettre leurs relations contractuelles au droit en vigueur dans le pays où siégeait la juridiction élue: voir ATF 94 II 355, c. 5.

43 ATF 121 III 436, c. 5a.

44 Arrêt de la 1ère Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de Fribourg du 23 février 2018 (101 2016 348), c. 2.5 ss.

45 Dans ce sens, arrêt de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 25 novembre 1986, JdT 1987 III 66, c. 2.

plicable au fond, à titre d'indice, tant pour déterminer la commune et réelle intention des parties que pour interpréter leurs déclarations et leurs comportements selon le principe de la confiance.

3. Champ d'application territorial et temporel

L'art. 5 LDIP s'applique en matière internationale, comme l'exige l'art. 1 al. 1 LDIP, et pour autant qu'aucun traité ne prévale (art. 1 al. 2 LDIP). Cette disposition régit la clause d'élection de for lorsqu'elle est conclue par des parties qui ont toutes deux leur domicile ou leur siège en Suisse et que le for élu se trouve dans un État tiers non partie à la Convention de Lugano[46]; ou inversement, lorsque des parties qui ont leur domicile dans des États non parties élisent un tribunal en Suisse. Cette disposition est supplantée par l'art. 23 de la Convention de Lugano lorsque l'une des parties contractantes au moins est domiciliée dans un État partie d'une part et que, d'autre part, les parties désignent comme tribunal élu celui d'un État partie, qui peut être le même que l'État du domicile de l'une des parties[47].

La condition d'extranéité doit être examinée dans chaque cas d'espèce en se plaçant au moment de la conclusion de l'accord d'élection de for[48].

La question se pose toutefois de savoir selon quel droit il convient d'examiner la validité et les effets d'un accord d'élection de for lorsque la situation de fait ou de droit se modifie entre la conclusion de l'accord et l'ouverture d'action. La doctrine et la jurisprudence y apportent des réponses variées. Le Tribunal fédéral a considéré que la validité d'un accord d'élection de for (notamment en ce qui concerne le consentement des parties, les vices de la volonté ou les conditions personnelles) se juge selon le droit en vigueur au moment de sa conclusion. Les effets de la convention sont régis en revanche par le droit en vigueur au moment de l'ouverture d'action[49]. Font partie des effets le caractère exclusif ou non de l'élection de for, la possibilité, pour le juge, de décliner sa compétence, ou encore la question de savoir si un for impératif empêche la convention de déployer ses effets.

Là également, la distinction entre les questions qui ressortent à la validité de la clause et celles qui visent ses effets n'est pas toujours claire et peut prêter à

---

46 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 7; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 5.

47 Au sujet du champ d'application de l'art. 23 CL, voir *infra* p. 115 ss.

48 TF du 6 mai 1997, SJ 1998 p. 441, c. 4c; voir également BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 7; KuKo ZPO-Haas/Schlumpf, art. 17 ZPO N 7; Edgar Philippin, Migration et droit privé, RDS 2017 II, p. 407; Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3ème éd., Zurich 2016, art. 17 ZPO N 36.

49 ATF 119 II 177, c. 3b. Il s'agissait en l'espèce d'un accord d'élection de for conclu entre une société ayant son siège au Liechtenstein et des personnes domiciliées en Suisse, en lien avec la conclusion d'un contrat de prêt en 1987, avant l'entrée en vigueur de la LDIP. L'ouverture d'action eut lieu après l'entrée en vigueur de la LDIP. Le TF jugea en application de l'art. 5 LDIP que l'élection de for en faveur des tribunaux de Vaduz était exclusive et que l'action ne pouvait pas être intentée au for des défendeurs en Suisse.

confusion, comme l'illustre l'affaire suivante[50]: le défendeur était entré au service de la demanderesse en juillet 1990 en qualité de collaborateur interne et externe. La demanderesse ayant son siège à Goldach (district de Rorschach), les parties, à teneur du contrat de travail signé à l'époque, ont choisi de soumettre leurs éventuels différends aux tribunaux de Rorschach. Après la conclusion de cet accord, l'employé a travaillé à Paris, tout en conservant son domicile en Suisse. Après la fin des rapports de travail, la demanderesse a déposé une action contre son ancien employé devant le Tribunal de district de Rorschach, motif pris de la violation de son devoir de fidélité. Le Tribunal fédéral considéra qu'il fallait examiner si une convention de prorogation de for avait été valablement conclue selon le droit en vigueur lors de la conclusion de l'accord. Puisque les rapports de travail ne revêtaient aucun caractère d'extranéité lors de la conclusion du contrat, l'art. 5 LDIP n'était pas applicable (l'ancienne CL n'était pas encore en vigueur) mais bien l'ancien art. 343 CO (remplacé depuis lors par l'art. 34 CPC); or, le choix du lieu de l'exploitation comme for exclusif violait le droit d'option impératif de l'ancien art. 343 al. 1 CO, ce qui entraînait la nullité de cet accord selon l'art. 361 al. 2 CO. Faute d'élection de for et compte tenu du fait que, lors de l'introduction d'instance, le litige revêtait un élément d'extranéité (le lieu d'exécution du travail ayant été transféré en France), il convenait de déterminer la compétence internationale du tribunal suisse selon l'art. 2 CL et la compétence locale selon l'art. 115 LDIP.

Il découle de cet exemple que la violation d'une disposition prévoyant un for impératif a des conséquences aussi bien sur la validité de la convention (elle peut entraîner la nullité ou l'annulabilité de l'accord selon le droit matériel applicable à cet accord, comme dans l'exemple ci-dessus) que sur ses effets (le juge élu déclinera sa compétence d'office).

Pour des motifs liés à la cohérence de l'ordre juridique considéré, il nous paraît justifié et opportun de déterminer les effets de la clause d'élection de for qui tombent sous le coup de la *lex fori* selon le droit en vigueur lors de l'ouverture d'action. L'art. 196 al. 2 LDIP le prévoit d'ailleurs expressément en matière d'arbitrage. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que la validité d'une clause d'élection de for conclue avant l'entrée en vigueur de la LDIP était régie par l'ancien droit; en revanche, si ses effets se produisent après l'entrée en vigueur de la LDIP, cette dernière leur est applicable[51]. Il en découle certes qu'une clause en soi valable lors de sa conclusion peut perdre son efficacité si les règles du for se modifient et soustraient tel ou tel for à la libre disposition des parties, notamment pour des motifs de protection sociale ou d'ordre public. Toutefois, ces motifs l'emportent sur la liberté contractuelle pour des raisons de sécurité juridique et d'égalité de traitement des plaideurs amenés à agir devant les juridictions considérées.

50 TF du 6 mai 1997, SJ 1998 p. 441, c. 4c.
51 ATF 119 II 177, c. 3b.

En revanche, les aspects gouvernés par la *lex causae* restent soumis au droit en vigueur lors de la conclusion de l'accord et ne devraient pas être affectés par une modification ultérieure de ce droit, sauf à démontrer que c'était là la volonté des parties. Ainsi, une clause affectée de nullité selon le droit au fond ne saurait regagner en efficacité suite à une modification ultérieure de ce droit ou de la *lex fori* (à l'inverse de ce que prévoit la Convention de Lugano)[52].

4. Conditions formelles

Aux termes de l'art. 5 al. 1 LDIP, la convention d'élection de for peut être passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par un texte.

La forme écrite de l'art. 5 LDIP est une notion autonome de droit international privé[53]. Elle s'entend dans un sens large; s'il n'est pas nécessaire que les déclarations des parties soient documentées dans un contrat contresigné par les parties[54], chacune d'entre elles doit néanmoins émettre sa déclaration par écrit[55]. Il suffit que l'échange ait lieu par des moyens de communication rapide[56], par exemple par courriels[57]. Ces exigences permettent de vérifier l'existence d'une volonté concordante des parties[58].

Les clauses d'élection de for sont fréquemment insérées dans des contrats types ou dans des conditions générales. Les conditions de forme de l'art. 5 LDIP sont respectées lorsque l'acceptation écrite émane des deux parties[59]. La voie électronique suffit[60]. Ainsi, l'élection de for contenue dans des conditions générales auxquelles le prospectus d'une vente aux enchères fait référence ne saurait s'appliquer à l'acquéreur (même rompu aux affaires) d'un bien dans le cadre de la vente, lorsque ce dernier n'a pas manifesté par écrit, ou par tout autre moyen permettant d'en établir la preuve par un texte au sens de l'art. 5 LDIP, son acceptation desdites conditions générales[61]. La situation est diffé-

52 Au sujet du champ d'application temporel de l'art. 23 CL, voir *infra* p. 116 s.

53 TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 5c.

54 ATF 119 II 391, c. 3a; TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 5c; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 21; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 12.

55 ATF 119 II 391, c. 3a.

56 Message LDIP 1982 (note 5), p. 291.

57 Tabea Lorenz/Markus Müller-Chen, Per Mausklick zum Gerichtsstand, in: Lukas Gschwend/Peter Hettich/Markus Müller-Chen/Benjamin Schindler/Isabelle Wildhaber (éd.), Recht im digitalen Zeitalter Festgabe – Schweizerischer Juristentag 2015 in St. Gallen, Zurich/Saint-Gall 2015, p. 735; BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 33.

58 Voir le Message LDIP 1982 (note 5), p. 292: «Dans ce genre de clause, c'est la volonté concordante des parties qui tient la première place et pas tellement la validité formelle au sens de l'art. 5, 1er alinéa.»

59 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 29; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 13; Lorenz/Müller-Chen (note 57), p. 739; Roman Perrig/Ernst A. Kramer/Thomas Probst, Schweizerisches Recht der Allgemein Geschäftbedingungen, Berne 2016, N 207.

60 Perrig/Kramer/Probst (note 59), N 207.

61 ATF 119 II 391, c. 3b.

rente selon l'art. 23 CL révisée, qui permet de renoncer à la forme écrite selon les circonstances[62].

Un renvoi général, dans le contrat, aux conditions générales suffit, sans qu'une mention explicite à la clause de prorogation de for ne soit nécessaire[63], pour autant que les conditions générales soient en la forme écrite et qu'elles soient accessibles au cocontractant avant la conclusion du contrat[64]. Au surplus, la clause d'élection de for contenue dans les conditions générales doit être sans ambiguïté et clairement formulée[65].

5. Conditions matérielles

Outre les prescriptions de forme précitées, l'élection de for doit concerner une matière patrimoniale, notion qui vise un large choix de différends[66]. Ces termes ne recouvrent pas seulement les actions du droit des obligations découlant d'un contrat, d'un enrichissement illégitime ou d'un acte illicite, mais aussi les prétentions pécuniaires du droit de la famille, des successions ou des droits réels[67]. Le champ matériel de l'art. 5 LDIP est donc plus large que celui de l'art. 23 CL[68].

L'élection de for porte sur un différend, né ou à naître, à l'occasion d'un rapport de droit déterminé[69]. Les parties doivent être conscientes de la nature juridique du rapport pour lequel elles prévoient une élection de for et ne sauraient s'engager pour un nombre indéterminé d'affaires dont les contours sont flous[70]. Une élection de for pour toutes les prétentions résultant d'un contrat englobe en principe aussi une prétention délictuelle, à la condition qu'il existe une connexité entre l'acte illicite et l'objet du contrat[71].

Les parties sont tenues de désigner un tribunal, suisse ou étranger, identifiable par exemple en référence à un lieu ou à un arrondissement donné, sans qu'il ne soit nécessaire de mentionner le tribunal localement compétent[72]. Elles n'ont pas à démontrer de point de rapprochement objectif ou de lien particulier avec le tribunal élu.

---

62 Concernant les conditions de forme de l'art. 23 CL, voir *infra* p. 117 ss.
63 Lorenz/Müller-Chen (note 57), p. 739.
64 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 29; Lorenz/Müller-Chen (note 57), p. 739; Perrig/Kramer/Probst (note 59), N 207; voir également, par analogie, ATF 139 III 345, c. 4.1 (Convention de Lugano).
65 TF 4C.353/1999 du 28 janvier 2000, c. 2a; Perrig/Kramer/Probst (note 59), N 207.
66 Message LDIP 1982 (note 5), p. 291.
67 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 15; Message LDIP 1982 (note 5), p. 291.
68 Sur le champ matériel de l'art. 23 CL, voir *infra* p. 121 s.
69 TF 4A_323/2013 du 29 novembre 2013, c. 4.3.5; TF du 28 juin 1994, SJ 1995 p. 179, c. 2; CHK IPRG-Buhr/Gabriel/Schramm, art. 5 IPRG N 19.
70 TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 5d.
71 TF 4C.142/2006 du 25 septembre 2006, c. 2.
72 TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 5e; Message LDIP 1982 (note 5), p. 292.

Les parties sont libres de prévoir des fors asymétriques ou alternatifs; toutefois, sans indication contraire expresse, le for élu est réputé exclusif[73].

L'art. 5 al. 2 LDIP prévoit que l'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse. Le législateur entendait ainsi protéger les parties qui, même économiquement fortes ou ayant des connaissances commerciales, sont distraites de façon inadmissible à la compétence de leur juge naturel par des manigances peu sérieuses[74]. Cette clause de sauvegarde ne semble toutefois pas avoir trouvé de portée propre au-delà des exigences matérielles et formelles de l'art. 5 al. 1 LDIP[75]. Au surplus et à notre connaissance, une clause d'élection de for n'a jamais été considérée abusive au sens de l'art. 5 al. 2 LDIP par la jurisprudence.

6. Limitations à l'autonomie des parties, en particulier dans les contrats de consommation

a. Généralités

L'élection de for est sans effet chaque fois qu'elle entre en conflit avec une disposition de la LDIP qui retient une compétence impérative ou semi-impérative.

Le for au lieu de situation d'un immeuble sis en Suisse pour l'action en droits réels (art. 97 LDIP) et le for en matière de validité de droits suisses de propriété intellectuelle (art. 109 al. 1 LDIP) consacrent des compétences exclusives auxquelles les parties ne sauraient jamais déroger[76]. Ces compétences exclusives se justifient par un rattachement étroit entre la relation juridique et le for ou par des arguments pratiques[77]. Ainsi, le for exclusif au lieu de situation de l'immeuble repose sur l'idée qu'un lien fonctionnel doit être sauvegardé entre le juge du fond et le lieu de situation de l'immeuble, notamment parce que les informations relatives à l'immeuble seront inscrites dans le registre foncier du lieu de situation de l'immeuble[78] et qu'une telle inscription pourrait soulever des difficultés lorsqu'elle est fondée sur un jugement étranger[79]. L'exclusivité des fors prévus par l'art. 109 al. 1 LDIP est quant à elle justifiée par le fait que les actions portant sur la validité ou l'inscription en Suisse de droits de propriété intellectuelle sont directement liées à l'enregistrement du droit[80].

---

73 Sur l'exclusivité de l'élection de for, voir *infra* p. 107 s.

74 Message LDIP 1982 (note 5), p. 292.

75 BSK IPRG-Grolimund/Bachofner, art. 5 IPRG N 48.

76 TF 4A_323/2013 du 29 novembre 2013, c. 4.3.2.

77 Arroyo (note 3), p. 81 ss.

78 Nicolas Jeandin, L'arbitrage immobilier, *in*: Bénédict Foëx/Michel Hottelier (éd.), Propriété et liberté d'entreprendre – De la liberté de contracter à l'arbitrage immobilier, Zurich 2016, p. 105 s.; CR LDIP/CL-Gaillard, art. 97 LDIP N 1.

79 Kaufmann-Kohler (note 26), p. 170.

80 BSK IPRG-Jegher/Vasella, art. 109 IPRG N 8c; CR LDIP/CL-Ducor, art. 109 LDIP N 22; voir également ATF 132 III 579, JdT 2006 I 351, c. 3.5 relatif à la CL: «La compétence exclu-

Au surplus, l'art. 151 al. 3 LDIP prévoit un for impératif, mais non exclusif, au tribunal suisse du lieu d'émission publique en cas d'action en responsabilité pour cause d'émission de titres de participation et d'emprunts. Une telle disposition, qui vise principalement la situation dans laquelle une société étrangère émettrait des titres de participation ou des emprunts en Suisse, permet de garantir au lésé un accès aux tribunaux suisses, ce qui ne pourrait pas toujours être le cas s'il existait une compétence exclusive au siège de la société[81].

Dans d'autres domaines, pour des motifs de protection sociale, le législateur a limité l'autonomie des parties de manière partielle, en prévoyant des fors semi-impératifs et en restreignant la possibilité de convenir d'une élection de for avant la survenance d'un litige. La LDIP connaît un tel for semi-impératif en matière de litige de consommation. En revanche, et contrairement à la Convention de Lugano, elle n'interdit pas aux parties à un contrat de travail ou à un contrat d'assurance d'inclure une clause d'élection de for dans leur accord[82].

b. Le for semi-impératif du consommateur

L'art. 114 al. 1 LDIP prévoit que dans les contrats qui répondent aux conditions énoncées par l'art. 120 al. 1 LDIP, l'action intentée par un consommateur peut être portée, au choix de ce dernier, devant le tribunal suisse (a) de son domicile ou de sa résidence habituelle ou (b) du domicile ou, à défaut de domicile, de la résidence habituelle du fournisseur. Ces compétences sont semi-impératives, ce qui signifie que le consommateur ne peut pas d'avance renoncer au for de son domicile ou de sa résidence habituelle (art. 114 al. 2 LDIP). En revanche, les parties retrouvent leur autonomie après la survenance du litige, et peuvent, à ce stade, convenir d'un for autre que celui prévu par l'art. 114 LDIP, sous réserve de l'abus de droit visé par l'art. 5 al. 2 LDIP[83]. Le fournisseur, quant à lui, doit agir aux fors des art. 112 et 113 LDIP.

Le but de cette disposition est d'éviter que le consommateur, considéré comme la partie la plus faible au contrat, ne soit découragé d'agir en justice en se voyant obligé d'intenter action devant le tribunal du domicile de son cocontractant, ce qui engendrerait des coûts et des difficultés non négligeables pour lui[84].

---

sive de l'art. 16 ch. 4 CLug s'explique historiquement par le fait que les droits de propriété industrielle étaient jadis conçus comme des privilèges que concédait l'État; seul celui-ci devait donc pouvoir juger de leur validité. Cette compétence se justifie désormais en raison des liens qui existent entre les questions de droit matériel et les règles sur la procédure pour corriger les inscriptions dans les registres».

81 Message LDIP 1982 (note 5), p. 426.

82 Sur les fors impératifs ou semi-impératifs dans la Convention de Lugano, voir *infra* p. 122 ss.

83 BSK IPRG-Brunner, art. 114 IPRG N 32; CR LDIP/CL-Bonomi, art. 114 LDIP N 21.

84 ATF 121 III 336, c. 5d; Isabelle Romy, Les contrats de services financiers comme contrats de consommation: for et droit applicable, *in*: Luc Thévenoz/Christian Bovet (éd.), Journée 2010 de droit bancaire et financier, Genève/Bâle/Zurich 2011, p. 23.

Il s'ensuit que les clauses d'élection de for couramment insérées dans des contrats préformulés ou dans des conditions générales en faveur des tribunaux du siège ou du domicile du fournisseur de services ou de biens demeureront sans effet si elles privent les consommateurs de la possibilité de saisir les tribunaux suisses de leur domicile. Le prestataire de services ou le fournisseur de biens ne peut agir au tribunal de son siège ou de son domicile contre un consommateur étranger que si l'élection de for est conclue après la naissance du différend ou que le client étranger accepte tacitement (art. 6 LDIP) la compétence du juge saisi.

La norme protectrice de l'art. 114 al. 2 LDIP s'applique exclusivement aux contrats conclus avec des consommateurs au sens de l'art. 120 al. 1 LDIP, qui définit le droit applicable à ces contrats (et exclut l'élection de droit). Sont visés les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur. Cette définition est beaucoup plus étroite que celle de la Convention de Lugano, qui n'exige pas que le contrat porte sur une prestation de consommation courante[85].

La LDIP ne définit pas les notions de consommateur et de prestation de consommation courante. Selon une conception couramment admise, le consommateur est toute personne physique qui acquiert des biens ou services dans un but qui peut être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle[86]. Les termes de «prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial» sont indéterminés. La qualification de contrat de consommation ne répond pas à une typologie précise, mais varie selon les circonstances du cas d'espèce et notamment du volume de l'affaire[87]. Cette approche pragmatique a le mérite de permettre une certaine souplesse dans l'application de ces normes, mais elle suscite une grande insécurité juridique. En effet, les parties ne seront fixées sur la nature de leur contrat et la validité d'une éventuelle clause de prorogation de for qu'au moment du procès. Pour cette raison, quelques auteurs proposent d'introduire une limite chiffrée pour concrétiser la prestation courante. Toutefois, ils divergent sur les montants

85 Sur la définition de contrats conclus avec des consommateurs dans la Convention de Lugano, voir *infra* p. 124 ss.

86 Elisabeth Umulisa Musaby, L'accès des consommateurs à la justice: De la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation à la procédure collective, Lausanne 2009, p. 28.

87 ATF 132 III 268, c. 2.2.3; TF 4A_58/2008 du 28 avril 2008, c. 2 (il est douteux que l'achat d'une voiture de collection pour un montant de EUR 20 000. – constitue un contrat de consommation); arrêt de la 1ère Cour d'appel civil du Tribunal cantonal de Fribourg du 23 février 2018 (101 2016 348), c. 3 (un contrat de prêt portant sur un montant de CHF 300 000. – destiné à acquérir un produit d'investissement à des fins de prévoyance professionnelle ne peut être compris comme une prestation de consommation); arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 10 mars 2010, JdT 2011 III 192, c. 6 (un contrat d'assurance-vie qui vise à faire fructifier une épargne modeste relève des besoins privés du ménage et tombe sous le coup de l'art. 120 al. 1 LDIP).

à adopter[88]. En outre, cette proposition n'empêchera pas des discussions sur la nature d'un tel contrat et ne lèvera pas les incertitudes liées à l'utilisation de notions indéterminées.

Au surplus, le for de l'art. 114 al. 1 LDIP n'est ouvert que si l'une des trois conditions posées à l'art. 120 al. 1 LDIP est réalisée: le fournisseur doit avoir reçu la commande dans l'État de domicile ou de résidence habituelle du consommateur (let. a), la conclusion du contrat a été précédée dans cet État d'une offre ou d'une publicité à la conclusion du contrat (let. b) ou le consommateur a été incité par le fournisseur à se rendre dans un État étranger aux fins d'y passer la commande (let. c)[89].

Au vu de l'essor des moyens technologiques survenu depuis l'entrée en vigueur de la LDIP, ces différentes conditions soulèvent des difficultés d'interprétation et de mise en œuvre. À cet égard, tant la Convention de Lugano que le Règlement de Bruxelles Ibis prévoient des critères différents et remplacent les liens territoriaux avec l'État de domicile du consommateur par la condition que le fournisseur exerce des activités dans l'État du consommateur ou dirige ces activités vers cet État[90].

7. Portée et effets de l'élection de for

a. Entre les parties

La clause d'élection de for est un contrat selon lequel les parties sont tenues de participer à la procédure devant le tribunal prorogé et de faciliter le règlement du litige conformément à la procédure[91]. Si le droit suisse lui est applicable (que ce soit par le choix des parties ou en vertu des règles de conflit de la LDIP), ce contrat est régi par les règles générales du Code des obligations. Son inexécution, ou sa mauvaise exécution, ouvre droit à des prétentions en dommages-intérêts[92]. Ainsi, si une partie ouvre action à un autre for que celui stipulé dans une clause d'élection de for exclusive et valable, le défendeur pourra exiger la réparation du dommage qui en découle pour lui[93].

La portée de la clause d'élection de for est déterminée par l'art. 5 LDIP et la volonté des parties. Sauf stipulation contraire, l'élection de for est présumée exclusive, que le choix se porte sur un tribunal suisse ou étranger (art. 5 al. 1 *in*

88 Christian Keusen, Konsumentengerichtsstand – «Gerichtsstand ist der Sitz der Bank?», ZSR 126 (2007) I, p. 96 ss; Umulisa Musaby (note 86), p. 63.

89 Sur les conditions de l'art. 120 al. 1 LDIP, voir CR LDIP/CL-Bonomi, art. 114 LDIP N 7 ss.

90 CHK IPRG-Möcklin-Doss/Schnyder, art. 114 IPRG N 3 s.; CR LDIP/CL-Bonomi, art. 114 LDIP N 9; CR LDIP/CL-Bonomi, art. 120 LDIP N 18. Sur les conditions d'application de l'art. 15 CL, voir *infra* p. 124 s.

91 ATF 141 III 210, c. 5.3.2.

92 Voir Philipp Haberbeck, Haftung für die Verletzung einer Gerichtsstandsvereinbarung?, *in*: Jusletter 22.01.2018, N 17.

93 Les frais d'avocat liés à la procédure incidente sur la compétence constituent un élément du dommage: voir Haberbeck (note 92), N 23 ss.

fine LDIP)[94]. Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, la jurisprudence admettait qu'en cas de doute, le demandeur pût agir au domicile du défendeur, même en cas d'élection de for[95]. La formulation de l'art. 5 LDIP ne contient toutefois plus aucune réserve en faveur du for ordinaire du domicile du défendeur.

La présomption d'exclusivité a pour effet de renverser le fardeau de la preuve si l'une des parties allègue qu'elles ont prévu un for alternatif[96].

Si la compétence est exclusive, l'action reconventionnelle doit aussi être portée à ce for; le Tribunal fédéral a jugé en effet que l'effet dérogatoire d'une clause d'élection de for exclusive s'applique à la compétence prévue à l'art. 8 LDIP pour l'action reconventionnelle[97].

L'existence d'une convention de prorogation de for n'est pas examinée d'office par le tribunal; la partie qui s'en prévaut doit l'invoquer[98]. Les hypothèses suivantes sont envisageables.

Si l'une des parties ouvre action devant un tribunal suisse autre que le tribunal élu, le défendeur peut soulever le déclinatoire. Le tribunal dérogé examine selon son propre droit si la dérogation est admise; si sa compétence fait défaut, il ne peut entrer en matière sur le fond[99].

Si, en revanche, le défendeur ne conteste pas la compétence du tribunal saisi, l'art. 6 LDIP conduira le tribunal dérogé suisse à admettre sa compétence, sous réserve des cas visés à l'art. 5 al. 3 LDIP. L'art. 6 LDIP ne permet d'admettre une acceptation tacite que pour les affaires patrimoniales et pour autant qu'elle n'élude pas un for impératif.

Inversement, si l'une des parties ouvre action devant un tribunal étranger au mépris d'une clause d'élection de for (en faveur d'un tribunal suisse ou étranger) valable au regard du droit suisse, et que le défendeur émette une réserve à cet égard devant le tribunal étranger, le jugement qui sera ultérieurement rendu par le tribunal étranger ne pourra pas être reconnu et exécuté en Suisse (art. 26 let. b *a contrario* et art. 26 let. c LDIP). Le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas arbitraire que le juge suisse saisi de la requête d'exequatur examine selon le droit suisse la validité de la clause de prorogation de for, la reconnaissance étant requise dans ce pays[100].

---

94 ATF 119 II 177, c. 3d.

95 ATF 119 II 177, c. 3d.

96 ATF 118 II 188, c. 3a; arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de Genève du 14 novembre 1997, SJ 1998 p. 325 ss, c. 3.

97 ATF 123 III 35, c. 3c.

98 TF 4A_229/2017 du 7 décembre 2017, c. 3.1 et 3.2. Lorsque le for est dispositif, la recevabilité dépend du comportement du défendeur, puisque ce dernier peut entrer en matière sur le fond. Elle se rapproche dans un tel cas d'un moyen qui ne serait pas examiné d'office: CPC commenté-Bohnet, art. 59 CPC N 36; Hohl (note 1), N 598. *Contra*: Ivo Schwander, Prozessvoraussetzungen in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZZZ 2008/09, p. 204, pour lequel le tribunal doit examiner d'office sa compétence et attirer l'attention du défendeur sur les conséquences d'une acceptation tacite.

99 ATF 119 II 177, c. 3d.

100 ATF 122 III 439, c. 3.

b. Opposabilité à des tiers

Les effets d'une clause d'élection de for peuvent s'étendre à des tiers, notamment au successeur singulier ou universel d'une partie. Ainsi, la cessionnaire d'une créance fondée sur un contrat d'entreprise qui contient une clause d'élection de for est liée par cet accord. On peut se référer par analogie à la jurisprudence rendue en matière de conventions d'arbitrage[101].

c. Effets pour le tribunal suisse élu

Chaque tribunal détermine d'après son propre droit *(lex fori)* s'il est lié par une clause de prorogation de for et c'est la *lex fori* qui détermine les effets de cette prorogation[102]. C'est donc l'art. 5 LDIP qui règle les effets de la prorogation et de la dérogation pour un tribunal suisse.

Le juge suisse élu par une convention des parties à l'exclusion d'une autre juridiction n'a pas à se soucier de ladite compétence étrangère, fût-elle exclusive[103].

Le tribunal suisse élu doit accepter la prorogation, pour autant que les conditions formelles et matérielles soient remplies. Le tribunal suisse élu ne peut décliner sa compétence si une partie est domiciliée, a sa résidence habituelle ou un établissement dans le canton où il siège, ou si, en vertu de la présente loi, le droit suisse est applicable au litige (que ce soit en vertu d'un rattachement objectif ou d'une élection de droit)[104].

En revanche, lorsque le litige ne présente que des liens lâches avec la Suisse (art. 5 al. 3 LDIP *a contrario*), le tribunal élu peut refuser de se saisir de la cause, mettant ainsi en échec l'autonomie de la volonté des parties; le message indique que cette réserve a pour but d'éviter une surcharge des tribunaux suisses[105]. La quasi-absence de jurisprudence indique que les tribunaux font preuve de retenue dans l'utilisation des prérogatives que leur accorde l'art. 5 al. 3 LDIP[106].

---

101 ATF 123 III 35, c. 3c; Bucher (note 30), p. 187. Voir *infra* p. 145 s. sur les conventions d'arbitrage.

102 ATF 122 III 439, c. 3b; arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice de Genève du 14 novembre 1997, SJ 1998 p. 325 ss, c. 5; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 31.

103 ATF 125 III 108, c. 3a; ATF 124 III 134, c. 2b/aa/ccc (dans le cadre de la CL); voir aussi CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 44; von Overbeck (note 26), p. 617 s.

104 TF 5A_55/2014 du 19 mai 2014, c. 4.4; arrêt du Tribunal cantonal de Saint-Gall du 26 mars 2014 (BO.2013.42), c. 5c; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 39.

105 Message LDIP 1982 (note 5), p. 292 s.

106 Voir ATF 119 II 167, c. 3, qui concerne une requête de mesures protectrices de l'union conjugale entre deux époux non domiciliés en Suisse; le défendeur avait accepté tacitement la compétence du tribunal du district de Zurich, qui déclina néanmoins sa compétence sur la base de l'art. 5 al. 3 LDIP.

d. Litispendance et forum running

Le *forum running* désigne le phénomène par lequel une partie saisit le tribunal de son choix en vue de fixer la litispendance à ce for, ce qui a pour effet de paralyser une action sur le même objet à un autre for[107]. La litispendance a un effet d'exclusion sur les actions subséquentes entre les mêmes parties et portant sur le même objet. À teneur de l'art. 9 al. 1 LDIP, lorsqu'une action ayant le même objet est déjà pendante entre les mêmes parties à l'étranger, le juge suisse saisi en second lieu suspendra la cause s'il est à prévoir que la juridiction étrangère rendra, dans un délai convenable, une décision pouvant être reconnue en Suisse. Il se dessaisit lorsqu'une décision étrangère pouvant être reconnue en Suisse lui est présentée (art. 9 al. 3 LDIP). Le but de cette disposition est d'éviter des jugements contradictoires[108].

La question se pose de savoir si l'existence d'une clause d'élection de for exclusive fait obstacle à la litispendance ou si, au contraire, cette dernière permet de mettre en échec ladite clause et de soustraire la cause à l'autorité qui devrait exclusivement en connaître à teneur de la volonté des parties.

Le Tribunal fédéral a été amené à trancher cette question dans un contexte où une action en validation de séquestre avait été introduite en Suisse au for du séquestre de l'art. 4 LDIP, alors qu'une action était déjà pendante à l'étranger, au for élu par les parties. Il a considéré que le juge suisse a l'obligation de vérifier d'office s'il y a litispendance au sens de l'art. 9 al. 1 LDIP lorsque les faits en sa possession laissent apparaître qu'une procédure est pendante au for élu[109]. Le juge suisse ne peut pas décliner sa compétence et mettre fin à l'instance en vertu de l'art. 5 LDIP, mais il est tenu de se prononcer sur une éventuelle suspension de la cause selon l'art. 9 LDIP. Le refus d'entrer en matière sur l'exception de litispendance dans le cadre d'une procédure de validation de séquestre lorsqu'un tribunal étranger est parallèlement saisi en vertu d'une clause d'élection de for revient à exclure la suspension de l'art. 9 al. 1 LDIP dès que l'on est en présence d'une clause d'élection de for valablement conclue, ce qui fait perdre tout sens à cette disposition, puisqu'elle vise justement à coordonner les compétences dans des situations où plusieurs fors (alternatifs ou subsidiaires) coexistent.

Il appartient au juge suisse saisi en second lieu d'examiner si les conditions de l'art. 9 al. 1 LDIP sont remplies, à savoir si la procédure à l'étranger est pendante et si l'on peut exclure, avec une vraisemblance confinant à la certitude, que la juridiction étrangère puisse rendre, dans un délai convenable, une déci-

107 TF 4A_417/2017 du 14 mars 2018; dans cet arrêt, qui marque un changement de jurisprudence bienvenu, le Tribunal fédéral confirme que, dans les rapports internationaux, l'intérêt d'une partie à fixer le for qui lui convient en Suisse en y ouvrant une action en constatation négative de droit constitue un intérêt suffisant. Voir aussi Kähr (note 14), p. 5; Sievi (note 13), N 5, note en bas de page n° 5.

108 TF 5A_223/2016 du 18 juillet 2016, c. 5.1.1; CR LDIP/CL-Bucher, art. 9 LDIP N 1.

109 ATF 127 III 118, c. 3d; ATF 118 II 188, c. 3c.

sion susceptible d'être reconnue en Suisse. S'il subsiste un doute à ce propos, le juge suisse devra suspendre la cause. S'il n'y a aucune chance que la juridiction étrangère rende dans un délai convenable une décision susceptible d'être reconnue en Suisse[110], le juge suisse devra alors entrer en matière, l'élection de for dérogeant au for suisse du séquestre ne pouvant, dans cette hypothèse, être admise.

Qu'en est-il dans la situation inverse, à savoir lorsque la première action introduite à l'étranger l'est en violation d'une clause d'élection de for exclusive en faveur des tribunaux suisses, saisis en second lieu? Dans une affaire (litige successoral) régie par la Convention du 3 janvier 1933 entre la Suisse et l'Italie, le Tribunal fédéral a considéré que l'institution de la litispendance a pour but principal d'éviter les jugements contradictoires, non de sanctionner la violation d'une règle de compétence découlant de l'absence de prise en considération d'une clause d'élection de for; c'est au stade de la reconnaissance du jugement italien que les autorités suisses devront s'interroger sur les conséquences de la méconnaissance de ladite clause[111]. Dans cette affaire toutefois, la Convention de 1933 n'exigeait pas de pronostic de reconnaissance du jugement italien à intervenir; les juges suisses n'avaient pas à se demander si le jugement serait ou non susceptible de reconnaissance en Suisse, notamment en raison de la non-application de la clause d'élection de for en faveur des tribunaux suisses[112].

Ce raisonnement ne saurait à notre avis être transposé tel quel à l'art. 9 LDIP. En effet, cette disposition impose au juge suisse d'examiner si la décision étrangère sera rendue dans un délai convenable et si elle pourra être reconnue en Suisse. Or, un jugement étranger rendu par un tribunal incompétent en raison d'une clause d'élection de for exclusive valable au sens de l'art. 5 LDIP ne pourra pas être reconnu en Suisse, sauf si le défendeur procède au fond sans faire de réserve[113]. Il en découle dans cette hypothèse que le juge suisse saisi en second lieu devrait refuser de suspendre l'instance en vue de donner plein effet à la clause d'élection de for.

e. Effets pour le tribunal suisse dérogé

L'art. 5 LDIP permet aux parties de déroger valablement à la compétence d'un tribunal suisse en faveur d'un tribunal étranger; ce dernier déterminera toutefois selon ses propres règles s'il accepte sa compétence[114]. S'il refuse de statuer, la convention des parties est inopérante et l'effet de dérogation au for normale-

110 Dans l'hypothèse considérée ici, le motif de refus ne pourra pas découler de l'absence de compétence indirecte des tribunaux étrangers si la clause d'élection de for en leur faveur est valable; restent les autres motifs de refus de l'art. 27 LDIP.

111 ATF 138 III 570, c. 3.2; voir aussi Jean-Marc Reymond, L'exception de litispendance – Étude de droit fédéral et de procédure civile vaudoise, Lausanne 1991, p. 185.

112 ATF 138 III 570, c. 4.4.

113 ATF 118 II 188, c. 3a.

114 ATF 122 III 439, c. 3b; CR LDIP/CL-Bucher, art. 5 LDIP N 31.

ment compétent en Suisse ne se produit pas[115]. Par ailleurs, l'effet de dérogation à un for ordinaire suisse n'a pas lieu si le jugement rendu à l'étranger au for élu ne peut pas être reconnu en Suisse[116].

Le tribunal suisse qui a été saisi en dépit d'une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal étranger examine selon le droit suisse et l'art. 5 LDIP s'il doit décliner sa compétence en faveur d'un tribunal étranger[117].

III. Les clauses de prorogation de compétence dans la Convention de Lugano (à la lumière du Règlement Ibis 1212/2015)

1. Généralités

La Convention de Lugano du 16 septembre 1988, calquée sur la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, avait pour but de renforcer la coopération judiciaire et économique entre les pays membres des Communautés européennes et de l'AELE en apportant une plus grande sécurité juridique dans les actes juridiques transfrontaliers en matière économique et commerciale. Ces conventions parallèles ont fait l'objet d'une procédure de révision à la fin des années quatre-vingt-dix, qui a conduit à l'adoption du Règlement de Bruxelles, entré en vigueur en 2002 pour les États membres, et à la Convention de Lugano (révisée), entrée en vigueur pour la Suisse en 2011. L'adoption de la Convention de Lugano (révisée) a également permis d'étendre le champ d'application territorial aux États ayant adhéré à l'UE après l'entrée en vigueur de l'ancienne Convention de Lugano[118].

Les Conventions de Bruxelles et de Lugano ont reconnu d'emblée, à l'art. 17 de leur version originaire respective, l'autonomie de la volonté des parties comme fondement autonome de la compétence dans les litiges relevant de leur champ d'application; elles ont uniformisé les conditions de validité et la portée des conventions d'élection de for dans l'espace européen, contribuant ainsi de manière déterminante au but de sécurité des transactions qu'elles poursuivaient.

Les révisions subséquentes de ces textes ont toutefois apporté des modifications parfois importantes à la portée et à l'effet des clauses d'élection de for; à titre d'exemple, la CL a élargi la définition des contrats de consommation soumis à un for semi-impératif (art. 15 à 17 CL)[119], restreignant dans la même mesure l'autonomie de la volonté des parties de conclure des élections de for anticipées pour ces contrats (art. 23 al. 5 CL).

---

115 Bucher (note 30), p. 185.

116 ATF 118 II 188, c. 3b; Bucher (note 30), p. 186 s.

117 TF 4C.189/2001 du 1er février 2002, c. 4: lorsqu'un tribunal suisse est saisi, il contrôle selon le droit suisse si les plaideurs ont entendu d'une quelconque manière déroger à sa compétence au bénéfice de tribunaux étrangers.

118 Message du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (FF 2009 1497), p. 1499.

119 Sur le for du consommateur, voir *infra* p. 123 ss.

Le Règlement de Bruxelles a été révisé à son tour en 2012 pour devenir le Règlement de Bruxelles Ibis, lequel est entré en vigueur dans l'UE en janvier 2015. L'un des buts de cette révision était de renforcer l'autonomie des parties, comme en atteste le préambule[120]. Du fait que cette nouvelle révision apporte des modifications non reflétées dans la CL, le parallélisme entre cette Convention et le droit européen n'est plus assuré. Nous mentionnerons ci-après les modifications pertinentes pour l'objet de notre étude.

2. Nature des conventions de prorogation de compétence et droit applicable

La prorogation de compétence de l'art. 17 aCL et de l'art. 23 CL repose sur la volonté concordante des parties; selon la CJUE, c'est cet accord de volontés qui justifie la primauté accordée, au nom du principe de l'autonomie de la volonté, au choix d'une juridiction autre que celle qui aurait été éventuellement compétente en vertu de la Convention ou du Règlement[121].

L'accord de prorogation de for est indépendant du contrat principal, comme l'ont jugé le Tribunal fédéral et la CJCE de longue date[122]. L'art. 25 al. 5 du Règlement de Bruxelles Ibis codifie cette jurisprudence et prévoit désormais expressément qu'une convention attributive de juridiction faisant partie d'un contrat est considérée comme un accord distinct des autres clauses du contrat.

La question de savoir si un tel accord a été valablement conclu aux termes de ces dispositions doit faire l'objet d'un examen et, cas échéant, d'une interprétation autonome, sans égard au droit interne du tribunal saisi de l'action[123], mais en tenant compte du mécanisme et des principes prévus au Protocole n° 2 ainsi qu'à la jurisprudence des tribunaux des autres États et de la CJUE[124].

L'interprétation autonome de l'art. 23 CL ne permet cependant pas de résoudre toutes les questions relatives à la validité matérielle de l'accord, par exemple en ce qui concerne la capacité des parties, les pouvoirs de représentation d'une personne agissant pour autrui ou les vices de la volonté. De même, le juge élu doit parfois interpréter la volonté des parties pour déterminer la portée de la clause, notamment en ce qui concerne son caractère exclusif. Dans ces cas, il reste nécessaire de déterminer le droit applicable à ces questions. Différentes opinions sont professées par la doctrine; la majorité des auteurs préco-

120 Le préambule (19) du Règlement de Bruxelles Ibis prévoit que «l'autonomie des parties à un contrat autre qu'un contrat d'assurance, de consommation et de travail pour lequel n'est prévue qu'une autonomie limitée quant à la détermination de la juridiction compétente devrait être respectée sous réserve des fors de compétence exclusifs prévus dans le présent règlement».

121 CJUE, arrêt du 21 mai 2015, El Majdoub/CarsonTheWeb (C-322/14), c. 26 et référence citée.

122 ATF 131 III 398, c. 5; CJCE, arrêt du 3 juillet 1997, Benincasa/Dentalkit (C-269/95), c. 21 ss.

123 ATF 139 III 345, c. 4; ATF 131 III 398, c. 5.

124 Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention et sur le comité permanent, annexé à la Convention de Lugano; voir aussi ATF 139 III 345, c. 4 sur l'interprétation de l'art. 23 CL; ATF 131 III 398, c. 5.

nisent d'appliquer soit le droit auquel renvoie le droit international privé du for, soit le droit déclaré applicable selon le contrat principal[125].

Le Tribunal fédéral a considéré dans un arrêt récent que lorsque les parties ont convenu du droit applicable à leur contrat, en l'occurrence le droit suisse, il est justifié d'interpréter la volonté des parties non pas de manière autonome, mais selon la *lex causae* (le droit des obligations suisse), pour compléter une convention attributive de juridiction partiellement inadmissible (car désignant en l'espèce un tribunal matériellement incompétent)[126].

Dans un arrêt plus ancien, il a jugé que la question de savoir si le maire d'une commune française pouvait valablement signer des conventions de prêt avec un établissement financier suisse, conventions qui comprenaient une clause d'élection de for en faveur des tribunaux genevois, était nécessairement régie par le droit français, alors même que les parties avaient soumis leur contrat au droit suisse[127].

Dans les États membres de l'Union européenne, il n'existe pas de règle de conflit uniforme pour désigner le droit applicable à la validité des accords d'élection de for. En particulier, le Règlement Rome I est inapplicable aux clauses attributives de juridiction (art. 1 par. 2 let. e). L'art. 25 al. 1 du Règlement de Bruxelles Ibis entend harmoniser les pratiques nationales en prévoyant expressément que si les parties, sans considération de leur domicile, sont convenues d'une juridiction ou de juridictions d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ces juridictions sont compétentes, sauf si la validité de la convention attributive de juridiction est entachée de nullité quant au fond selon le droit de cet État membre.

---

125 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 30 (se réfère au droit auquel renvoie le droit international privé du for); CR LDIP/CL-Bucher, art. 23 CL N 33 (préconise que la loi applicable à ces conditions de fond soit déterminée par le droit international privé de l'État du for); Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 2 (se réfère au droit déclaré applicable par le droit international privé du for ou droit déclaré applicable selon le contrat principal); Hélène Gaudemet-Tallon, Compétence et exécution des jugements en Europe – Matières civile et commerciale – Règlements 44/2001 et 1215/2012, Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007), 5ème éd., Issy-les-Moulineaux 2015, p. 165 ss (cet auteur rappelle qu'avant le Règlement de Bruxelles Ibis, les auteurs et la jurisprudence hésitaient entre la *lex causae*, la loi du tribunal désigné ou la loi du tribunal exclu); Pascal Grolimund, *in*: Anton K. Schnyder (éd.), Lugano-Übereinkommen (LugÜ) zum internationalen Zivilverfahrensrecht – Kommentar, Zurich/St-Gall 2011, art. 23 LugÜ N 12 s. (se prononce en faveur de la *lex causae*, telle que déterminée par le droit international de l' État du for); Laurent Killias, Die Gerichtsstandsvereinbarungen nach dem Lugano-Übereinkommen, Zurich 1993, p. 202 (se réfère au droit auquel renvoie le droit international privé du for).

126 ATF 143 III 558, c. 4.1; voir également TF 4A_149/2013 du 31 juillet 2013, c. 4, selon lequel la loi applicable devrait être soit celle désignée par les règles de la LDIP, soit celle déclarée applicable selon le contrat principal; TF 4C.163/2001 du 7 août 2001, c. 2b, qui prévoit l'application de la *lex causae*. À l'ATF 140 III 418, le TF s'est également référé à la *lex causae* pour déterminer la validité d'un accord des parties sur le lieu d'exécution du contrat au sens de l'art. 5 ch. 1 let. b CL.

127 ATF 124 III 134, c. 2b/aa/ccc: le TF ne revoit l'application du droit français que sous l'angle de l'arbitraire.

Cette disposition introduit une règle de conflit de lois en faveur de la *lex fori* pour trancher la question de la nullité éventuelle de la convention de prorogation de for, sur le modèle de la Convention de la Haye sur les accords d'élection de for[128]. La référence au droit du for englobe les règles de conflit de la *lex fori*. Il est toutefois douteux que cette règle de conflit amène l'harmonisation souhaitée dès lors que les États membres continueront d'appliquer leurs propres règles de conflit, à savoir la *lex fori*, la *lex causae* ou une combinaison des deux, ce qui entraîne une insécurité pour les parties[129].

3. Champ d'application personnel et temporel

Le champ d'application personnel et territorial de la Convention de Lugano n'est pas défini dans une disposition générale, mais doit être examiné et déterminé de manière autonome pour chaque disposition de compétence spécifique[130].

Comme à l'art. 2 CL, l'art. 23 CL requiert tout d'abord que le litige présente un élément d'extranéité[131]. En outre, l'art. 23 al. 1 CL, à l'instar de l'art. 17 aCL, prévoit que l'une des parties au moins doit avoir son domicile sur le territoire d'un État lié par la Convention et que le tribunal prorogé soit situé dans un État partie[132]. En revanche, il n'est pas nécessaire que le défendeur soit domicilié ou ait son siège dans un État partie[133]. Lorsqu'aucune des parties n'a son domicile ou son siège dans un État contractant, la clause d'élection de for s'appréciera selon la loi nationale du tribunal saisi[134].

La question de savoir si, outre l'exigence d'un élément d'extranéité, le tribunal prorogé doit être situé dans un autre État partie que celui du domicile de l'une des parties, c'est-à-dire si l'art. 23 CL exige des points de rattachement avec plusieurs États parties, a fait l'objet de vives controverses[135]. Le Tribunal

128 Sur la Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, voir *infra* p. 128 ss.

129 Dans le même sens: Gaudemet-Tallon (note 125), p. 165 ss; Kramer/Themeli (note 4), p. 41.

130 ATF 143 III 558, c. 3.3; ATF 135 III 185, c. 3.1.

131 ATF 143 III 558, c. 3.3 *in fine*. Cet élément d'extranéité est donné par exemple lorsque les deux parties sont domiciliées dans un État contractant mais que le litige a des liens avec un autre État contractant (lieu d'exécution du contrat) ou un État tiers (Message du 21 février 1990 sur la Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (FF 1990 II 269), p. 314) ou lorsque les deux parties domiciliées dans le même État optent pour la juridiction d'un autre État contractant.

132 ATF 125 III 108, c. 3e; Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 14.

133 ATF 143 III 558, c. 3.3.

134 Fausto Pocar, Rapport explicatif sur la Convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale signée à Lugano le 30 octobre 2007, JO C 319/01 2009, N 104.

135 ATF 125 III 108, c. 3e, dans lequel le Tribunal fédéral laisse la question ouverte; BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 17 et Killias (note 125), p. 67, selon lesquels l'art. 17 aCL/23 CL est applicable lorsque le tribunal élu se trouve dans l'État de domicile de la seule partie ayant son siège/domicile dans un État partie; Reiser (note 32), p. 33, selon lequel l'application de l'art. 17 aCL doit intervenir uniquement lorsque la situation présente un lien avec deux États parties.

fédéral a tranché par la négative dans un arrêt récent et considère que les parties sont libres de convenir d'un tribunal prorogé situé dans le même État (partie à la CL) que celui du domicile de l'une des parties[136]. Dès lors que ni la lettre ni le but de l'art. 23 al. 1 CL n'exige que le tribunal prorogé soit situé dans un autre État partie que celui du domicile de l'une des parties, cette interprétation doit être approuvée car elle permet de donner pleine efficacité au principe de l'autonomie de la volonté.

L'art. 23 CL s'applique donc dès si l'une des parties domiciliée en Suisse conclut avec une personne domiciliée à l'étranger une clause d'élection de for en faveur d'un tribunal suisse.

Il convient de relever que l'art. 25 du Règlement de Bruxelles Ibis élargit encore la portée des clauses attributives de juridiction en faveur des tribunaux des États membres puisqu'il s'applique sans considération aucune du domicile des parties. Le Règlement de Bruxelles Ibis étend ainsi sa portée territoriale en permettant à des parties qui n'ont ni domicile ni siège dans un État membre d'élire les tribunaux d'un État membre et renforce l'efficacité des clauses de prorogation de for en faveur des tribunaux d'un État membre[137].

La doctrine est divisée sur la question de savoir à quel moment la condition de domicile des parties encore exigée par l'art. 23 CL doit être remplie. Pour la doctrine majoritaire, à laquelle nous nous rallions, cette condition doit être satisfaite au moment de la conclusion de la clause de prorogation, ceci pour des motifs de sécurité juridique[138]. Ce but ne pourrait être atteint si l'une des parties pouvait unilatéralement modifier la validité de l'accord d'élection de for en déplaçant son domicile après la conclusion de cet accord.

Un arrêt cantonal a adopté cette approche dans l'affaire suivante: un contrat de travail avait été conclu entre un employé domicilié en Israël et une société ayant son siège en Suisse; le lieu de travail était à Préverenges, en Suisse. Le contrat contenait une clause d'élection de for en faveur du Tribunal cantonal de Lausanne. Lors de l'ouverture d'action, l'employé était domicilié en Suisse. Le tribunal a considéré que la cause revêtait un caractère international, car, lors de la conclusion du contrat, les parties étaient domiciliées dans des États différents. L'art. 17 aCL s'appliquait (le tribunal élu se trouvait dans l'État du domicile de l'une des parties), mais la clause ne déployait pas d'effet dès lors qu'elle

136 TF 4A_131/2017 du 21 septembre 2017, c. 3.1 (non publié à l'ATF 143 III 558).

137 Kramer/Themeli (note 4), p. 40; un élément d'extranéité doit toujours exister, quand bien même la question n'est pas tranchée de savoir si la situation doit être internationale en elle-même ou si la désignation d'un tribunal étranger confère l'internationalité nécessaire (Gaudemet-Tallon (note 125), p. 147 ss).

138 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 20; CR LDIP/CL-Bucher, art. 23 CL N 3 ss; Philippin (note 48), p. 407; Pocar (note 134), N 105; SHK LugÜ-Killias, art. 23 LugÜ N 26 ss. *Contra*: Jan Kropholler/Jan von Hein, Europäisches Zivilprozessrecht, 9ème éd., Francfort 2011, art. 23 EuGVO N 11, pour lesquels il est suffisant que cette condition soit remplie au moment de l'ouverture d'action, sauf exception.

avait été conclue avant la naissance du différend et dérogeait à un for semi-impératif[139].

Le champ d'application temporel est défini à l'art. 63 al. 1 CL, selon lequel la convention s'applique à toute action intentée après son entrée en vigueur. Il découle de cette disposition que la validité d'une clause de prorogation est examinée à la lumière de l'art. 23 CL si l'acte introductif de l'instance est introduit après l'entrée en vigueur de cette disposition[140]. Par conséquent, une clause attributive de compétence conclue avant cette date et conforme au droit alors en vigueur ne déploiera pas d'effet si l'action est introduite après l'entrée en vigueur de la Convention et que la clause viole un for impératif ou semi-impératif au sens de la Convention[141].

À l'inverse, une clause attributive de juridiction contraire au droit interne lors de sa conclusion (avant l'entrée en vigueur de la Convention) sera examinée selon le nouveau droit si l'instance est introduite après l'entrée en vigueur de la Convention; selon la CJUE, la clause écrite attributive de juridiction figurant dans un contrat de travail est, de par sa nature, une option de compétence qui n'a pas d'effet juridique tant qu'une instance judiciaire n'est pas déclenchée et qui ne tire à conséquence qu'au jour où l'action judiciaire est mise en mouvement[142].

4. Conditions formelles

a. Généralités

L'art. 23 CL prévoit les mêmes conditions de forme que celles de l'art. 17 aCL, qui sont plus souples que celles exigées par l'art. 5 LDIP[143].

La convention attributive de juridiction peut être conclue par écrit ou verbalement avec confirmation écrite (let. a). Outre la forme écrite, un accord de prorogation de compétence peut être conclu sous une forme qui soit conforme aux habitudes que les parties ont établies (let. b), ou dans le commerce international, sous une forme qui soit conforme à un usage dont les parties avaient connaissance ou étaient censées avoir connaissance et qui est largement connu et régulièrement observé dans ce type de commerce par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée (let. c). La révision de la Convention de Lugano de 2007 a permis de préciser que toute transmission par

139 Arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 15 février 2006, JdT 2008 III 47, c. 4c/cc.

140 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 19.

141 ATF 124 III 436, c. 4b, dans lequel une clause de prorogation de compétence conclue avant l'entrée en vigueur de l'aCL et conforme au droit en vigueur à sa conclusion est considérée comme sans effet dans une action introduite sous l'égide de la Convention, dès lors qu'elle contrevient à ses dispositions semi-impératives sur le for du contrat d'assurance.

142 CJCE, arrêt du 13 novembre 1979, Sanicentral/René Collin (25/79, Rec. 1979 p. 03423), c. 4–6.

143 Sur les conditions de forme de l'art. 5 LDIP, voir *supra* p. 102 ss.

voie électronique qui permet de consigner durablement la convention est considérée comme revêtant une forme écrite (art. 23 al. 2 CL).

Pour que l'une des parties puisse se prévaloir d'une élection de for, il faut que les parties aient effectivement convenu de proroger le for et, cumulativement, que leur volonté commune soit concrétisée dans l'une des formes mentionnées à l'art. 23 CL. L'existence d'un accord entre les parties peut être déduite de la circonstance que les conditions de forme ont été respectées[144]. Selon la jurisprudence, il convient d'interpréter restrictivement les conditions posées par cette disposition puisque la prorogation de for constitue une exception au for général du défendeur de l'art. 2 CL[145].

b. Forme écrite

Un échange de lettres ou de courriels, ou tout moyen qui permet d'établir la preuve de l'accord par un texte, suffit; tout comme à l'art. 5 LDIP, une signature n'est pas requise[146]. Il faut toutefois que la volonté d'accepter la clause de prorogation de for soit exprimée de manière claire et par écrit, quel que soit le support utilisé. Ainsi, l'absence de contestation d'un écrit de confirmation de commandes contenant la clause de prorogation de for ne peut pas être considérée comme une acceptation valable de cette clause[147].

Un accord oral est considéré comme suffisant s'il est suivi d'une confirmation écrite. Celle-ci peut provenir de l'une quelconque des deux parties, pour autant que la partie recevant la confirmation ne soulève pas d'objection[148].

Une clause de prorogation de compétence peut être valablement insérée dans les conditions générales de l'une des parties, pour autant que le contrat conclu entre les parties renvoie expressément à ces conditions générales, mais pas nécessairement à la clause de prorogation de for elle-même[149]. L'art. 23 al. 1 CL n'exige pas que les deux parties aient effectivement pris connaissance du contenu de la clause de prorogation, c'est-à-dire qu'elles l'aient lue[150].

Une clause attributive de juridiction insérée dans un prospectus d'émission de titres obligataires respecte la forme écrite si le contrat signé par les parties

144 CJUE, arrêt du 7 juillet 2016, Höszig/Alstom (C-222/15), c. 38.

145 ATF 139 III 345, c. 4.3; ATF 131 III 398, c. 6; TF 4A_272/2007 du 21 novembre 2007, c. 5.1; CJUE, arrêt du 28 juin 2017, Leventis et Vafeias/Malcon et Brave Bulk (C-436/16), c. 39; CJUE, arrêt du 21 mai 2015, El Majdoub/CarsOnTheWeb.Deustchland (C-322/14), c. 25; CJCE, arrêt du 16 mars 1999, Castelletti/Trumpy (C-159/97, Rec. 1999 p. I-01597), c. 48; CJCE, arrêt du 16 septembre 1984, Tilly Russ/Nova (C-71/83, Rec. 1984 p. 2418), c. 14.

146 ATF 131 III 398, c. 7.1.1; TF 4A_272/2007 du 21 novembre 2007, c. 5.1; BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 42 ss; Message CL 1990 (note 131), p. 313.

147 ATF 131 III 398, c. 7.1.1; TF 4A_272/2007 du 21 novembre 2007, c. 5.1.

148 ATF 131 III 398, c. 7.1.2; TF 4A_272/2007 du 21 novembre 2007, c. 5.1; CJCE, arrêt du 16 septembre 1984, Tilly Russ/Nova (C-71/83, Rec. 1984 p. 2418), c. 17; Pocar (note 134), N 108.

149 ATF 139 III 345, c. 4.1; CJUE, arrêt du 7 juillet 2016, Höszig/Alstom (C-222/15), c. 39 s.

150 ATF 139 III 345, c. 4.4.

lors de l'émission des titres sur le marché primaire mentionne l'acceptation de cette clause ou comporte un renvoi exprès à ce prospectus[151].

La doctrine est divisée quant à savoir si les conditions générales doivent effectivement être à la disposition des parties lors de la conclusion du contrat ou si la possibilité d'en prendre connaissance, par exemple sur le site internet de l'utilisateur des conditions générales, suffit[152]. Le Tribunal fédéral a tranché cette question dans une affaire récente dans laquelle une société ayant son siège en Autriche avait commandé des systèmes de rayonnage à une société ayant son siège en Allemagne (entrepreneur). Les contrats, envoyés par e-mail par l'entrepreneur, renvoyaient aux conditions générales de vente, livraison et paiement de l'entrepreneur et précisaient que ces conditions générales pouvaient être demandées au numéro de fax indiqué. Ces conditions générales contenaient une clause de prorogation en faveur des tribunaux zurichois. La société ayant passé commande signa les deux contrats et les retourna à l'entrepreneur. Par la suite, ce dernier indiqua que les conditions générales étaient accessibles sur son site internet. Un litige survint entre les parties; l'entrepreneur ouvrit action en paiement du prix de l'ouvrage devant les tribunaux zurichois; la défenderesse souleva le déclinatoire.

Le Tribunal fédéral considéra que l'utilisateur des conditions générales doit donner à son partenaire contractuel la possibilité raisonnable d'en prendre connaissance avant la conclusion du contrat[153]. Tel n'est pas le cas lorsque le cocontractant doit commander les conditions générales par fax, dès lors qu'il doit attendre une réponse du fournisseur et ne peut prendre connaissance de ces conditions sans intervention active de ce dernier. Dans un tel cas, la convention de prorogation de for n'est pas valablement conclue. En revanche, lorsque les parties communiquent par courrier électronique et que les conditions générales sont accessibles sur le site internet du fournisseur, le cocontractant a une possibilité raisonnable d'en prendre connaissance: la situation est similaire à celle dans laquelle les conditions générales seraient jointes au courrier électronique. L'utilisation de la voie électronique pour conclure le contrat permet de déduire la volonté des parties de recourir à internet dans ce but[154]. En revanche, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si le simple renvoi à un site internet sans remise des conditions générales suffit lorsque les parties ne communiquent pas par la voie électronique[155]. En l'espèce, le Tribunal fédéral renvoya l'affaire au tribunal d'instance inférieure pour qu'il détermine si les conditions générales étaient accessibles sur le site internet du fournisseur lors de la conclusion du contrat.

151 CJUE, arrêt du 20 avril 2016, Profit Investment SIM/Commerzbank (C-366/13), c. 29.
152 ATF 139 III 345, c. 4.2 et références citées.
153 ATF 139 III 345, c. 4.3.
154 ATF 139 III 345, c. 4.4.1.
155 ATF 139 III 345, c. 4.4.1; tel devrait être le cas selon Berger, BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 42.

La CJUE a considéré que l'acceptation de conditions générales contenant une clause attributive de juridiction qui ne s'ouvrent pas automatiquement lors d'une commande, mais qui doivent être sélectionnées dans un nouveau champ par «clic», est conforme aux conditions de validité formelle requises par l'art. 23 du Règlement de Bruxelles, dans la mesure où il est possible d'imprimer ou de sauvegarder les conditions générales ainsi acceptées[156]. Certains auteurs préconisent d'appliquer cette jurisprudence par analogie à l'art. 5 LDIP[157]; elle paraît en tous les cas compatible avec l'arrêt du Tribunal fédéral cité plus avant.

c. Habitudes des parties ou usages commerciaux

La référence aux habitudes des parties ou aux usages commerciaux a été introduite dans la Convention de Bruxelles en 1968 en réaction à la jurisprudence de la CJCE qui exigeait que la prorogation de for devait se faire de manière expresse et qui était jugée trop restrictive par certains milieux commerciaux. Cette formulation est étroitement liée à l'art. 9 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationaux de marchandises, afin de garantir que les usages commerciaux soient soumis aux mêmes conditions, qu'il s'agisse du droit matériel ou de la prorogation de for[158].

La CJUE a posé des exigences élevées pour admettre un tel consentement, à notre avis à juste titre sous l'angle de l'autonomie des parties; en effet, l'exception à la forme écrite doit être interprétée de manière restrictive puisque le consentement n'est plus documenté mais présumé[159].

Appelée à trancher si l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un prospectus d'émission de titres obligataires constitue une forme admise par un usage du commerce international, permettant de présumer le consentement de celui auquel on l'oppose, la CJUE a précisé dans un arrêt de 2016 que tel est le cas si ce comportement est généralement et régulièrement suivi par les opérateurs dans la branche considérée lors de la conclusion de contrats de ce type. S'y ajoute la condition alternative suivante: soit les parties entretenaient auparavant des rapports commerciaux suivis entre elles ou avec d'autres parties opérant dans le secteur considéré, soit le comportement en cause est suffisamment connu pour pouvoir être considéré comme une pratique consolidée[160].

156 CJUE, arrêt du 21 mai 2015, El Majdoub/CarsOnTheWeb.Deustchland (C-322/14), c. 40.
157 Lorenz/Müller-Chen (note 57), p. 740; Perrig/Kramer/Probst (note 59), N 207.
158 Message CL 1990 (note 131), p. 315.
159 Dans le même sens Gaudemet-Tallon (note 125), p. 162.
160 CJUE, arrêt du 20 avril 2016, Profit Investment SIM/Commerzbank (C-366/13), c. 50; voir également CJCE, arrêt du 20 février 1997, MSG/Les Gravières Rhénanes SARL (C-106/95, Rec. 1997 p. I-00911), c. 16 ss.

5. Conditions matérielles

Aux termes de l'art. 23 al. 1 CL, les parties conviennent d'un tribunal ou de tribunaux d'un État lié par la Convention pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé. Cette compétence est exclusive sauf stipulation contraire des parties. La présomption d'exclusivité est réfragable, à l'instar de l'art. 5 LDIP[161].

Les notions de différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé sont similaires à celles de l'art. 5 LDIP, de sorte que l'on peut renvoyer à ce qui a été écrit plus avant[162]. En revanche, les différences suivantes existent entre les deux régimes:

– le litige doit porter sur des prétentions en matière civile ou commerciale au sens de l'art. 1 CL[163];
– dans le cadre de l'art. 23 CL, il suffit que les parties désignent les tribunaux d'un État contractant, sans indication de la compétence locale, alors que selon l'art. 5 LDIP, elles doivent convenir d'un lieu ou d'un arrondissement[164]. Si les parties désignent les tribunaux d'un État contractant, la compétence locale sera déterminée par la *lex fori*[165].

Par leur convention, les parties peuvent opter pour une compétence alternative de l'art. 5 CL (par exemple au lieu d'exécution du contrat), pour le for du domicile de l'une ou des deux parties ou encore pour un juge neutre, sans lien particulier avec l'une ou l'autre d'entre elles, situé dans un État contractant.

Les parties sont libres de désigner un tribunal spécifique d'un État contractant, mais elles ne sauraient déroger aux règles de compétence *ratione materiae*. Ainsi, elles ne peuvent pas convenir de porter leur litige devant le tribunal de commerce si le défendeur n'est pas inscrit au registre du commerce[166]. Si, néanmoins, elles ont convenu d'un tel tribunal, la clause n'est pas en soi invalide, mais il convient d'interpréter leur volonté selon les principes du droit suisse lorsqu'il s'applique. S'il n'est pas possible de déterminer la volonté réelle et concordante des parties, qui relève du fait, le juge recourra au principe de la confiance pour déterminer la volonté présumée des parties, ce qui relève du droit[167].

Dans une affaire récente concernant la portée d'une convention attributive de juridiction, le Tribunal fédéral a interprété la volonté des parties en recourant aux principes applicables en matière d'interprétation des conventions d'arbitrage. En

161 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 61; Alexander R. Markus, Internationales Zivilprozessrecht, Berne 2014, N 1211; sur la présomption d'exclusivité de l'art. 5 LDIP, voir *supra* p. 107 s.
162 Voir *supra* p. 103.
163 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 25; Reinhold Geimer/Rolf A. Schütze, Europäisches Zivilverfahrensrecht, Munich 2010. art. 23 EuVGO N 61.
164 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 32; Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 5; SHK LugÜ-Killias, art. 23 LugÜ N 49.
165 BSK LugÜ-Berger, art. 23 LugÜ N 32; Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 5.
166 TF 4A_131/2017 du 21 septembre 2017, c. 4 (non publié à l'ATF 143 III 558).
167 TF 4A_131/2017 du 21 septembre 2017, c. 4.3.4 (non publié à l'ATF 143 III 558) et références citées.

l'espèce, une société ayant son siège en Suisse, dans le canton de Schwyz, et une personne domiciliée à Monaco, avaient conclu un contrat de courtage portant sur la vente d'un bien immobilier à Herrliberg dans le canton de Zurich. Les parties avaient convenu d'une prorogation de for en faveur du Tribunal de commerce du canton de Zurich. Ce dernier n'étant toutefois pas compétent *ratione materiae*, la demanderesse ouvrit action en paiement devant le tribunal du district de Zurich. Le Tribunal fédéral, tout comme le tribunal d'instance inférieure, considéra que la clause était nulle, mais qu'une interprétation de la clause permettait de retenir que les parties avaient convenu d'une prorogation en faveur des tribunaux suisses. Le Tribunal fédéral jugea que la volonté hypothétique des parties était d'opter pour le tribunal du lieu de situation de l'immeuble (dans un autre district que celui de Zurich) et que, dès lors, le tribunal de Zurich n'était pas compétent[168].

Le recours à la volonté hypothétique des parties nous paraît peu compatible avec le principe d'autonomie de la volonté et il est source d'insécurité, dès lors qu'il conduit le tribunal à substituer sa propre volonté à celle des parties. En l'espèce, en accordance avec la jurisprudence de la CJUE, le tribunal aurait dû constater que la désignation de la juridiction internationale suffisait à donner pleine validité à la clause de prorogation de for selon l'art. 23 CL; la compétence locale aurait dû ensuite être déterminée en application des règles du droit interne (à savoir l'art. 113 LDIP dès lors que le défendeur n'avait pas de domicile en Suisse).

6. Limitations à l'autonomie des parties

a. Généralités

Conformément à l'art. 23 al. 5 CL, les clauses de prorogation de for sont sans effet si elles sont contraires aux dispositions des art. 13, 17 et 21 ou si les tribunaux à la compétence desquels elles dérogent sont exclusivement compétents en vertu de l'art. 22. Cette disposition règle de manière exhaustive les limitations à la liberté de prorogation de compétence[169].

L'art. 22 CL contient une liste de compétences exclusives en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, de droit des sociétés, de droits immatériels, d'inscription sur les registres publics et d'exécution des décisions. Le for est déterminé par le lien matériel existant entre l'objet du litige et un État contractant. Il s'agit de compétences exclusives et impératives[170], dont le respect est examiné d'office par le tribunal saisi (art. 25 CL)[171].

---

168 ATF 143 III 558, c. 4.3.4.

169 Message CLrév 2009 (note 118), p. 1519.

170 La CL utilise le terme de «compétences exclusives». Les compétences de l'art. 22 CL sont cependant à la fois exclusives, dans la mesure où elles désignent des tribunaux qui sont seuls compétents, et impératives: elles s'imposent aux parties, qui ne peuvent y déroger ni par clause de prorogation de for, ni par acceptation tacite, ainsi qu'au juge, qui, saisi en violation de cet article, doit d'office se déclarer incompétent. Voir Gaudemet-Tallon (note 125), p. 107 s. et CJUE, arrêt du 17 mars 2016, Taser/SC Gate et Anastasiu (C-175/15), c. 35.

171 CJUE, Arrêt du 17 mars 2016, Taser/SC Gate et Anastasiu (C-175/15), c. 33 ss.

Les art. 13, 17 et 21 CL visent quant à eux à limiter l'autonomie des parties en matière de contrats d'assurance, de contrats de consommation et de contrats de travail. Ces dispositions se fondent sur des motifs de politique sociale et de protection de la partie la plus faible. Elles visent à corriger le déséquilibre entre les parties en faisant bénéficier la partie la plus faible de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales[172], en vue de lui faciliter l'accès à la justice et pour lui garantir le for de son domicile si elle est défendeur[173].

La Convention institue ainsi, pour les litiges découlant de ces contrats, des fors semi-impératifs auxquels les parties ne peuvent pas déroger avant la naissance du litige, à moins que l'élection de for soit plus favorable à la partie réputée faible au contrat (art. 13 al. 2 CL, art. 17 al. 2 CL, art. 21 al. 2 CL) ou pour des motifs restrictifs énumérés dans la CL (art. 13 al. 3 à 5 CL, art. 17 al. 3 CL).

En raison du large champ d'application des dispositions sur les contrats conclus par les consommateurs, il convient de les examiner de manière plus détaillée ci-après.

b. Le for semi-impératif du consommateur

La volonté de protéger les consommateurs comme partie faible au contrat s'est traduite par des règles de compétence semi-impérative en faveur des tribunaux du domicile du consommateur introduites aux art. 13 ss aCL et, depuis le 1er janvier 2011, aux art. 15 ss CL. Ces normes permettent au consommateur d'agir, à son choix, devant les tribunaux de l'État de son domicile ou ceux de l'État du siège du fournisseur de services (art. 16 al. 1 CL). Ce dernier, lui, doit impérativement agir au domicile du consommateur (art. 16 al. 2 CL).

L'art. 18 al. 1 du Règlement de Bruxelles Ibis élargit encore la portée de ces dispositions protectrices puisqu'il prévoit que le consommateur peut agir devant les tribunaux de son domicile quel que soit le domicile de l'autre partie. Le fournisseur ne disposant pas de domicile ou de succursale dans un État membre pourra ainsi être attrait devant les tribunaux du domicile du consommateur[174].

Avant la naissance d'un litige, le consommateur ne peut pas renoncer (conventionnellement) aux fors qui sont mis à sa disposition par l'art. 16 al. 1 CL (art. 17 ch. 1 CL). Après la naissance du litige, le consommateur et son cocontractant sont libres de conclure une convention de prorogation de for (art. 17 ch. 1 CL).

Par ailleurs, une acceptation tacite suffit à fonder la compétence du tribunal saisi (art. 24 CL). L'art. 26 al. 2 du Règlement de Bruxelles Ibis impose désor-

172 Voir par exemple CJUE, arrêt du 13 juillet 2017, Assens Havn/Navigators Management (C-386/16), c. 30.

173 CR LDIP/CL-Bonomi, art. 8 CL N 2, art. 15 CL N 2, art. 18 CL N 2.

174 Gaudemet-Tallon (note 125), p. 375.

mais au tribunal saisi d'informer le consommateur de son droit de contester la compétence de la juridiction et des conséquences d'une comparution ou d'une absence de comparution.

Les dispositions protectrices de la Convention de Lugano s'appliquent au consommateur, notion que la Convention ne définit pas et qui fait l'objet d'une interprétation autonome[175]. Le consommateur est une personne physique qui conclut un contrat pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, autrement dit dans un but privé, sans égard à son expérience et à sa position subjective[176]. L'intention de réaliser un gain n'exclut pas un but privé[177]. Le cocontractant doit, lui, conclure le contrat avec le consommateur dans le cadre de ses activités professionnelles (art. 15 al. 1 let. c CL).

En outre, contrairement à l'art. 114 LDIP combiné avec l'art. 120 LDIP, les art. 15 ss CL ne sont pas limités aux contrats qui portent sur une prestation de consommation courante. L'art. 15 al. 1 let. c CL s'applique à tous les cas (autres que ceux énumérés à ses lettres a) et b)) qui visent les ventes à tempérament d'objets mobiliers corporels et les prêts à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets). La portée de l'art. 15 CL est beaucoup plus large que celle de l'art. 13 aCL. Sont visés tous les contrats définis comme contrats de consommation dans les directives communautaires, notamment des contrats régis par la directive sur les contrats de crédit aux consommateurs[178], ainsi que les contrats de services financiers[179].

L'art. 15 CL exige que le contrat ait été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État lié par la Convention de Lugano sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État ou vers plusieurs États, dont cet État, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités. Cette disposition met sur pied d'égalité les opérations publicitaires classiques comme les annonces par voie d'affichage, de presse ou le démarchage par téléphone, et les offres faites par internet. Dans tous ces cas, une activité de prospection du marché est nécessaire. Un besoin de protection n'est consacré, sur le plan international,

175 Voir Protocole n° 2 sur l'interprétation uniforme de la convention et sur le comité permanent, annexé à la Convention de de Lugano; CR LDIP/CL-Bonomi, art. 15 CL N 9; SHK LugÜ-Domej, Préambule Protocole n° 2 N 5 et 10 ss. Concernant l'interprétation autonome de la notion de fourniture de service au sens de l'art. 13 al. 1 ch. 3 aCL, voir ATF 133 III 295, c. 8.1 et ATF 121 III 336, c. 5e/aa.

176 ATF 133 III 295, c. 7.2.

177 Romy – Journée de droit bancaire 2010 (note 84), p. 26; arrêt du 19 janvier 2000 de la *High Court of Justice in the Queen's Bench Division Commercial Court*, 2000 WL 191161; voir également l'arrêt du *Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg* du 23 juin 2004 (disponible sur http://swissjurist.ch/case_study.htm, consulté le 3 avril 2018), p. 7.

178 Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil.

179 Romy – Journée de droit bancaire 2010 (note 84).

qu'en faveur du consommateur qui a commandé des biens ou des services par suite d'une sollicitation faite dans son pays par un fournisseur à l'étranger[180].

La notion d'*activité dirigée* vers l'État du domicile du consommateur doit également être interprétée de façon autonome en se référant au système et aux objectifs de la Convention. La simple utilisation d'un site internet, qui a une portée mondiale, ne suffit pas à constituer une activité dirigée au sens de l'art. 15 al. 1 let. c qui déclencherait l'application des règles de compétence protectrices de cette disposition. Pour que l'art. 15 s'applique, il est nécessaire que le commerçant ait manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec les consommateurs d'un ou de plusieurs autres États parties, dont celui du domicile du consommateur[181]. Constituent des *expressions manifestes* de la volonté de démarcher les consommateurs la mention selon laquelle le commerçant offre ses services ou ses biens dans un ou plusieurs États parties nommément désignés ou l'engagement de dépenses dans un service de référencement sur internet auprès de l'exploitant d'un moteur de recherches afin de faciliter aux consommateurs domiciliés dans différents États parties l'accès au site du commerçant[182].

Il est en outre nécessaire que le site internet invite à la conclusion d'un contrat; il n'est toutefois pas exigé que cette invitation à conclure un contrat résulte de l'exploitation d'un site interactif. L'art. 15 al. 1 let. c ne requiert pas l'existence d'un lien de causalité entre le moyen employé pour diriger l'activité commerciale ou professionnelle vers l'État du domicile du consommateur, à savoir un site internet, et la conclusion du contrat avec ce consommateur[183]. Il n'exige pas davantage que le contrat ait été conclu à distance par l'intermédiaire de ce site[184].

7. Portée et effets de l'élection de for

a. Pour les parties

La CL ne règle par les effets de droit matériel d'une convention attributive de juridiction, de sorte que les conséquences d'une éventuelle violation de cette dernière sont soumises au droit applicable à ladite convention, comme mentionné plus avant.

---

180 ATF 142 III 170, c. 3.1: le client domicilié en France d'une banque suisse qui s'est adressé à cette dernière de sa propre initiative, sans y avoir été incité par une offre ou une publicité dans son propre pays, est censé être conscient du caractère international et accepter le risque d'un procès à l'étranger.

181 CJUE, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer/Reederei Karl Schlüter (C-585/08) et Hotel Alpenhof/Heller (C-144/09), c. 47 ss.

182 CJUE, arrêt du 7 décembre 2010, Pammer/Reederei Karl Schlüter (C-585/08) et Hotel Alpenhof/Heller (C-144/09), c. 81.

183 CJUE, arrêt du 17 octobre 2013, Emrek/Sabranoivc (C-218/12), c. 20 ss.

184 CJUE, arrêt du 6 septembre 2012, Mühlleitner/Yusufi (C-190/11), c. 32 ss.

Sur le plan procédural, le défendeur attrait devant une juridiction autre que le juge élu doit soulever l'exception d'incompétence devant le juge saisi; ce dernier n'examine pas d'office sa compétence, sauf si elle est fondée sur l'art. 22 CL. Si le défendeur ne soulève pas le déclinatoire, il accepte tacitement la compétence du juge saisi conformément à l'art. 24 CL. Ce principe s'applique également lorsque la clause attributive de compétence est rédigée en faveur des juridictions d'un État tiers, non partie à la CL[185].

La notion de comparution de l'art. 24 CL s'interprète de manière autonome et vise tout acte de défense qui tend directement au rejet de la demande. Les actes préliminaires, comme les requêtes de suspension ou de déclinatoire, ne sont pas visés par cette définition[186].

b. Opposabilité à des tiers

L'art. 23 CL ne précise pas si une clause d'élection de for peut être transmise à un tiers qui n'était pas partie au contrat initial, mais qui est devenu successeur, en tout ou partie, aux droits et obligations de l'une des parties au contrat initial. La CJUE l'a admis dans diverses constellations, notamment lorsque le droit applicable au contrat initial (contenant ou renvoyant à la clause attributive de juridiction) prévoit un transfert des droits et obligations ou une substitution des parties sans consentement du tiers à ladite clause[187]. A titre d'exemple, elle l'a également admis en cas d'acquisition de titres obligataires sur le marché secondaire, si le droit national applicable au contrat prévoit une telle succession et si l'acquéreur a eu la possibilité de prendre connaissance du prospectus contenant ladite clause, ce qui suppose que celui-ci soit aisément accessible[188].

c. Effets pour le tribunal élu

La Convention de Lugano, tout comme le Règlement de Bruxelles Ibis, exclut le recours à la théorie anglo-saxonne du *forum non conveniens*[189]. Il s'ensuit que le tribunal élu d'un État contractant respectera la force obligatoire d'une clause d'élection de for en sa faveur et ne pourra pas refuser de statuer (contrairement à la solution prévue à l'art. 5 al. 3 LDIP).

d. Litispendance et forum running

Comme mentionné plus avant en lien avec les clauses d'élection de for de la LDIP, l'application stricte des règles sur la litispendance permet de paralyser l'effet d'une convention de prorogation de compétence pour le tribunal

185 CJUE, arrêt du 17 mars 2016, Taser International/SC Gate 4 Business (C-175/15), c. 23 ss.
186 ATF 133 III 295, c. 5.1, et références.
187 CJUE, arrêt du 20 avril 2016, Profit Investment SIM/Commerzbank (C-366/13), c. 31 ss, et références citées.
188 CJUE, arrêt du 20 avril 2016, Profit Investment SIM/Commerzbank (C-366/13), c. 36.
189 Gaudemet-Tallon (note 125), p. 88 ss; Sievi (note 13), N 449.

élu[190]. La célèbre affaire Gasser, rendue sous l'ancien Règlement de Bruxelles I, en donne un exemple[191]: pendant plusieurs années, la société Gasser, ayant son siège en Autriche, avait vendu des vêtements pour enfants à la société Misat, ayant son siège en Italie, à Rome. Les factures adressées par Gasser à Misat contenaient toutes une clause d'élection de juridiction en faveur des tribunaux autrichiens. Un différend survint entre les parties. Misat ouvrit action devant les tribunaux italiens pour faire constater que le contrat la liant à Gasser avait pris fin de plein droit, constater l'absence d'inexécution et condamner Gasser à réparer le préjudice qu'elle lui avait causé. Quelques mois plus tard, Gasser ouvrit action contre Misat en paiement de factures impayées devant le tribunal autrichien sur la base de la convention de prorogation et de l'art. 5 al. 1 de la Convention de Bruxelles. Misat contesta la compétence du tribunal autrichien. Celui-ci suspendit la cause conformément à l'art. 21 de la Convention de Bruxelles. Le tribunal d'appel saisit la CJCE d'une demande d'interprétation préjudicielle pour savoir si la juridiction saisie en second lieu au sens de l'art. 21 al. 1 de la Convention de Bruxelles peut examiner la compétence du premier tribunal saisi dans le cas où elle jouirait d'une compétence exclusive en vertu d'une convention attributive de juridiction au sens de l'art. 17 de la Convention de Bruxelles, ou bien si elle doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la compétence du juge premier saisi soit établie, et ceci en dépit de la lenteur excessive et généralisée des procédures en Italie.

La CJCE confirma que l'art. 21 de la Convention est pleinement applicable en vertu de la confiance mutuelle que les États contractants accordent à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires, de sorte que le second juge saisi doit surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent, même si la procédure devant le premier juge saisi est excessivement longue[192].

La confiance mutuelle entre États membres et la sécurité juridique prévalent dans ce cas sur l'autonomie des parties. Il n'en reste pas moins que les manœuvres dilatoires connues sous le nom d'«actions-torpédo» sont abusives et permettent de mettre en échec la volonté des parties[193]. En réponse aux nombreuses critiques qu'a suscitées l'arrêt Gasser, la Commission européenne élabora une exception à la règle de litispendance. L'art. 31 al. 2 du Règlement Bruxelles Ibis prévoit désormais que lorsqu'une juridiction d'un État membre

190 Art. 29 al. 1 Règlement Bruxelles Ibis; art. 21 al. 1 Règlement Bruxelles I; art. 27 al. 1 CL, selon lesquels lorsque des demandes ayant le même objet et la même cause sont formées entre les mêmes parties devant des juridictions d'États membres, respectivement liés par la CL, la juridiction saisie en second lieu sursoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie.

191 CJCE, arrêt du 9 décembre 2003, Gasser/MISAT (C-116/02).

192 CJCE, arrêt du 9 décembre 2003, Gasser/MISAT (C-116/02, Rec. 2003 p. 00000), c. 28 ss.

193 Voir TF 4A_417/2017 du 14 mars 2018, c. 5.3.3 et références citées.

à laquelle une convention de prorogation de for attribue une compétence exclusive est saisie, toute juridiction d'un autre État membre sursoit à statuer jusqu'à ce que la juridiction saisie sur le fondement de la convention déclare qu'elle n'est pas compétente en vertu de la convention. Une réserve à cette exception est faite dans un but de protection de la partie faible aux contrats d'assurance, de consommation et de travail (art. 31 al. 4 Règlement Bruxelles Ibis). En donnant la priorité au tribunal élu, le Règlement Bruxelles Ibis accroît l'efficacité des clauses d'élection de for exclusives et renforce ainsi l'autonomie des parties[194].

e. Effets pour le tribunal dérogé

Au sens de l'art. 23 al. 3 CL, lorsqu'aucune des parties n'est domiciliée dans un État partie, mais qu'elles conviennent tout de même d'une prorogation de for en faveur d'un tribunal de l'un des États parties, aucun des autres États parties ne peut connaître du différend tant que le tribunal prorogé n'a pas décliné sa compétence[195]. Cette disposition ne s'exprime pas sur la validité d'une telle clause ni sur la question de savoir si le tribunal élu doit admettre sa compétence (ces questions relèvent du droit interne, *lex fori*); cette clause garantit cependant que l'effet négatif de rattachement (effet de dérogation) sera observé dans tous les États contractants[196].

La Convention ne contient pas de règle lorsque les parties ont convenu d'une prorogation en faveur d'un État tiers; qu'en est-il si, dans cette hypothèse, l'une d'entre elles saisit le tribunal d'un État contractant en dépit de ladite clause et que le défendeur soulève l'exception d'incompétence? La déférence donnée à l'autonomie des parties devrait inciter le tribunal saisi à examiner la validité de cette clause d'après le droit qui lui est applicable selon ses propres règles de conflit de lois[197] et à la respecter si elle est conforme aux conditions de forme de l'art. 23 CL et qu'elle ne contrevient pas à un for impératif/exclusif ou semi-impératif de la Convention[198].

IV. La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for

Dans les années quatre-vingt-dix, l'Académie de la Haye développa le projet ambitieux d'une convention mondiale sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, qui impliquait une harmonisation des règles de conflits de

194 Préambule (22) du Règlement Bruxelles Ibis; Kramer/Themeli (note 4), p. 42.
195 CR LDIP/CL-Bucher, art. 23 CL N 2.
196 Message CL 1990 (note 131), p. 314.
197 CJCE, arrêt du 9 novembre 2000, Coreck Maritime/Handlesveem (C-387/98), c. 19.
198 Paco Garcimartin, Prorogation of jurisdiction, *in*: Andrew Dickinson/Eva Lein (éd.), The Brussels I Regulation Recast, Oxford 2015, N 9.15.

juridiction[199]. Cette tentative échoua compte tenu de la trop grande diversité des systèmes juridiques. Néanmoins, une partie de ce projet se poursuivit grâce au soutien notamment de la Chambre de commerce internationale et de ses membres, qui appelaient de leurs vœux un instrument complémentaire à la Convention de New York de 1958 pour les clauses d'élection de for, ceci afin de promouvoir le commerce et les investissements internationaux en renforçant la coopération judiciaire.

Cet instrument prit la forme de Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, laquelle est entrée en vigueur le 1er octobre 2015[200]. La Suisse n'y est pas (encore) partie. Néanmoins, cette Convention mérite quelques développements compte tenu de sa portée et de son but.

La Convention de La Haye s'applique, dans des situations internationales, aux accords exclusifs d'élection de for conclus en matière civile et commerciale (art. 1). Elle exclut de son champ d'application les contrats de travail et ceux impliquant un consommateur (art. 2 al. 1), ainsi que les (nombreuses) matières énumérées à son art. 2 al. 2, notamment l'arbitrage. La situation internationale est définie à l'art. 1 al. 2: les parties ne doivent pas résider dans le même État contractant et tous les autres éléments pertinents du litige, quel que soit le lieu du tribunal élu, ne doivent pas être liés uniquement à cet État. La condition d'extranéité devrait être remplie au moment de la conclusion de l'accord[201].

L'art. 26 de la Convention de La Haye régit les rapports avec d'autres instruments internationaux, notamment le Règlement de Bruxelles Ibis et la Convention de Lugano; cette disposition énonce des règles complexes d'articulation ainsi qu'une directive d'interprétation pour inviter les tribunaux à interpréter la Convention dans un sens qui la rende compatible avec d'autres traités[202].

La notion d'accord exclusif d'élection de for est définie à l'art. 3 let. a de la Convention: il s'agit d'un accord entre deux ou plusieurs parties, conclu ou documenté par écrit ou par tout autre moyen qui rende l'information accessible pour être consultée ultérieurement, et qui désigne, pour connaître des litiges nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, soit les tribunaux d'un État contractant, soit un ou plusieurs tribunaux particuliers d'un État contractant, à l'exclusion de la compétence de tout autre tribunal. L'accord est réputé exclusif sauf si les parties sont convenues expressément du contraire (art. 3 let. b). Il est indépendant du contrat principal (art. 3 let. d).

---

199 Andreas Bucher, Vers une convention mondiale sur la compétence et les jugements étrangers, SJ 2000 I p. 77 ss; Johannes Landbrecht, The Hague Conference on private international law: shaping a global framework for party autonomy, I.B.L.J. 2017/1, p. 37.

200 A ce jour, le Mexique, l'Union Européenne (et ses États membres) et Singapour sont parties à la Convention; les États-Unis, la Chine et le Monténégro l'ont signée, sans pour autant la ratifier (état de la Convention disponible sur https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions/status-table/?cid=98, consulté le 4 avril 2018).

201 Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 18, p. 33.

202 Andreas Bucher, La Convention de La Haye sur les accords d'élection de for, RSDIE 2006, p. 55; Dutoit (note 30), art. 5 LDIP N 18, p. 37 s.

Les accords asymétriques, par lesquels une partie ne peut agir que devant le tribunal désigné et l'autre partie garde la possibilité de saisir d'autres tribunaux, ne sont pas considérés comme exclusifs aux fins de la Convention de La Haye[203].

En vue d'assurer l'efficacité des accords exclusifs d'élection de for, trois principes doivent être respectés: en premier lieu, le tribunal élu est compétent pour connaître du litige et ne peut refuser d'exercer sa compétence au motif qu'un tribunal d'un autre État devrait connaître du litige ou qu'il a été saisi en premier (litispendance) (art. 5 al. 2); la Convention de La Haye exclut le principe du *forum non conveniens*[204]. Néanmoins, un État peut faire une réserve et déclarer que ses tribunaux peuvent refuser de connaître des litiges auxquels un accord exclusif d'élection de for s'applique s'il n'existe aucun lien, autre que le lieu du tribunal élu, entre cet État et les parties ou le litige (art. 19).

Deuxièmement, un tribunal autre que le tribunal élu doit surseoir à statuer ou se dessaisir lorsqu'il est saisi d'un litige soumis à un accord exclusif d'élection de for, sauf si l'une des exceptions prévue par la Convention s'applique (art. 6).

Finalement, le jugement rendu par le tribunal élu est reconnu et exécuté dans les autres États contractants conformément aux art. 8 et suivants de la Convention.

La Convention de La Haye pose des conditions de validité formelle et matérielle aux art. 3 et 5; elle prévoit en outre divers critères de rattachement pour déterminer le droit applicable aux questions qu'elle ne règle pas expressément. Ainsi, le tribunal élu déclinera sa compétence si l'accord d'élection exclusive de for est nul selon le droit de l'État du tribunal élu, par exemple en raison d'un vice du consentement (art. 5 al. 1). Le droit de l'État du tribunal élu inclut les règles de conflit de lois de cet État[205]. Cette règle est similaire à celle de l'art. 25 al. 1 du Règlement de Bruxelles Ibis, qui s'en est inspiré, et soulève les mêmes critiques[206].

Le tribunal non élu qui serait néanmoins saisi sursoit à statuer ou se dessaisit à moins que l'accord soit nul en vertu du droit de l'État du tribunal élu, ou que donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public du tribunal saisi (art. 6 let. a et b).

---

203 Trevor Hartley/Masato Dogauchi, Rapport explicatif de la Convention du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, La Haye 2013, p. 810 N 105 s.

204 Hartley/Dogauchi (note 203), p. 790 N 3.

205 Hartley/Dogauchi (note 203), p. 814 N 125.

206 Paul Beaumont, Hague Choice of Court Agreements Convention 2005: Background, Negotiations, Analysis and Current Status, Journal of Private International Law, 2009 (5)/1, p. 137 ss. Sur l'art. 25 al. 1 du Règlement de Bruxelles Ibis, voir *supra* p. 114 s.

C. Autonomie des parties et conventions d'arbitrage

I. Portée et objectifs des conventions d'arbitrage dans les contrats internationaux

L'arbitrage, voie juridictionnelle privée qui repose sur la volonté des parties d'investir de simples particuliers de la mission de trancher un litige de droit privé en lieu et place des juridictions étatiques[207], est la concrétisation la plus aboutie de l'autonomie des parties en procédure.

Dans le commerce international, l'arbitrage constitue depuis de nombreuses années le mode de résolution des conflits de prédilection en raison de la liberté reconnue aux parties de façonner «leur» procédure comme il leur sied[208]. Les avantages traditionnellement reconnus de l'arbitrage sont nombreux: les parties sont libres notamment d'élire des arbitres disposant de connaissances ou d'expertise spécifiques, de choisir le siège de l'arbitrage, la langue de la procédure et les règles de procédure applicables, tout en bénéficiant d'un anonymat qui fait défaut aux procédures étatiques[209]. Elles ont également la possibilité de choisir le droit applicable au litige soumis au tribunal arbitral, ou encore d'autoriser ce dernier à le trancher en équité[210].

Cette liberté accordée aux parties de façonner un mode de règlement des litiges sur mesures a contribué grandement au développement du commerce international. Historiquement, un autre argument décisif en faveur de l'arbitrage était l'absence, sur le terrain international, de règles universellement acceptées en matière de for judiciaire, auquel s'ajoutait un sentiment de défiance envers les tribunaux étrangers[211].

À l'heure actuelle, si les avantages de l'arbitrage international par rapport aux juridictions étatiques sont bien réels, des critiques se font régulièrement entendre quant à la longueur des procédures, l'explosion des coûts, la mauvaise qualité des sentences ou le rôle tout puissant des arbitres, poussant les parties à la recherche de solutions alternatives à l'arbitrage[212]. En dépit de ces insatisfac-

---

207 Pierre Jolidon, Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage, Berne 1984, p. 28.

208 Walther J. Habscheid, L'arbitrage international, avant tout celui selon le règlement de la Chambre de Commerce Internationale et l'autonomie des parties: quelques considérations, *in*: Le rôle de la volonté dans les actes juridiques – Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg, Bruxelles 2000, p. 453.

209 Bernhard Berger/Franz Kellerhals, International and domestic arbitration in Switzerland, 3ème éd., Berne 2015, N 11.

210 Art. 187 al. 1 et 2 LDIP; ATF 107 Ib 63, c. 2a; Burckhardt, *in*: Arbitration in Switzerland, art. 187 LDIP N 63 ss; CR LDIP/CL-Bucher, art. 187 LDIP N 54 ss; Dutoit (note 30), art. 187 LDIP N 10.

211 Message du Conseil fédéral du 20 juin 1927 concernant l'approbation du Protocole relatif aux clauses d'arbitrage du 24 septembre 1923 (FF 1927 I 872), p. 872.

212 Pierre-Yves Tschanz, Vers un arbitrage international préventif?, RDS II 2002, p. 14 ss. Voir aussi ATF 142 III 296, c. 2.3.1, sur le succès des méthodes alternatives de règlements des litiges en Europe et en Suisse, qui sont parfois des préalables obligatoires à l'arbitrage. Le non-respect

tions, l'arbitrage reste une voie juridictionnelle prisée par les acteurs du commerce international.

L'apport de l'arbitrage au développement du commerce international a été reconnu et encouragé dès le début du siècle dernier par divers instruments élaborés dans l'intention de faciliter l'exécution internationale des sentences arbitrales de droit privé et de développer la juridiction arbitrale[213]. La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958 (ci-après, la «CNY» ou «Convention de New York») a joué un rôle déterminant dans ce développement. En outre, de nombreux organismes privés ou paraétatiques ont édicté des règlements uniformes d'arbitrage et les États ont adopté diverses lois nationales en vue de renforcer l'arbitrage international. En Suisse, le concordat intercantonal sur l'arbitrage de 1969 (également appliqué aux procédures internationales d'arbitrage se déroulant en Suisse) fut remplacé par la LDIP de 1987; son chapitre 12 est toujours considéré au plan international comme une loi sur l'arbitrage «remarquable et innovante»[214].

Si l'autonomie des parties constitue la clé de voûte de l'arbitrage international et est reconnue comme telle par tous les traités et lois précités, il n'en reste pas moins qu'elle s'exerce dans un cadre juridique défini dont elle ne saurait entièrement s'abstraire. L'autonomie des parties resterait inefficace sans la garantie et la sécurité du droit qui offrent les moyens de la faire respecter et confèrent aux sentences arbitrales la même valeur qu'aux jugements des tribunaux étatiques. Par ailleurs, dans un État de droit, cette autonomie n'est pas illimitée; certaines exigences légales doivent être respectées, dans l'intérêt général et celui des particuliers. L'autonomie des parties trouve ainsi ses limites dans certaines dispositions impératives du système juridictionnel auquel l'arbitrage est rattaché[215]. En outre, une certaine coopération demeure nécessaire entre le tribunal arbitral et le tribunal étatique, notamment en ce qui concerne le rôle du juge d'appui ou pour coordonner des procédures parallèles. Cette coordination est, par essence, le fait du législateur.

Les lois sur l'arbitrage s'efforcent de trouver un équilibre entre ces principes parfois contradictoires au gré de l'évolution de la pratique commerciale. La révision du chapitre 12 LDIP vise à moderniser la loi suisse et à renforcer l'attrait de la place arbitrale suisse sur le plan international en renforçant l'autonomie des parties. Cet élan de modernisation est généralisé dans les États et les institu-

---

de cette procédure préalable peut faire l'objet d'un recours au TF selon l'art. 190 al. 2 let. b LDIP et entraîner la suspension de la procédure d'arbitrage (même arrêt).

213 Convention pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 26 septembre 1927; Protocole relatif aux clauses d'arbitrage du 24 septembre 1923, RS 0.277.111.

214 Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international) du 11 janvier 2017, p. 7.

215 ATF 143 III 578, c. 3.2.2.1.

tions arbitrales, qui se livrent à une certaine compétition pour attirer un marché lucratif[216].

Nous passerons en revue ci-après la portée et la fonction du principe d'autonomie des parties dans les conventions d'arbitrage soumises à la LDIP, à l'instar de l'analyse effectuée dans la partie sur les conventions d'élection de for.

II. Les conventions d'arbitrage dans la LDIP

1. Généralités

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LDIP en 1989, l'arbitrage international était régi par les lois cantonales de procédure civile et par le Concordat intercantonal sur l'arbitrage du 27 mars 1969. Ces lois n'ont pas évolué simultanément au développement du commerce international et manquaient souvent de réponses aux questions spécifiques liées à l'arbitrage international[217]. Le législateur suisse a ainsi décidé de codifier cette matière afin d'offrir une plus grande sécurité juridique et de renforcer la visibilité de la Suisse en matière d'arbitrage international.

2. Nature des clauses compromissoires et droit applicable

La convention d'arbitrage, tout comme la convention d'élection de for, est un contrat attributif de juridiction. Elle se définit comme un accord par lequel deux ou plusieurs parties déterminées ou déterminables s'entendent pour confier à un tribunal arbitral ou à un arbitre unique, en lieu et place du tribunal étatique qui serait compétent, la mission de rendre une sentence à caractère contraignant sur un ou des litiges existants (compromis arbitral) ou futurs (clause compromissoire) résultant d'un rapport de droit déterminé[218].

La convention d'arbitrage est une stipulation autonome, indépendante du contrat principal. Ce principe, reconnu de longue date[219], est consacré par l'art. 178 al. 3 LDIP. Cette disposition prévoit que la validité d'une convention d'arbitrage ne peut pas être contestée au motif que le contrat principal ne serait pas valable. La résiliation du second ou son expiration n'affecte pas la validité de la première[220]. La liberté contractuelle permet toutefois aux parties de stipuler le contraire[221].

---

216 Rapport LDIP 2017 (note 214), p. 15.

217 CR LDIP/CL-Bucher, Intro. Art. 176–194 LDIP N 10; Message LDIP 1982 (note 5), p. 443 s.

218 Parmi beaucoup d'autres arrêts, voir ATF 142 III 239, c. 3.3.1.

219 ATF 142 III 239, c. 3.2.1 et références citées; ATF 59 I 177; BSK IPRG-Grãnicher, art. 178 IPRG N 90; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 185 ss.

220 ATF 140 III 134, c. 3.3.3.

221 ATF 121 III 495, c. 5a.

Le principe de l'autonomie de la clause arbitrable n'est pas applicable lorsque la cause de nullité du contrat principal affecte également la clause compromissoire qui y est contenue; il en va ainsi lorsque la volonté de l'une des parties était entachée d'un vice du consentement, tel que la crainte fondée; le même principe s'applique d'ailleurs en matière d'élection de for[222].

L'art. 178 LDIP règle les exigences de forme de la convention d'arbitrage à son 1er alinéa et détermine à son 2ème alinéa le droit applicable à l'examen de la validité quant au fond de la clause compromissoire, notamment sa conclusion, sa portée et son extinction[223]. À cet égard, la clause est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi pour la convention d'arbitrage (pour autant qu'il soit distinct de celui qui régit le contrat principal)[224], soit le droit régissant l'objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal *(lex causae)*, soit encore le droit suisse *(lex fori)* (art. 178 al. 2 LDIP).

Le législateur a ainsi prévu trois rattachements possibles afin de favoriser l'autonomie des parties. Le choix entre ces trois alternatives doit se faire selon le principe *in favor validitatis*, soit en examinant la clause à l'aune d'un droit qui favorisera sa validité. Dès lors qu'il suffit que la clause soit valable au fond au regard d'un seul de ces trois droits, elle ne sera invalidée que lorsque les trois droits potentiellement applicables mènent à son annulation[225].

En revanche, l'art. 178 LDIP ne dit rien des caractéristiques essentielles ni du contenu nécessaire de la convention d'arbitrage. La nature et le but de la convention d'arbitrage exigent que les parties s'accordent pour soumettre un différend déterminé, présent ou futur, à un tribunal arbitral qui tranchera de manière contraignante. Par ailleurs, une condition générale de la validité d'une convention d'arbitrage est sa clarté et sa précision quant à la juridiction privée, c'est-à-dire que le tribunal appelé à statuer sur le litige doit être déterminé de manière non équivoque ou en tout cas déterminable[226]. Les clauses peu claires, contradictoires ou incomplètes sont considérées comme pathologiques et doivent être interprétées et comblées selon les principes généraux applicables aux déclarations de volonté des parties et la jurisprudence fédérale.

Les rattachements alternatifs de l'art. 178 al. 2 LDIP s'appliquent aussi en matière d'interprétation de la convention d'arbitrage[227]. En vertu du droit suisse, la convention d'arbitrage s'interprète selon l'art. 18 CO, en recherchant tout d'abord la réelle et commune intention des parties. Si la volonté réelle des parties

222 ATF 121 III 495, c. 6.

223 ATF 130 III 66, c. 3.1; TF 4A_34/2016 du 24 avril 2017, c. 3.4.2; BSK IPRG-Gränicher, art. 178 IPRG N 25; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 85; Dutoit (note 30), art. 178 LDIP N 9.

224 ATF 129 III 675, c. 2.3.

225 ATF 129 III 727, c. 5.3.2; BSK IPRG-Gränicher, art. 178 IPRG N 24; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 72 ss; Message LDIP 1982 (note 5), p. 448.

226 ATF 130 III 66, c. 3.1.

227 TF 4A_34/2016 du 25 avril 2017, c. 3.4.2; Gabrielle Kaufmann-Kohler/Antonio Rigozzi, International arbitration – Law and Practice in Switzerland, Oxford 2015, N 3.79.

ne peut pas être établie, il convient de rechercher leur volonté présumée, sur la base du principe de la confiance[228], soit dans le sens que le destinataire devait prêter à ladite clause, de bonne foi, d'après l'ensemble des circonstances[229].

Par ailleurs, le Tribunal fédéral a énoncé certaines règles d'interprétation *spécifiques aux conventions d'arbitrage*. Les éléments objectivement essentiels d'une convention d'arbitrage sont l'intention des parties de se soumettre à une juridiction privée et la détermination de l'objet du différend arbitrable[230]. En cas de doute quant à la volonté des parties de se soumettre à une juridiction privée, une interprétation restrictive s'impose, notamment en raison du fait que la procédure d'arbitrage entraîne des frais plus élevés pour les parties et que les voies de recours sont fortement restreintes[231]. En d'autres termes, la volonté présumée des parties de se soumettre à l'arbitrage ne doit pas être admise trop facilement; si l'interprétation ne permet pas d'établir cette volonté, la clause est nulle et inefficace. Certains auteurs considèrent cette approche comme injustifiée, à notre avis à tort, au motif que l'arbitrage offrirait de meilleures garanties de neutralité et d'efficacité que les juridictions étatiques[232].

En revanche, une fois la volonté d'arbitrer admise, l'interprétation restrictive ne se justifie plus; si d'autres éléments sont peu clairs, la convention doit être interprétée selon le principe d'utilité, dans un sens qui sauvegarde sa validité[233]. Il convient même de partir de l'idée que les parties souhaitaient conférer au tribunal arbitral une compétence globale *(umfassend)*[234]. Si la clause a un contenu partiellement impossible, par exemple parce que les parties ont désigné une institution incompétente, il convient de compléter la convention d'arbitrage selon la volonté hypothétique des parties et conformément à l'art. 20 al. 2 CO, selon ce que les parties auraient convenu si elles avaient eu connaissance de la nullité partielle lors de la conclusion du contrat[235].

---

228 ATF 140 III 134, c. 3.1; ATF 138 III 29 (le TF pose la question de savoir si l'interprétation est régie par le droit étranger, mais applique le droit suisse en référence à l'art. 178 al. 2 LDIP); ATF 130 III 66, c. 3.2 et références citées.

229 ATF 142 III 239, c. 5.2.1; TF 4A_136/2015 du 15 septembre 2015, c. 2.2.2, dans lequel le TF rappelle les principes d'interprétation d'une convention d'arbitrage et conclut que le caractère international du contrat peut être un indice de la volonté des parties d'avoir souhaité se soustraire aux juridictions étatiques, «l'arbitrage [tendant] à devenir la justice de droit commun du commerce international», tout comme le choix de Genève, laquelle est une place d'arbitrage connue (c. 2.2.3).

230 ATF 138 III 29, c. 2.1.

231 ATF 143 III 558, c. 4.1.2; ATF 140 III 134, c. 3.2; ATF 129 III 675, c. 2.3. On rappellera que le recours en matière civile contre une sentence arbitrale internationale est limité aux griefs énumérés à l'art. 190 al. 2 LDIP et que le Tribunal fédéral examine uniquement les griefs invoqués et motivés (art. 77 al. 3 LTF).

232 Sébastien Besson/Julia Anne Xoudis, Conventions d'arbitrage pathologiques: la volonté d'arbitrer peut-elle tout guérir?, *in*: Jacques Python/Wolfgang Peter, L'éclectique juridique: recueil d'articles en l'honneur de Jacques Python, Berne 2011, p. 211 et références citées.

233 ATF 130 III 66, c. 3.2; TF 4A_136/2015 du 15 septembre 2015, c. 2.2.2.

234 ATF 140 III 134, c. 3.2; ATF 138 III 681, c. 4.4 et références.

235 ATF 143 III 558, c. 4.1.2; ATF 138 III 29, c. 2.3.3 et références citées.

3. Champ d'application territorial et temporel

Le caractère international de l'arbitrage est donné, entraînant l'application du chapitre 12 LDIP, lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse et si au moins l'une des parties n'avait, au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage, ni son domicile, ni sa résidence habituelle en Suisse au sens de l'art. 20 LDIP[236]. Le critère décisif pour l'application du chapitre 12 est donc le domicile à l'étranger de l'une des parties à la convention d'arbitrage. Le législateur entendait favoriser un critère précis et aisément utilisable pour définir l'internationalité de l'arbitrage[237].

Le Tribunal fédéral a considéré que lorsqu'une convention d'arbitrage a été conclue entre plusieurs parties, dont certaines ont un siège à l'étranger, mais que la procédure d'arbitrage n'implique que les parties domiciliées en Suisse, le chapitre 12 ne s'applique pas. En d'autres termes, seule importe la position de partie *à la procédure d'arbitrage*; si les deux parties à la procédure avaient toutes deux leur domicile en Suisse lors de la conclusion de la convention d'arbitrage, l'arbitrage n'est pas international, quand bien même d'autres personnes ou sociétés ayant leur domicile ou siège à l'étranger, seraient cosignataires de la convention d'arbitrage[238].

Cet arrêt a été à juste titre unanimement critiqué par la doctrine, dès lors qu'il engendre une grande insécurité pour les parties puisque le droit applicable à l'arbitrage ne peut être déterminé qu'au moment où une procédure concrète est ouverte[239]. Pour ces raisons, l'avant-projet de révision du chapitre 12 entend préciser l'art. 176 al. 1 LDIP en ce sens qu'au moins l'une des parties *à la convention d'arbitrage* avait son siège à l'étranger au moment de la conclusion de la convention d'arbitrage[240].

Lorsque les parties à la convention d'arbitrage remplissent les conditions de l'art. 176 al. 1 LDIP lors de la conclusion de l'accord, mais que la partie à l'étranger transfère son siège en Suisse postérieurement à la conclusion de la clause compromissoire, le chapitre 12 reste applicable[241].

Les parties qui remplissent les conditions de l'art. 176 al. 1 LDIP peuvent convenir d'exclure l'application du chapitre 12 LDIP au profit de la troisième partie du CPC (art. 176 al. 2 LDIP), soit dans la convention d'arbitrage elle-même, soit dans une convention ultérieure.

---

236 TF 4P.188/2001 du 15 octobre 2001, c. 1b; CR LDIP/CL-Bucher, art. 176 LDIP N 19.

237 Message LDIP 1982 (note 5), p. 445.

238 TF 4P.54/2002 du 24 juin 2002, c. 3. Le TF a résumé les critiques formulées contre cette jurisprudence dans l'arrêt TF 4A_143/2015 du 14 juillet 2015, c. 1.1, sans toutefois se prononcer plus avant sur ces critiques en l'espèce.

239 Voir notamment BSK IPRG-Pfiffner/Hochstrasser, art. 176 IPRG N 39; Philippin (note 48), p. 409; Rapport LDIP 2017 (note 214), p. 8 s. et références citées.

240 Rapport LDIP 2017 (note 214), p. 8 s.

241 CR LDIP/CL-Bucher, art. 176 LDIP N 23; Dutoit (note 30), art. 176 LDIP N 13.

Les dispositions de droit transitoire de l'art. 196 LDIP s'appliquent également au chapitre 12 de la LDIP consacré à l'arbitrage international[242].

4. Conditions formelles

L'art. 178 al. 1 LDIP pose des exigences de forme: la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d'en établir la preuve par le texte. Elle peut être insérée dans un contrat ou conclue pour elle-même, de façon autonome, après la survenance du litige.

La forme particulière visée par cette disposition est une condition de validité de la convention d'arbitrage. Elle vise à éviter toute incertitude quant au choix des parties d'opter pour ce type de justice privée, qui implique une renonciation au juge naturel et aux moyens de recours existants dans une procédure étatique[243].

L'art. 178 al. 1 LDIP pose une règle matérielle de droit international privé. Lorsque les parties fixent le siège de l'arbitrage en Suisse, la validité formelle de la convention d'arbitrage est impérativement soumise à cette disposition; les parties ne peuvent pas soumettre la validité formelle à un autre droit, même si elles choisissent une loi étrangère pour régir la procédure arbitrale[244]. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si les parties pouvaient convenir d'une forme plus contraignante que celle de l'art. 178 al. 1 LDIP, par exemple en subordonnant la validité de leur convention d'arbitrage à la signature de toutes les parties[245].

La réponse, à nos yeux, doit être affirmative, à la lumière du principe d'autonomie de la volonté; les parties doivent être libres de renforcer les conditions formelles de leur accord lorsque leur choix est conforme au but de protection visé par l'art. 178 al. 1 LDIP.

L'art. 178 al. 1 LDIP pose des exigences de forme simplifiée similaires à celles de l'art. 5 LDIP, de sorte qu'on peut renvoyer aux explications y relatives, y compris en ce qui concerne l'incorporation dans des conditions générales[246].

L'avant-projet de révision du chapitre 12 considère néanmoins que ces exigences ne sont plus conformes aux pratiques ni aux attentes des acteurs au niveau international. En vue de renforcer l'autonomie des parties, il propose que ces conditions de forme puissent n'être remplies que par l'une seule des parties (art. 178 al. 1 2ème phrase AP-LDIP)[247]. Une convention d'arbitrage serait ainsi

---

242 ATF 119 II 177, c. 3a.

243 ATF 142 III 239, c. 3.3.1; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 25 s.

244 ATF 142 III 239, c. 3.3.1 et références doctrinales citées.

245 ATF 142 III 239, c. 3.3.1.

246 Sur les conditions de forme de l'art. 5 LDIP, voir *supra* p. 102 s.

247 L'art. 178 al. 1 AP-LDIP a la teneur suivante: Quant à la forme, la convention d'arbitrage est valable si elle est passée par écrit ou par tout autre moyen de communication qui permet d'en ob-

valable si elle est contenue dans un contrat dont la validité n'est soumise à aucune forme mais qui est exécuté par l'autre partie, si l'exécution du contrat a valeur d'acceptation tacite en vertu de l'un des droits prévus par l'art. 178 al. 2 LDIP[248].

Par ailleurs, une clause compromissoire pourrait figurer dans un acte unilatéral (par exemple un testament) si cet acte est valable conformément au droit auquel il est soumis (art. 178 al. 4 AP-LDIP).

5. Conditions matérielles

Les conditions de fond auxquelles est subordonnée la validité d'une convention d'arbitrage portent sur l'arbitrabilité du litige, la désignation des rapports soumis à l'arbitrage, la désignation des arbitres et celle du siège. En cas de désaccord entre les parties, le tribunal devra interpréter les déclarations des parties pour dégager leur volonté concordante et réelle, selon les principes déjà évoqués.

a. Arbitrabilité

Une question centrale est de déterminer quels litiges peuvent être soumis à la juridiction privée et lesquels sont réservés aux juridictions étatiques[249]. L'arbitrabilité constitue à la fois une condition matérielle de la validité de la convention d'arbitrage (toute convention qui porte sur des litiges non arbitrables est nulle)[250] et une restriction au principe d'autonomie de la volonté, puisque certains différends ne peuvent être soumis à la juridiction privée.

L'arbitrabilité subjective vise la capacité des parties de conclure une convention d'arbitrage (arbitrabilité *ratione personae*)[251]. Le droit suisse est très libéral puisqu'il n'empêche aucune catégorie de parties de recourir à l'arbitrage de façon générale[252].

L'arbitrabilité objective désigne les causes susceptibles d'être tranchées par la voie de l'arbitrage. En matière internationale, l'art. 177 al. 1 LDIP prévoit que toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé; lorsque le siège du tribunal arbitral se situe en Suisse, l'arbitrabilité s'examine selon l'art. 177 al. 1 LDIP exclusivement, soit selon la *lex arbitri*[253], sans tenir compte d'éventuelles disposi-

---

tenir la preuve par un texte. Cette condition est réputée satisfaite même si elle n'est remplie que par une seule des parties à la convention d'arbitrage.

248 Rapport LDIP 2017 (note 214), p. 18.

249 ATF 118 II 193, c. 5c/aa; voir aussi CR LDIP/CL-Tschanz, art. 177 LDIP N 1; Bernard Hanotiau, L'arbitrabilité, RCADI 296, Leiden 2002, p. 39; Eleanor McGregor, L'arbitrage en droit public suisse – Une comparaison avec la France, les États-Unis et l'arbitrage d'investissement, Genève 2015, N 771.

250 CR LDIP/CL-Tschanz, art. 177 LDIP N 8.

251 ATF 118 II 353, c. 3a.

252 Jolidon (note 207), p. 118 s.

253 ATF 118 II 193, c. 5c; Berger/Kellerhals (note 209), N 190.

tions impératives du lieu d'exécution. Il appartient aux parties qui optent pour un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse de prendre en compte le risque lié à une éventuelle non reconnaissance de la sentence à l'étranger[254]. Les parties ne peuvent soumettre l'arbitrabilité à une autre loi. Chaque État a en effet un intérêt légitime à déterminer quels litiges il entend laisser à l'arbitrage[255].

La notion de nature patrimoniale est la même qu'à l'art. 5 LDIP; elle diffère de la notion de libre disposition de la prétention en cause, utilisée à l'art. 354 CPC, qui dépend du droit matériel applicable aux rapports de droit soumis à l'arbitrage[256].

Selon la jurisprudence fédérale, tombent sous le coup de l'art. 177 al. 1 LDIP toutes les prétentions qui ont une valeur pécuniaire, à titre d'actif ou de passif, autrement dit les droits qui présentent, pour l'une au moins des parties, un intérêt pouvant être apprécié en argent[257].

Au surplus, et même si une prétention est de nature pécuniaire au sens de l'art. 177 al. 1 LDIP, il peut exceptionnellement arriver qu'elle soit qualifiée de non arbitrable. Tel est notamment le cas lorsqu'une disposition (suisse ou étrangère) attribue impérativement ladite prétention à une autorité étatique[258]. À titre d'exemple, les actions qui relèvent de la pure exécution forcée, comme l'action en mainlevée de l'opposition, ne sauraient faire l'objet d'un arbitrage[259].

Sous l'angle de l'ordre public, des dispositions d'un État étranger exigeant impérativement qu'une prétention soit soumise aux juridictions étatiques peuvent justifier une dérogation à l'art. 177 al. 1 LDIP, mais celle-ci ne peut être admise sans autre et elle ne peut simplement reposer sur le fait que la sentence ne sera pas reconnue dans cet État[260].

---

254 TF 4A_388/2012 du 18 mars 2013, c. 3.3 et références citées. Le défaut d'arbitrabilité selon le droit de l'État d'exécution entraîne la non-reconnaissance de la sentence selon l'art. V ch. 2 let. a CNY.

255 Berger/Kellerhals (note 209), N 190 s.

256 TF 4A_7/2018 du 18 avril 2018, c. 2.2.2. et c. 2.3.2; ATF 118 II 353, c. 3b.

257 ATF 118 II 353, c. 3b.

258 ATF 118 II 193, c. 5c/aa.

259 ATF 136 III 583, c. 2.1 et références citées.

260 TF 4A_388/2012 du 18 mars 2013, c. 3.3; Irma Ambauen, 3. Teil ZPO versus 12. Kapitel IPRG, Zurich 2016, N 364; Julie Bertholet/Pierre-Alain Killias, La création de juridictions spécialisées: l'exemple du Tribunal fédéral des brevets, *in*: Jacques de Werra (éd.), La résolution des litiges de propriété intellectuelle – Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 8 février 2010, Zurich 2010, p. 124; CHK IPRG-Furrer/Girsberger/Ambauen, art. 176–178 IPRG N 10; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 177 LDIP N 20; François Knoepfler/Philippe Schweizer/Simon Othenin-Girard, Droit international privé suisse, 3ème éd., Berne 2004, N 762. C'est à la lumière de ces principes que les tribunaux arbitraux ayant leur siège en Suisse et, cas échéant, le TF sur recours, devront déterminer la portée de l'arrêt récent de la CJUE en matière d'arbitrage d'investissement. La CJUE a constaté que le droit de l'Union européenne est incompatible avec une disposition contenue dans un TBI conclu entre deux États membres qui prévoit qu'un investisseur de l'un de ces États membres peut, en cas de litige concernant des investissements dans l'autre membre, introduire une procédure contre ce dernier État membre devant un tribunal arbitral (CJUE, arrêt du 6 mars 2018, Slowakische Republik/Achmea BV (C-284/16)). La question est ouverte de savoir si cette décision affecte l'arbitrabilité de ces différends en Suisse.

L'art. 177 al. 1 LDIP ne réserve pas les compétences exclusives des tribunaux étatiques (contrairement à l'art. 5 de l'ancien Concordat suisse sur l'arbitrage)[261], de sorte que sous réserve de l'ordre public, les parties peuvent conclure une convention d'arbitrage pour des litiges soumis à des règles de compétence exclusive s'ils étaient portés devant les juridictions étatiques[262]. Il en découle que les litiges soumis à un for impératif ou exclusif selon les dispositions de la LDIP ou de la CL, qui ne peuvent pas faire l'objet de convention d'élection de for ou qu'à des conditions très limitées, peuvent en revanche faire l'objet d'un arbitrage[263]. Cette différence de traitement s'explique généralement par le fait que l'arbitrage est une procédure suffisamment autonome et détachée des ordres juridiques pour ne pas être limitée par des restrictions ayant trait aux compétences étatiques. En renonçant à la juridiction étatique, les parties renoncent également au droit du for des tribunaux étatiques[264].

Il résulte de ce qui précède que les litiges de consommation, à titre d'exemple, sont arbitrables, tant sur le plan interne que du point de vue international[265]. Une convention d'arbitrage pourrait ainsi être intégrée dans des conditions générales de vente, aux conditions posées par l'art. 178 al. 1 LDIP. Toutefois, elle constituera, selon les cas, une clause insolite[266], qui impose au cocontractant d'attirer l'attention du consommateur sur ladite clause, voire une clause abusive au sens de l'art. 8 LCD si elle opère, au détriment du consommateur[267], un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations résultant du contrat de manière contraire aux règles de la bonne foi[268]. Dans ce dernier cas, elle sera frappée de nullité[269].

---

261 ATF 118 II 353, c. 3a.

262 BSK IPRG-Jegher/Vasella, art. 109 IPRG N 8z; CR LDIP/CL-Ducor, art. 109 LDIP N 50; Jeandin (note 78), p. 105 s.

263 Berger/Kellerhals (note 209), N 218.

264 CR LDIP/CL-Tschanz, art. 177 LDIP N 17; ATF 136 III 467, c. 4.4 (sur l'arbitrage interne).

265 Berger/Kellerhals (note 209), N 247 ss, 257.

266 Anne-Christine Fornage, La mise en œuvre des droits du consommateur contractant, Berne 2011, N 963. Est insolite une clause qui «modifie de manière essentielle la nature [du contrat] ou sort notablement du cadre légal d'un type de contrat» (ATF 135 III 225, c. 1.3, JdT 2009 I 475); voir également ATF 119 II 443, c. 1a; ATF 108 II 416, c. 1b.

267 Selon Pichonnaz, «la notion de consommateur au sens de l'art. 8 LCD doit être interprétée largement […], dans le sens de l'art. 2 al. 2 OIP, à savoir comme toute personne physique ou morale qui achète une marchandise ou une prestation de service à des fins qui sont de manière prépondérante sans rapport avec son activité commerciale ou professionnelle» (CR LCD-Pichonnaz, art. 8 LCD N 137). Cette définition de consommateur est donc plus large que la définition en matière procédurale donnée par les art. 32 al. 2 CPC et 120 al. 1 LDIP.

268 ATF 135 III 1, c. 2.2; François Bohnet, Les clauses procédurales abusives, *in*: François Bohnet (éd.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Neuchâtel 2012, N 71; BSK UWG-Thouvenin, art. 8 UWG N 57; voir également CR LCD-Pichonnaz, art. 8 LCD N 119, qui peine «à croire que l'on puisse considérer une clause comme insolite sans admettre qu'elle soit aussi abusive» .

269 Message du 2 septembre 2009 concernant la modification de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (FF 2009 5539), p. 5568; Susanna Gut, Schiedsgerichtsbarkeit: Eine Streitbeilegungsmethode für Anlegerstreitigkeiten, Zurich 2014, p. 112.

L'art. 3 par. 1 de la Directive européenne 93/13/CEE, qui a servi de modèle à la modification de l'art. 8 LCD[270], contient en annexe une liste indicative et non exhaustive de clauses qui peuvent être déclarées abusives. Selon sa lettre q, les clauses ayant pour objet de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales, peuvent être considérées comme abusives[271].

Tel peut être le cas si le consommateur est découragé de faire valoir ses prétentions. Pour juger de l'existence d'un abus, il convient de prendre en considération le siège de l'arbitrage, les coûts prévisibles de celui-ci, la procédure prévue et la composition envisagée pour le tribunal arbitral[272].

D'autres législations nationales prévoient des conditions de forme ou matérielles plus strictes que celles du droit suisse, limitant ainsi les possibilités de recourir à l'arbitrage dans des litiges de consommation[273].

b. Désignation des rapports soumis à l'arbitrage

La convention d'arbitrage doit désigner l'objet du litige; du moins faut-il que celui-ci soit déterminable. En outre, le litige doit être lié à une relation contractuelle ou non, existante ou future; les parties ne peuvent pas s'engager à soumettre à l'arbitrage tous les litiges pouvant survenir entre elles, quelle qu'en soit la source[274]. En cas de désaccord entre les parties quant à la portée de la convention d'arbitrage, les principes d'interprétation énoncés plus avant sont applicables[275]; en particulier lorsqu'une convention d'arbitrage existe, il n'est pas justifié de l'interpréter restrictivement. Selon la jurisprudence fédérale, il convient bien plutôt de déférer à la volonté des parties de soumettre leur différend à l'arbitrage et de partir de l'idée qu'elles souhaitent que le tribunal arbitral soit pleinement compétent. Ainsi, lorsque la convention d'arbitrage est rédigée de manière telle qu'elle couvre les différends apparaissant en rapport avec le contrat, il faut en conclure, selon la volonté présumée des parties, qu'elles

---

270 CR LCD-Pichonnaz, art. 8 LCD N 117; Message LCD 2009 (note 269), p. 5559.

271 Jörg Schmid, Die Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen: Überlegung zum neuen Art. 8 UWG, ZBJV 148/2012, p. 12 s.

272 Bohnet (note 268), N 82; Christine Möhler, Konsumentenverträge im schweizerischen Schiedsverfahren mit rechtsvergleichenden Aspekten, Zurich/Bâle/Genève 2014, N 560 ss.

273 Voir à ce sujet Anette Lühring, Missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen: eine vergleichende Analyse der Rechtslage in Frankreich, Italien und Deutschland unter Berücksichtigung der Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993, Hambourg 2000, p. 78 ss; Möhler (note 272), N 431 ss.

274 Arrêt du Tribunal fédéral du 8 février 1996 (ASA Bulletin 1998 16/1, p. 142 ss), c. 4b.

275 Voir *supra* p. 134 s., ainsi que, parmi beaucoup d'autres arrêts, ATF 140 III 134, c. 3.3.2 (interprétation d'une convention d'arbitrage pour en déterminer la portée objective); ATF 138 III 681 (interprétation d'une convention d'arbitrage, différends en rapport avec le contrat: la volonté présumée des parties était de soumettre à la compétence exclusive du tribunal arbitral toutes les prétentions qui résultent de l'état de fait régi par le contrat ou qui le touchent directement).

entendaient soumettre à la compétence exclusive du tribunal arbitral toutes les prétentions qui résultent de l'état de fait régi par le contrat ou qui le touchent directement (y compris si les prétentions se fondent sur la gestion d'affaires sans mandat)[276].

c. Composition du tribunal arbitral et siège

La désignation du siège de l'arbitrage est particulièrement importante puisqu'elle permet de rattacher l'arbitrage à un ordre juridique donné; ainsi, le chapitre 12 de la LDIP s'applique lorsque le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse.

Lorsque les parties n'ont pas fixé de siège et qu'elles n'ont pas choisi d'institution d'arbitrage ou de mécanisme pour désigner les arbitres, il n'est pas possible de fixer le siège du tribunal arbitral. Dans cette hypothèse, et si l'interprétation ne permet pas de rattacher l'arbitrage à un ordre juridique donné, la convention est inefficace.

Lorsque les parties ont fixé le siège du tribunal arbitral en Suisse, elles peuvent régler selon l'autonomie de leur volonté la composition de ce tribunal, soit de manière ad hoc, soit par renvoi à un règlement d'arbitrage (art. 179 al. 1 LDIP). À défaut d'une telle convention, le juge d'appoint peut être saisi pour constituer le tribunal arbitral. Là également, la jurisprudence fédérale favorise une interprétation de la convention dans un sens qui en sauvegarde la validité. Ainsi, si la volonté des parties de se soumettre à l'arbitrage est non équivoque, mais qu'il subsiste des divergences quant au déroulement de la procédure, notamment parce que la clause fait référence à des règlements divers et qui entrent en conflit, est imprécise ou contient une erreur dans la désignation du tribunal arbitral, il convient de l'interpréter pour déterminer quel tribunal arbitral les parties entendaient désigner[277].

6. Limitations à l'autonomie des parties

a. Quant à l'arbitrabilité du litige

Les parties ne peuvent soumettre à l'arbitrage que les différends de nature patrimoniale objectivement arbitrables; on peut renvoyer à ce qui a été dit plus avant[278].

---

276 ATF 138 III 681, c. 4.4 (en l'espèce, le TF a considéré que le tribunal de commerce avait violé le droit fédéral en examinant librement la portée de la convention d'arbitrage et en rejettant l'exception d'arbitrage soulevée par la défenderesse. Un contrôle sommaire de la clause selon le principe de bonne foi permettait au contraire de conclure à l'application de la clause d'arbitrage aux prétentions litigieuses, de sorte que le tribunal étatique n'était pas compétent pour en juger); ATF 116 Ia 56, c. 3b.

277 ATF 130 III 66, c. 3.2 et références citées; ATF 129 III 675, c. 2.1 (interprétation, selon le principe de la confiance, d'une convention attributive de compétence considérée en l'espèce comme une clause d'arbitrage et non une clause d'élection de for).

278 Voir *supra* p. 138 ss.

b. Quant au choix des arbitres et des règles de procédure applicables

Le ou les arbitres doivent présenter des garanties suffisantes d'indépendance et d'impartialité, à l'instar des juges étatiques. L'art. 180 al. 1 let. c LDIP reprend la même exigence d'indépendance et d'impartialité qu'à l'art. 30 Cst, ce dernier article étant applicable tant aux juridictions étatiques qu'aux tribunaux arbitraux[279]. L'art. 6 al. 1 CEDH, qui ne s'applique pas directement aux tribunaux arbitraux mais dont ceux-ci peuvent s'inspirer, prévoit également la même garantie d'indépendance et d'impartialité[280]. Le non-respect de ces principes conduit à la désignation irrégulière du tribunal arbitral au sens de l'art. 190 al. 2 let. a LDIP. La jurisprudence fédérale tient toutefois compte des spécificités de l'arbitrage international, en faveur de ce dernier, dans l'examen des demandes de récusation fondées sur cette disposition[281].

Les parties disposent d'une grande liberté s'agissant du choix des règles de procédure applicables à la procédure arbitrale; elles peuvent se référer à un règlement d'arbitrage ou à la procédure de leur choix (art. 182 al. 1 LDIP)[282]. Le législateur y a toutefois apporté quelques limites, peu nombreuses mais nécessaires dès lors que la sentence rendue par le tribunal arbitral sera reconnue et exécutée au même titre qu'un jugement étatique. Aussi, quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral est-il tenu de garantir l'égalité entre les parties et leur droit d'être entendues en procédure contradictoire (art. 182 al. 3 LDIP).

Le principe d'égalité implique que la procédure soit réglée et conduite de manière à ce que chaque partie ait les mêmes possibilités de faire valoir ses moyens[283]. Des situations différentes peuvent néanmoins mener à des traitements différents[284]. Le droit d'être entendu confère à chaque partie la faculté d'exposer les moyens de faits et de droit essentiels pour le jugement, de présenter les moyens de preuve nécessaires, de participer aux audiences et de se faire représenter ou assister devant les arbitres[285]. Le principe de contradiction exige que chaque partie ait la faculté de se déterminer sur les moyens de son adversaire, d'examiner et de discuter les preuves apportées par lui et de les réfuter par ses propres preuves[286]. Le Tribunal fédéral répète régulièrement que le droit d'être entendu en procédure contradictoire connaît d'importantes restrictions en arbitrage international; notamment, la sentence n'a pas à être motivée, et les

279 ATF 142 III 521, c. 3.1 et références citées; ATF 136 III 605, c. 3.2.1; ATF 129 III 445, c. 3.3.3.

280 TF 4A_320/2009 du 2 juin 2010, c. 1.5.3; TF 4A_612/2009 du 10 février 2010, c. 2.4.1; TF 4P.64/2001 du 11 juin 2001, c. 2d/aa (non publié aux ATF 127 III 429).

281 ATF 142 III 521, c. 3.1, dans lequel le TF se réfère aux lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international, édictées par l'International Bar Association, du 23 octobre 2014, pour apprécier l'indépendance de l'arbitre.

282 ATF 108 Ib 85, c. 4b.

283 ATF 142 III 360, c. 4.1.1.

284 Dutoit (note 30), art. 182 LDIP N 6.

285 ATF 142 III 360, c. 4.1.1; ATF 133 III 139, c. 6.1.

286 ATF 142 III 360, c. 4.1.1.

parties n'ont pas un droit absolu à un second échange d'écritures[287]. Une renonciation *ex ante* au droit d'être entendu est possible, sous réserve de la protection du noyau dur de cette garantie[288].

c. Quant à la renonciation à recourir

La sentence arbitrale est réputée définitive dès sa communication. L'art. 190 al. 2 LDIP prévoit cependant que la sentence peut être attaquée aux conditions limitatives énoncées par cette disposition.

Conformément à l'art. 190 al. 2 LDIP, à condition qu'aucune des parties n'ait ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, les parties peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d'arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral, pour l'un ou pour tous les motifs de recours énumérés à l'art. 192 al. 1 LDIP, y compris celui tiré de l'incompétence du tribunal arbitral. Ainsi, lorsque les parties ne sont aucunement liées à la Suisse, il leur est loisible de renoncer par avance à un contrôle juridictionnel étatique de la sentence. Le législateur entendait ainsi renforcer l'attractivité de la place arbitrale suisse en évitant un double contrôle de la sentence par l'autorité de recours suisse et le juge de l'exequatur[289]. Au moment de l'exécution au plus tard, les objections de déni de justice et d'arbitraire pourront être soulevées dans l'État chargé de l'exécution. La CourEDH a jugé que l'art. 192 al. 1 LDIP était conforme à l'art. 6 al. 1 CEDH, dans la mesure où une telle renonciation est valablement conclue par les parties (qui ne sont pas obligées de renoncer) et que cette possibilité de renoncer poursuit un intérêt légitime (le renforcement de la liberté contractuelle) de manière proportionnée[290].

Selon la jurisprudence fédérale, les conventions d'exclusion ne sont admises que de manière restrictive; la volonté concordante des parties de renoncer au recours doit être claire. En cas de litige sur ce point, la question de savoir si les parties avaient la volonté commune de renoncer à tout recours est affaire d'interprétation[291]. Une renonciation indirecte est insuffisante.

La renonciation anticipée au recours est exclue lorsque l'une des parties est rattachée à la Suisse. Le législateur a souhaité protéger les parties domiciliées ou ayant leur siège en Suisse en les empêchant de renoncer à leur droit de recours et garder un certain contrôle sur les sentences qui les concernent.

287 ATF 142 III 360, c. 4.1.2 et les nombreuses références citées.
288 ATF 142 III 360, c. 4.1.2.
289 ATF 133 III 235, c. 4.3.2.1; Message LDIP 1982 (note 5), p. 451.
290 Arrêt CourEDH Tabbane/Suisse du 24 mars 2016, c. 32 ss (qui porte sur l'arrêt TF 4A_238/2011 du 4 janvier 2012).
291 ATF 143 III 55, c. 3.1; ATF 134 III 260, c. 3.1; ATF 131 III 173, c. 4.

7. Portée et effets de la clause compromissoire

a. Pour les parties

Une clause compromissoire valable crée l'obligation, pour les parties, de porter leur litige devant un tribunal arbitral en lieu et place d'une juridiction étatique et à collaborer selon les règles de la bonne foi à la procédure, de telle sorte que la sentence puisse être rendue dans un délai raisonnable[292].

Cette obligation est notamment mise en œuvre par la possibilité, pour le demandeur qui saisit un tribunal arbitral, de recourir au juge d'appui si le défendeur refuse de nommer un arbitre. En effet, l'art. 179 al. 2 LDIP prévoit qu'en l'absence d'une convention des parties relative à la nomination, révocation ou remplacement des arbitres, le juge du siège du tribunal arbitral peut être saisi pour procéder à la nomination. La notion d'absence de convention des parties à cet égard doit être interprétée de manière large, afin que le juge d'appui assiste non seulement les parties quand il n'y a pas de convention relative à la nomination, mais également lorsqu'il est impossible de mettre en œuvre une telle convention, notamment lorsque le défendeur refuse de nommer un arbitre[293].

Toutefois, sauf disposition expresse, la convention d'arbitrage ne lie pas les parties en matière de procédure de mainlevée provisoire et ne saurait être interprétée comme emportant renonciation à en appeler au juge de la mainlevée provisoire et obligeant les parties à agir directement au fond devant les arbitres[294].

Enfin, une partie à une convention d'arbitrage a également la possibilité de réclamer des dommages-intérêts en cas d'introduction, par son cocontractant, d'une procédure étatique en violation de la clause d'arbitrage[295].

b. Opposabilité de la clause compromissoire à des tiers

Le Tribunal fédéral admet qu'une convention d'arbitrage puisse obliger même des personnes qui ne l'ont pas signée et qui n'y sont pas mentionnées[296]. La portée subjective de la clause compromissoire relève du fond et doit être résolue à la lumière de l'art. 178 al. 2 LDIP[297].

La convention d'arbitrage peut tout d'abord lier une personne qui n'y était pas partie initialement en cas de cession de créance, de reprise de dette ou de transfert du rapport contractuel[298]. Ensuite, la convention d'arbitrage peut éga-

---

292 ATF 111 Ia 72, c. 2b; ATF 109 Ia 81, c. 2a; ATF 108 Ia 197, c. 3; voir également Jolidon (note 207), p. 293.

293 Berger/Kellerhals (note 209), N 812; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 7 LDIP N 20.

294 ATF 136 III 583, c. 2.2.

295 TF 4A_232/2013 du 30 septembre 2013, c. 3.4.2; Berger/Kellerhals (note 209), N 535 s.

296 ATF 129 III 727, c. 5.3.1; ATF 128 III 50, c. 2b/aa.

297 ATF 134 III 565, c. 3.2; TF 4A_310/2016 du 6 octobre 2016, c. 3.1.1; sur l'art. 178 al. 2 LDIP, voir *supra* p. 134 s.

298 ATF 134 III 565, c. 3.2; à l'inverse de la reprise de dette, le TF a estimé qu'une convention d'arbitrage n'était pas transmise au garant dans le cadre d'autres formes de sûretés telles que le cautionnement, le porte-fort ou la garantie bancaire.

lement être étendue à un tiers par actes concluants, conformément au principe de la bonne foi[299]. Ainsi, le tiers qui s'immisce dans l'exécution du contrat contenant la convention d'arbitrage peut être réputé avoir adhéré, par actes concluants, à celle-ci, dans la mesure où il peut être déduit de cette immixtion sa volonté d'être partie à la convention d'arbitrage. Autrement dit, si le tiers devient, par actes concluants, partie au contrat, il deviendra également partie à la clause compromissoire[300].

À cet égard, l'exigence de forme visée par l'art. 178 al. 1 LDIP[301] ne s'applique qu'à la convention elle-même et non à la portée subjective d'une clause compromissoire formellement valable[302]. Les conditions de validité formelle de l'extension de la clause sont donc moins strictes que celles prévalant lors de la conclusion initiale de ladite clause[303].

c. Effets de la clause compromissoire pour le tribunal arbitral et principe de compétence-compétence

L'art. 186 al. 1 LDIP prévoit que le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence (principe dit de compétence-compétence) lorsque le défendeur soulève l'exception d'incompétence avant toute défense au fond (art. 186 al. 2 LDIP). Le tribunal arbitral devant lequel le défendeur procède au fond sans faire de réserve est compétent de ce seul fait[304].

Le tribunal arbitral examine d'office sa compétence, contrairement à la règle de l'art. 186 al. 2, lorsque la partie défenderesse est défaillante[305]. En règle générale, le tribunal arbitral statue sur sa compétence par une décision incidente (art. 186 al. 3 LDIP), mais peut y déroger[306]. Le principe de compétence-compétence est de droit impératif et les parties ne peuvent priver l'arbitre de se prononcer sur sa compétence[307].

Lorsqu'il examine sa compétence, le tribunal arbitral doit résoudre toutes les contestations relatives à sa constitution, qu'elles concernent l'existence ou la

299 Voir parmi d'autres arrêts: TF 4C.40/2003 du 19 mai 2003, c. 4.2, dans lequel le Tribunal fédéral estime qu'une clause d'arbitrage conclue entre un représenté et son cocontractant peut être étendue au représentant, dans la mesure où celui-ci s'est porté demandeur aux côtés du représenté devant un tribunal étatique. L'exception d'arbitrage soulevée par le cocontractant s'applique alors aussi au représentant.

300 TF 4A_44/2011 du 19 avril 2011, c. 2.4.1; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 178 LDIP N 143.

301 Sur les conditions de forme de l'art. 178 al. 1 LDIP, voir *supra* p. 137 s.

302 ATF 129 III 727, c. 5.3.1.

303 ATF 129 III 727, c. 5.3.1; sur cette question, voir également BSK IPRG-Gränicher, art. 178 IPRG N 8b.

304 ATF 143 III 462, c. 2.3; Kaufmann-Kohler/Rigozzi (note 227), N 3.73.

305 ATF 120 II 155, c. 3b/bb; BSK IPRG-Schott/Courvoisier, art. 186 IPRG N 91; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 186 LDIP N 17.

306 ATF 143 III 462, c. 2.2 et 3 (recours immédiat au TF pour griefs tirés de l'art. 190 al. 3 LDIP).

307 Dutoit (note 30), art. 186 LDIP N 1.

validité de la clause compromissoire[308], les parties liées par ladite clause[309], ou encore l'arbitrabilité du litige[310].

Le Tribunal fédéral a été amené à trancher une affaire dans laquelle un tribunal arbitral s'était déclaré compétent alors même que les parties avaient passé une transaction extra-judiciaire contenant une clause d'élection de for qui avait eu pour effet de révoquer la clause compromissoire dont il tirait ses pouvoirs. Le point de savoir si la clause d'élection de for déroge à la convention d'arbitrage est une question d'interprétation du contrat. Le tribunal arbitral l'examine librement et non pas de manière sommaire. Il examinera sans aucune réserve les objections relatives à l'existence et à la validité d'une convention de procédure, même si elles visent également le contrat principal. Lorsque la validité de la convention d'arbitrage dépend de la validité du contrat principal, le tribunal arbitral ne peut admettre sa compétence que s'il conclut à l'efficacité du contrat principal, raison pour laquelle il doit examiner cette question à fond lorsqu'il statue sur sa compétence[311].

De jurisprudence constante, la théorie des faits doublement pertinents, selon laquelle le juge saisi examine sa compétence sur la base des allégués, moyens de preuve et conclusions de la demande lorsque les faits déterminants pour la compétence le sont également pour le bien-fondé de la demande, ne s'applique pas en matière d'arbitrage. Lorsque la compétence du tribunal arbitral est contestée, il est exclu de contraindre une partie à souffrir qu'un tel tribunal se prononce sur les droits et obligations litigieux s'ils ne sont pas couverts par une convention d'arbitrage valable[312].

Au surplus, le tribunal arbitral ne peut pas suspendre sa décision quant à sa propre compétence au motif d'une litispendance. En effet, conformément à l'art. 186 al. 1bis LDIP, le tribunal arbitral statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal arbitral étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure[313]. L'art. 186 al. 1bis LDIP consacre la pleine autonomie du tribunal arbitral et exclut l'application de l'art. 9 LDIP sur la litispendance, en réaction à l'arrêt Fomento[314]. Toutefois, il n'impose aucune

308 ATF 121 III 495, c. 6c.

309 ATF 128 III 50, c. 2b; ATF 120 II 155, c. 3b/bb; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 186 LDIP N 55 s.

310 CR LDIP/CL-Tschanz, art. 186 LDIP N 45 ss; Dutoit (note 30), art. 186 LDIP N 3.

311 ATF 121 III 495, c. 6.

312 ATF 141 III 294, c. 5.3; ATF 131 III 153, c. 5.1.

313 Voir, pour un cas d'application de l'art. 186 al. 1bis, TF 4A_210/2008 du 29 octobre 2008, c. 3.3.1.

314 ATF 127 III 279: dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 9 LDIP s'appliquait également dans le cadre d'une litispendance entre une procédure étatique et une procédure arbitrale, dans le but d'éviter des décisions contradictoires. Le tribunal arbitral saisi en second lieu aurait dû suspendre la procédure, de sorte qu'il appartenait au tribunal étatique de se prononcer sur la portée de la convention d'arbitrage litigieuse. En réaction à cet arrêt et pour apaiser les craintes des milieux de l'arbitrage en Suisse, le législateur a introduit l'art. 186 al. 1bis LDIP: voir à cet égard le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national sur la modifica-

règle au juge étatique, qui pourrait reconnaître sa compétence et rendre une décision qui pourra bénéficier de l'autorité de la chose jugée[315]. Cette disposition ne permet donc pas de coordonner des procédures parallèles, ce qui a amené l'association de droit international à publier des recommandations sur la litispendance arbitrale en 2006[316].

Ce n'est qu'une fois la décision sur sa compétence rendue que le tribunal arbitral pourra, s'il l'estime adéquat, surseoir à la procédure au fond jusqu'à droit jugé par un autre tribunal.

L'art. 186 al. 1bis ne concernant que le tribunal arbitral, le juge étatique suisse saisi d'une exception d'arbitrage doit procéder selon l'art. 7 LDIP[317].

Lorsqu'une partie saisit un tribunal arbitral en Suisse d'une demande identique à celle qui a fait l'objet d'un jugement entré en force entre les mêmes parties, rendu à l'étranger, le tribunal arbitral devra déclarer cette demande irrecevable si le jugement étranger peut être reconnu en Suisse en vertu de l'art. 25 LDIP ou d'un traité. Ce jugement ne pourra pas être reconnu si le tribunal étranger n'a pas tenu compte d'une exception d'arbitrage soulevée valablement par la partie défenderesse[318].

d. Effets de la clause compromissoire sur les tribunaux étatiques: l'exception d'arbitrage

Lorsqu'une partie à une convention d'arbitrage porte le litige en lien avec cette convention devant le juge étatique suisse, le défendeur peut soulever l'exception d'arbitrage. Le juge suisse examinera cette exception selon l'art. 7 LDIP lorsque la convention d'arbitrage prévoit un siège en Suisse et selon l'art. II ch. 3 de la Convention de New York lorsque le for du juge saisi et le siège de l'arbitrage ne sont pas dans le même pays[319].

L'art. 7 LDIP impose au juge suisse de décliner sa compétence à moins que: (a) le défendeur n'ait procédé au fond sans faire de réserve; (b) le tribunal ne

---

tion de l'art. 186 de la loi fédérale sur le droit international privé du 17 février 2006 (FF 2006 4469), p. 4470 ss.

315 Jean-François Poudret, Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse – Comment départager le juge et l'arbitre?, ASA Bulletin 2007 25/2, p. 239.

316 Poudret (note 315), p. 240 ss; Association de droit international, Recommandations sur la litispendance et l'autorité de chose jugée en arbitrage, Résolution 1/2006.

317 Sur l'art. 7 LDIP, voir *infra* p. 148 ss.

318 ATF 140 III 278, c. 3.1, et références citées; ATF 124 III 83, c. 5b. Voir également l'ATF 127 III 186, c. 2, dans le cadre de la CL: dans l'hypothèse où un tribunal étatique (en l'espèce la High Court of Justice) a statué au fond nonobstant une clause d'arbitrage, sa décision tombe sous le coup des art. 25 ss CL (c. 2 et références citées). En l'espèce, le TF n'examine pas les conditions de reconnaissance plus avant, car il ne ressort pas des faits que l'intimé aurait soulevé l'exception d'arbitrage, si tant est qu'un tel moyen fût recevable au regard de l'art. 28 CL. En l'espèce, l'exequatur a été refusée, car le chef de compétence conventionnel sur lequel s'est fondé le juge de l'État d'origine n'était pas identifiable.

319 ATF 138 III 681, c. 3.2; ATF 122 III 139, c. 2a; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 7 LDIP N 3; Poudret (note 315), p. 232 s.

constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, ou que (c) le tribunal arbitral ne puisse être constitué pour des raisons manifestement dues au défendeur à l'arbitrage. L'existence d'une convention d'arbitrage valable, applicable au différend, a pour effet que le juge étatique renverra le demandeur à agir devant le tribunal arbitral, que la procédure d'arbitrage ait déjà été intentée ou non[320].

L'art. 7 let. b LDIP ne précise pas selon quel droit le juge suisse examine la validité de la convention et notamment l'arbitrabilité de la cause. Nous nous rallions à l'opinion de la doctrine qui préconise l'application de la *lex arbitri* et, à défaut, de la *lex fori*[321].

Selon la jurisprudence fédérale, le juge suisse saisi d'une exception d'arbitrage en faveur d'un tribunal arbitral ayant son siège en Suisse ne dispose que d'une cognition limitée pour examiner la validité de la convention d'arbitrage. Il est tenu de décliner sa compétence si l'examen sommaire de la convention d'arbitrage ne lui permet pas de constater que celle-ci est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée[322]. Autrement dit, le tribunal étatique ne peut se déclarer compétent que s'il n'existe manifestement pas de convention d'arbitrage valable entre les parties[323]. Ce pouvoir d'examen sommaire porte sur la conclusion, la validité ainsi que l'étendue de la convention d'arbitrage. La *ratio legis* de cette jurisprudence est d'éviter que la décision du juge étatique ne préjuge celle du tribunal arbitral qui doit se prononcer sur sa propre compétence. La décision du tribunal arbitral sur sa compétence pourra être revue par le Tribunal fédéral dans le cadre d'un recours en matière civile (art. 190 al. 2 let. b LDIP). Ce dernier examinera librement les questions de droit, y compris les questions préalables qui déterminent la compétence ou l'incompétence du tribunal arbitral, mais il incombe au recourant de respecter les exigences de l'art. 77 al. 3 LTF[324]. En revanche, le Tribunal fédéral ne revoit les faits que dans les limites de l'art. 105 al. 1 et 2 LTF.

À l'inverse, le juge étatique statuera avec plein pouvoir d'examen, à la lumière de l'art. II ch. 3 de la Convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 10 juin 1958, si le tribunal arbitral a son siège à l'étranger[325].

Cette jurisprudence fait l'objet de diverses critiques, notamment en raison du fait que l'art. 7 LDIP ne restreint pas le pouvoir d'examen du juge suisse, lequel

320 ATF 138 III 681, c. 3.1.

321 Berger/Kellerhals (note 209), N 198; Jean-François Poudret/Sébastien Besson, Droit comparé de l'arbitrage international, Zurich/Bâle/Genève 2002, N 335 s.

322 ATF 138 III 681, c. 3.2; ATF 122 III 139, c. 2b; Dutoit (note 30), art. 186 LDIP N 1.

323 ATF 138 III 681, c. 3.2.

324 ATF 142 III 239, c. 3.1; TF 4A_34/2016 du 25 avril 2017, c. 3.1. En matière de compétence du tribunal arbitral, le recours en matière civile n'est, exceptionnellement, pas purement cassatoire: ATF 136 III 605, c. 3.3.4.

325 ATF 122 III 139, c. 2b; ATF 121 III 38, c. 2b; CR LDIP/CL-Tschanz, art. 7 LDIP N 3.

est tenu de se prononcer sur sa propre compétence et non sur celle du tribunal arbitral. Dès lors, il devrait statuer sur sa propre compétence avec autorité de la chose jugée, ce qui nécessite une instruction complète[326].

Nous partageons ces critiques; sous l'angle du principe d'autonomie de la volonté, il ne se justifie pas d'accorder au juge étatique un pouvoir d'examen différent selon que le siège du tribunal arbitral se trouve en Suisse ou non. Dans les deux cas, le juge étatique doit pouvoir examiner librement le contenu et la portée de la volonté des parties qui sont déterminantes pour apprécier sa propre compétence. Il pourra alors rendre une décision pourvue de l'autorité de la chose jugée. La solution du Tribunal fédéral reporte la décision définitive de manière inutile et peu compatible avec la sécurité du droit[327].

D. Remarques finales

Arrivés au terme de ce tour d'horizon des développements législatifs et jurisprudentiels sur la portée de l'autonomie de la volonté des parties dans les conventions attributives de juridiction, plusieurs observations s'imposent. Nous les énoncerons avant de formuler quelques pistes de réflexions et propositions de modifications.

1. Reconnaissance internationale accrue du principe d'autonomie de la volonté des parties

En premier lieu, l'analyse à laquelle nous nous sommes livrées permet de constater qu'en droit international privé, les parties jouissent encore et toujours d'une large autonomie pour conclure des conventions d'attribution de juridiction. La portée internationale de ce principe s'est même étendue ces dernières années en matière de conventions d'élection de for. Plusieurs instruments récents ont assoupli les conditions de validité et de reconnaissance de ces conventions en vue d'assurer leur pleine efficacité. Ainsi, le Règlement de Bruxelles Ibis permet aux parties non domiciliées dans un État membre d'opter pour les tribunaux d'un État membre, sans que ceux-ci ne puissent décliner leur compétence. La Convention de la Haye de 2005 a pour ambition de renforcer la coopération judiciaire des États parties au plan mondial. L'efficacité internationale des conventions d'élection de for s'en trouve accrue.

Par ailleurs, le principe d'autonomie de la volonté des parties est régulièrement invoqué à l'appui de modifications législatives qui visent à le promouvoir ou à l'étendre. L'exemple le plus récent nous est offert par l'avant-projet de ré-

326 Poudret (note 315), p. 235 ss.
327 Poudret (note 315), p. 239.

vision du chapitre 12 de la LDIP, qui a notamment pour but déclaré de renforcer l'autonomie des parties dans le domaine de l'arbitrage[328].

On serait tenté d'en conclure que le principe d'autonomie de la volonté des parties a gagné en importance ces dernières décennies et qu'il déploie pleinement ses effets dans les domaines passés en revue. Toutefois, un examen plus approfondi de sa mise en œuvre dans le champ limité de notre analyse montre que la réponse est plus nuancée et que cette reconnaissance se double de diverses restrictions et d'incertitudes qui entraînent une insécurité juridique pour les parties et affaiblissent la portée de ce principe.

2. Restrictions et imprévisibilité juridiques comme facteurs d'affaiblissement du principe d'autonomie de la volonté des parties

La portée du principe d'autonomie de la volonté des parties se trouve affaiblie par des développements légaux et jurisprudentiels qui, d'une part, accroissent les restrictions posées à ce principe et d'autre part, entraînent pour les parties une imprévisibilité et une insécurité juridiques contraires au but même qu'il poursuit.

Premièrement, le principe d'autonomie de la volonté n'est pas absolu et s'inscrit dans un ordre juridique donné, qui lui pose des limitations, tant pour les conventions d'élection de for que pour les conventions d'arbitrage. Nous avons déjà exposé les raisons pour lesquelles cette approche se justifie pleinement dans un État de droit[329]. En revanche, il existe une certaine incohérence en ce qui concerne les restrictions d'ordre public et de protection sociale apportées au principe d'autonomie de la volonté des parties en matière d'élection de for et de convention d'arbitrage.

S'agissant des conventions d'élection de for, il est généralement admis que les parties ne sauraient déroger aux fors impératifs de la *lex fori*. Or, les arguments utilisés pour justifier les compétences impératives et exclusives des tribunaux étatiques, notamment la nécessité de concentrer l'affaire devant une seule cour ou celle de faire coïncider le lieu du litige et le lieu supposé de l'exécution des décisions, nous paraissent peu convaincants au regard du principe d'autonomie de la volonté. Du moins, les tribunaux et la doctrine ne s'attachent-ils pas à démontrer pour quels motifs les intérêts publics protégés l'emportent sur celui des parties d'élire librement le for de leur choix en matière contractuelle. Par ailleurs, en droit suisse, ces compétences exclusives n'affectent pas l'arbitrabilité des litiges, ce qui tend à démontrer que les intérêts publics cèdent bien le pas devant l'autonomie des parties dans ces mêmes domaines. Les régimes

328 Voir *supra* p. 137 s.

329 Voir *supra* p. 104 ss et p. 122 ss pour les conventions d'élection de for et p. 142 ss pour les conventions d'arbitrage.

applicables aux conventions d'élection de for et aux conventions d'arbitrage devraient par conséquent être harmonisés dans ce sens.

Cette absence de cohérence est également apparente s'agissant des restrictions à l'autonomie de la volonté fondées sur des motifs de protection sociale. On décerne dans les modifications législatives récentes une tendance croissante à un certain dirigisme étatique[330], lequel se traduit par des fors semi-impératifs qui restreignent fortement la liberté des parties de conclure des accords d'élection de for avant la survenance du litige. Il n'existe toutefois pas d'harmonie entre la LDIP et la Convention de Lugano quant à l'étendue de cette protection sociale. Les catégories de parties considérées comme faibles, traditionnellement les travailleurs, les assurés et les consommateurs, varient selon l'ordre juridique donné. Par ailleurs, tant la LDIP que la Convention de Lugano et le Règlement de Bruxelles Ibis visent à protéger les consommateurs, mais ces deux derniers instruments s'appliquent à un éventail de contrats beaucoup plus large que la LDIP. Le Règlement de Bruxelles Ibis a étendu cette protection à tous les consommateurs domiciliés dans un État membre, contre tous prestataires de service à l'extérieur de l'Union européenne. Ces motifs de protection sociale restreignent fortement l'autonomie des parties en matière d'élection de for mais ils n'entravent pas l'arbitrabilité de la cause selon l'art. 177 LDIP. Ils pourraient néanmoins affecter la reconnaissance et l'exécution de la sentence dans d'autres États[331]. Ces différences de régime et les nombreuses notions indéterminées utilisées dans ces dispositions entraînent une imprévisibilité et une insécurité juridique pour les parties et affaiblissent le principe d'autonomie de la volonté.

Deuxièmement, la large reconnaissance du principe d'autonomie de la volonté en droit international privé permet aux parties à un contrat international de choisir le for de leur différend ou de le soumettre à l'arbitrage de manière à garantir la prévisibilité et la sécurité juridique de leurs transactions, éléments indispensables au bon fonctionnement du commerce international. En matière de conventions d'élection de for, cet objectif est affaibli par les incertitudes liées à la détermination du droit applicable à la validité de cet accord. La multitude des solutions dans les différents régimes examinés érode la prévisibilité souhaitée. Le Règlement de Bruxelles Ibis et la Convention de la Haye de 2005 prévoient bien des critères de rattachement pour désigner le droit applicable aux questions liées à la validité des conventions d'élection de for, mais n'apportent pas l'harmonisation souhaitée dès lors que ces critères de rattachement diffèrent d'un État à l'autre. En matière d'arbitrage, ce problème est moins aigu dès lors que l'art. 178 al. 2 LDIP prévoit des conditions qui favorisent la validité de la clause d'arbitrage. Une solution similaire serait souhaitable pour les conventions d'élection de for.

330 L'expression est de Kohler (note 2), p. 58.
331 Voir *supra* p. 138 ss.

Troisièmement, les exigences du commerce international ont amené le législateur à relâcher les conditions de forme des conventions attributives de juridiction en vue de renforcer l'autonomie des parties[332]. À y regarder de plus près, l'assouplissement des conditions de forme ne renforce pas en soi l'autonomie de la volonté des parties mais risque, bien au contraire, de l'affaiblir. En particulier, la conclusion, par clic ou par renvoi, de conventions attributives de juridiction insérées dans des conditions générales figurant sur des sites internet conduit à remplacer la réelle et concordante volonté des parties par une volonté «virtuelle», voire fictive, imposée unilatéralement par l'utilisateur des conditions générales.

Dans cette foulée, l'avant-projet de révision du chapitre 12 LDIP prévoit expressément que les exigences de forme des conventions d'arbitrage puissent être remplies par l'une des parties seulement[333]. À notre avis, si cette proposition était approuvée, la conclusion d'une convention d'arbitrage sur cette base devrait s'accompagner d'un examen complet et rigoureux du consentement réel de l'autre partie, tant en ce qui concerne l'existence de ce consentement que les éléments essentiels de la convention d'arbitrage. Au besoin, ces questions feront l'objet d'une instruction complète. En outre, pour les raisons déjà énoncées qui revêtent toute leur justification ici également, le juge étatique saisi d'une exception d'arbitrage devrait revoir la validité de la convention d'arbitrage avec plein pouvoir d'examen, y compris lorsque le tribunal arbitral a son siège en Suisse.

Quatrièmement, en matière de validité et de portée des conventions d'arbitrage, les principes d'interprétation posés par la jurisprudence fédérale conduisent à *présumer* l'existence d'une volonté réelle et concordante des parties, voire même à la remplacer par une volonté *hypothétique* déterminée par le tribunal arbitral lui-même dans le but de favoriser l'arbitrage. Or, c'est l'autonomie de la volonté des parties qui légitime l'arbitrage, et non l'inverse. Pour donner pleine efficacité au principe de l'autonomie des parties, il conviendrait à notre avis d'appliquer strictement ce principe et de rechercher la volonté réelle des parties en ce qui concerne tous les éléments de la convention d'arbitrage, au besoin par des mesures d'instruction propres.

Cette règle devrait également s'appliquer en matière de convention d'élection de for. À notre avis, il ne saurait être question de recourir à la volonté hypothétique des parties en cas de nullité partielle de la clause d'élection de for, comme l'a fait récemment le Tribunal fédéral[334]. Si la volonté des parties d'élire un tribunal en Suisse est donnée, il convient bien plutôt de déterminer la compétence *rationae loci* des tribunaux suisses grâce aux critères de rattache-

332 Voir *supra* p. 137 s. pour les conventions d'arbitrage, et p. 102 s. et p. 117 ss. pour les conventions d'élection de for.

333 Voir *supra* p. 137 s.

334 Voir *supra* p. 121 s.

ment prévus par la LDIP ou la convention internationale applicable. Cette solution nous paraît plus conforme au principe de l'autonomie de la volonté des parties, car elle offre aux parties une meilleure prévisibilité que lorsque le tribunal détermine leur volonté hypothétique sur la base de critères incertains.

En conclusion, le principe d'autonomie de la volonté des parties garde toute sa justification en droit international privé mais sa portée semble bien se diluer. Les nécessités du commerce international, le développement de nouveaux moyens technologiques de communication et les motifs de protection sociale évoluent rapidement dans nos sociétés modernes. Ils exigent de mettre en balance différents intérêts, tant de droit matériel que de procédure, qui ont un impact sur ce principe et, dans certains cas, l'affaiblissent. Or, le principe d'autonomie de la volonté devrait être pleinement pris en compte et de manière consciente dans ces choix. Il conviendrait pour ces raisons de le reconnaître *expressément* comme un principe fondamental du droit international privé; cette solution permettrait d'en souligner l'importance et de lui donner plein effet utile lors de l'application et de l'interprétation des normes juridiques qui le consacrent ou le restreignent. Toute interprétation des dispositions sur les conventions d'attribution de juridiction devrait ainsi se faire *en faveur* de l'autonomie de la volonté des parties, sauf à démontrer clairement et de manière convaincante que des intérêts publics plus importants prévalent et justifient de la restreindre.

Privatautonomie im Privatrecht – Entwicklungen und Tendenzen

Barbara Graham-Siegenthaler*

* Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwältin, Ordinaria für Schweizerisches und Internationales Privatrecht sowie Privatrechtsvergleichung, Universität Luzern. Ich danke meinen Kollegen an der Universität Luzern, Prof. Dr. Regina Aebi-Müller und Prof. Dr. Paul Eitel, sowie auch Rechtsanwalt Dr. Matthias Schwaibold für die kritische Durchsicht des Manuskripts sowie ihre wertvollen Hinweise. Weiter möchte ich meinen Assistierenden am Lehrstuhl für ihre Mithilfe bei der Recherche danken, so insbesondere Frau Rechtsanwältin Philine Getzmann, MLaw, Frau Silvia Villiger-Moos, MLaw, Frau Martina Frischkopf, BLaw, und Herrn Enea Laube, BLaw.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung . . . 158
B. Grundzüge der Privatautonomie in der Privatrechtsordnung . . . 161
I. Geschichtliche Entwicklung der Privatautonomie . . . 161
1. Anfänge der Vertragsfreiheit . . . 161
2. Konsensualprinzip . . . 162
a. Von der eidlichen Erklärung zur Stipulation . . . 162
b. Zu den schriftlichen und formlosen Vertragsformen . . . 163
c. Einflüsse des kanonischen Rechts . . . 164
3. Zur Entwicklung der Formfreiheit . . . 165
4. Zur Entwicklung der Freiheit des Vertragsinhaltes und der Vertragstreue 166
II. Schranken der Privatautonomie . . . 167
1. Historische Entwicklung . . . 167
2. Entwicklungen des Ehe- und Vertragsrechts . . . 168
III. Begründungen für die Einschränkung der Privatautonomie . . . 169
1. Sozialpolitisch motivierte Schutzvorschriften . . . 169
C. Privatautonomie und familienrechtliche Entwicklungen . . . 171
I. Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen in ihrer Entwicklung . . . 171
1. Zulässigkeit von vorehelichen Verträgen und Scheidungsplanung . . . 171
2. Wahl eines Güterstandes als zulässiger Inhalt eines Ehevertrages . . . 173
3. Inhaltliche Kontrolle von das Güterrecht regelnden Eheverträgen . . . 174
4. Andere als güterrechtliche Vereinbarungen im Ehevertrag? . . . 176
5. Zwischenfazit . . . 176
II. Unterhaltsvereinbarungen . . . 178
1 Vereinbarungen der Ehegatten während bestehender Ehe . . . 178
2. Vereinbarungen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens . . . 178
3. Zu den Wirkungen von Vereinbarungen im Kontext des Scheidungsverfahrens . . . 180
4. Rechtliche Wirksamkeit einer früher abgeschlossenen Vereinbarung . . . 181
5. Unterhaltsvereinbarungen ohne konkrete Scheidungsabsicht (sog. antizipierte Scheidungsvereinbarungen) . . . 183
6. Scheidungsrisiko und wirtschaftliche Scheidungsfolgen . . . 183
7. Scheidungsrisiko und «Planungssicherheit» – Möglichkeiten vertraglicher Regelung . . . 184
8. Beurteilung von Vereinbarungen unter dem Aspekt von Art. 27 ZGB . . . 186
a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung . . . 186
b. Beurteilung durch die Lehre . . . 188
9. Beurteilung von Unterhaltsvereinbarungen im Scheidungsverfahren . . . 189
10. Zwischenfazit – nachehelicher Unterhalt und güterrechtliche Folgen . . . 191
III. Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft . . . 192
1. Eheliche Perspektiven und nichteheliche Lebensgemeinschaft . . . 192
2. Von der Registrierten Partnerschaft zur Regelung pluraler Familienformen 193
IV. Grenzen der Privatautonomie in familienrechtlichen Konstellationen i.w.S. 195
1. Beim güterrechtlichen Ausgleich und Verzicht auf den Vorsorgeausgleich 195
2. Bei der vertraglichen Unterhaltsregelung . . . 196
3. Bezüglich nichtehelicher Lebensgemeinschaften . . . 197
4. Liberalisierung der Scheidung – Scheidung ohne Gericht? . . . 198
D. Privatautonomie und erbrechtliche Entwicklungen . . . 201
I. Überblick und rechtshistorische Grundlagen . . . 201

1. Entwicklung des Familienerbrechts und Testierfreiheit 201
2. Ziele der Erbrechtsreform von 1988 202
3. Bindung des Erblassers durch das Pflichtteilsrecht 203
4. Rechtsgeschäftliche Freiheit der Ehegatten 205
a. Privatautonomie und Testierfreiheit 205
b. Lebzeitige Schenkungen, Vermächtnisse und Erbeinsetzungen 206
c. Nutzniessung des Ehegatten am Nachlass 207
d. Erbrechtliche Stellung von nichtehelichen Lebenspartnern 208
e. Zwischenfazit – zunehmende erbrechtliche Flexibilisierung und Privatautonomie 208
II. Revisionsbestrebungen gemäss Vorentwurf zur Änderung des Erbrechts . . 210
1. Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile 210
2. Stärkung der Entscheidungsautonomie 211
3. Zum Dilemma überlebender Ehegatte vs. Nachkommen 214
4. Frage des erbrechtlichen Einbezugs von faktischen Lebenspartnern . . . 215
5. Zwischenfazit – Tendenz in Richtung Verfügungsfreiheit 216
E. Privatautonomie und persönlichkeitsrechtliche Entwicklungen 217
I. Überblick 217
II. Recht auf informationelle Selbstbestimmung 217
1. Wirkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zwischen Privaten 217
2. Privatrechtlicher Schutz auf informationelle Privatheit 218
3. Grundzüge der datenschutzrechtlichen Regelungen 220
III. Selbstbestimmungsrecht des Patienten 221
1. Einwilligung des Patienten zu medizinischen Behandlungen 221
2. Zum Selbstbestimmungsrecht am Lebensende 223
3. Behandlung von urteilsunfähigen Patienten 226
IV. Zum elektronischen Patientendossier 227
1. Einführung des elektronischen Patientendossiers 227
2. Inhalt des elektronischen Patientendossiers 228
3. Grundzüge und Anwendungsbereiche des elektronischen Patientendossiers 229
a. Eröffnung eines elektronischen Patientendossiers 229
b. Elektronisches Patientendossier und Datenschutzgesetz 231
4. Zwischenfazit – vorläufige Einschätzung des elektronischen Patientendossiers 233
F. Folgerungen 236

A. Einleitung

«Die Befugnis einer Partei, ohne Anlehnung an ein bestimmtes Gesetz oder sogar im Widerspruch zu dessen Wortlaut sich jemandem mit rechtlicher Wirkung zu verpflichten, wird heute allgemein *Privatautonomie* genannt».[1] In recht-

1 Werner Scherrer, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 20, Basel 1948, S. 7. Weimar bezeichnet die Privatautonomie als eigentliches Fundament des Zivilrechts. Er weist darauf hin, dass das Zivilrecht, wie es aus dem gemeinen Recht hervorgegangen und in den grossen europäischen Kodifikatio-

licher Hinsicht bewirkte das Bekenntnis zur Privatautonomie eine *Subjektivierung* der Privatrechtsordnung, deren tatsächliche Relevanz allerdings stets umstritten war.[2] Ein Verbot der Privatautonomie müsste unweigerlich die völlige Aufhebung des Privatrechts zur Folge haben.[3] Der Anerkennung aller Menschen als Rechtssubjekte lag eine dynamische Dimension zugrunde, welche durch die ausdrückliche Einräumung einer entsprechenden Gestaltungsfreiheit zu ergänzen war.[4] Als «Privatautonomie» bezeichnet, d.h. als «Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach eigenem Willen», wurde sie möglicherweise als gar nicht weiter auffallende Selbstverständlichkeit hingenommen, weil sie der Logik des Marktes entstammte.[5]

Soweit Bestimmungen des Privatrechts zur Anwendung gelangen, ist nach heutigem Rechtsverständnis jedermann grundsätzlich befugt, seine Beziehungen zu Dritten nach eigenem Belieben zu regeln, ohne durch gesetzliche Vorschriften in irgendeiner Weise gebunden zu sein.[6] Die staatliche Einmischung beschränkt sich in der Regel darauf, im Sinne von dispositivem Recht ergänzende Bestimmungen aufzustellen, welche dann zur Anwendung gelangen, wenn die Parteien es unterlassen haben, im gegenseitigen Einverständnis eine Regelung nach ihrem Ermessen zu treffen, oder sofern diese lückenhaft und unvollständig ausgefallen ist.[7] Für die rechtsanwendenden Instanzen, welche privatrechtliche Streitigkeiten zu entscheiden haben, führt dies dazu, dass sie ihren Entscheidungen nicht nur Gesetzesbestimmungen zu Grunde zu legen haben,

---

nen – auch im schweizerischen Zivilgesetzbuch – niedergelegt ist, keine aus Geboten und Verboten bestehende Zwangsordnung darstellt; es baut vielmehr auf die Fähigkeit des Einzelnen, seine privaten Verhältnisse selbst zu ordnen, und gibt ihm die Möglichkeit dazu; vgl. Peter Weimar, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. III: 1. Abteilung: Die Erben, 1. Teilbd.: Die gesetzlichen Erben, Die Verfügungsfähigkeit (Art. 457–516 ZGB), Bern 2009 (zit. BK-Weimar), Einführung, N. 4.

2 Pio Caroni, Privatrecht im 19. Jahrhundert: eine Spurensuche, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. 1, Teilbd. 1, Basel 2015 (zit. Caroni), S. 141. Allerdings wird geltend gemacht, dass nur solange die Privatautonomie anerkannt wird, sich ein besonderes Privatrecht in einen Gegensatz zum *ius publicum* stellen lässt; vgl. auch Scherrer (Fn. 1), S. 7; vgl. ferner Peter Landau, Europäische Rechtsgeschichte und kanonisches Recht im Mittelalter, Ausgewählte Aufsätze aus den Jahren 1967 bis 2006, Badenweiler 2013, S. 295.

3 Scherrer (Fn. 1), S. 7 m.w.H. Im autoritär regierten Staat, der das Leben der Einzelnen möglichst weitgehend durch Gebote und Verbote zu regeln sucht, wird im Allgemeinen der Privatautonomie nur ein geringer Spielraum eingeräumt; vgl. ferner die weiterführenden Werke zit. bei Scherrer (Fn. 1), S. 7, Fn. 2.

4 Caroni (Fn. 2), S. 141.

5 Vgl. Caroni (Fn. 2), S. 141, unter Hinweise auf die klassische Umschreibung von Werner Flume, Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages 1860–1960, Bd. 1, Karlsruhe 1960, S. 135 ff., S. 136.

6 So bereits Scherrer (Fn. 1), S. 7. Vgl. auch statt vieler Claire Huguenin/Barbara Meise, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, N. 2 zu Art. 19/20 OR.

7 Scherrer (Fn. 1), S. 7 m.w.H. Dass für das Privatrecht das ius dispositivum charakteristisch ist, während das öffentliche Recht ausschliesslich aus Regeln des ius cogens besteht, hat vor allem Burckhardt immer wieder hervorgehoben, vgl. Walter Burckhardt, Die Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939, S. 138 f.

sondern sie müssen in erster Linie das berücksichtigen, was die Parteien privatautonom durch ihre Willensäusserungen als für sie massgebend erklärt haben.[8]

Die Privatautonomie ist allerdings nicht ohne ihre *Schranken* denkbar.[9] Ihre Begründung findet sich im Interesse des Gesamtwohls, «sei es, dass dem Einzelnen aus ethischen Gründen nur das zu tun oder zu verlangen gestattet wird, was den sittlichen Anschauungen der Mehrheit der Privatrechtssubjekte entspricht».[10] Der Umfang und auch die Begründung für die Schranken *im Einzelfall* haben sich im Laufe der Zeit immer wieder gewandelt.[11] Deshalb erscheint es naheliegend, die Privatautonomie einleitend in ihren geschichtlichen Entwicklungen zu skizzieren und dabei die Frage ins Zentrum zu stellen, welches ihre jeweiligen Grundlagen und Begründungen sind, auf welche sich der Gesetzgeber stützt, um die massgebenden Grundsätze für die Privatautonomie wie auch gleichzeitig ihre Grenzen festzulegen. Von besonderem Interesse erscheint zudem der Aspekt der neuen und neuesten Entwicklungen in einigen ausgewählten Rechtsbereichen des Privatrechts bezüglich der Frage der Privatautonomie. Inwiefern die Privatautonomie durch die aktuelle Rechtsentwicklung eher gestärkt oder umgekehrt geschwächt wurde, soll anhand von aktuellen Beispielen aus dem Privatrecht untersucht werden. Dabei soll insbesondere beleuchtet werden, inwiefern die Gefahr einer Ausbeutung des wirtschaftlich Schwächeren durch den Stärkeren eine Rolle spielt.[12] Schliesslich soll untersucht werden, an welchen Zielen und Wertungen sich der heutige Gesetzgeber orientiert, wenn er Einschränkungen – bzw. umgekehrt Erweiterungen – der Privatautonomie bei Gesetzgebungsprojekten vornimmt.

Das rechtliche und gesetzgeberische Umfeld, in welchem sich die Privatautonomie heute zu behaupten hat, ist ein anderes als vor rund 90 Jahren, als dieses Thema vom Schweizerischen Juristenverein aufgegriffen wurde. Im Jahre 1936 wies Haab in seiner Basler Rektoratsrede auf die zahlreichen Einbrüche in die Pri-

8 Scherrer (Fn. 1), S. 7.

9 Vgl. dazu Caroni (Fn. 2), S. 142, welcher zeigt, dass bereits aus dem normativen Kontext mit aller Deutlichkeit hervorgeht, dass die Anerkennung eines privatautonomen Gestaltungsrechts unmöglich als Rückzug oder Kapitulation des Staates gegenüber der Marktteilnehmergesellschaft gelten könne.

10 Scherrer (Fn. 1), S. 7 m.w.H. Über den Einfluss der Moral auf die Rechtsnormen vgl. insbesondere Georges Ripert, La règle morale, nos. 23 ff.; August Simonius, lex facit regem, S. 78 ff.; Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, S. 61 ff. (alle Werke zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 8, Fn. 3).

11 Vgl. Caroni (Fn. 2), S. 129 ff.

12 Vgl. Caroni (Fn. 2), S. 143, welcher hinsichtlich des wirtschaftlichen Kontextes darauf hinweist, womit aufgrund des faktischen Drucks einzelne Parteien nicht nur bei krasser Imparität, sondern generell, als Folge des Effizienzgebotes zu rechnen hatten: «Es kam demnach vor, dass dem Einzelnen die näheren Bedingungen seines Wirtschaftens diktiert, gar regelrechte Ausübungspflichten aufgehalst wurden (…). In solchen Fällen klafften aber Welten zwischen obiger Annahme – wonach Belieben das Subjekt zum Gesetzgeber in eigener Sache machen würde – und der Wirklichkeit. Umso näher rückt daher die Frage, wann, wo und für wen in der Vergangenheit zwischen Privatautonomie und Selbstverwirklichung je eine kausale Kette zu erkennen war.»

vatautonomie hin und sprach sich eingehend über die Gefahren aus, welche das damalige Krisenrecht für den freien Geschäftsverkehr und für die Rechtssicherheit bedeutete. Bald darauf widmete der Schweizerische Juristenverein dem gleichen Problem seine Aufmerksamkeit, indem anlässlich der ordentlichen Versammlung des Vereins eine einstimmig gefasste Resolution zuhanden der eidgenössischen Räte verabschiedet wurde, wonach «die unbedingt erforderlichen Noterlasse des Bundes so wenig als möglich das Zivilrecht beeinträchtigen sollten».[13]

Nach einem ersten Kapitel zur Entwicklung der Privatautonomie, basierend auf einigen rechtshistorisch bedeutsamen Aspekten (Kap. B.), wird die Privatautonomie anschliessend im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen der letzten Jahre und die gegenwärtigen Tendenzen dargestellt. Das nachfolgende Kapitel wendet sich zunächst den familienrechtlichen Entwicklungen und grundsätzlichen Fragestellungen, wie den Ausprägungen der Privatautonomie bei der Abfassung von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, zu (Kap. C.). Anschliessend werden die Entwicklungen im Bereich des Erbrechts der letzten Jahre sowie im Hinblick auf die gegenwärtig laufende Erbrechtsrevision untersucht (Kap. D.). Schliesslich werden die Ausprägungen und Entwicklungen in einigen ausgewählten aktuellen Bereichen des Personenrechts in einem weiteren Sinne beleuchtet. So werden Fragen und Auswirkungen rund um das informationelle Selbstbestimmungsrecht (I.), das Selbstbestimmungsrecht am Lebensende (II.), die Behandlung von urteilunfähigen Patientinnen und Patienten (III.) sowie das elektronische Patientendossier (IV.) unter dem Aspekt der Privatautonomie untersucht.

B. Grundzüge der Privatautonomie in der Privatrechtsordnung

I. Geschichtliche Entwicklung der Privatautonomie

1. Anfänge der Vertragsfreiheit

Die Entwicklung der Privatautonomie ist eng verflochten mit der geschichtlichen Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit.[14] Besondere Vorschriften über die Befugnis der einzelnen Individuen, beliebige Verträge unter sich abschliessen und dabei den Vertragspartner frei wählen zu können, hat weder das germanische Recht noch das römische Recht gekannt. Solche waren zudem wegen des anfänglich sehr bescheidenen Handelsverkehrs und der auf wenige Personen beschränkten bürgerlichen Freiheit entbehrlich. Allerdings brachte die Entwicklung der Städte allmählich eine Vermehrung derjenigen Personen,

13 Scherrer (Fn. 1), S. 49 m.w.H.; vgl. ferner Karl Oftinger, Die Vertragsfreiheit, in: Festgabe zur Jahrhundertfeier der Bundesverfassung, Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Zürich 1948 (zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 7); vgl. ferner Eric Homburger, Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, Zürcher Diss. 1948, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 145 (zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 7, Fn. 95).

14 Dazu ausführlich Scherrer (Fn. 1), S. 7 ff.

die miteinander in geschäftliche Beziehungen treten wollten.[15] Zu einer faktisch uneingeschränkten Abschlussfreiheit fehlten jedoch die Voraussetzungen, denn infolge des Zunftsystems verblieb die Mehrzahl der Gewerbe in den Händen einer bevorzugten Kategorie der in der Stadt ansässigen Bürger. Man war somit – namentlich bei der Wahl seines Gegenkontrahenten bei den Geschäften des täglichen Lebens – keineswegs frei.[16]

2. *Konsensualprinzip*

a. *Von der eidlichen Erklärung zur Stipulation*

Das Konsensualprinzip war dem frühen Mittelalter noch fremd. GIERKE vertrat zwar die Meinung, dass schon im ältesten germanischen Recht jedes formlose Versprechen eine vertragliche Verpflichtung begründen konnte, dass aber kein – auf dem Wege des Prozesses und der Zwangsvollstreckung – durchsetzbarer Anspruch bestand, sofern die *erforderliche Form* beim Abschluss nicht beobachtet worden war.[17] Im Übrigen sind bereits im germanischen Recht die verschiedensten Formen für Verträge benützt worden.[18] Vor allem spielte die eidlich abgegebene Erklärung vor Zeugen oder vor Gericht eine bedeutende Rolle. Daneben waren andere äussere Kundgebungen üblich, wie etwa die Hergabe des Gottespfennigs oder der Handschlag.[19]

---

15 Vgl. CARONI (Fn. 2), S. 141, welcher darauf hinweist, dass privaten Rechtsträgern jeweils bloss vereinzelt und weisungsgebundene Befugnisse zugestanden wurden, deren Ausübung zwingenden Vorgaben bzw. genau umschriebenen und nicht selten ethischen Zielen zu entsprechen hatten. Vgl. dazu ferner SCHERRER (Fn. 1), S. 17 f.

16 Im Schatten des übergeordneten und wachsamen Polizeirechts des absoluten Staates vegetierte das Privatrecht dahin. Im bürgerlichen Zeitalter kehrte sich dann dieses Verhältnis um, weil die neueren Gesetzbücher dem «zum Rechtssubjekt beförderten Menschen bisher unvorstellbare Entfaltungsräume anboten, die der Einzelne erstmals ganz nach Wunsch belegen durfte»; CARONI (Fn. 2), S. 141; vgl. ferner SCHERRER (Fn. 1), S. 18 m.w.H. Früher wirkte sich der Zunftzwang insbesondere auf die Geschäfte des täglichen Lebens aus (wie etwa auf Kauf, Werkvertrag und Arbeitsverträge). Wenn dem Käufer im Allgemeinen nur die in einer Zunft organisierten Händler als Vertragsparteien zur Verfügung standen, so wurde andererseits dem Bedürfnis nach einem möglichst grossen Angebot an Waren auf den in zahlreichen Städten periodisch abgehaltenen Messen und Märkten Rechnung getragen. Für sie galt im Allgemeinen ein freieres Recht, das mit zur Entwicklung des modernen Handels beitrug; vgl. dazu LEVIN GOLDSCHMIDT, Universalgeschichte des Handelsrechts, S. 158 ff., 220, 240; PAUL REHME, in: Ehrenbergs Handbuch des Handelsrechts I, S. 84 ff., 123 ff., 149; JOSEPH HAMEL, Crédits bancaires internationaux, RCAH 1939 I (t. 51), S. 212–218; RUDOLPH SOHM, Die Entstehung des deutschen Städtewesens, Festschrift für Wetzel (1890), S. 88–90 (alle zit. nach SCHERRER [Fn. 1], S. 18, Fn. 36).

17 SCHERRER (Fn. 1), S. 18; vgl. ferner OTTO VON GIERKE, Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht, Aalen 1969 (zit. VON GIERKE, Schuld und Haftung), S. 18 und 119 ff.; OTTO VON GIERKE, Deutsches Privatrecht, Bd. III, Leipzig 1917, S. 325 (beide zit. nach SCHERRER [Fn. 1], S. 19, Fn. 38).

18 SCHERRER (Fn. 1), S. 19.

19 SCHERRER (Fn. 1), S. 19; vgl. LOUIS CARLEN, Rechtsgeschichte der Schweiz, Eine Einführung, 3. Aufl., Bern 1988, S. 51; HENRI LEGRAS-HERM, Grundriss der Schweizerischen Rechtsgeschichte, Zürich 1935, S. 215 f.

Unter dem Einfluss des römischen Rechts entwickelt sich im Mittelalter mit der Zeit die *Stipulation* zur normalen Vertragsform, und zwar in der Ausgestaltung, die sie im Justinianischen Recht erfahren hatte.[20] Danach wird weniger auf die Tatsache des mündlichen Austausches von Frage und Antwort das Gewicht gelegt als auf die Beibringung einer Urkunde, in welcher die Obliegenheit des Schuldners bei Vertragsschluss protokollarisch niedergelegt wurde.[21] An der Idee der persönlichen Zusammenkunft der beiden Vertragsparteien beim Vertragsschluss wird in der Regel weiterhin festgehalten, denn dass sie im Moment der gegenseitigen Abmachung persönlich anwesend gewesen sind und miteinander mündliche Erklärungen ausgetauscht haben, wird im Ingress der Urkunde jeweils besonders hervorgehoben.[22]

b. Zu den schriftlichen und formlosen Vertragsformen

In der Praxis wurden Verträge allmählich immer häufiger rein schriftlich abgefasst; für gewisse Geschäfte wird die Protokollierung der gegenseitigen Abmachungen beim Gericht als Gültigkeitserfordernis stipuliert. Daraus entwickelte sich mit der Zeit der notarielle Vertrag.[23] In Handelssachen pflegte man im Allgemeinen von Formalitäten abzusehen; unter Kaufleuten erzeugten auch rein mündliche oder auf dem Korrespondenzweg getroffene Abmachungen

---

20 Die Stipulation war insbesondere deshalb für die Entwicklung der Vertragsfreiheit bedeutsam, weil in der streng geregelten Form der Stipulation sehr viele Vertragsinhalte möglich wurden. Die Stipulation war ein Formalvertrag mit unbestimmtem Inhalt, weshalb sie ein Element auf dem langen Weg der Entwicklung der Privatautonomie darstellte, die dem römischen Recht vollkommen fremd blieb.

21 Scherrer (Fn. 1), S. 19; vgl. ferner Salvatore Riccobono, La forma della stipulazione, Bull. ist. dir. Rom., 1921, S. 29 ff.; Francesco Brandileone, La stipulatio nell'età imperale romana e durante il medioevo, Riv. di storia del dir. it., vol. 1 (1928), S. 7 ff. und 270 ff.; Romualdo Trifone, La stipulatio nella dottrina dei glossatori, Studi in onore di Enrico Besta, vol. 1, 1937/1939, S. 173 ff.; sowie Emilio Bussi, La formazione dei dogmi, 1938, S. 247 ff. und Enrico Besta, Le obbligazioni nella storia del diritto italiano, Padova 1936, S. 113 ff. (alle Werke zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 19, Fn. 40).

22 Scherrer (Fn. 1), S. 19; vgl. ferner Riccobono (Fn. 21), S. 29 ff.; Brandileone (Fn. 21), S. 7 ff. und 270 ff.; Trifone (Fn. 21), S. 173 ff.; sowie Bussi (Fn. 21), S. 247 ff. und Besta (Fn. 21), S. 113 ff.

23 Scherrer (Fn. 1), S. 20 m.w.H. Der notarielle Vertrag wurde neben der gerichtlichen Fertigung vor allem bei Grundstückkäufen vorgeschrieben; vgl. Henri Legras-Herm, Grundriss der Schweizerischen Rechtsgeschichte, Zürich 1935, S. 219; Hans Planitz, Grundzüge des deutschen Privatrechts, S. 14; Helmut Coing, Die Rezeption des römischen Rechts, Frankfurt a.M. 1939, S. 82 ff.; Eugen Huber, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bd. IV, S. 701 ff. und 836 ff.; Justus Wilhelm Hedemann, Fortschritte des Zivilrechts, Bd. II, 2. Hälfte, S. 5 ff. Auch in Basel war die gerichtliche Insinuation der Verträge über Liegenschaften von alters her üblich gewesen; vgl. die Stadtgerichtsordnung von 1719, 2. Buch Titel IX «Über die Auskündigung, wie sie bei Kauf und Verkauf liegender Güter vorgenommen wird»; vgl. Johannes Schnell, Rechtsquellen von Basel, Bd. I, S. 845. Über die beim Grundstückkauf zu beachtenden Formvorschriften in den kantonalen Rechten vgl. Eugen Huber, System und Geschichte, Bd. III, S. 207 ff. (alle Werke zit. nach Scherrer [Fn. 1], S. 20, Fn. 42).

volle Wirksamkeit.[24] In einigen deutschen Städten scheint sich bereits im 13. Jahrhundert der Grundsatz der Klagbarkeit formlos eingegangener Schuldverträge durchgesetzt zu haben. In den Stadtrechten der deutschen Schweiz lässt sich vom 15. Jahrhundert an eine analoge Entwicklung beobachten.[25]

c. Einflüsse des kanonischen Rechts

Ein weiterer Grund für die allmähliche Ausbildung des Konsensualprinzips lässt sich in der katholischen Kirche und ihren Rechtslehren finden.[26] Nach katholischer Lehre war derjenige, der einem anderen etwas verspricht, ganz gleichgültig in welcher Form dies geschieht, verpflichtet, sein Versprechen einzuhalten; verweigert er die Erfüllung, begeht er eine Sünde und hat die Konsequenzen religiöser Natur zu tragen.[27] Die kirchlichen Instanzen hatten die Möglichkeit, mittels des Drohmittels der Exkommunikation gegen wortbrüchige Schuldner vorzugehen.[28] Die von den Kanonisten im Laufe des 12. Jahrhunderts aufgestellte Lehre von der Verbindlichkeit *jeder Vereinbarung* ohne Rücksicht auf deren äussere Form, befand sich dabei in einem offenen Gegensatz zu den Quellen des römischen Rechts.[29]

---

24 Scherrer (Fn. 1), S. 20.

25 Scherrer (Fn. 1), S. 20 m.w.H. In den Curiae mercatorum, d.h. den für Marktsachen in einzelnen Städten zuständigen besonderen Gerichten scheint – wie aus den Schriften der Postglossatoren – hervorzugehen, wie mit der Zeit das formlose Versprechen geschützt worden ist; vgl. hierzu Lothar von Seuffert, Zur Geschichte der obligatorischen Verträge, S. 52 ff. und 86 ff. Zur Entwicklung in den Gebieten des deutschen Rechts vgl. namentlich von Gierke, Schuld und Haftung (Fn. 17), S. 213 ff., welcher die Auffassung vertritt, dass in Deutschland bereits vom 13. Jahrhundert an Verträge formlos gültig gewesen sind. Dabei seien nicht etwa die von alters her üblichen Formen wie Treuegelöbnis und Eid oder die Übergabe des Gottespfennigs mit einem Schlage verschwunden, sondern nach wie vor im Verkehr verwendet worden. Allmählich wären sie dann jedoch von der Urkunde verdrängt worden. In den schweizerischen Kantonen waren erst in späterer Zeit formlos abgeschlossene Verträge als gültig anerkannt worden und nur über den Umweg, dass man verlangte, dass der Gläubiger eine auf solchem Wege begründete Verpflichtung zuerst gerichtlich feststellen liess, bevor er zur Exekution gegen den Schuldner schreiten konnte (vgl. dazu Scherrer [Fn. 1], S. 24, Fn. 50 sowie S. 20, Fn. 43 m.w.H.).

26 Siehe dazu Scherrer (Fn. 1), S. 20 f.

27 Scherrer (Fn. 1), S. 20.

28 Scherrer (Fn. 1), S. 21.

29 Die Stipulation war ein Formalvertrag mit unbestimmtem Inhalt, weshalb sie als ein Element auf dem langen Weg der Entwicklung der Privatautonomie gesehen werden kann, die dem römischen Recht allerdings vollkommen fremd blieb. Das kanonische Recht brachte einen weiteren Fortschritt, indem jede Vereinbarung grundsätzlich möglich wurde; vgl. ferner Scherrer, S. 21. Im Bereich des Erbrechts lässt sich im römischen Recht bereits die Entwicklung des *formlosen Testaments* nachzeichnen. Die Betrachtung der verschiedenen Rechtsschichten des römischen Testamentrechts lässt eine Entwicklung von strenger Formgebundenheit hin zur Formfreiheit erkennen: «Während das Testament des *ius civile* – sei es als öffentliches Testament, sei es als Manzipationstestament – nur als formgebundener Akt vorstellbar ist, verzichtet bereits das *ius praetorium* auf das Errichtungsritual und ersetzt dieses durch die von sieben Zeugen besiegelte schriftliche Erklärung»; vgl. Ulrike Babusiaux, Wege zur Rechtsgeschichte: römisches Erbrecht, 1. Aufl., Köln 2015, S. 192. Ausgangspunkt für diese grundlegende Modifikation des rö-

3. Zur Entwicklung der Formfreiheit

Im Laufe des 17. Jahrhunderts verbreitet sich allmählich die Lehre von der Klagbarkeit von formlosen Versprechen.[30] So dringt die Formfreiheit mit der Zeit in allen schweizerischen Kantonen durch, so anfänglich v.a. in Bern; sogar in der besonders stark vom römischen Recht beeinflussten Basler Gerichtsordnung von 1719 wird sie verankert.[31] Das Zürcherische Privatrechtliche Gesetz vom Jahre 1856 hält in § 119 klar fest: «In der Regel bedarf es zur Gültigkeit und Klagbarkeit von Verträgen keiner besonderen Form; es genügt, dass der beidseitige Wille in verbindlicher Weise erklärt sei.»[32]

Die Dogma der grundsätzlichen Formfreiheit und das Konsensualprinzip wurden von der geltenden Privatrechtsordnung bald nirgends mehr in Frage gestellt.[33] Es bedürfen nur noch diejenigen Verträge einer besonderen Form, für welche im Gesetz ausdrücklich ein entsprechender Vorbehalt gemacht worden ist.[34] Gewisse Rechtsordnungen wie die romanischen Rechte haben allerdings die Idee der Beweisform aus dem Ancien Régime übernommen, indem sie die Parteien (wenn sie keine Kaufleute sind) indirekt zwingen, alle ihre Abmachungen schriftlich zu fixieren.[35] Andernfalls riskieren sie, dass ihre Ansprüche vom Gericht abgewiesen werden, weil sie nicht in der Lage sind, ihre Klagebegehren auf eine Urkunde zu stützen.[36] Das schweizerische ZGB hat dagegen die Aufstellung von besonderen Beweisvorschriften ausdrücklich verboten.[37]

---

mischen Testaments durch das Kaiserrecht war die Schaffung von besonderen Verfahren der kaiserlichen Gerichtsbarkeit. Im Rahmen dieser besonderen Gerichtbarkeit räumte zunächst Kaiser Augustus (27 v.Chr.–14 n.Chr.) formellen Zusätzen zum Testament (Kodizillen) und formlosen letztwilligen Verfügungen (Fideikommissen) Verbindlichkeit ein; vgl. Babusiaux (a.a.O.), S. 177. Schon unter Julius Caesar (100–44 v.Chr.) wurden Soldaten bei der Testamentserrichtung privilegiert. So war es den Soldaten erlaubt, in jeglicher Form zu testieren. Als Grund für den Verzicht auf jegliches Formerfordernis nennen die Kaiser das Unwissen und die fehlende Erfahrung der Soldaten für die richtige Errichtung von Testamenten; vgl. Babusiaux (a.a.O.), S. 184. Auch hinsichtlich der inneren Form der Testamentserrichtung bestand ein Sonderrecht für Soldaten. Diese konnten Vor- und Nacherbschaften anordnen und die Erbfolge nach Zeit oder Bedingung aufteilen; vgl. Babusiaux (a.a.O.), S. 187.

30 Scherrer (Fn. 1), S. 22. m.w.H. So anerkennen auch mehrere Partikularrechte, so z.B. das Freiburger Stadtrecht, das Württemberger Landrecht und der Codex Maximilianeus in Bayern ausdrücklich die Verbindlichkeit aller in irgendeiner Form abgegebenen Versprechen.

31 Scherrer (Fn. 1), S. 22 f. m.w.H. Vgl. ferner Ziff. 419 der Basler Gerichtsordnung 1719.

32 Scherrer (Fn. 1), S. 23 m.w.H.

33 Bezüglich des Konsensualprinzips vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 34.

34 Scherrer (Fn. 1), S. 34; siehe auch Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Kommentar zu Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Schwenzer), N. 1 f. zu Art. 11 OR; Hermann Becker, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, Bern 1945 (zit. BK-Becker), N. 2 zu Art. 11 OR.

35 Scherrer (Fn. 1), S. 34.

36 Scherrer (Fn. 1), S. 34.

37 Scherrer (Fn. 1), S. 35. m.w.H. Über die Gründe zur Einführung des uneingeschränkten Prinzips der Formlosigkeit von Verträgen und zur Ablehnung des französischen Systems durch den schweizerischen Gesetzgeber gibt bereits die bundesrätliche Botschaft zum alten Obligationen-

4. Zur Entwicklung der Freiheit des Vertragsinhaltes und der Vertragstreue

Die Lehre von der Freiheit des Vertragsinhalts und von der Vertragstreue war im Laufe der Jahrhunderte verschiedenen Einflüssen ausgesetzt. So hat das germanische Recht ein besonderes Gewicht darauf gelegt, dass der Schuldner seiner Leistungspflicht dem Gläubiger gegenüber vollständig nachkommt, auch wenn er nötigenfalls mit seinem Leben dafür einzustehen hat.[38] Der Vertrag zu Gunsten Dritter war im germanischen Recht anerkannt.[39] Auch liess man zu, dass der Erblasser über sein Vermögen letztwillig verfügen durfte, indem er sogar gegenseitige Abmachungen mit seinen mutmasslichen Erben treffen konnte.[40]

Was die Entwicklung der Inhaltsfreiheit betrifft, so ist diese grundsätzlich seit längerem anerkannt, jedoch mit den schon im römischen Recht bestehenden Schranken.[41] In den einzelnen Rechtsordnungen weichen die Bestimmungen in gewissem Masse voneinander ab.[42]

---

recht Auskunft (siehe BBl 1880 I 176 ff); vgl. dazu auch die Hinweise bei SCHERRER (Fn. 1), S. 35, Fn. 72.

38 SCHERRER (Fn. 1), S. 24.

39 Der Vertrag zugunsten Dritter war dem römischen Recht nicht bekannt. Hingegen kannte das römische Recht das Testament; vgl. zur testamentarischen Erbfolge im römischen Recht BABUSIAUX (Fn. 29), S. 139 ff. Demgegenüber ging die germanische Tradition von der völligen Gebundenheit («Verfangenheit») aus. Siehe dazu BABUSIAUX (Fn. 29), S. 232: Im *ius civile* stand der Schutz der Hauserben als Teilhaber am Familienvermögen im Vordergrund. Gleichzeitig wurde die Testierfreiheit – verstanden als inhaltliche Gestaltungsfreiheit – hochgehalten. Die Vorgaben an den Erblasser betrafen vor allem die Form der Erbeinsetzung und der Enterbung. Dem *ius praetorium*, das ebenfalls an der Förmlichkeit für die Wirksamkeit der Enterbung festhält, lag ein verändertes Familienmodell zugrunde, und gleichzeitig war die Tendenz erkennbar, die verschiedenen Interessen der zivilen wie prätorischen Erben zum Ausgleich zu bringen. Hinzu kam eine auf der sittlichen Gesinnung des Erblassers abstellende Betrachtung in der *querela inofficiosi testamenti*. Die verstärkte sittliche Kontrolle der erblasserischen Motive durch die kaiserliche Gerichtsbarkeit entsprach einem verstärkten staatlichen Zugriff auf das Erbrecht; vgl. dazu ausführlich BABUSIAUX (Fn. 29), S. 195 ff.

40 Darauf gestützt entwickelte sich das Institut des Erbvertrages; vgl. SCHERRER (Fn. 1), S. 25 m.w.H.

41 Vgl. Art. 19 und 20 OR. Zu verweisen ist ferner auf Art. 27 ZGB. Verträge sind demzufolge nichtig, wenn damit die freie Ausübung des Persönlichkeitsrechts eingeschränkt werden soll. Die Auffassung über die Sittlichkeit vertraglicher Leistungen hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Im Sachenrecht etwa ergeben sich bei der Begründung beschränkter dinglicher Rechte Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch das Prinzip des Numerus clausus. Danach sind nur bestimmte Rechte (Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte) mit dem im Gesetz umschriebenen Inhalt möglich; so musste z.B. die Grundlast von den wirtschaftlichen Bedürfnissen des herrschenden Grundstücks abhängig sein. Untersagt war jeweils seit dem ursprünglichen ZGB die Verfallklausel *(lex commissoria)* im Pfandvertrag. Sodann haben die Lehren der Kanonisten, der Glossatoren und Postglossatoren sowie der Naturrechtler auf verschiedene Bestimmungen des Vertragsrechts eingewirkt.

42 So sind die ausdrücklich verbotenen Rechtsgeschäfte oder die Vertragsklauseln, welche gerichtlich ungültig erklärt werden, je nach Rechtsordnung in ihren Einzelheiten verschieden; vgl. dazu im historischen Kontext SCHERRER (Fn. 1), S. 36, mit entsprechenden Beispielen auf S. 36 f.

Unterschiede in den einzelnen Rechtsordnungen lassen sich etwa bei der Begründung von dinglichen Rechten feststellen.[43] Der Code civil hat das Konsensualprinzip mit dinglicher Wirkung eingeführt. In anderen Rechtsordnungen hingegen war man restriktiver.[44] Den Parteien wurde die Möglichkeit genommen, von der vorgeschriebenen Handlung abzusehen oder durch privatrechtliche Vereinbarung darauf zu verzichten.[45] Nach den Vorschriften des Code civil hingegen hatte bereits der Vertragsschluss die Wirkung, dass durch den blossen Konsens der Parteien auch bereits dingliche Rechte in der Person des Erwerbers zur Entstehung gelangt sind, und zwar gemäss dem Grundsatz: «L'accord des volontés suffit pour transférer la propriété des choses, objets du contract.»[46]

II. Schranken der Privatautonomie

1. Historische Entwicklung

Zur Entwicklung des modernen Schuldrechts trugen verschiedene Faktoren bei, so insbesondere die Lehren der katholischen Kirche und die Ideen des Naturrechts, welche einen wesentlichen Beitrag leisteten.[47] Aus dem römischen Recht wurden dabei insbesondere die allgemeinen Schranken der Vertragsfreiheit übernommen.[48] Die Befugnis einer Partei, beliebige Geschäfte abzuschliessen und sich dabei einen geeigneten Partner auszusuchen, kann als Korrelat der Handels- und Gewerbefreiheit verstanden werden, zu deren Anerkennung man im Anschluss an die Verkündigung der Menschenrechte in Frankreich im Jahre 1789 in den meisten europäischen Staaten gelangt ist.[49]

---

43 So hat der Code civil die Wirkungen der Verträge in Abweichung vom römischen und germanischen Recht neu gestaltet; vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 37.

44 Soll durch ein Rechtsgeschäft ein dingliches Recht begründet, aufgehoben oder inhaltlich abgeändert werden, so genügt im allgemeinen der Vertragsschluss als solcher noch nicht, damit die beabsichtigte Wirkung eintritt. Es ist hierzu aus Publizitätsgründen noch eine besondere, äusserlich wahrnehmbare Handlung nötig, welche in der Übertragung des körperlichen Besitzes oder der Eintragung in ein öffentliches Register bestehen kann; vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 37.

45 Scherrer (Fn. 1), S. 37 f.

46 Die Naturrechtler hatten bereits postuliert, dass der Eigentumsübergang durch den Vertragsabschluss bewirkt werden könne; vgl. dazu Scherrer (Fn. 1), S. 38 m.z.H. (insbesondere in Fn. 79).

47 Scherrer (Fn. 1), S. 26.

48 Demnach gilt jede Vereinbarung als ungültig, wenn sie einen unmöglichen Inhalt aufweist oder wenn sie gegen Gesetzesvorschriften verstösst oder ganz allgemein mit den Anschauungen der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung im Widerspruch steht; vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 26 m.w.H. Die Regeln über die Ungültigkeit im gemeinen Recht entsprechen denjenigen des römischen Rechts; vgl. Bernhard Windscheid/Theodor Kipp, Pandekten §§ 81, 314/5; Besta (Fn. 21), S. 22–23; vgl. ferner Jean Domat, Lois civiles, lère partie 1. I tit. 1 sect. 4 art. 3 und 4 art. 3 und 4, sowie tit. 8 sect. 4 (des conventions illicites et malhonnêtes), welcher bspw. ausführt, dass die Parteien frei seien, den Inhalt ihrer Verträge nach Belieben festzusetzen, «pourvu qu'il n'y ait rien de contraire aux lois et aux bonnes moeurs». Von den alten kantonalen Rechten ist etwa der § 955 des Zürcherischen PBG hervorzuheben; vgl. dazu Scherrer (Fn. 1), S. 26, m.z.H. in Fn. 54.

49 Scherrer (Fn. 1), S. 33 m.w.H. Die Handels- und Gewerbefreiheit war in der «Déclaration des droits de l'homme et du citoyen» vom Jahre 1789 noch nicht ausdrücklich gewährleistet. Erst in

Für die Vertragsfreiheit wirkten sich insbesondere die immer häufiger werdenden staatlichen Monopole und die behördlichen Konzessionierungen einzelner Gewerbezweige dahin aus, dass der Einzelne zahlreiche Geschäfte des täglichen Lebens nicht mehr nach seinem Belieben abschliessen konnte.[50] Wenn die konzessionierten Betriebe den übrigen Privatpersonen gegenüber privilegiert erscheinen, so liegt gleichzeitig eine Beeinträchtigung der Kontraktionsfreiheit für sie vor, indem sie Anträge auf den Abschluss eines in ihren Geschäftskreis fallenden Vertrages nicht ablehnen dürfen.[51]

2. *Entwicklungen des Ehe- und Vertragsrechts*

Im Bereich des Eherechts wurden zudem gewisse Einschränkungen stipuliert. So konnten sich die Schutzvorschriften, welche das römische Recht zu Gunsten der Frauen «und anderer unerfahrener Leute aufgestellt hat», bis vor relativ kurzer Zeit im Familienrecht erhalten. So war es verheirateten Frauen verboten, ohne behördliche Genehmigung zu Gunsten ihres Ehemannes in irgendeiner Form zu interzedieren.[52] Verstiess eine Frau gegen dieses Verbot, so war ihre Verpflichtung schlechthin ungültig, und das Gericht hatte von Amtes wegen eine gegen sie gerichtete Klage des Gläubigers abzuweisen.[53]

Die zunehmende Tendenz zur Einschränkung der Formfreiheit wurde bereits in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts moniert.[54] Alle Verträge, welche die Veräusserung oder Belastung eines Grundstücks zum Gegenstand hatten, be-

---

der «Déclaration des droits de la Révolution» vom Jahre 1793 ist in Art. 17 folgende Bestimmung enthalten: «Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens»; vgl. dazu im Einzelnen Scherrer (Fn. 1), S. 33 m.z.H. in Fn. 68. Gleichzeitig wird dieses Individualrecht in allen Rechtsordnungen – gewissermassen als Korrektiv – von gewissen Einschränkungen durchsetzt; vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 33.

50 So wurden etwa das Transportgeschäft, der Kauf von verschiedenen Gütern, gewisse Formen des Auftrags sowie der Versicherungsvertrag ganz bestimmten Berufskategorien vorbehalten; vgl. aus rechtsgeschichtlicher Perspektive Scherrer (Fn. 1), S. 33 f. Vgl. dazu auch in neuerer Zeit Ruth Arnet, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss: Eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Habilitationsschrift Basel 2006, Basel 2008, Rz. 539.

51 So sind etwa die konzessionierten Transportunternehmungen fast überall dem sog. Kontrahierungszwang unterworfen worden; vgl. aus rechtshistorischer Perspektive Scherrer (Fn. 1), S. 34. Vgl. zur neuerer Zeit Arnet (Fn. 50), Rz. 471 ff. und 551 ff.

52 Das Interzessionsverbot stellt insofern etwas Besonderes dar, als dass es die Ehefrau davor schützte, für ihren Mann bürgen zu müssen. Es kann in dieser Bestimmung auch der Gedanke des Schutzes des Familienvermögens sowie der Schutz des Frauenvermögens bzw. des von ihr eingebrachten Vermögens gesehen werden.

53 Vgl. für das ältere Recht bereits Scherrer (Fn. 1), S. 34 m.w.H.; vgl. Art. 177 Abs. 3 aZGB. Die Bestimmung war im ursprünglichen Gesetzesentwurf nicht enthalten, sondern wurde erst im Laufe der Beratungen in der Expertenkommission und im Parlament in Anlehnung an einzelne Bestimmungen kantonaler Rechte eingeführt.

54 Es sei nicht zu übersehen, dass in der Gesetzgebung wie auch im praktischen Rechtsleben solches immer mehr konstatiert werden müsse; vgl. aus einer rechtshistorischen Perspektive etwa Scherrer (Fn. 1), S. 35.

dürften der öffentlichen Beurkundung.[55] Die Tatsache, dass alle Schenkungsversprechen entweder schriftlich oder sogar durch notarielle Erklärung abgegeben werden müssen, wird als weiterer Beleg hierzu angeführt: Zahlreiche andere Geschäfte, wie etwa die Miete und Pacht, der Dienstvertrag, der Versicherungsvertrag, das Darlehen und alle Bankgeschäfte, werden regelmässig in Urkunden niedergelegt, obwohl (teilweise zumindest) eine zwingende gesetzliche Vorschrift dafür fehlt.[56]

III. Begründungen für die Einschränkung der Privatautonomie

1. Sozialpolitisch motivierte Schutzvorschriften

Die Vertragsfreiheit wird durch zahlreiche zwingende Vorschriften eingeschränkt, welche die Parteien im Rechtsverkehr zu beachten haben. Der Gesetzgeber hat mit diesen – mehrheitlich sozialpolitisch motivierten – Schutzvorschriften zum Ausdruck gebracht, dass für gewisse Kontrakte, namentlich für Arbeitsverträge, die Privatautonomie im Interesse der schwächeren Partei zu beschränken ist.[57] So lässt sich in den letzten rund hundert Jahren in allen westlichen Staaten eine ähnliche Entwicklung feststellen, indem auf dem Gebiet des

---

55 In diesem Zusammenhang ist auch auf die neuste Revision des Immobiliarsachenrechts hinzuweisen: ZGB-Änderungen vom 11. Dezember 2009 (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), in Kraft seit 1. Januar 2012.

56 Das schweizerische Recht kannte als hauptsächlichste Formen die einfache Schriftlichkeit und die öffentliche Beurkundung (nach Art. 11–15 OR und Art. 55 SchlT). Ob ein Vertrag einer dieser beiden Formen bedurfte, wurde jeweils in den dafür aufgestellten besonderen Bestimmungen näher geregelt. Dabei war die öffentliche Beurkundung immer als die strengere Form zu betrachten, welche nie durch die blosse Schriftlichkeit ersetzt werden konnte. Über die Formvorschriften im Einzelnen vgl. die Aufzählung bei Hugo Oser/Wilhelm Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911, Art. 1–183, 2. Aufl., Zürich 1929, N. 16–27 zu Art. 11 OR; zit. bei Scherrer (Fn. 1), S. 36, Fn. 76. Die romanischen Rechte waren im Allgemeinen zurückhaltender in der Aufstellung von Formvorschriften, weil sie das spezielle Erfordernis der Beweisformen aufgestellt hatten; vgl. zu dieser rechtshistorischen Perspektive Scherrer (Fn. 1), S. 35 m.w.H. in Fn. 72. Um den Vorschriften über die Beweisbarkeit von Verträgen zu genügen, stand es den Parteien frei, als Form entweder den «acte écrit sous seing privé» oder den «acte authentique» zu verwenden. In *Frankreich* gab es nur ganz wenige Formalverträge, bei welchen die Nichtbeachtung der Form die Ungültigkeit des Vertrages zur Folge hatte; so mussten das Schenkungsversprechen, der Ehevertrag und der Hypothekenbestellungsvertrag öffentlich beurkundet werden. Dagegen waren die Verträge über Grundstücke und Bürgschaften in Frankreich an keine Solemnitätsform gebunden. In *Italien* waren die Formvorschriften strenger; so bedurften namentlich alle Verträge über Grundstücke der Form der Schriftlichkeit oder der öffentlichen Beurkundung. Die gewillkürte Schriftlichkeit (nach Art. 16 aOR) hatte vor allem deshalb grosse Verbreitung gefunden, weil die Parteien sich vielfach für den Wortlaut des Vertragstextes vorgedruckter Formulare bedienten. Zu der in Frankreich an diese Erscheinung anknüpfende Lehre von den Contrats d'adhésion vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 40, m.z.H. in Fn. 83 sowie S. 41.

57 Vgl. statt vieler Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012, S. 17.

Arbeitnehmerschutzes und der Sozialgesetzgebung das ursprünglich freie Vertragsrecht zurückgedrängt und durch eine ausführliche gesetzliche Umschreibung des zulässigen Vertragsinhalts ersetzt wurde.[58] In diesem Zusammenhang wurde von einer «Sozialisierung des Privatrechts» gesprochen.[59] Im französischen Recht hat man die Lehre von den sog. *contrats d'adhésion* entwickelt.[60] Deren Vertreter sind von der Auffassung ausgegangen, dass für eine schrankenlose Vertragsfreiheit die tatsächlichen Voraussetzungen nur dann vorhanden sind, wenn sich beide Kontrahenten wirtschaftlich in einer gleichwertigen und unabhängigen Lage befinden, sodass ein gegenseitiges Abwägen der Vor- und Nachteile die Grundlage für alle vertraglichen Beziehungen bilden kann.[61]

Weiter hat die einseitige Festlegung von Vertragsinhalten in diversen Branchen zu Formularverträgen und sog. Allgemeinen Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen geführt.[62] Die einseitige Festlegung des Vertragsinhalts geht in diesen Fällen bereits rein äusserlich daraus hervor, dass der mächtigere der beiden Kontrahenten der Gegenpartei ein gedrucktes, in grosser Auflage hergestelltes Formular vorlegt, welches alle Rechte und Pflichten enthält und vom Gegner lediglich unterzeichnet werden muss.[63]

Folgt man der Auffassung der Zurückdrängung des Prinzips der Vertragsfreiheit in den einzelnen Rechtsordnungen, wie sie in den letzten rund 150 Jahren von einigen Autoren konstatiert wird, so ist auf der anderen Seite auf die Anerkennung der Privatautonomie in gewissen jüngeren Disziplinen hinzuweisen.[64] So lässt das internationale Privatrecht den Parteien, deren vertragliche Beziehungen sich nicht innerhalb eines einzigen Staates abwickeln, grosse Freiheiten. Sie können ihre vertraglichen Beziehungen dem Recht eines ganz bestimmen Staates unterstellen. Das Gericht, welches über den Anspruch einer der beiden Parteien zu befinden hat, muss bei Bestehen einer solchen Rechts-

58 Scherrer (Fn. 1), S. 39.

59 Zudem wurden selbständige – unter das öffentliche Recht fallende – Disziplinen geschaffen; zum rechtshistorischen Kontext vgl. Scherrer (Fn. 1), S. 40.

60 Scherrer (Fn. 1), S. 40.

61 So wurde etwa folgendes konstatiert: «Sobald jedoch der eine Teil aus ökonomischen Gründen auf den Vertragsschluss dringend angewiesen ist, wird sein Partner eine solche Zwangslage auszunützen suchen, indem er eigenmächtig alle Bedingungen aufsetzt und dem andern nur die Wahl lässt, sie entweder anzunehmen oder auf das Zustandekommen einer Einigung zu verzichten»; Scherrer (Fn. 1), S. 40.

62 Vgl. statt vieler Corinne Zellweger-Gutknecht/Eugen Bucher, Basler Kommentar Obligationenrecht I, Kommentar zu Art. 1–529 OR, 6. Aufl., Basel 2015 (zit. BSK OR I-Zellweger-Gutknecht/Bucher), N. 47 ff. zu Art. 1 OR; vgl. ferner aus rechtshistorischer Sicht Scherrer (Fn. 1), S. 40.

63 Für die Ersteren besteht praktisch keine Möglichkeit, ihrerseits Wünsche anzubringen oder gar Änderungen des Vertragstextes zu verlangen. Es besteht deshalb die reale Gefahr, dass bei Anerkennung einer uneingeschränkten Vertragsfreiheit der wirtschaftlich Stärkere veranlasst wird, den Schwächeren auszubeuten; vgl. Furrer/Müller-Chen (Fn. 57), S. 130 und 132; vgl. aus rechtshistorischer Perspektive Scherrer (Fn. 1), S. 40. Vgl. ferner Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Bern 2016, Rz. 25.06.

64 Scherrer (Fn. 1), S. 42.

wahlklausel die Rechtsordnung des ausdrücklich im Vertrag bezeichneten Staates anwenden.[65]

Somit muss auf die einleitend aufgeführte Fragestellung zurückgekommen werden, inwiefern die Privatautonomie durch die aktuelle Rechtsentwicklung eher gestärkt oder geschwächt wurde. Dieser Frage wird in den nächsten Kapiteln anhand von aktuellen Beispielen aus dem Zivilrecht im Einzelnen nachgegangen. Dem Problembereich der Gefahr einer Ausbeutung des wirtschaftlich Schwächeren durch den wirtschaftlich Stärkeren wird nachgegangen, wobei allerdings nachfolgend das Schwergewicht auf einige zentrale Fragen aus dem Familien-, dem Erb- und dem Persönlichkeitsrecht (einschliesslich dem Gesundheitsrecht) gelegt wird, Rechtsgebieten also, bei welchen die Rollenverteilung – wer als der Schwächere, wer als der Stärkere zu gelten hat – etwas weniger klar eruierbar ist, etwa im Gegensatz zum Arbeits- oder Mietrecht. An welchen Werten sich die heutige Gesellschaft orientiert und durch welche Ziele sich der heutige Gesetzgeber motivieren lässt, wird man sich jeweils fragen müssen. Allerdings erscheinen diese Ziele und Motive nicht immer so klar, wie man sich das wünschen würde. Die Einschränkungen – bzw. umgekehrt die Erweiterungen – der Privatautonomie bei neuen Gesetzgebungsprojekten könnten – so die These – zumindest gewisse Indikatoren dieser Wertungen darstellen, was im Nachfolgenden zu zeigen sein wird.

C. Privatautonomie und familienrechtliche Entwicklungen

I. Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen in ihrer Entwicklung

1. Zulässigkeit von vorehelichen Verträgen und Scheidungsplanung

Der Abschluss eines Ehevertrages kann verschiedene Ziele verfolgen. So kann damit etwa auch eine Scheidungsplanung bezweckt werden. Ob solche vorehelichen Verträge im Hinblick auf eine allfällige spätere Scheidung – sog. «Prenuptial Agreements» nach dem Vorbild des US-amerikanischen Rechts – in der Schweiz zulässig sind, insbesondere wenn sie sich nicht nur mit güter-

65 Vgl. dazu ausführlich Jolanta Kren Kostkiewicz, Grundriss des schweizerischen Internationalen Privatrechts, 2. Aufl., Bern 2017, Rz. 2233. Allerdings findet die Parteiautonomie dort ihre Schranken, wo nach der *lex fori* aufgrund des Vorbehalts des *Ordre public* gewisse Vorschriften absolute Geltungskraft beanspruchen. Bereits vor dem Inkrafttreten des IPRG beurteilten sich die Wirkungen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien über diese Frage nach demjenigen Rechte, mit welchem das streitige Rechtsverhältnis den engsten räumlichen Zusammenhang aufweist; vgl. dazu Widmer, Die Bestimmungen des massgeblichen Rechts im internationalen Vertragsrecht, Zürcher Studien zum internationalen Vertragsrecht, Zürcher Studien zum internationalen Recht, Nr. 9 (1942) (zit. nach Scherrer (Fn. 1), S. 42, Fn. 84). Vgl. zur neueren Literatur statt vieler Marc Amstutz/Markus Wang, Basler Kommentar Internationales Privatrecht, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BSK IPRG, Amstutz/Wang), N. 25 zu Art. 116 IPRG.

rechtlichen Aspekten, sondern ausdrücklich auch mit den finanziellen Folgen einer allfälligen Scheidung (z.B. mit Verzicht auf den Vorsorgeausgleich oder nachehelichen Unterhalt) befassen, hat in der Lehre zu kontroversen Diskussionen geführt.[66] In der deutschen notariellen Praxis sind vorehelich abgeschlossene Eheverträge, welche eine Regelung über künftige Scheidungsfolgen enthalten, stark verbreitet.[67]

Die Frage der Zulässigkeit solcher Verträge wird im Gesetz nicht explizit geregelt.[68] Aufgrund der statistischen Zunahme des Scheidungsrisikos in den letzten Jahren und Jahrzehnten besteht ein gewisses praktisches Bedürfnis, den ökonomischen Folgen einer allfälligen späteren Scheidung bereits bei Eheschliessung Beachtung zu schenken und diese im Voraus vertraglich zu regeln.[69] Die Zulässigkeit solcher Eheverträge ist indessen im schweizerischen

66 Heinz Hausheer/Daniel Steck, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen – mehr Privatautonomie bei verstärkter Inhaltskontrolle ein dringendes Reformanliegen?, ZBJV 144/2008, S. 922 ff., S. 922; Maurice Courvoiser, Voreheliche und eheliche Scheidungsfolgevereinbarungen – Zulässigkeit und Gültigkeitsvoraussetzungen. Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung des US-amerikanischen und schweizerischen Rechts, Diss. Basel (Schriftenreihe für internationales Recht, Bd. 99), Basel 2002; Marion Jakob, Die Scheidungskonvention, Diss. St. Gallen, 2008; Sarah Guillod, Eheverträge in schweizerisch-deutschen Sachverhalten, Ehevertragliche Gestaltungsmöglichkeiten in schweizerischen, deutschen und schweizerisch-deutschen Sachverhalten im Bereich des Güterrechts, der beruflichen Vorsorge und des Unterhalts aus Sicht des schweizerischen und des deutschen Rechts, Diss. Basel (Schriftenreihe für internationales Recht, Bd. 125), Basel 2016, S. 1 ff.; Ingeborg Schwenzer, Grenzen der Vertragsfreiheit in Scheidungskonventionen und Eheverträgen, FamPra.ch 2005, S. 1 ff.; Peter Breitschmid, «Scheidungsplanung», Fragen um «Scheidungskonventionen auf Vorrat», AJP 1999, S. 1606 ff.; Philippe Meier, Planification du divorce: une illusion? Les conventions anticipées d'entretien en droit suisse, in: Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève/Zurich/Bâle, S. 289 ff.; Alexandra Rumo-Jungo, Reformbedürftiges Scheidungsrecht: ausgewählte Fragen, in: Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Symposium zum Familienrecht 2007, Zürich/Basel/Genf, 2008, S. 1 ff. (zit. Rumo-Jungo, Scheidungsrecht), S. 15 ff.

67 Zu den ehevertraglichen Gestaltungmöglichkeiten nach deutschem Recht vgl. ausführlich Guillod (Fn. 66), S. 50 ff.; Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 924 f. Vgl. hierzu auch das Urteil vom 28. 11. 2007, FamRZ 2008, S. 582 ff., mit teilweise abgedrucktem Sachverhalt bei Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 925 f.: *«2. Für den Fall der rechtkräftigen Scheidung unserer Ehe schliessen wir hiermit die Durchführung des Versorgungsausgleichs (VersAusgl) aus. Auch bei wesentlicher Veränderung der Verhältnisse soll diese Vereinbarung nicht gerichtlich abänderbar sein. 3. Für den Fall der rechtskräftigen Scheidung unserer Ehe verzichten wir hiermit wechselseitig auf jeglichen nachehelichen Unterhalt, auch für den Fall der Not, und nehmen diesen Verzicht hiermit wechselseitig an. Sollte aus unserer Ehe ein Kind hervorgehen, verliert dieser Unterhaltsverzicht seine Wirkungen. In diesem Falle verbleibt es vielmehr bei den gesetzlichen Regelungen (…).»* Das Amtsgericht hat die Ehe geschieden. Den Ehevertrag sah es als wirksam an. Die Revision wurde beim BGH abgewiesen, wobei es in der Begründung des Entscheides im Wesentlichen hiess, der Ehevertrag verstosse nicht gegen die guten Sitten, und es könne nicht davon ausgegangen werden, dass ihm wegen «einer gravierenden Störung der Vertragsparität» (gemäss § 138 Abs. 1 BGB) die Anerkennung der Rechtsordnung versagt werden müsste. Vgl. zur Rechtslage im deutschen Recht Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 926 ff.

68 Ingeborg Schwenzer, Richterliche Kontrolle von Unterhaltsvereinbarungen zwischen Ehegatten im Scheidungsverfahren, AJP 1996, S. 1156 ff., S. 1157.

69 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 924; Rumo-Jungo, Scheidungsrecht (Fn. 66), S. 9 f.

Recht umstritten.[70] Das Bundesgericht hatte sich erst in wenigen Fällen mit der Thematik zu befassen.[71]

2. *Wahl eines Güterstandes als zulässiger Inhalt eines Ehevertrages*

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Gegenstand eines Ehevertrages nur die Wahl eines bestimmten Güterstandes oder gewisse Änderungen eines solchen sein können.[72] Andere Vereinbarungen, welche zusätzlich in einen Ehevertrag inkorporiert werden, sind nicht als ehevertragliche Vereinbarungen zu qualifizieren.[73] Werden Scheidungsnebenfolgen, wie der nacheheliche Unterhalt oder die berufliche Vorsorge, vertraglich geregelt, handelt es sich systematisch um eine Scheidungskonvention – und nicht um einen Ehevertrag.[74] Die Verpflichtung zum Abschluss einer Scheidungskonvention mit vorgegebenem Inhalt in einem Ehevertrag stellt ebenfalls keine ehevertragliche Verpflichtung dar.[75]

Was die Rechtslage bezüglich Vereinbarungen, welche Güterrecht und Vorsorgeausgleich regeln, im schweizerischen Recht betrifft, so ist zunächst festzuhalten, dass nach Art. 182 Abs. 1 ZGB ein Ehevertrag vor oder nach der Heirat abgeschlossen werden kann. Innerhalb der gesetzlichen Schranken können Brautleute oder Ehegatten ihren Güterstand frei wählen, aufheben oder ändern (Art. 182 Abs. 2 ZGB).[76] Die entsprechende Vertragsfreiheit gilt innerhalb der allgemeinen Schranken von Art. 27 ZGB sowie Art. 19 und 20 OR.[77] Bei einem Verstoss gegen diese Normen oder bei rechtzeitiger Geltendmachung von Willensmängeln findet auf eine entsprechende Klage hin eine gerichtliche Über-

---

70 Ein Überblick über den Meinungsstand findet sich bei Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 924 Fn. 12; vgl. dazu ausführlich Guillod (Fn. 66), S. 5 ff.

71 BGE 121 III 393; 122 III 97; 129 III 481; BGer vom 4.12.2003, 5C_114/2003; BGer vom 2.06.2010, 5A_56/2010; vgl. dazu die Urteilsanmerkungen von Heinz Hausheer, Neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Familienrecht: insbesondere zu Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont, zum Vorsorgeausgleich und zur Wahlfreiheit beim Güterstand – Bemerkungen zu BGE 121 III 393 ff., 122 III 97 ff., 129 III 481 ff. und 5C.114/2003 vom 4. Dez. 2003, ZBJV 140/2004, S. 872 ff. (zit. Hausheer, Privatautnomie).

72 Vgl. Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Bd. II: Das Familienrecht. 1. Abteilung: Das Eherecht. 3. Teilbd.: Das Güterrecht der Ehegatten. 1. Unterteilbd.: Allgemeine Vorschriften. Art. 181–195a ZGB – Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung. Art 196–220 ZGB, 2. Aufl., Bern 1992 (zit. BK-Hausheer/Reusser/Geiser), N. 7 zu Art. 182 ZGB; vgl. zudem Guillod (Fn. 66), S. 5.

73 Vgl. Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller), N. 3 zu Art. 182 ZGB; Guillod (Fn. 66), S. 5.

74 BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 73), N. 8 zu Art. 182 ZGB; Guillod (Fn. 66), S. 6.

75 Vgl. BGer vom 2.06.2010, 5A_56/2010, E. 2.

76 Vgl. dazu Carmen Ladina Widmer, Gestaltungsmöglichkeiten von Eheverträgen und Scheidungskonventionen, ZBJV 145/2009, S. 419 ff., S. 421 f.

77 BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 24 zu Art. 182 ZGB.

prüfung des Ehevertrages statt.[78] Die Privatautonomie und deren Ausübung werden damit einem gesetzlichen sowie richterlichen Rahmen unterworfen.[79]

Das schweizerische Güterrecht ermöglicht es den Ehegatten, den Güterstand vertraglich anzupassen und in gewissen Bereichen (wie bezüglich der Vorschlagsteilung und der Gesamtgutsteilung) auch Regelungen im Hinblick auf eine allfällige Scheidung zu treffen.[80] Es ist den Ehegatten überlassen, entsprechende Befristungen und Bedingungen im Ehevertrag vorzusehen, um nachträglichen Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse Rechnung zu tragen.[81] Einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen solche im Voraus getroffenen Vereinbarungen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht.[82] Diese Möglichkeiten machen das Güterrecht zu einem wichtigen und wohl zentralen Instrument einer rechtsverbindlichen Scheidungsplanung.[83]

3. Inhaltliche Kontrolle von das Güterrecht regelnden Eheverträgen

Im Schrifttum wird in jüngerer Zeit teilweise die Auffassung vertreten, die das Güterrecht regelnden Eheverträge sollten einer gerichtlichen Inhaltskontrolle unterworfen werden.[84] So wird argumentiert, dass der Anspruch auf gleiche Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg während der Ehe, wie er im Gesetz beim Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung zum Ausdruck komme, nicht nur dem heutigen Gerechtigkeitsempfinden entspreche, sondern «auch allein letztlich dem Grundsatz der Gleichheit von Frau und Mann, jedenfalls wenn Kinder aus der Ehe hervorgehen und diese vorwiegend von einem Ehegatten betreut» würden.[85] Weiter wird geltend gemacht, dass das Bundesgericht die Problematik anerkannt habe und die Tatsache der Gütertrennung bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen berücksichtigt habe;[86] auch wurde dem Ehemann in einem Entscheid zugemutet, das Vermögen anzuzeh-

78 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 933 f.
79 Vgl. zu den ehevertraglichen Gestaltungmöglichkeiten ausführlich Guillod (Fn. 66), S. 5 ff.
80 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 7 ff. und 21.
81 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 11 ff. und 21.
82 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 11 ff. und 21; BGer vom 4.12.2003, 5C.114/2003.
83 Vgl. Daniel Trachsel/Margherita Bortolani-Slongo, »Scheidungsvereinbarungen auf Vorrat»: Taugliches Instrument familienrechtlichen Risikomanagements?, AJP 2009, S. 301 ff., 309; Guillod (Fn. 66), S. 21.
84 Vgl. Schwenzer (Fn. 66), S. 7; Ivo Schwander, Eheverträge – zwischen «ewigen» Verträgen und Inhaltskontrollen, AJP 2003, S. 572 f.; Hubert Stöckli, Die Ehevertragsfreiheit und ihre Schranken, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz (Hrsg.), Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Symposium zum Familienrecht 2007, Universität Freiburg, Zürich 2008, S. 85 ff.; S. 99 f., Rumo-Jungo, Scheidungsrecht (Fn. 66), S. 19; Courvoiser (Fn. 66), S. 295 ff.
85 Schwenzer (Fn. 66), S. 7 f. unter Hinweis auf Schwander (Fn. 84), S. 572 f.; ferner Thomas Sutter-Somm/Felix Kobel, FamPra.ch 2004, S. 776 ff., S. 795 ff.
86 Vgl. BGer, FamPra.ch 2002, S. 369 f.

ren, um nachehelichen Unterhalt zu leisten,[87] und in einem anderen Fall wurde er trotz Gütertrennung und fehlender zweiter Säule zu einer Kapitalleistung an die Ehefrau verpflichtet, um die Vorsorgelücke zu füllen.[88] Dies wird als Hinweis darauf gedeutet, dass Einschränkungen der Privatautonomie aus Wertungsüberlegungen durchaus Sinn machen können.

Unter altem Recht (in Kraft bis 1. Januar 1988) bedurften Eheverträge, die während der Ehe abgeschlossen wurden, der Zustimmung durch die Vormundschaftsbehörde (aArt. 181 Abs. 2 ZGB).[89] Für diese Einschränkung der Privatautonomie wurde es aufgrund von gesellschaftlichen Entwicklungen zusehends schwierig, eine nachvollziehbare Begründung zu finden. Im Rahmen der Revision wurde das behördliche Zustimmungserfordernis deshalb zugunsten der Privatautonomie der Ehegatten denn auch gestrichen.

Eine Inhaltskontrolle durch eine Behörde findet nun nicht mehr statt – abgesehen von der erwähnten gerichtlichen Inhaltskontrolle in Spezialfällen auf Klage hin. Eine gerichtliche oder behördliche Genehmigung von Eheverträgen ist im Regelfall gesetzlich nicht mehr vorgesehen; vorgesehen ist nur – aber immerhin – eine öffentliche Beurkundungspflicht (Art. 184 ZGB).

Auch in einer allfälligen späteren Gerichtsverhandlung, namentlich im Rahmen einer Scheidung, ist keine gerichtliche Kontrolle vorgesehen; vorfrageweise wird lediglich die Gültigkeit des Vertrages überprüft (allerdings auch nur, wenn eine entsprechende Rüge vorgebracht wird). Eine Angemessenheitskontrolle hingegen erfolgt nicht.[90]

Grundsätzlich ist zu konstatieren, dass im güterrechtlichen Bereich das schweizerische Recht den Ehegatten einen relativ grossen Spielraum zur Verfügung stellt, um Vorkehrungen in Bezug auf eine allfällige spätere Scheidung vorzunehmen.[91]

---

87 Vgl. BGE 129 III 7 ff. E. 3.2 = FamPra.ch 2003, S. 169 ff., S. 172; BGer, FamPra.ch 2004, S. 408.

88 Vgl. BGE 129 III 257 E. 3.5.

89 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 934 m.H.; Widmer (Fn. 76), S. 422.

90 Thomas Geiser, Bedürfen Eheverträge der gerichtlichen Genehmigung?, in: Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Beiträge zum Familienrecht, Erbrecht, Persönlichkeitsrecht, Haftpflichtrecht, Medizinalrecht und allgemeinen Privatrecht, in: Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag, Bern 2002, S. 217 ff., S. 232 Rz. 4.14; Widmer (Fn. 76), S. 422. Schwenzer äusserte die Auffassung, dass eine ehevertragliche Vereinbarung von Gütertrennung einer Inhaltskontrolle unterworfen und dahingehend korrigiert werden sollte, dass Vermögenswerte, die der Altersvorsorge dienen, hälftig zu teilen wären; Schwenzer (Fn. 66), S. 8 f. Sie argumentiert damit, dass ein solches Vorgehen methodenehrlicher wäre und den Wertentscheiden des Gesetzgebers besser entsprechen würde, jedenfalls in Fällen, in denen keine zweite Säule vorhanden ist.

91 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 7, mit ausführlicher Begründung dazu S. 7 ff.

4. Andere als güterrechtliche Vereinbarungen im Ehevertrag?

Werden bei Vertragsschluss gleichzeitig Vereinbarungen über andere Gegenstände wie etwa Unterhalt getroffen und in den Ehevertrag aufgenommen, so wird davon ausgegangen, dass diese nicht die Bedeutung einer ehevertraglichen Vereinbarung im juristisch-technischen Sinne erhalten.[92] So wird etwa darauf hingewiesen, dass Vereinbarungen über die allgemeinen Wirkungen der Ehe[93] zwar das Vermögensrecht der Ehegatten beträfen, jedoch nicht den Güterstand, weshalb sie nicht Teil eines Ehevertrages sein könnten.[94]

Die gesetzlichen Bestimmungen machen klar, dass jegliche andere konventionelle Regelungen, namentlich vermögensrechtliche Absprachen im Rahmen der allgemeinen Wirkungen der Ehe sowie im Rahmen von Scheidungsfolgevereinbarungen, nicht Gegenstand von Eheverträgen sein können.[95] Dies bedeutet jedoch nicht, dass in der Praxis nicht auch andere Vereinbarungen in Eheverträge aufgenommen werden. Diese unterstehen allerdings nicht den Bestimmungen über den Ehevertrag, sondern haben sich einerseits nach der für sie speziell vorgesehenen Form zu richten,[96] andererseits hängt auch ihre Verbindlichkeit nicht allein von der Gültigkeit des Ehevertrages ab, sondern ist im konkreten Fall gesondert zu prüfen.

5. Zwischenfazit

Anlässlich der Revision des Scheidungsrechts wurde die Möglichkeit eines Wahlgüterstandes ohne behördliche Genehmigung bewusst zugelassen und da-

---

92 So Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 934; Geiser (Fn. 90), S. 230 f. Rz. 4.10.

93 Vgl. BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 73), N. 3 zu Art. 182 ZGB; BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 9 zu Art. 182 ZGB; Guillod (Fn. 66), S. 6.

94 Es kann eingewendet werden, dass der Ehevertrag dazu da sein soll, die finanziellen Verhältnisse *während* bestehender Ehe zu regeln, nicht jedoch ein späteres Stadium der «Nicht-Mehr-Ehe». Hinzu kommt, dass gar nicht sicher ist, ob dieses Ereignis je eintreten wird oder nicht; der Verweis auf eine statistische Scheidungswahrscheinlichkeit kann kaum genügen. Weiter lässt sich einwenden, dass antizipierte parteiautonome Scheidungsregelungen sich kaum durch ein schützenswertes Interesse begründen lassen; der Hinweis allein auf die Planungssicherheit vermag ebenfalls kaum zu genügen, solange man die Ehe (noch) als Institution betrachtet. Schliesslich ist nicht zu übersehen, dass der zeitliche «Planungshorizont» nicht unbeachtet bleiben kann: was im Hinblick auf ein mögliches Scheitern der Ehe (i.S. eines «Scheiternshorizontes») vor 5 Jahren vereinbart wurde, kann nach 25 Jahren Ehedauer insbesondere wenn zwischenzeitlich Kinder hinzugekommen sind, als längst überholt, nicht mehr gewollt und nicht mehr angemessen erscheinen. Solange man die Scheidung nicht formfrei erlaubt und solange man Scheidungsnebenfolgen richterlich genehmigen lassen muss, muss jede vertragliche Regelunge bezüglich Scheidungsfolgen zumindest der gerichtlichen Nachkontrolle unterworfen bleiben, wenn man sie nicht bereits zum vornherein als nichtig qualifiziert. Vgl. dazu nachstehend unter II. Ziff. 7.

95 Widmer (Fn. 76), S. 422. Dazu insbesondere BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 8 f. und 17 zu Art. 182 ZGB.

96 Vgl. BSK ZGB I-Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 73), N. 2 zu Art. 184 ZGB; Widmer (Fn. 76), S. 422; Geiser (Fn. 90), S. 225 Rz. 3.8; Guillod (Fn. 66), S. 6.

mit die Privatautonomie in diesem Rechtsbereich gestärkt. Einerseits wurde die bis zum 1. Januar 1988 geltende behördliche Genehmigung (von Art. 181 aZGB) anlässlich der umfassenden Eherechtsreform bewusst fallen gelassen.[97] Andererseits wurde der altrechtliche Interessenkonflikt hinsichtlich der güterrechtlichen Privilegierung des überlebenden Ehegatten und den Pflichtteilsrechten von Nachkommen bereinigt. Zudem hat mit Art. 217 ZGB die Frage des Bestandes einer Ehevertragsmodifikation im Scheidungsfall eine ausdrückliche Regelung erfahren.[98] Zwar sprachen sich vereinzelte Autoren auch nach dieser Reform für eine «offene Inhaltskontrolle von Güterrechtsverträgen nach Massgabe des dispositiven Rechts» aus.[99] Diese Auffassung dürfte inzwischen jedoch als überholt gelten. Damit hat die Privatautonomie im Bereich des Güterrechts eine deutliche Stärkung erfahren.

Das Bundesgericht hat bereits im Jahre 2003 festgehalten, dass die Wahl eines vertraglichen Güterstandes (bzw. der Ehevertrag als Güterrechtsvertrag) nicht vom Genehmigungsvorbehalt des Art. 140 aZGB erfasst werde.[100] Zu Recht wurde – etwa von Geiser – festgestellt: Müsste jeder Ehevertrag im Scheidungsfall gerichtlich genehmigt werden, gäbe es gar keine verbindlichen Eheverträge mehr; es bliebe stets die Bestätigung durch die Ehegatten im Verfahren nach Art. 111 f. ZGB vorbehalten.[101] Hinzu kam, dass Eheverträge seit dem 1. Januar 1988 in keinem Fall mehr von der Vormundschaftsbehörde genehmigt werden mussten.[102]

Damit war in zwei Rechtsbereichen eine klare *Ausweitung und Stärkung der Privatautonomie* erfolgt, indem es der Parteidisposition der Ehegatten anheimgestellt wurde, ihre güterrechtlichen Verhältnisse parteiautonom und ohne behördliche Eingriffe zu ordnen. Im Bereich des Ehegüterrechts lässt der Gesetzgeber sowohl das Abweichen von der gesetzlichen Errungenschaftsbeteiligung im Rahmen des ordentlichen subsidiären Güterstandes als auch die Wahl eines vertraglichen Alternativgüterstandes zu. Diese Wahlfreiheit besteht grundsätzlich uneingeschränkt während der gesamten Ehedauer. Sie unterliegt nur einer sehr beschränkten Abschlusskontrolle bzw. dem Vorbehalt von Art. 2 Abs. 2 ZGB.[103] Somit kann als Grundsatz festgehalten werden, dass der Inhalt eines Ehevertrages der praktisch uneingeschränkten Privatautonomie der Ehepartner unterliegt, bei der Scheidungskonvention hingegen – und insbesondere deren güterrechtlichen Klauseln – stärkere Ein-

97 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 875; Näheres dazu bei Geiser (Fn. 90), S. 217 ff., insbesondere S. 223 ff. Rz. 3.3 ff.
98 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 876.
99 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 876 unter Hinweis auf Courvoisier (Fn. 66).
100 Seit dem Entscheid des Bundesgerichts vom 4. 12. 2003, 5C_114/2003 scheint diese Frage endgültig geklärt.
101 Geiser (Fn. 90), S. 225 Rz. 3.7.
102 Vgl. aArt. 181 Abs. 2 ZGB; vgl. dazu Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 876.
103 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 879.

schränkungen der Privatautonomie bestehen, als dass bei diesen die gerichtliche Genehmigung unentbehrlich ist.[104]

II. Unterhaltsvereinbarungen

1 Vereinbarungen der Ehegatten während bestehender Ehe

Vereinbarungen der Ehegatten über den ehelichen Unterhalt sind auf der Basis von Art. 168 ZGB grundsätzlich zulässig und formlos gültig.[105] Bei fehlender Einigung kommt das gerichtliche Eheschutzverfahren zur Anwendung.[106] Im Rahmen eines solchen Eheschutzverfahrens gilt grundsätzlich die Verhandlungsmaxime,[107] welche durch die richterliche Fragepflicht und den Untersuchungsgrundsatz gemildert wird (vgl. Art. 56 und 272 ZPO).[108] Es gilt somit ebenfalls als Grundsatz die Privatautonomie der Ehegatten in diesem Bereich.

2. Vereinbarungen im Rahmen eines Scheidungsverfahrens

Vereinbarungen der Ehegatten über die Scheidungsfolgen sind vom Gericht zu prüfen und zu genehmigen (vgl. Art. 279 ff. ZPO).[109] Da die Vereinbarung mit der Genehmigung zum Bestandteil des Scheidungsurteils wird (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO) und an dessen Rechtskraft teilnimmt, steht fest, dass sie dadurch auch ihren rein privatrechtlichen Charakter verliert.[110]

Eheverträge unterliegen demgegenüber keiner Inhaltskontrolle und auch keiner Genehmigungspflicht.[111] Für die güterrechtliche Auseinandersetzung und den nachehelichen Unterhalt gilt im Scheidungsverfahren der Verhandlungs-

---

104 Vgl. BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 17 zu Art. 182 ZGB; Hausheer/Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge (Fn. 73), S. 189.

105 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 936; Hausheer/Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge (Fn. 73), S. 182; Widmer (Fn. 76), S. 423. Solche ehelichen Vereinbarungen gelten jedoch als jederzeit einseitig widerrufbar und können dann durch eine neue Regelung ersetzt werden; vgl. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 936.

106 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 936 f.

107 Vgl. Art. 175 ff. ZGB; Art. 55 Abs. 1 und Art. 271 lit. a ZPO; vgl. bezüglich des Scheidungsverfahrens explizit in Art. 277 Abs. 1 ZPO.

108 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 937. Siehe auch Art. 56 und Art. 272 ZPO.

109 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 934 m.z.H.

110 Daniel Steck, Scheidungsplanung? – Gedanken zur Rechtsnatur und Bindungswirkung der Scheidungsvereinbarung, in: Privat Law – national-, global, comparative, Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag (Bd. I und II), Bern 2011, S. 1623 ff., S. 1626; BGE 105 II 166, E. 1; 119 II 297, E. 3b. Nach einer anderen Auffassung galt die Scheidungsvereinbarung aufgrund einer funktionalen Betrachtungsweise als besondere Form eines *gerichtlichen Vergleichs*, der jedoch – atypisch für den gerichtlichen Vergleich – vom Gericht genehmigt werden musste, weshalb es sich nur um einen *bedingten* gerichtlichen Vergleich handeln konnte. Nach Auffassung von Steck (a.a.O.), S. 1629, wäre es naheliegender, die Scheidungsvereinbarung rechtlich als familienrechtlichen Vertrag sui generis einzustufen, der trotz rechtlich unterschiedlich zu qualifizierenden inhaltlichen Elementen einheitlichen Regeln folgt.

111 Vgl. dazu vorstehend.

grundsatz (Art. 277 Abs. 1 ZPO).[112] Eine Inhaltskontrolle von Scheidungskonventionen durch das Scheidungsgericht findet nur in relativ engem Rahmen statt (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO). Es muss im Übrigen ein Verstoss gegen zwingende gesetzliche Bestimmungen geltend gemacht werden, welcher zur Nichtigkeit des Ehevertrages führen müsste. Insbesondere findet keine eigentliche Angemessenheitsprüfung statt.[113] Die Vereinbarung der Ehegatten über die konkrete güterrechtliche Auseinandersetzung im Rahmen einer Scheidungskonvention unterliegt zwar einer gerichtlichen Genehmigung; betroffen ist in diesem Fall aber nicht der Güterstand als solcher und deshalb auch nicht der Inhalt des Ehevertrages.[114]

Vereinbarungen der Ehegatten sind somit zulässig, unterliegen jedoch einer gerichtlichen Genehmigung (vgl. Art. 279 Abs. 1 ZPO). Die Genehmigung stellt ein Gültigkeitserfordernis dar. Bei seiner Prüfung hat sich das Gericht davon zu überzeugen, dass die Vereinbarung aus freiem Willen und nach reiflicher Überlegung geschlossen wurde. Das Gericht hat zum einen zu prüfen, ob Willensmängel (Art. 23 ff. OR) vorliegen oder ob eine Partei unter Druck gesetzt wurde.[115] Die Genehmigung setzt des Weiteren voraus, dass die Vereinbarung klar, vollständig und nicht offensichtlich unangemessen ist. Die Vereinbarung darf nicht rechts- oder sittenwidrig sein.[116] Ob das Gericht berechtigt bzw. verpflichtet ist, eine über die Gesetzes- und Sittenwidrigkeit hinausgehende inhaltliche Kontrolle vorzunehmen, gilt als umstritten.[117] Gemäss *BGE 121 III 393* darf die Genehmigung versagt werden, wenn die getroffene Abrede in einer durch Billigkeitserwägungen nicht zu rechtfertigenden Weise von der gesetzlichen Regelung abweicht.[118]

---

112 Alle anderen relevanten Aspekte, insbesondere die scheidungsbegründenden Tatsachen, die Kinderbelange sowie die berufliche Vorsorge, unterliegen der Offizial- und der Untersuchungsmaxime (Art. 277 Abs. 3 sowie Art. 296 Abs. 1 ZPO); vgl. Regina Aebi-Müller/Lenka Ziegler, Schweiz, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Bielefeld 2017, S. 78 ff., S. 91.

113 Vgl. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 935 Fn. 64 m.H.

114 Vgl. zur Vertragsfreiheit im Zusammenhang mit dem Ehegüterrecht Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge bei Scheidung, in: Rumo-Jungo/Pichonnaz (Hrsg.), Kind und Scheidung, Symposium zum Familienrecht, Zürich 2006, S. 181 ff., S. 192 ff. (zit. Hausheer/Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge) zur Frage der Überprüfung der konkreten Auflösung des Güterstandes im Scheidungsfall insbesondere vgl. S. 195 f.

115 Vgl. Daniel Bähler, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel 2017 (zit. BSK ZPO-Bähler), N. 2 zu Art. 279 ZPO; Matthias Stein-Wigger, FamKomm Scheidung, Bd. II: Anhänge, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. FamKomm Scheidung-Stein-Wigger), Anh. ZPO, N. 9 ff. zu Art. 279 ZPO. Vgl. zum alten Recht: Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 938.

116 Als Beispiel einer sittenwidrigen Vereinbarung wird in der Lehre der Verzicht auf nachehelichen Unterhalt und die damit verbundene Gefahr der Abwälzung der Bedürftigkeit auf die Sozialhilfe und Verwandtenunterstützung trotz Leistungsfähigkeit der anderen Partei genannt; vgl. BSK ZPO-Bähler (Fn. 115), N. 3 f. zu Art. 279 ZPO.

117 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 39 m.H.; vgl. ferner FamKomm Scheidung-Stein-Wigger (Fn. 115), Anh. ZPO N. 23 zu Art. 279 ZPO.

118 BGE 121 III 393, E. 5c; vgl. ferner eingehend FamKomm Scheidung-Stein-Wigger (Fn. 115), Anh. ZPO N. 23 ff. zu Art. 279 ZPO; Guillod (Fn. 66), S. 39; a.M. Geiser (Fn. 90), S. 220

3. Zu den Wirkungen von Vereinbarungen im Kontext des Scheidungsverfahrens

Art. 111 Abs. 1 ZGB hält fest, dass die Ehegatten die Scheidung auf gemeinsames Begehren beantragen und – wenn sie sich umfassend geeinigt haben – eine Scheidungskonvention mit den vereinbarten Scheidungsfolgen beim Gericht einreichen können.[119] Die Ehegatten müssen die Unterhaltsvereinbarung bzw. Scheidungsvereinbarung während der Dauer des Anhörungsverfahrens, spätestens aber vor dessen Abschluss, bestätigen.[120] Erteilen die Parteien die Bestätigung, sind sie gebunden.[121] Hat sich das Gericht anlässlich der Anhörung davon überzeugt, dass das Scheidungsbegehren und die Konvention auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und kann die Vereinbarung mit den Anträgen hinsichtlich der Kinder genehmigt werden, so spricht es die Scheidung aus (Art. 111 Abs. 2 ZGB). Die Ehegatten haben noch die Möglichkeit, die Bestätigung der Vereinbarung im Rahmen der Anhörung zu verweigern.[122] In diesem Fall muss der nacheheliche Unterhalt nach Art. 288 Abs. 2 ZPO in einem kontradiktorischen Annexverfahren gerichtlich festgelegt werden.[123]

Möglich ist auch, dass zwischen den Ehegatten lediglich in Bezug auf gewisse Folgen Einigkeit herrscht, dass sie aber bezüglich der übrigen Folgen das Gericht entscheiden lassen (sog. Teileinigung nach Art. 112 ZGB).[124] Inhaltlich kommt eine Scheidungskonvention in erster Linie für die Regelung vermögensrechtlicher Belange in Frage.[125] Üblicherweise wird dahingehend unterschieden, ob die Parteien die Konvention im Rahmen eines Verfahrens der

---

Rz. 2.5 m.w.H., der eine «offensichtliche Unangemessenheit» für eine Verweigerung der Genehmigung fordert. Die Anknüpfung an die unter altem Scheidungsrecht ergangenen Entscheidungen wird bejaht, da die neuere Rechtsprechung an den unter Art. 158 Ziff. 5 aZGB entwickelten Kontrollmassstab anknüpfe. Vgl. auch FamKomm Scheidung-Stein-Wigger (Fn. 115), Anh. ZPO N. 23 zu Art. 279 ZPO.

119 Die Vereinbarung sowie die dazugehörenden Belege werden vom Gericht, einer ersten provisorischen Prüfung unterzogen. Anschliessend lädt das Gericht die Ehegatten zur gerichtlichen Anhörung vor (Art. 287 ZPO); vgl. Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 86 f.

120 Vgl. Roland Fankhauser, FamKomm Scheidung, Bd. II: Anhänge, 3. Aufl., Bern 2017 (zit. FamKomm Scheidung-Fankhauser), Anh. ZPO N. 9 ff. zu Art. 285 ZPO; Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 945; Guillod (Fn. 66), S. 38. Die persönliche Anhörung bezweckt die Prüfung einerseits der Freiwilligkeit und anderseits der Ernsthaftigkeit der gemeinsamen Anträge. Sofern von der Scheidung minderjährige Kinder betroffen sind, muss das Gericht diese in der Regel ebenfalls anhören (Art. 298 ZPO); vgl. Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 86 f.

121 Vgl. FamKomm Scheidung-Stein-Wigger (Fn. 115), Anh. ZPO N. 38 zu Art. 279 ZPO. Nach Abschluss der richterlichen Anhörung wird die Zustimmung zur Scheidung und zur Scheidungskonvention grundsätzlich unwiderruflich (unter Vorbehalt von Willensmängeln, vgl. Art. 289 ZPO); vgl. ferner Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 86 f.

122 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 945; BSK ZPO-Bähler (Fn. 115), N. 2 zu Art. 288 ZPO.

123 BSK ZPO-Bähler (Fn. 115), N. 4 zu Art. 288 ZPO.

124 Eine Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung kann selbst bei einer Scheidungsklage getroffen und gemeinsam eingereicht werden.

125 Dabei stellt sich die Frage nach der Bindungswirkung einer solchen Scheidungsvereinbarung zwischen den Parteien.

Scheidung auf Klage oder der Scheidung auf gemeinsames Begehren abschliessen.[126] Was die Bindungswirkung von Vereinbarungen über den nachehelichen Unterhalt betrifft, hat sich die Rechtslage seit dem Inkrafttreten des Scheidungsrechts 1998/2000 insofern geändert, als dass bei einer Scheidung auf gemeinsames Begehren – im Sinne einer umfassenden Einigung – das Gericht zu überzeugen ist, dass «das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung voraussichtlich genehmigt werden kann» (Art. 111 ZGB).[127] Die Parteien haben sich zwar vertraglich gebunden, doch kann wegen der familienrechtlichen Überlagerung dieses Vertrages jeder Ehegatte im Anhörungsverfahren trotzdem erklären, dass der Vereinbarung nicht mehr zugestimmt wird, sodass diese gegenstandslos wird.[128]

Mit der am 1. Februar 2010 in Kraft getretenen Scheidungsrechtsrevision wurde die zweimonatige Bedenkzeit aufgehoben.[129] Sind Ansprüche auf nacheheliche Unterhalt in einem Scheidungsverfahren zu entscheiden oder die güterrechtliche Auseinandersetzung vorzunehmen, gelangt die Verhandlungsmaxime zur Anwendung (Art. 277 Abs. 1 ZPO).[130] Das Gericht ist zudem an die Rechtsbegehren gebunden und darf nicht über die Anträge der Parteien hinausgehen (Dispositionsmaxime).[131] Damit wurde die Parteiautonomie im Rahmen des Scheidungsverfahrens nochmals gestärkt.[132]

4. Rechtliche Wirksamkeit einer früher abgeschlossenen Vereinbarung

Eine weitere Frage, die sich stellt, ist diejenige nach der rechtlichen Wirksamkeit einer früher abgeschlossenen Vereinbarung über Scheidungsfolgen. Seit Inkrafttreten des Scheidungsrechts 1998/2000 hat sich das Gericht bei der Scheidung auf gemeinsames Begehren – im Sinne der umfassenden Einigung – davon zu überzeugen, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Wil-

126 Vgl. dazu Widmer (Fn. 76), S. 423.

127 Vgl. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 940.

128 Art. 111 Abs. 2 ZGB. Siehe Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 940 f. m.z.H. Die vormalig bestehende zweimonatige Bedenkzeit wurde mit der Revision in Kraft seit 1.02.2010 abgeschafft. Bis dahin konnte nach Ablauf der Bedenkzeit durch Unterlassen der schriftlichen Bestätigung die Scheidung auf gemeinsames Begehren und die Vereinbarung zu Fall gebracht werden.

129 Gemäss Bundesgesetz vom 25. September 2009 über die Änderung des ZGB (Bedenkzeit im Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren, AS 2010, S. 281). Vgl. auch Art. 23, 274 ff., 279 ff., 285, 287 ff. ZPO und Art. 29 PartG. Vgl. dazu Steck (Fn. 110), S. 1630, wonach mit der Gesetzesrevision (in Kraft seit 1.02.2010) weder hinsichtlich der Rechtsnatur von Scheidungsvereinbarungen noch hinsichtlich der Bindungswirkung der Scheidungskonvention eine Änderung der Rechtslage bezweckt war. Demnach war *ratio legis* einzig die Beseitigung des als «tote Zeit» bezeichneten und als unnütze Schikane empfundenen Bestätigungsverfahrens zwei Monate nach durchgeführter Anhörung, das zu einer für viele Scheidungswillige unliebsamen Verzögerung des Eintritts der Rechtskraft des Scheidungsurteils führte.

130 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 938 und 945.

131 Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 91.

132 Vgl. dazu nachstehend unter Ziff. 6.

len und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung voraussichtlich genehmigt werden kann.[133] Nach der revidierten Fassung von Art. 111 Abs. 2 ZGB (in Kraft seit dem 1. Februar 2010) muss sich das Gericht weiterhin im Rahmen der Anhörung davon überzeugen, dass das Scheidungsbegehren und die Vereinbarung auf freiem Willen und reiflicher Überlegung beruhen und die Vereinbarung mit den Anträgen hinsichtlich der Kinder genehmigt werden kann.[134]

Beruft sich im Klageverfahren *eine Partei allein* auf eine früher abgeschlossene Vereinbarung über die Scheidungsfolgen, kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das Verfahren über die Scheidung auf gemeinsames Begehren *nicht* zur Anwendung gelangen.[135] Die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen bindet in diesem Fall die Parteien zwar vertragsrechtlich; es gelten somit die allgemeinen Regeln des Vertragsrechts. Die Partei, welche die Konvention ablehnt, kann jedoch die Nichtgenehmigung beantragen.[136]

Wird die Scheidung auf gemeinsames Begehren abgewiesen, stellt sich die Frage, ob die abgeschlossene Scheidungsvereinbarung, die von einer Partei nicht mehr gewollt ist, trotzdem in einem nachfolgenden Klageverfahren bindende Wirkung entfaltet. Dies ist zu verneinen, sofern feststeht, dass zwischen dem gemeinsamen Scheidungsbegehren und der abgeschlossenen Vereinbarung über die Scheidungsfolgen ein untrennbarer Zusammenhang beabsichtigt war. Es sollte eine tatsächliche Vermutung dafür bestehen, dass die Vereinbarung über die Scheidungsfolgen nur für das *konkrete Verfahren* einer Scheidung auf gemeinsames Begehren Gültigkeit hat, hingegen die Rechtwirkungen entfallen und bei Abweichung des Begehrens hinfällig werden, so dass sie in einem allfälligen Klageverfahren neu ausgehandelt werden müssen.[137] Auch diese prozessualen Konsequenzen können als Stärkung der Privatautonomie gedeutet werden.

---

133 Vgl. zur Rechtslage aufgrund des Scheidungsrechts von 1998/2000 nachfolgend.

134 Siehe Steck (Fn. 110), S. 1630, wonach die Grundlage für eine Scheidung auf gemeinsames Begehren in grundsätzlicher Hinsicht dieselbe geblieben und erst gegeben ist, wenn die Ehegatten vor dem Scheidungsgericht übereinstimmend erklärt haben, dass sie die Scheidung verlangen und gemeinsam Antrag auf Genehmigung der Vereinbarung über die Scheidungsfolgen stellen. – Zur Rechtsverbindlichkeit der einvernehmlichen Scheidung bedarf es der gerichtlichen Genehmigung der Konvention (Art. 279 ZPO); die private Einigung wird einer formellen und einer eingeschränkten materiellen Prüfung unterzogen. Im Bereich des Güterrechts und des Scheidungsunterhalts kann das Gericht weder mehr noch anderes zusprechen, als die Parteien beantragen. Die Konvention muss klar, vollständig, rechtlich zulässig und darf nicht offensichtlich unangemessen sein (Art. 279 Abs. 1 ZPO). Bei der Prüfung der gemeinsamen Anträge betreffend Teilung der beruflichen Vorsorge muss eine inhaltliche Kontrolle bezüglich der Rechtskonformität erfolgen. Hinsichtlich der kindesrechtlichen Nebenfolgen (elterliche Sorge, Betreuung, Kontakt- und Besuchsrecht sowie Kindesunterhalt) hat die Vereinbarung lediglich die Funktion übereinstimmender Anträge, die das Gericht in keiner Weise binden; vgl. dazu Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 93 f.

135 Steck (Fn. 110), S. 1631.

136 Steck (Fn. 110), S. 1631; BGE 99 II 359 E. 3b und c; BGer vom 14.07.2005, 5C_270/2004, E. 3.2 *in fine* und 5.4.1; BGer vom 2.10.2008, 5A_599/2007, 5A_626/2007, E. 6.3.1.

137 Gl.M. Steck (Fn. 110), S. 1633.

5. *Unterhaltsvereinbarungen ohne konkrete Scheidungsabsicht (sog. antizipierte Scheidungsvereinbarungen)*

Wird eine vertragliche Regelung von Brautleuten oder Eheleuten ohne jede konkrete Scheidungsabsicht für den Fall einer künftigen (vorerst hypothetischen) Ehescheidung über einen allfälligen nachehelichen Unterhaltsbeitrag getroffen, ist von der vorstehenden Sachlage der Scheidungskonvention und deren Genehmigungsvorbehalt zu differenzieren. Bereits die Frage, ob hierbei überhaupt eine «Vereinbarung über die Scheidungsfolgen» vorliegt, muss als kontrovers gelten und bedarf einer gesonderten Behandlung.[138] Einigkeit dürfte im Schrifttum einzig in der Frage bestehen, dass der Abschluss einer Vereinbarung nicht notwendigerweise während des laufenden Scheidungsverfahrens stattfinden muss, sondern durchaus auch im unmittelbaren Vorfeld der Scheidung erfolgen kann.[139]

Bezüglich der Bindungswirkung von Konventionen muss im Allgemeinen zwischen der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit umfassender Einigung, der Scheidung auf gemeinsames Begehren mit teilweiser Einigung und der Scheidung auf Klage unterschieden werden.[140] Ehegatten haben verschiedene Möglichkeiten, ihr Zusammenleben einschliesslich der vermögensrechtlichen Belange ihrer Gemeinschaft vertraglich zu gestalten.[141] Diese Vereinbarungen können Regelungen für das bevorstehende oder bereits bestehende Zusammenleben enthalten, wobei auch bereits eine mögliche zukünftige Scheidung in den Planungshorizont einbezogen werden kann. Damit soll eine gewisse «Planungssicherheit» hinsichtlich des im Moment der Eheschliessung noch unerwünschten Scheidungsrisikos erzielt werden.[142]

6. *Scheidungsrisiko und wirtschaftliche Scheidungsfolgen*

Bereits unter dem früheren Scheidungsrecht hatte sich bezüglich der wirtschaftlichen Scheidungsfolgen zunehmend der Gedanke verfestigt, dass eine einvernehmliche Einigung unter den Betroffenen im Scheidungszeitpunkt – im Rahmen einer sog. Scheidungskonvention – grundsätzlich zu begrüssen sei.[143] Daran hat sich mit der Scheidungsrechtsreform vom Jahr 2000 nichts geändert. Auch der Reformgesetzgeber ging von der Überzeugung aus, dass die wirtschaftliche Scheidungsfolgeregelung in erster Linie Sache der Betroffenen sei.[144] Damit war und ist von einem grundsätzlichen Primat des privatautono-

138 Vgl. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 938 m.H. in Fn. 85.
139 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 939.
140 Vgl. dazu Art. 111 ff. ZGB und Art. 274 ff. ZPO.
141 Vgl. dazu allgemein Widmer (Fn. 76), S. 419 ff.
142 Widmer (Fn. 76), S. 420; Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 951 f.
143 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 948.
144 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 948 f.

men Handelns der Ehegatten während der Ehe wie auch bei Scheidung auszugehen.

Allerdings ist nicht von der Hand zu weisen, dass der persönliche Ehekonflikt, der – nach der möglicherweise etwas unrealistischen Wunschvorstellung der Beteiligten – durch die Scheidung gelöst werden soll, nicht in jedem Fall zu einem ausgewogenen Ergebnis im Interesse beider Parteien (sowie allfälliger von der Scheidung betroffener Kinder) führen dürfte.[145] Ein gewisser Korrekturmechanismus, welcher gewissermassen der *schrankenlosen Privatautonomie* doch noch Grenzen setzt, erscheint daher unerlässlich.

Das Scheidungsgericht soll sich überzeugen, dass die Scheidungsfolgeregelung – zumindest was den nachehelichen Unterhalt betrifft – dem auf solider Grundlage zustande gekommenen Willen beider Ehegatten entspricht und die eine Partei gegenüber der andern nicht über Gebühr in eklatanter Weise benachteiligt.[146] Daneben können Vereinbarungen über die berufliche Vorsorge abgeschlossen werden, welche vom Gericht nach Massgabe von Art. 280 ff. ZPO genehmigt werden. Diese Bestimmungen sind seit dem 1. Januar 2017 in Kraft. Die *ratio* anlässlich des Reformprozesses sah Folgendes vor:[147] Der Einigung über die wirtschaftlichen Nebenfolgen sollte eine Beurteilung der im Scheidungszeitpunkt vorliegenden Lebensverhältnisse zu Grunde liegen. Diese sollte die Rücksichtnahme auf die (insbesondere je nach Ehedauer und Aufgabenteilung während der Ehe) mehr oder weniger nachhaltige Lebensprägung der Ehegatten durch die eheliche Versorgungsgemeinschaft ermöglichen. Auf dieser Grundlage war dann auch der (grobe) Vergleich zwischen den nach Gesetz zu erwartenden Scheidungsnebenfolgen und der in Aussicht genommenen einvernehmlichen Regelung vorzunehmen.

Das Resultat scheint dem Reformgesetzgeber Recht zu geben, indem erheblich über 90 % der Scheidungsverfahren gestützt auf Art. 111/112 ZGB abgeschlossen werden (auch wenn bei der Einleitung häufig noch keine umfassende Scheidungskonvention vorliegt).[148] Damit war auch eine klare Stärkung der Privatautonomie erzielt worden. Allerdings kann diese Entwicklung nicht unkritisch beobachtet werden und müssen die Grenzen dieser erweiterten Privatautonomie abgesteckt werden.

7. Scheidungsrisiko und «Planungssicherheit» – Möglichkeiten vertraglicher Regelung

Vereinbarungen, welche während laufender Ehe getroffen werden und ganz gezielt die Folgen einer zukünftigen (einverständlichen) Scheidung für die Ehe-

145 Gl.M. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 949.
146 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 949.
147 Vgl. dazu Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 950 f. m.H.
148 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 950.

gatten verbindlich festlegen sollen (sog. antizipierte Scheidungsvereinbarungen), führen zu zahlreichen Fragen:[149] Einerseits stellt sich die Frage nach der generellen Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung. Damit verbunden wäre zunächst zu klären, ab welchem Zeitpunkt sich eine Scheidung überhaupt «konkret abzeichnet».[150] Je nach betroffenem Themenbereich kann sich des Weiteren die Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der antizipierten Vereinbarung anders beurteilen.[151]

Das Konzept des schweizerischen Gesetzgebers mag wenig «planungsfreundlich» erscheinen, denn dieses verlangt, dass jede Vereinbarung, die Scheidungsfolgen zum Gegenstand hat, der gerichtlichen Prüfung und Genehmigung unterliegt (vgl. Art. 279 ZPO).[152] Dies gilt auch dann, wenn die Scheidungsvereinbarung nicht mehr frei widerrufen werden kann, weil die Bindungswirkung eingetreten ist.[153]

Das Bundesgericht hatte im Jahre 1995 (noch unter altem Scheidungsrecht) die Gelegenheit, eine Unterhaltsvereinbarung, welche vorehelich in einem «Ehevertrag» abgeschlossen worden war, zu beurteilen.[154] Zunächst wurde ausgeführt, dass das Genehmigungserfordernis[155] nicht einfach durch eine Integration in einen Ehevertrag umgangen werden kann.[156] Im Jahre 2003 stützte das Bundesgericht die vorinstanzliche Genehmigung einer antizipierten Unterhaltsvereinbarung.[157] Die Frage der Zulässigkeit einer solchen Unterhaltsvereinbarung stellte sich dem Bundesgericht wiederum im Jahre 2010,[158] wurde allerdings auch in diesem Fall offen gelassen.[159] Das erstinstanzliche Gericht

149 Dazu Widmer (Fn. 76), S. 420.

150 Vgl. zur Frage des «konkreten Scheidungshorizonts» Widmer (Fn. 76), S. 434 f. Danach sind Vereinbarungen über Scheidungsfolgen im Sinne von eigentlichen Scheidungskonventionen dann zulässig, wenn das Scheidungsbegehren zwar noch nicht rechtshängig ist und das konkrete Scheidungsverfahren noch nicht eröffnet wurde, das Verfahren aber unmittelbar bevorsteht. So auch Geiser (Fn. 90), S. 229 Rz. 4.6.

151 Je nach Art der Vereinbarung sind zudem besondere Form- oder Verfahrensvorschriften zu berücksichtigen; vgl. dazu nachstehend.

152 So Steck (Fn. 110), S. 1635.

153 Es kann beim Gericht gegebenenfalls Antrag auf Nichtgenehmigung gestellt werden; vgl. Steck (Fn. 110), S. 1635, welcher darauf hinweist, dass dort wo der Verhandlungsgrundsatz zur Anwendung gelangt, die gerichtliche Überprüfung mit einer gewissen Zurückhaltung erfolgt. Vgl. dazu auch BGE 99 II 359, E. 3c.

154 Vgl. BGE 121 III 393; vgl. dazu nachstehend hinsichtlich der Tragweite von Art. 27 ZGB.

155 Vgl. heute Art. 279 ZPO.

156 *BGE 121 III 393, E. 5b.* Zur Frage der Zulässigkeit (bzw. Unzulässigkeit) einer vorehelich geschlossenen Unterhaltsvereinbarung hat das Bundesgericht in diesem Entscheid nicht explizit Stellung genommen. Im vorliegenden Fall wurde die Unterhaltsvereinbarung jedoch als nicht genehmigungsfähig eingestuft (vgl. E. 5c). Vgl. dazu Guillod (Fn. 66), S. 35 f. und 39.

157 BGer vom 4. 12. 2003, 5C.114/2003, E. 4 und 5. Der Entscheid erging unter dem Regime des neuen Scheidungsrechts. Das Bundesgericht nahm allerdings nicht explizit Stellung zu den diesbezüglichen Ausführungen der Vorinstanz.

158 BGer vom 2. 06. 2010, 5A_56/2010. Vgl. dazu Guillod (Fn. 66), S. 35 f.

159 BGer vom 2. 06. 2010, 5A_56/2010, E. 2.1 ff. Das Bundesgericht folgte der Beurteilung der Vorinstanz, welche keinen übereinstimmenden Parteiwillen feststellen konnte.

seinerseits war mit der Begründung von einer Nichtigkeit der Vereinbarung ausgegangen, dass einerseits der Gesetzgeber keine Privatautonomie vor dem Eheschluss zur Regelung unterhaltsrechtlicher Folgen bei Scheidung vorgesehen habe und andererseits eine solche Abrede gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen würde.[160] Damit erscheint offen, ob das Bundesgericht die Privatautonomie im Zusammenhang mit antizipierten Unterhaltsvereinbarungen gutheisst oder diese umgekehrt verneint.

8. Beurteilung von Vereinbarungen unter dem Aspekt von Art. 27 ZGB

a. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Ein stärkeres Bewusstsein um die Tragweite von Art. 27 ZGB als allgemeiner Rechtsgrundsatz hat das Bundesgericht in jüngster Zeit bei der Frage nach Umfang und Grenzen der Privatautonomie bei familienrechtlichen Rechtsgeschäften an den Tag gelegt.[161] Diese familienrechtliche Entwicklung nahm ihren Anfang mit BGE 121 III 393 ff.[162] Die Genehmigung wurde der Vereinbarung insbesondere deswegen versagt, weil der nacheheliche Unterhaltsanspruch der Ehefrau aufgrund der Vereinbarung weit hinter dem lag, was ihr nach langen Ehejahren nach Gesetz zustand.[163] Nicht geprüft hat das Bundesgericht hingegen die an sich interessante Fragestellung, ob Art. 27 ZGB nicht bereits *zum Vornherein* einer solchen vorehelichen Unterhaltsvereinbarung entgegenstehen würde. Da die Tragweite der Vereinbarung ohne Kenntnis des konkreten Bedarfs der Unterhaltsberechtigten und die konkrete Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen im Scheidungszeitpunkt bei Abschluss der Vereinbarung nicht abschätzbar war, hätte sich die Frage eines Verstosses gegen Art. 27 ZGB durchaus gestellt.[164] Weiter hätte sich die Frage gestellt, ob die allenfalls ursprünglich zulässige Unterhaltsvereinbarung im Laufe der Zeit wegen nach-

160 BGer vom 2.06.2010, 5A_56/2010, E. 2.1.

161 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 872.

162 Zur Beurteilung stand eine Vereinbarung über allfällige nacheheliche Unterhaltsleistungen, welche vorehelich und ohne konkret in Aussicht stehende Scheidung getroffen worden war. Die Unterhaltsvereinbarung sah für den Scheidungsfall eine jährliche Unterhaltszahlung von CHF 5'000.– vor. Weiter war die Unterhaltsleistungspflicht auf eine Gesamtsumme von CHF 50'000.– begrenzt. Zusätzlich wurde ein Vorbehalt für den Fall des Scheidungsverschuldens vorgesehen. Das Bundesgericht verweigerte dieser vorehelichen Unterhaltsvereinbarung bei der Beurteilung der Scheidungsfolgen die richterliche Genehmigung. Vgl. dazu auch Widmer (Fn. 76), S. 451. Die Prüfung erfolgte im Hinblick auf Art. 158 Ziff. 5 aZGB.

163 Der Entscheid des Bundesgerichts beruhte auf der fehlenden Genehmigung der Scheidungskonvention gestützt auf die vorehelichen Vereinbarung, welche angefochten worden war. Vgl. die Besprechung dieses Urteils durch Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 872 f. Vgl. zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung Guillod (Fn. 66), S. 35 f., welche bezüglich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung konstatiert, dass diese stillschweigend von der Zulässigkeit einer Vorabvereinbarung ausgegangen sei oder eine solche zumindest nicht für generell unzulässig erklärt habe. Folglich könne «wohl davon ausgegangen werden, dass antizipierte Unterhaltsabreden nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung grundsätzlich zulässig sind.»

164 Gl.M. Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 873.

träglicher Unangemessenheit angesichts des *Verbots der übermässigen Bindung* von Art. 27 ZGB – wenn nicht schon vor dem Scheidungszeitpunkt, so doch spätestens bei der gerichtlichen Eheauflösung – hinfällig geworden ist.[165]

Wird eine Unterhaltsvereinbarung bereits vorehelich oder während der Ehe ohne konkreten Scheidungshorizont eingegangen, stellt sich Frage, ob hier nicht analog zu den absolut höchstpersönlichen Entscheidungen betreffend den Eheabschluss bzw. die Eheauflösung, die Anerkennung eines Kindes oder die Freigabe zur Adoption für jedes in der Ehe oder in der eheähnlichen Lebensgemeinschaft geborene Kind aufgrund von Art. 27 ZGB von einem absoluten Bindungsverbot ausgegangen werden muss.[166]

Die Bedeutung von Art. 27 Abs. 2 ZGB und Art. 2 Abs. 2 ZGB wurde in BGE 122 III 97 ff. hinsichtlich der Beurteilung einer Scheidungskonvention geprüft.[167] Die Ehegatten hatten sich auf eine nacheheliche Unterhaltsrente zur Deckung des Notbedarfs geeinigt und dabei einen Verzicht auf eine nachträgliche Abänderung des Unterhaltsbetrages vorgesehen. Aufgrund von verschlechterten finanziellen Verhältnissen des Unterhaltspflichtigen, versuchte dieser – unter Berufung auf Art. 27 ZGB – die Vereinbarung gerichtlich anzufechten und unverbindlich erklären zu lassen. Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass ein Abänderungsverzicht dem Grundsatz nach zulässig und entsprechend verbindlich sei. Auf eine solche Vereinbarung könne die auf Art. 2 ZGB gestützte *clausula rebus sic stantibus* analog zur Anwendung gelangen. Ebenso falle eine solche Abmachung unter den Vorbehalt von Art. 27 Abs. 2 ZGB.[168] Die Mitberücksichtigung der nach Vertragsschluss eingetretenen Entwicklungen führe dazu, dass eine langfristige vertragliche Bindung, die in ihren Auswirkungen vorerst nicht übermässig sei, sich infolge veränderter äusserer Umstände jedoch zu einer Freiheitsbeschränkung mit nicht mehr zumutbaren Auswirkungen wandeln könne.[169] Damit hat das Bundesgericht gestützt auf eine Art. 27/Art. 2 ZGB-Begründung die Einschränkung der Bindungswirkung – und damit der Privatautonomie – unter gewissen Voraussetzungen bejaht.

165 Auf diese zentralen Fragen finden sich im BGE 121 III 393 ff. keine Antworten, da das Bundesgericht diese nicht prüfen musste; vgl. dazu auch die Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 873.

166 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 875.

167 Vgl. zu diesem Entscheid Guillod (Fn. 66), S. 36.

168 BGE 122 III 97 E. 3.

169 Vgl. dazu Eugen Bucher, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Einleitung und Personenrecht, Art. 27 ZGB, Bern 1993 (zit. BK-Bucher), N. 197 zu Art. 27 ZGB.

b. Beurteilung durch die Lehre

Art. 27 Abs. 2 ZGB soll vor rechtsgeschäftlichen Bindungen schützen, welche gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen.[170] Im Kernbereich der Persönlichkeit können vertragliche Bindungen zudem nicht rechtswirksam eingegangen werden.[171] Ist der Kernbereich der Persönlichkeit zwar nicht direkt tangiert, kann die eingegangene vertragliche Bindung dennoch einen Verstoss gegen diese Norm darstellen, wenn das zulässige Ausmass der Bindung überschritten worden ist.[172]

Bei der Beurteilung eines allfälligen *Übermasses der Bindung* stehen die Intensität und die Dauer der Bindung im Vordergrund.[173] Eine Verpflichtung über seine finanziellen Kräfte hinaus ist nach der bundegerichtlichen Rechtsprechung nicht verboten.[174] Eine etwas andere Beurteilung drängt sich mit Bezug auf antizipierte Unterhaltsvereinbarungen auf. «Haben die Ehegatten eine Vorausvereinbarung bezüglich des nachehelichen Unterhalts abgeschlossen, könnte diese demnach gestützt auf Art. 2 Abs. 2 oder Art. 27 Abs. 2 ZGB aufgehoben, angepasst oder für einseitig unverbindlich erklärt werden».[175] Verneint das Gericht bei der Beurteilung des konkreten Falles das Vorliegen dieser Voraussetzungen, bedeutet dies noch nicht, dass die Vereinbarung vom Gericht genehmigt wird.[176]

Was die Frage eines *absoluten Bindungsverbots* bei vorehelichen und während der Ehe geschlossenen Unterhaltsvereinbarungen ohne konkreten Scheidungshorizont betrifft, so argumentiert Hausheer für ein Verbot von solchen Vereinbarungen, indem er vorbringt, dass «der nacheheliche Unterhalt vor allem nach langen Ehejahren in einer Einverdiener- oder Zuverdienerehe mit knappen bzw. nicht überdurchschnittlichen Mitteln insbesondere für den Unter-

170 Claire Huegenin/Christoph Peter Reitze, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Huegenin/Reitze), N. 8 zu Art. 27 ZGB; BK-Bucher (Fn. 169), N. 2 zu Art. 27 ZGB.

171 Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, N 11.12 ff (zit. Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht).

172 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), N 11.16; BK-Bucher (Fn. 169), N. 14 f. zu Art. 27 ZGB.

173 BSK ZGB I-Huegenin/Reitze (Fn. 170), N. 10 zu Art. 27 ZGB; BK-Bucher (Fn. 169), N. 274 ff. zu Art. 27 ZGB.

174 Vgl. BGE 95 II 55.

175 Guillod (Fn. 66), S. 36; vgl. BGE 129 III 209, E. 2.2 zur Folge einer Verletzung von Art. 27 Abs. 2 ZGB; zustimmend Daniel Leu/Hans Caspar von der Crone, Übermässige Bindung und die guten Sitten. Zum Verhältnis von Art. 27 ZGB und Art. 20 OR. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichts 129 III 209 vom 30. Oktober 2002 i.S. C., D. und E. (Beklagte und Berufungskläger) gegen A.-Fonds (Kläger und Berufungsbeklagter), SZW 2003, S. 221 ff.; Ernst A. Kramer, Persönlichkeitsverletzung bei einem über Jahrzehnte immer wieder erneuerten Kaufsrecht mit einem heute wirtschaftlich obsoleten Preisansatz? (BGE 129 III 209 ff.), recht 2004, S. 27 ff., S. 29 ff., kritisch BSK ZGB I-Huguenin/Reitze (Fn. 170), N. 19 ff. zu Art. 27 ZGB, welche sich für ein System der flexiblen Nichtigkeit aussprechen.

176 Vgl. Guillod (Fn. 66), S. 36 und 38 f.

haltsberechtigten von existenzieller Bedeutung ist».[177] Die Abwägung in solchen Fällen mit Unterhaltsvereinbarungen «auf Vorrat» spricht zugunsten eines absoluten Bindungsverbots.

Dies führt zu einer Einschränkung der Privatautonomie, indem es den (späteren) Ehegatten, welche vorehelich oder während der Ehe ohne konkreten Scheidungshorizont eine Unterhaltsvereinbarung schliessen wollen, im Resultat verunmöglicht wird, eine solche Vereinbarung einzugehen. Eine Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt kann – nach wohl einhelliger Lehre – vorehelich und während der Ehe ohne konkreten Scheidungshorizont geschlossen angesichts zwingenden Gesetzesrechts bzw. mit Rücksicht auf Art. 27 ZGB zum Vorherein keinen Bestand haben. Auf jeden Fall dürfte eine solche Vereinbarung aufgrund von Art. 27 ZGB nachträglich hinfällig werden.[178]

Gemäss anderer Auffassung ist von der *Zulässigkeit* von solchen Scheidungskonventionen «auf Vorrat» auszugehen, wobei auf das Genehmigungserfordernis gemäss Art. 279 ZPO verwiesen wird.[179] So argumentiert etwa Schwenzer, dass es nach Art. 168 ZGB den Ehegatten ohne Weiteres freistehe, jegliche Rechtsgeschäfte untereinander abzuschliessen.[180] Es wird zudem argumentiert, dass der Vorausvereinbarung die Hypothese einer Scheidung zugrunde gelegt werde, weshalb vom Vereinbarten nur aus triftigen, qualifizierten Gründen abgewichen werden sollte.[181] Auf jeden Fall dürfe die Genehmigung nicht bloss deshalb verweigert werden, weil die Vereinbarung vor der Eheschliessung bzw. während der Ehe – aber ohne konkreten Scheidungshorizont – abgeschlossen worden sei.[182]

9. Beurteilung von Unterhaltsvereinbarungen im Scheidungsverfahren

Eine im Rahmen eines Scheidungsverfahrens getroffene Unterhaltsvereinbarung hat es an sich, dass sich die zukünftigen Entwicklungen regelmässig auch in diesem Fall nicht zuverlässig beurteilen lassen. Es lassen sich in Scheidungssituationen der zurzeit bestehende Bedarf des Unterhaltsberechtigten als auch die momentane Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen beurteilen, nicht aber ohne Weiteres die zukünftige Entwicklung von Bedarf und Leistungsfähigkeit.[183] Das Bundesgericht hat sich in BGE 122 III 97 ff. zu einer An-

177 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 875.
178 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 879.
179 Vgl. Schwenzer (Fn. 66), S. 1 ff., insbesondere S. 6; Breitschmid, Scheidungsplanung (Fn. 66), S. 1607 ff.
180 Dabei könne auch auf den grundlegenden BGE 121 III 393 ff. verwiesen werden, welcher von der «selbstverständlichen generellen Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen» ausgehe; vgl. AJP 1996, S. 1156 ff. m.Anm. Schwenzer, bestätigt durch BGer, FamPra.ch 2004, S. 345 ff., S. 349; Schwenzer (Fn. 66), S. 6.
181 Breitschmid, Scheidungsplanung (Fn. 66), S. 1610.
182 Breitschmid, Scheidungsplanung (Fn. 66), S. 1612. Vgl. dazu auch ausführlich Guillod (Fn. 66), S. 37 ff.
183 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 874.

wendung der *clausula rebus sic stantibus* mit seinem verhältnismässig strengen Beurteilungsmassstab bekannt.[184] Ob dies sachgerecht war, kann man sich fragen, sind die Unwägbarkeiten doch praktisch in jedem Fall vorhanden. Eine Einschränkung der Parteiautonomie im Sinne einer «Korrektur» mittels der *clausula rebus sic stantibus* sollte jedenfalls nur aus stichhaltigen Gründen erfolgen.[185]

Die Zulässigkeit von vorgängig abgefassten Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem nachehelichen Unterhalt wird von verschiedenen Seiten unter Rückgriff auf Art. 27 ZGB mit folgenden Argumenten verneint:[186] (1) Der nacheheliche Unterhalt sei für den Berechtigten – insbesondere nach langen Ehejahren in einer Einverdiener- oder Zuverdienerehe – von existenzieller Bedeutung.[187] (2) Bei der nachehelichen Eigenversorgung habe das Erwerbseinkommen bzw. sein Ersatz durch den nachehelichen Unterhalt im Vergleich zum Vermögensertrag regelmässig ein überwiegendes Gewicht.[188] Dadurch würden die Ehegatten je nach Sachlage faktisch in ihrer Freiheit beschränkt, auf eine Scheidung hinzuwirken, was wiederum den höchstpersönlichen Kernbereich von Art. 27 ZGB betreffe.[189] Damit sei eine Bindung in diesem Bereich von vornherein ausgeschlossen.[190] Eine durchsetzbare Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt wäre lediglich dann möglich, wenn eine konkrete Scheidung sich bereits abzeichnet.[191] Ausgeschlossen wäre hingegen eine Vereinbarung über den nachehelichen Unterhalt «auf Vorrat».[192]

Selbst wenn nicht von einem absoluten Bindungsausschluss ausgegangen wird, werden antizipierte Vereinbarungen als übermässig qualifiziert, weil sich

184 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 874. Vgl. v.a. auch Jakob, Scheidungskonvention (Fn. 66), S. 280 ff.

185 Zudem wäre anzufügen, dass der Unterhaltspflichtige bereits durch das Instrumentarium des Vollstreckungsrechts geschützt wird – und dies häufig zulasten der unterhaltsberechtigten Partei geht.

186 Vgl. Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 872 ff., S. 875 und 879; Regina Aebi-Müller, Ehe- und Erbrecht, in: Jürg Schmid (Hrsg.), Die Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars, Beiträge der Weiterbildungsseminare der Stiftung Schweizerisches Notariat vom 13. September 2005 in Lausanne und vom 28. September in Zürich, Zürich/Basel/Genf 2006, S. 67 ff., S. 76; Geiser (Fn. 90), S. 229 Rz. 4.6.

187 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 875; ähnlich Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 954.

188 Hausheer/Aebi-Müller, Ehe- und Erbverträge (Fn. 114), S. 188.

189 Aebi-Müller, Ehe- und Erbrecht (Fn. 114), S. 76.

190 Aebi-Müller, Ehe- und Erbrecht (Fn. 114), S. 76; Heinz Hausheer, Neuere Entwicklungen zum Persönlichkeitsrecht, Höchstpersönlichkeit der Persönlichkeitsrechte als Schranke des postmortalen Persönlichkeitsschutzes und der Privatautonomie ausserhalb und innerhalb der Familie bis hin zu den Unterhaltsvereinbarungen und zur Wahl des Güterstandes, in: Bucher et al. (Hrsg.), Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, S. 319 ff., S. 344 f.; a.M. Breitschmid, Scheidungsplanung (Fn. 66), S. 1607 ff., Kritisch, was eine Bindung im Voraus betrifft, auch Philippe Meier, Planification du divorce: une illusion? Les conventions anticipées d'entretien en droit suisse, in: Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève/Zurich/Bâle 2006, S. 289 ff., S. 304.

191 Widmer (Fn. 76), S. 451 m.H.

192 Widmer (Fn. 76), S. 451 m.H.

die tatsächlichen Gegebenheiten während der Ehe massgeblich ändern und die Verhältnisse im Zeitpunkt der Scheidung nicht vorhergesehen werden können.[193] Der Planungsspielraum der Ehegatten erscheint deshalb in diesem Bereich mit gutem Grund beschränkt. Dies hängt auch damit zusammen, dass die Angemessenheit von Unterhaltsregelungen massgeblich von der vorgängigen güterrechtlichen Auseinandersetzung und dem erfolgten Vorsorgeausgleich[194] beeinflusst wird.[195]

10. Zwischenfazit – nachehelicher Unterhalt und güterrechtliche Folgen

Die Vereinbarung über den nachehelichen Unterhaltsbeitrag stellt eine genehmigungsbedürftige Einigung dar. Sie wird bezüglich «offensichtlicher Unbilligkeit» geprüft.[196] Dabei kann ein Zusammenhang mit dem Ergebnis der konkreten güterrechtlichen Auseinandersetzung bestehen.[197] Dieses kann zusammen mit anderen Faktoren für die nacheheliche Eigenversorgungskapazität im Sinne von Art. 125 Abs. 1 ZGB massgebend sein. Bezüglich der *offensichtlichen Unbilligkeit* der Vereinbarung kann geprüft werden, «ob der nacheheliche Unterhaltsbeitrag dem vorteilhaft oder weniger vorteilhaft ausfallenden Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung hinreichend Rechnung trägt».[198] Das Ergebnis der güterrechtlichen Auseinandersetzung anlässlich einer Scheidung beeinflusst sowohl den Bedarf des Unterhaltsberechtigten als auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten.[199] Damit kann es zu einer indirekten Verknüpfung zwischen dem nachehelichen Unterhalt und dem eventuell vertraglichen (bzw. vertraglich modifizierten) Güterstand kommen.

Die Privatautonomie besteht in allen übrigen Fällen in sehr weitgehendem Masse, zumindest sofern das Güterrecht der Ehegatten betroffen ist, und eingeschränkt dort, wo Fragen des nachehelichen Unterhalts betroffen sind. Unterschiede sind hierbei insbesondere in zeitlicher Hinsicht zu machen: Verfolgen die Parteien die Absicht, bereits vorehelich oder während der Ehe die Schei-

193 Vgl. Widmer (Fn. 76), S. 453.

194 Vgl. dazu seit 1. Januar 2017 neu die Art. 122–124e ZGB und Art. 280 und 281 ZPO.

195 Widmer (Fn. 76), S. 451 und 453. Im BGE 121 III 393 hatte sich das Bundesgericht (unter altem Scheidungsrecht) zu einer bereits im Ehevertrag vereinbarten Regelung über den nachehelichen Unterhalt zu äussern und hat sich für die grundsätzliche Zulässigkeit von antizipierten Vereinbarungen betreffend den nachehelichen Unterhalt ausgesprochen. Indessen hat es in einem späteren Entscheid (BGE 122 III 97 [98], E. 3a) festgestellt, dass familienrechtliche Verhältnisse in der Regel auf Dauer angelegt seien und dass das Verbot übermässiger Bindung nach Art. 27 ZGB zumindest verlange, dass die rechtgeschäftliche Konkretisierung dieser Verhältnisse zwingend einem Abänderungsvorbehalt unterstehen müssten. Das Bundesgericht hatte in diesem Entscheid verneint, dass die Voraussetzungen für die Anwendung der clausula rebus sic stantibus vorlägen.

196 Vgl. dazu vorstehend.

197 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 877.

198 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 877.

199 Hausheer, Privatautonomie (Fn. 71), S. 879.

dungsfolgen zu regeln, so bestehen insbesondere bezüglich der Unterhaltsregelung Einschränkungen der Privatautonomie, welche auf Art. 2 Abs. 2 ZGB und Art. 27 ZGB gestützt werden. Treffen hingegen die Parteien im Zusammenhang mit einer bevorstehenden Scheidung oder während eines laufenden Scheidungsverfahrens Abmachungen, so unterliegen diese einzig dem in Art. 111 Abs. 2 ZGB i.V.m. Art. 279 ZPO statuierten Genehmigungsvorbehalt, welcher der Parteiautonomie einen grosszügig weiten Rahmen einräumt.

Die aufgeführten Entwicklungen des Ehe- und Scheidungsrechts deuten klar auf eine Ausweitung der Privatautonomie hin. Sowohl das materielle Recht wie auch das Prozessrecht haben der Privatautonomie einen grösseren Stellenwert eingeräumt. Das Konzept des schweizerischen Scheidungsrechts geht zudem klar davon aus, dass die Scheidung auf gemeinsames Begehren bewusst gefördert werden soll und diese deshalb in der faktischen Hierarchie der Scheidungsgründe im Vordergrund steht.[200] Damit aber wurde die Grundlage geschaffen, dass kein Raum mehr bleibt, um vereinbarte Regelungen gegen den Willen der betroffenen Ehegatten gerichtlich abzuändern.[201] Anders hat die deutsche Rechtsprechung entschieden, welche eine Wirksamkeitskontrolle solcher Vereinbarungen kennt.[202] Die deutsche Regelung zeigt, dass auch ein liberales System, das die Planung – und damit die Privatautonomie – «grundsätzlich bejaht und ermöglicht, Instrumente braucht, um Missbräuche und stossende Ergebnisse zu verhindern».[203]

III. Zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft

1. Eheliche Perspektiven und nichteheliche Lebensgemeinschaft

Nach dem früheren Primat der Ehe folgte in der jüngeren Entwicklung in ganz Europa die gesellschaftliche und mit einiger Verzögerung die rechtliche Anerkennung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sowie (meist auch) der gleichgeschlechtlichen Partnerschaften. Welche und wie viele Modelle von Lebensgemeinschaften das Recht zur Verfügung stellt und ob homo- und heterosexuelle Paare die gleichen Wahlmöglichkeiten haben, wird nach wie vor unterschiedlich geregelt.[204]

---

200 Steck (Fn. 110), S. 1634 f. Siehe dazu auch die Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I S. 1 ff. (zit. Botschaft Revision Scheidungsrecht), S. 29 f.; vgl. ferner Urs Gloor, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Gloor), N. 1 zu Art. 111 ZGB; Daniel Steck, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Kommentar zu Art. 1–456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK ZGB I-Steck), N. 2 zu Art. 114 ZGB.

201 Steck (Fn. 110), S. 1635.

202 Vgl. dazu Steck (Fn. 110), S. 1634.

203 Gl.M. Steck (Fn. 110), S. 1634.

204 Vgl. ausführlich Jens M. Scherpe, The Present and Future of European Family Law, Volume IV of European Family Law, Cheltenham, 2016, S. 42 ff.; vgl. dazu die Rezension von Regina

Vergleicht man die Ehe mit der nichtehelichen Lebensgemeinschaft, so ist festzustellen, dass erstere «von ihrer Absicht her weiterhin auf eine dauerhafte Lebensgemeinschaft angelegt ist. Daher wird sie weiterhin rechtlich in starkem Masse durch zwingendes Recht geregelt.»[205] Allerdings kommt der Gesetzgeber nicht umhin zur Kenntnis zu nehmen, dass die Ehe aus verschiedenen Gründen «brüchiger geworden ist»[206]. Scheidung und Scheidungsfolgen müssten daher, würde man dies tatsächlich berücksichtigen, vermehrt die Lebensplanung beeinflussen;[207] denn mit der Scheidung muss heute schon beim Eheschluss in stärkerem Masse gerechnet werden, als dies noch in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts der Fall war.

Inwieweit allerdings von den Möglichkeiten der privatautonomen rechtlichen Absicherung und Planungsmöglichkeit effektiv schon beim Abschluss oder im Laufe der Ehe Gebrauch gemacht wird, erscheint weitgehend ungewiss. Insbesondere erscheint fraglich, ob ein grösseres Mass von privatautonomer Planungsfreiheit auch zu einem vermehrten Gebrauch des ehevertraglichen Instrumentariums geführt hat. Weiterhin ungeklärt bleibt zudem, welche Schlüsse der Gesetzgeber daraus im Hinblick auf zukünftige Revisionen ziehen sollte.[208]

2. *Von der Registrierten Partnerschaft zur Regelung pluraler Familienformen*

Die Forderung nach einer Besserstellung der Partner nichtehelicher Lebensgemeinschaften, namentlich auch in gleichgeschlechtlichen Beziehungen, hat zur Einführung der registrierten Partnerschaft geführt.[209] In vielen Bereichen des Privatrechts wurde damit die Gleichstellung der registrierten Partner mit den Ehegatten erzielt. Allerdings hat die Tatsache, dass bei diesen Beziehungen idealtypisch von einem kinderlosen Doppelverdienerpaar auszugehen ist, zu gewissen Abweichungen gegenüber dem Eherecht geführt. Die Regelung der Ehe basiert demgegenüber weiterhin – nicht zuletzt im Hinblick auf Kinder – nach wie vor auf dem Idealtypus der zeitweisen Einverdiener- bzw. Zuverdienerehe.[210]

Aebi-Müller, Besprechung von: Scherpe Jens, The Present and Future of European Family Laws, Volume IV of European Family Law, Cheltenham u.a. 2016, in: RabelsZeitschrift 2017 (zit. Aebi-Müller, RabelsZeitschrift 2017), S. 924 ff.

205 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 947.

206 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 947.

207 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 947.

208 Vgl. dazu auch Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 947 f.

209 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18.06.2004, SR 211.231. Weitergehende Forderungen werden etwa durch Michelle Cottier, Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller «Für ein zeitgemässes Erbrecht» zuhanden des Bundesamts für Justiz, Sondernummer Not@lex/successio 2014, S. 29 ff., S. 35 f. erhoben, welche die Schaffung eines Rechtsinstituts «faktische Lebensgemeinschaft» fordert.

210 Vgl. etwa Heinz Hausheer/Regina Aebi-Müller, Familienerbrecht und Testierfreiheit in der Schweiz, in: Dieter Henrich/Dieter Schwab (Hrsg.), Familienerbrecht und Testierfreiheit im eu-

Die Vorstellungen des Gesetzgebers über die Grundlagen der Scheidungsfolgeregelung haben sich (erstaunlicherweise) weniger gewandelt, als man angesichts der fast explosionsartigen Zunahme der Scheidungen seit den Sechzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts denken könnte.[211] Allerdings wird in neuester Zeit konstatiert, dass sich der heutige Gesetzgeber immer weniger an der traditionellen Familie orientiert.[212] Vielmehr richtet sich dieser mehr und mehr danach aus, dem Einzelnen möglichst viel *Freiheit in der individuellen Lebensgestaltung* zu gewähren:[213] «Die Rechtsordnung darf den Menschen nicht vorschreiben, wie sie zu leben haben.»[214] Es sei somit eine zunehmende Tendenz auszumachen, diese Diversität soweit immer möglich anzuerkennen und auch rechtlich zu berücksichtigen, wobei diese Tendenz allerdings im Widerstreit zu traditionell ausgerichteten Minderheitspositionen stehe.[215]

Das Ziel, die heutigen gesellschaftlichen Realitäten und Werteordnungen der Gesellschaft im Recht abzubilden und dabei gleichzeitig der berechtigten Forderung nachzukommen, die «Pluralisierung der Lebensformen»[216] in egalitärer Weise zu berücksichtigen und für alle Betroffenen befriedigende Normen zur Verfügung zu stellen, ist allerdings sehr hochgesteckt.[217] «Solange nur die Ehe geregelt werden musste, war die durch die Gesetzgebung angestrebte Reduktion der Komplexität einfach zu erreichen, weil sowohl der Reglungsgegenstand als auch die mit der Regelung zu erreichenden Ziele klare Konturen aufwiesen.»[218]

Die Herausforderung, sämtlichen gelebten individuellen und partnerschaftlichen Lebensformen gerecht zu werden, erscheint dabei als eigentliche «Herkulesaufgabe», wenn nicht gar als ein «Ding der Unmöglichkeit».[219] Die bisherige Dichotomie von Ehe (sowie eingetragener Partnerschaften) und nichtehelichen Lebensgemeinschaften – Statusverhältnis mit positivrechtlicher Regelung und Gemeinschaften ohne solche Gesetzesregelung – wird sich voraussichtlich in naher Zukunft auflösen.[220]

---

ropäischen Vergleich, Beiträge zum europäischen Familienrecht, Bd. 7, Bielefeld 2001, S. 213 ff. (Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht), S. 247.

211 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 948.

212 Vgl. David Rüetschi, Zur Dynamisierung der Gesetzgebung im 21. Jahrhundert – Gedanken zur «Gesetzgebungsbaustelle» Familienrecht, in: Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 881 ff., S. 889.

213 Rüetschi (Fn. 212), S. 889.

214 Simonetta Sommaruga, Avenir familles!, Eintretensvotum, zur Tagung vom 24. Juni 2014, FamPra.ch 2014, S. 781 ff., S. 783.

215 Rüetschi (Fn. 212), S. 889.

216 Ingeborg Schwenzer, Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht, RabelsZeitschrift 71/2007, S. 705 ff. S. 708. Vgl. zum Wandel des Familienbildes etwa Klaus Preisner, Familialer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik, FamPra.ch 2014, S. 784 ff., S. 786 f.; vgl. auch Cottier (Fn. 209), S. 30 ff.

217 Rüetschi (Fn. 221), S. 890.

218 Rüetschi (Fn. 221), S. 890.

219 Vgl. im Einzelnen Rüetschi (Fn. 221), S. 890.

220 Vgl. Rüetschi (Fn. 221), S. 882 ff.

Unklar erscheint, wie sich dies auf die Privatautonomie auswirken wird. Geht man von einer stärkeren Reglementierung der als «plurale familiale Wirklichkeiten» verstandenen «Gebilde» aus, würde dadurch die Privatautonomie – formal gesehen – zurückgedrängt. Allerdings würde durch die Zulassung von weiteren rechtlich anerkannten Lebensformen, welche den Parteien zur Wahl stünden, die Parteiautonomie gleichzeitig wiederum gestärkt. Schliesslich wäre zu konstatieren, dass die Privatautonomie nie Selbstzweck sein kann; eine gezielte Regelung, um Ungerechtigkeiten und Ungleichheiten auszugleichen, kann durchaus Sinn machen, ja kann geradezu geboten erscheinen.

IV. Grenzen der Privatautonomie in familienrechtlichen Konstellationen i.w.S.

1. Beim güterrechtlichen Ausgleich und Verzicht auf den Vorsorgeausgleich

Der totale Ausschluss jeglichen güterrechtlichen Ausgleichs sowie der gänzliche Verzicht auf den Versorgungsausgleich und auf nachehelichen Unterhalt, wie sie die deutsche Rechtsprechung teilweise zugelassen hat,[221] scheint kein erstrebenswertes Ziel der hiesigen Rechtsentwicklung zu sein. Es kann zu Fällen kommen, in denen die gesetzlich an sich zulässige individuelle Scheidungsfolgenregelung sich einseitig zu Lasten jenes Ehegatten auswirkt, der in der über längere Zeit arbeitsteilig gelebten Ehe in grösserem Masse als der andere auf eine eigene Erwerbstätigkeit verzichtet oder aus familiären Gründen Karriereeinbussen in Kauf genommen hat.

In solchen Fällen muss die gemeinsam individuell gestaltete Scheidungsfolgenregelung im Nachhinein vielfach als unzumutbar bezeichnet werden.[222] «Das ruft […] die allgemeinen Grenzen der Rechtsordnung (für die Schweiz insbesondere Art. 2 und 27 ZGB bzw. 19 und 20 OR) in Erinnerung, die bei jeder privatautonomen Gestaltung der Lebensverhältnisse zu beachten sind.»[223]

Aus der Optik der jüngeren Entwicklungen in ganz Europa sind folgende Trends festzustellen:[224] Ausgangspunkt stellt als gemeinsamer Kern die zumindest formale Gleichstellung von Mann und Frau dar. In praktischer Hinsicht wirkt sich dies namentlich in einer Aufteilung der Vorsorge und den weiteren wirtschaftlichen Nebenfolgen der Scheidung aus. Allerdings lässt sich auch in diesem Bereich das Spannungsfeld zwischen individueller Autonomie und staatlicher Absicherung erkennen.

---

221 Vgl. dazu Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 926 ff. m.w.H.; ferner Guillod (Fn. 66), S. 87 f. und S. 100 f.

222 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 954.

223 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 954 f.

224 Vgl. ausführlich Scherpe (Fn. 204), S. 42 ff.; vgl. dazu die Rezension von Aebi-Müller, RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 924 ff.

2. *Bei der vertraglichen Unterhaltsregelung*

Ziele wie Planungssicherheit und individuelle Lebensabsicherung können keine absolute Geltung beanspruchen; es muss vielmehr abgewogen werden.[225] Insbesondere im Hinblick auf scheidungsunabhängig eingegangene Scheidungsfolgevereinbarungen ist zentral in die Überlegung einzubeziehen, auf was man gegenüber dem in der Zukunft liegenden gesetzlichen Scheidungsunterhalt verzichtet.[226] Beim nachehelichen Unterhalt bleibt – wie vorstehend ausgeführt – zu bedenken, dass man im Zeitpunkt einer von der gesetzlichen Ordnung abweichenden vertraglichen Regelung noch gar nicht wissen kann, auf was man verzichtet.[227] Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts ist noch nicht derart gefestigt, dass man erkennen könnte, in welchem Mass bzw. bei welchen Fallgruppen von vorsorglichen Scheidungsvereinbarungen Art. 27 Abs. 2 ZGB als anfänglicher Nichtigkeitstatbestand zur Anwendung gelangen müsste bzw. eine nachträgliche Korrektur der Scheidungsfolgenregelung erfolgen könnte.[228]

Was die mögliche Einordnung für diese nachträgliche, vom Gericht im Scheidungsfall vorzunehmende Kontrolle betrifft, so kann man *zwei Konzepte* herausarbeiten, welche sich entwicklungszeitlich festmachen lassen: Erstens, das mit der Scheidung auf gemeinsames Begehren verbundene Erfordernis einer nachträglichen Bestätigung einer früheren rechtsgeschäftlichen Regelung und die gerichtlich auf «offensichtliche Unbilligkeit» hin eingeschränkte Pri-

---

225 Vgl. zur Güterabwägung durch das deutsche Bundesverfassungsgericht Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 955 ff. m.w.H.; insbesondere S. 955 f., welcher folgendes ausführt: «Mit der richterlichen Nachkontrolle im Rahmen von § 138 BGB wird – ungeachtet der im deutschen BGB nach wie vor nachzulesenden Zusicherung der vollen Privatautonomie auch im Bereich der wirtschaftlichen Scheidungsfolgen – letztlich (freilich unter nicht unerheblich geänderter Optik) nachträglich wieder eine Einschränkung eingeführt, die in der Schweiz als Verbot der übermässigen Bindung gemäss Art. 27 Abs. 2 ZGB grundsätzlich bei allen Rechtsgeschäften zu beachten bleibt. (…) Während aber bei der Sittenwidrigkeit gemäss § 138 BGB die ausserordentliche Ungleichgewichtslage der Kontrahenten im Vordergrund steht, geht es bei Art. 27 Abs. 2 ZGB um das Übermass an Bindung in eine ungewisse Zukunft hinein und damit um einen nicht hinnehmbaren Verlust an unverzichtbarer Gestaltungfreiheit.» Siehe zur Beurteilung von Eheverträgen ‹auf Vorrat› in Deutschland auch Steck (Fn. 110), S. 1623 f.: «In Deutschland ist zur Frage der Zulässigkeit und Verbindlichkeit solcher Eheverträge eine umfangreiche Gerichtspraxis entstanden. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gilt auch bei Eheverträgen zwar von Gesetztes wegen der Grundsatz der Vertragsfreiheit und Privatautonomie, doch haben die Gerichte dort Grenzen zu setzen, ‹wo der Vertrag nicht Ausdruck und Ergebnis gleichberechtigter Partnerschaft ist, sondern eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten widerspiegelt› (BVerfG vom 6.2.2001 und 29.3.2001 wiedergegeben in FamRZ 2001, 343 ff. und 985; BGH in BGHZ 158, 81 ff., 88 ff (= FamRZ 2004, 601 ff.).»

226 Gl.M. Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 956.

227 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 958.

228 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 957 m.H. auf zwei Bundesgerichtsentscheide: Im umstrittenen BGE 121 III 393 ff. war die zu beurteilende vertragliche Scheidungsfolgenregelung derart offensichtlich unbillig, dass auf die Frage der Grenzen der anfänglichen Abschlussfreiheit gar nicht eingegangen werden musste. In BGE 122 III 97 ff. anerkannte das Bundesgericht die *clausula rebus sic stantibus* als in Art. 27 Abs. 2 ZGB verankert.

vatautonomie im Scheidungszeitpunkt;[229] und zweitens, die erweiterte Privatautonomie mit «vollumfassender», «griffiger» Gerichtskontrolle im Scheidungszeitpunkt.[230]

Typisch für moderne Eherechte ist sodann die *Erweiterung der Autonomie* der Ehegatten in der konkreten Ausgestaltung ihrer Beziehung, etwa mit Hilfe eines Ehevertrages.[231] Diese verstärkte Selbstbestimmung ist jedoch nicht nur uneingeschränkt zu begrüssen, da Eheverträge mit erheblichen Unsicherheiten verbunden sind und zudem – trotz formaler Gleichberechtigung – die strukturell schwächere Partei leicht benachteiligen.[232] Damit ergibt sich deutlich das auch in anderen Bereichen des Familienrechts erkennbare Spannungsfeld zwischen individueller Autonomie und staatlicher Absicherung. Auch hier bleiben gewisse Schutzbedürfnisse, welche es mit sinnvollen Regeln und einer gewissen Kontrolle durch den Richter zu wahren gilt.

3. Bezüglich nichtehelicher Lebensgemeinschaften

Bisher war davon auszugehen, dass bei nichtehelichen Lebensgemeinschaften ein Maximum an Privatautonomie besteht. So können Partner einer nichtehelichen Gemeinschaft allfällige vom Gesetz nicht vorgesehene Unterhaltsansprüche bei Auflösung ihrer Verbindung nur gestützt auf eine ausdrückliche, wenn auch bloss formfreie vertragliche Vereinbarung durchsetzen.[233] Ob hier nicht eine zumindest punktuelle Regelung vonnöten wäre, wird heute m.E. zu Recht kontrovers diskutiert.[234]

---

229 Für dieses Konzept eintretend Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 958.

230 Dafür eintretend u.a. Alexandra Rumo-Jungo, Reformbedürftiges Scheidungsrecht: ausgewählte Fragen, in: Scheidungsrecht, Aktuelle Probleme und Reformbedarf, Symposium zum Familienrecht 2007, Zürich/Basel/Genf, 2008, S. 1 ff., S. 15 ff.

231 Scherpe (Fn. 204), S. 61 ff.

232 So auch Scherpe (Fn. 204), S. 62 f.

233 Hausheer/Steck (Fn. 66), S. 948. In der Lehre wird teilweise die Forderung nach der Schaffung eines Rechtsinstituts «faktische Lebensgemeinschaft» erhoben; so etwa durch Cottier (Fn. 209), S. 35 ff. Sie macht folgendes geltend: «Dem Anliegen des Schutzes der Privatautonomie kann auch im Fall der automatischen Anknüpfung von Rechtswirkungen an eine faktische Lebensgemeinschaft Rechnung getragen werden. Es empfiehlt sich denn auch nach dem Vorbild ausländischer Regelungen eine Möglichkeit des «opt-out» vorzusehen, d.h. eine Möglichkeit des Abschlusses eines von den gesetzlichen Regelungen abweichenden Partnerschaftsvertrags. Zum Schutz der schwächeren Partei empfiehlt es sich, analog zu den Formvorschriften betreffend Abschluss eines Ehevertrags, die öffentliche Beurkundung vorzuschreiben.»; Cottier (Fn. 209), S. 36.

234 So weist etwa Cottier (Fn. 209), S. 32 f. hinsichtlich der Motive zum Verzicht auf eine Eheschliessung darauf hin, dass Forschungsergebnisse aus dem Ausland den Schluss nahelegen, dass dieser Verzicht oftmals nicht auf einem bewussten, rationalen und privatautonomen Entscheid beruhten, auf die Rechtwirkungen einer Ehe zu verzichten. Gründe wären etwa fehlende Kenntnisse in Bezug auf die Rechtlage oder eine Zurückhaltung, über die als schwierig empfundenen Themen der gegenseitigen Rechtsansprüche im Fall einer Trennung oder über die Möglichkeit des Todes eines Partners zu sprechen. Da es für den Eheschluss das Einverständnis beider Parteien braucht, bestehe schliesslich die Gefahr, dass die finanziell stärkere Partei aus

Nichteheliches Zusammenleben als zunehmende gesellschaftliche Erscheinung hat die Ehe nicht verdrängt. Viele Staaten sehen jedoch die Notwendigkeit zum Erlass von Regeln, welche insbesondere bei Auflösung der Paarbeziehung greifen.[235] Im Zusammenhang mit solchen Bestimmungen wird zumindest von einem Teil der Lehre eine reine «opt-in-Lösung» für ungenügend erachtet, «da es immer Paare geben wird, die sich einer solchen bewussten Entscheidung gerade entziehen – nicht selten aus Unwissenheit über die möglichen Rechtsfolgen eines formal nicht abgesicherten Zusammenlebens».[236] Es spricht einiges dafür, gezielt und entsprechend dem konkreten Schutzbedürfnis der Betroffenen ein Minimum an Schutznormen vorzusehen, welche aufgrund des faktischen Zusammenlebens – und nicht aufgrund einer entsprechenden konkreten Willensäusserung der Partner – zur Anwendung gelangen.[237]

4. Liberalisierung der Scheidung – Scheidung ohne Gericht?

Ein weiterer Trend im Eherecht stellt schliesslich die Liberalisierung der Scheidung dar.[238] Symptomatisch für diese Entwicklung war der Übergang vom Verschuldensprinzip zum Zerrüttungsprinzip. Eheverfehlungen wurden als Scheidungsgründe in praktisch allen europäischen Rechtsordnungen entweder abgeschafft oder spielen (neben der Scheidung wegen unheilbarer Ehezerrüttung) nur noch eine untergeordnete Rolle.[239]

Daneben lässt sich eine starke Tendenz zur einvernehmlichen Scheidung – als Ausfluss der Privatautonomie der Ehegatten – beobachten.[240] Die einverständliche Scheidung erfolgt durch entsprechende Erklärung der Ehegatten gegenüber dem Gericht. Der gemeinsame Scheidungswille bildet sodann die Grundlage der richterlich ausgesprochenen Scheidung.

Noch einen Schritt weiter gehen Länder, welche auf die Mitwirkung einer richterlichen Behörde bei der Scheidung verzichten. Die Scheidung erfolgt dann privatautonom, etwa durch Erklärung gegenüber den für die Registrierung

---

durchaus rationalen, aber eigennützigen Gründen ihr Einverständnis zur Formalisierung der Partnerschaft verweigere, was sich zulasten der aufgrund der einseitigen Übernahme von unbezahlter Arbeit (Hausarbeit, Kinderbetreuung, Pflege) schwächeren Partei auswirke. Vgl. zu den sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen Cottier (Fn. 209), S. 31 ff.

235 Scherpe (Fn. 204), S. 69 ff.; vgl. dazu die Rezension von Aebi-Müller, RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 924 ff.

236 Aebi-Müller RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 924–928, insbesondere S. 926; vgl. auch Scherpe (Fn. 204), S. 69 ff.

237 Aebi-Müller, RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 926.

238 Anatol Dutta/Dieter Schwab, Einleitung, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Bielefeld 2017, S. 5 ff., S. 5; Scherpe (Fn. 204), S. 67 ff.; vgl. dazu Aebi-Müller, RabelsZeitschrift 2017 (Fn. 204), S. 924 ff.

239 Dutta/Schwab (Fn. 238), S. 5.

240 Dutta/Schwab (Fn. 238), S. 5.

zuständigen Stellen.[241] In Anbetracht dieser Entwicklungen stellt sich die Frage nach der Begründung einer staatlichen Mitwirkung im Rahmen des Scheidungsverfahrens.[242] Diese kann darin gesehen werden, dass das Gericht für eine gerechte Regelung der ökonomischen Scheidungsfolgen zu sorgen und das Wohl der betreuungs- und unterstützungsbedürftigen Kinder sicherzustellen hat.[243]

Auch im Bereich des Scheidungsrechts lässt sich das *Spannungsfeld* zwischen individueller Autonomie und staatlicher Intervention beobachten. International lässt sich zudem ein gewisser Trend hin zur Zulassung von Privatscheidungen beobachten, wobei diese jedoch häufig nur beim Fehlen von Kindern und bei Einvernehmen über die Scheidungsfolgen möglich ist.[244] Bei der Be-

241 Bisher waren Privatscheidungen vor allem aus Asien oder dem islamischen Rechtskreis (mit der Verstossungsscheidung) bekannt; vgl. Dutta/Schwab (Fn. 238), S. 6.

242 Rechtsgeschichtlich betrachtet, stellt die Ehescheidung durch Gerichte eine verhältnismässig späte Entwicklung dar; das römische Recht der Antike kannte eine solche nicht. Die Ehe galt im alten römischen Recht als soziale Tatsache («verwirklichte Lebensgemeinschaft»), nicht jedoch als Rechtsverhältnis. Das Bestehen einer Ehe konnte allerdings als Indizienfrage in einem Rechtsstreit eine Rolle spielen. Aber weder die Eheschliessung noch die Ehescheidung waren an formale Rechtsakte gebunden; vgl. Dieter Schwab, Wie kommt die Ehe zum Gericht?, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht?, Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Bielefeld 2017, S. 13 ff., S. 13. Die römische Freiheit zur Scheidung wurde zeitgeschichtlich dann fraglich, als die Kaiser zum Christentum übertraten und die Kirche dem römischen Scheidungsrecht eine christliche Ehedisziplin entgegensetzte. Auch der Gesellschaft der frühen Neuzeit stand es fern, Ehe und Ehescheidung als «Privatsachen» zu verstehen, deren Bestand durch bloss private Akte hätte bestimmt werden könne. Die Familie, welche in der Zeit noch «Haus» oder «Haushaltung» genannt wurde, war Teil der öffentlichen Ordnung und demzufolge von öffentlichem Interesse. Der eigentliche Scheidungsprozess entstand mit dem Protestantismus, während in den katholischen Staaten zunächst das durch das Konzil von Trient 1563 reformierte kanonische Eherecht, sukzessiv ergänzt durch staatliche Gesetze, massgebend blieb. Mit der Aufklärung wurde die Ehe dann jedoch erstmals als zivilrechtlicher Vertrag angesehen, auf welchen ohne weiteres die allgemeinen Regeln über Vertragsschluss und Vertragsaufhebung angewendet werden konnten. Als Scheidungsgründe galten gegenseitiges Einverständnis und schwere Vertragsverletzung, welche zur Aufhebung der Ehe berechtigten. Ein derart konzipiertes Scheidungsrecht hätte eine gerichtliche Mitwirkung an sich nicht vorausgesetzt; vgl. dazu und zu den nachfolgenden Entwicklungen betreffend Ehe und Scheidung Schwab (a.a.O.), S. 13 ff.

243 Dutta (Fn. 238), S. 6.

244 Eine Scheidung ohne Gericht kennen derzeit Italien, Spanien, Frankreich und Norwegen – und damit auch Länder, in denen eine Scheidung lange ausgeschlossen war (so etwa in Italien bis 1970 oder in Spanien bis 1981). Möglich sind Privatscheidungen auch in *Dänemark, Estland, Lettland, Rumänien* und *Portugal*. Allerdings ist die Privatscheidung sehr unterschiedlich ausgestaltet: In gewissen Ländern erfolgt sie durch blosse Vereinbarung und damit komplett parteiautonom; in anderen Ländern hat die Scheidung vor einem Standesbeamten, vor einem Notar oder durch einen Rechtspfleger zu erfolgen. Teilweise kommt die Privatscheidung nur bei Fehlen von Kindern und bei Einvernehmen über die Scheidungsfolgen in Frage. Gewisse Jurisdiktionen sehen eine Kontrolle durch einen Staatsanwalt (so in Italien) oder durch den Notar (so in Spanien) vor. In anderen Fällen ist allein der Wille der Ehegatten konstitutiv (so etwa in Frankreich; der Notar hat keine Kontrollbefugnis); vgl. dazu die Länderstudien bei Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Biele-

urteilung der Frage, ob eine gerichtliche Scheidung noch «zeitgemäss» ist, muss zunächst festgestellt werden, dass der sozial- und rechtsgeschichtliche Hintergrund, der die Einführung der gerichtlichen Scheidung motivierte, sich fundamental gewandelt hat.[245] So ist die Ehe nicht mehr die einzig legitime und legale Paarverbindung. Das Bedürfnis nach staatlicher Prägung und Kontrolle der Ehe ist stark zurückgegangen.[246] Insofern lässt sich eine Tendenz zur Privatisierung des ehelichen Verhältnisses im gesellschaftlichen Kontext feststellen.[247]

Auf der anderen Seite wird darauf hingewiesen, dass die Ehe eine «rechtlich verfasste Gemeinschaft ohne Beliebigkeit ist».[248] Die Ehe stellt – zusammen mit der eingetragenen Partnerschaft – diejenige Paarbeziehung dar, welche von den Gatten eine gegenseitige Solidarität rechtlich einfordert.[249] Zudem wird zu Recht geltend gemacht, dass auch künftig ein erhebliches Interesse an klaren Regeln über den Bestand einer Ehe oder einer eingetragenen Lebenspartnerschaft bestehe.[250] Was die aussergerichtliche Scheidung («Scheidung ohne Ge-

---

feld 2017. – In *Italien* gibt es seit 2014 zwei Formen der aussergerichtlichen Scheidung: Die Scheidung mit anwaltlicher Unterstützung und die Scheidung vor dem Standesbeamten. Im ersten Fall schliessen die Ehegatten mit Unterstützung ihrer Anwälte eine Vereinbarung über die Scheidung und deren Folgen. Die Vereinbarung hat die gleichen Wirkungen wie eine gerichtliche Ehescheidung; sie unterliegt einer Kontrolle durch den Staatanwalt beim zuständigen Gericht. Hält der Staatsanwalt die Interessen der Kinder für nicht hinreichend gewahrt, hat er die Akten dem Präsidenten des Gerichts zu überweisen. Eine ähnliche Form der Scheidung kennt auch das *norwegische* und das *dänische* Recht. Im zweiten Fall erklären die Ehegatten ihre Scheidung vor dem Standesbeamten; bei dieser Form dürfen keine minderjährigen Kinder von der Scheidung betroffen sein. Eine Überprüfung der Vereinbarung findet in diesem Fall nicht statt. *Spanien* ist im Jahre 2015 dem italienischen Vorbild gefolgt und hat eine ähnliche Regelung einer aussergerichtlichen Scheidung geschaffen. Die jüngste Regelung einer aussergerichtlichen Scheidung gilt seit 1. Januar 2017 in *Frankreich*. Das französische Modell weicht nur in Einzelheiten von den beiden dargestellten Rechtsordnungen ab; vgl. zum Ganzen Dieter Henrich, Schlussbetrachtungen, in: Dutta/Schwab/Henrich/Gottwald/Löhnig (Hrsg.), Scheidung ohne Gericht? Neue Entwicklungen im europäischen Scheidungsrecht, Beiträge zum europäischen Familien- und Erbrecht, Bd. 18, Bielefeld 2017, S. 361 ff.

245 Schwab (Fn. 242), S. 26.

246 «Die Motivation der mittelalterlichen Kirche, eine bestimmte Struktur der Ehe durchzusetzen und ihre Akzeptanz mit rechtlichen Mitteln zu sichern, ist ebenso entfallen wie die reformatorische Sicht auf die Ehe als Kern des zur öffentlichen Ordnung gehörigen Hauses»; so Schwab (Fn. 242), S. 26.

247 Schwab (Fn. 242), S. 26. Weitere Komponenten dieser Tendenz stellt die vollzogene Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder dar. Entsprechend wird wie folgt argumentiert: «Wenn zwischen den Rechtslagen, in denen sich eheliche und nichteheliche Kinder befinden, nicht mehr fundamental unterschieden wird, verblasst die Bedeutung des Eherechts für das Kindschaftsrecht und damit auch das öffentlich Interesse an der Ehe selbst.»

248 Schwab (Fn. 242), S. 27.

249 Vgl. Schwab (Fn. 242), S. 27, welcher darauf hinweist, dass wer sich unter das «Joch» *(coniugium)* begibt, für eine verlässliche Struktur des Familienlebens optiert, für die er/sie einen Teil seiner/ihrer Freiheit aufgibt. Dies gelte auch in Zeiten eines liberalisierten Scheidungsrechts, wie die (deutsche) Rechtsprechung über die richterliche Vertragskontrolle über Ehe- und Scheidungsvereinbarung bezeuge.

250 Schwab (Fn. 242), S. 28. Bei der Auflösung der Ehe hängt die Frage der richterlichen Funktion von der Gestaltung des materiellen Scheidungsrechts ab. Solange das subjektive Recht eines jeden Ehegatten, auf Antrag geschieden zu werden, von zu prüfenden materiellen Voraussetzun-

richt») betrifft, kommt diese von vorneherein nur bei einer einvernehmlichen Scheidung in Betracht.[251] Zumindest der beidseitige Scheidungswille muss jedoch geprüft werden, da dieser eine unabdingbare Voraussetzung der Eheauflösung darstellt. Damit wird zumindest dieser Akt der Selbstbestimmung – wiederum sinnvollerweise durch ein Gericht einer Prüfung unterzogen.[252]

Der institutionelle Charakter der Ehe überwiegt den vertraglichen, und nur die Gerichte bieten einen minimalen Schutz dafür, dass Ehen nicht voreilig geschieden werden.[253] Zudem besteht auch bei einer einvernehmlichen Scheidungsfolgenregelung das Risiko, dass die konkreten Bedürfnisse der Kinder oder eines der Ehegatten unzureichend berücksichtigt werden, weshalb eine gerichtliche Kontrolle in gewissem Rahmen weiterhin sinnvoll erscheint.[254] Die Scheidung als solche kann jedoch als weitgehend privatisiert gelten, indem die gemeinsame Zustimmung zur Scheidung vom Gericht als Tatsache zu akzeptieren ist.[255]

D. Privatautonomie und erbrechtliche Entwicklungen

I. Überblick und rechtshistorische Grundlagen

1. Entwicklung des Familienerbrechts und Testierfreiheit

Betrachtet man die Entwicklung der erbrechtlichen Regelungen, so lassen sich einerseits die Entwicklungen beim Familienerbrecht und andererseits diejenige der Testierfreiheit in der Schweiz nachzeichnen.[256] Im Zeitpunkt der Beratung

---

gen abhängt, scheint die Prüfung durch ein Gericht immer noch die sinnvollste Option zu sein; vgl. Schwab (Fn. 242), S. 28 f. Dies dürfte zumindest für Rechtsordnungen der Fall sein, welche ein gut funktionierendes, leicht zugängliches, effizientes Gerichtswesen kennen.

251 So auch Schwab (Fn. 242), S. 29.

252 Eine gerichtliche Instanz dürfte zumindest für Rechtsordnungen im Vordergrund stehen, welche ein gut funktionierendes, leicht zugängliches, effizientes Gerichtswesen kennen.

253 Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 79.

254 Gl.M. Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 79.

255 Aebi-Müller/Ziegler (Fn. 112), S. 80. Die Ehescheidung ohne Richter kann als letzte Konsequenz einer Entwicklung verstanden werden, die dem Richter kaum mehr Kontrollmöglichkeiten belässt. Allerdings erfordert der Schutz der Interessen der Kinder im Verfahren, dass eine Gerichtsinstanz ihre Interessen prüft und dass sie im Gerichts- oder Verwaltungsverfahren angehört werden (vgl. auch Art. 12 der UN-Kinderrechte-Konvention, welche dies verlangt). Diesem besonderen Schutz von Kindern tragen die Rechtsordnungen Rechnung, die einverständliche Scheidungen, insbesondere Scheidungen ohne Richter, nur ermöglichen, wenn die Ehegatten keine (oder jedenfalls keine noch schutzbedürftigen) Kinder haben; vgl. Henrich (Fn. 244), S. 368.

256 Vgl. dazu ausführlich Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 213 ff. Nach Auffassung von Weimar ist die gewillkürte Erbfolge, die auf der Testierfreiheit als einem Teilbereich der Privatautonomie beruht, kein Spezialfall gesetzlicher Erbfolge, sondern deren Gegenteil; vgl. BK-Weimar (Fn. 1), Einführung, N. 3. Die Begründung für die Testierfreiheit kann auf folgende Überlegung zurückgeführt werden: «Es wird angenommen, dass der Eigentümer, der zu Lebzeiten sein Gut beliebig übertragen kann, diese Befugnis auch für den Fall seines

des ZGB zu Beginn des 20. Jahrhunderts galt vor allem die Thematik der Pflichtteile als brisant.[257] Der Erlass eines einheitlichen ZGB anstelle des kantonal zersplitterten Rechts drohte damals an der Frage des Kreises der pflichtteilsgeschützten Erben gänzlich zu scheitern. Nur durch einen Kompromiss konnte sichergestellt werden, dass den einzelnen Kantonen die Erweiterung bzw. die Einschränkung des Noterbrechts bezüglich ihrer Kantonsbürger zugestanden wurde.[258] Zudem wurde dem überlebenden Ehegatten ein gesetzlicher, teilweise pflichtteilsgeschützter Erbanspruch zugebilligt.[259]

2. *Ziele der Erbrechtsreform von 1988*

Mit der tiefgreifenden Erbrechtsrevision, welche am 1. Januar 1988 in Kraft getreten ist, wurde die erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten deutlich verbessert und gleichzeitig die Verfügungsfreiheit des Erblassers erweitert, während die «weiteren» Blutsverwandten gewisse Einbussen bezüglich ihres gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechts in Kauf nehmen mussten.[260]

Das gesetzliche Erbrecht beruht auf dem Prinzip der Erbberechtigung der Familie, wobei zur Familie auch die ausserhalb der Ehe geborenen Kinder[261] sowie die Adoptivkinder und deren Nachkommen gehören.[262] Der überlebende Ehegatte erhält als gesetzlicher Erbe die Hälfte des Nachlasses, wenn er mit Nachkommen des Erblassers erbt. Sind nur Eltern des Erblassers vorhanden (je-

---

Todes innehaben muss. Dass der Eigentümer, der vor seinem Tode über sein Vermögen frei verfügen kann, über das gleiche Vermögen von Todes wegen jedoch nicht frei verfügen soll, wird als krasser Widerspruch empfunden. Es gilt als eine Ausprägung des Grundrechts auf Privateigentum und Privatautonomie, dass man mit seinem Vermögen machen kann, was man möchte.»; vgl. Rona Serozan, Wohin steuert das Erbrecht?, successio 2014, S. 6.

257 Das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz des Familienerbrechts und der Gewährung der Testierfreiheit lässt sich bereits im römischen Recht nachzeichnen; vgl. Babusiaux (Fn. 29), S. 195: Während die hierarchische Familienordnung die Hauskinder gleichberechtigt als natürliche Erben vorsah, stand es dem Testator grundsätzlich frei, einige Kinder gegenüber den übrigen zu bevorzugen oder auch Nichtfamilienangehörige als Erben einzusetzen. Dieses Spannungsverhältnis zwischen den Erwerbserwartungen der Hauserben und der gestalterischen Freiheit des Erblassers wurde im *ius civile* durch Enterbungsvorschriften gelöst. Die nicht berücksichtigten Hauserben konnten enterbt werden; die Enterbung *(exheredatio)* musste aber den dafür geltenden Formvorgaben entsprechen.

258 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 213. Präzisierend wäre anzufügen, dass die Regelung wohl bezüglich der im Kanton wohnenden Kantonsbürger zur Anwendung gelangte.

259 Der 14. Titel regelt den ganzen Bereich der Testierfreiheit, einschliesslich der Verfügungsfähigkeit, der Grenzen der Verfügungsfreiheit, die sich aus dem Pflichtteilsrecht der nächsten Angehörigen ergeben, der Verfügungsformen und der Anfechtung ungültiger oder herabsetzbarer Verfügungen; vgl. BK-Weimar (Fn. 1), Einführung, N. 2.

260 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 213.

261 Seit dem 1.01.1978 gilt ein einheitliches Kindesverhältnis; sobald dieses begründet wurde, wird das ausserehelich geborene Kind erbrechtlich gleichgestellt.

262 BK-Weimar (Fn. 1), Einleitung, N. 1 ff.; Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 214.

doch keine Nachkommen), hat er Anspruch auf drei Viertel des Nachlasses. Fehlen auch Angehörige dieser elterlichen Parentel, ist er Alleinerbe.[263]

Daneben stehen dem überlebenden Ehegatten güterrechtliche Ansprüche am Errungenschaftsvermögen seines verstorbenen Partners zu.[264] In Kombination mit diesen gesetzlich statuierten güterrechtlichen Ansprüchen, die (bei kaum vorhandenem bzw. nicht nachweisbarem Eigengut) die Hälfte des in der und durch die Ehe erwirtschafteten Errungenschaftsvermögens betragen, erhält der überlebende Ehegatte drei Viertel des gesamten – in diesem Sinne «ehelichen» – Vermögens. Diese Ausweitung des Ehegattenerbrechts war und ist jedoch rechtspolitisch nicht gänzlich unumstritten.[265] Indes ist anzumerken, dass der «Wille zu einer möglichst weitgehenden, d.h. maximalen, rechtsgeschäftlichen Begünstigung des überlebenden Ehepartners die breite Akzeptanz eines ausgebauten Ehegattenerbrechts in der Bevölkerung zu widerspiegeln scheint».[266]

Den Nachkommen des Erblassers fällt gemäss der gesetzlichen Erbfolge die Hälfte des Nachlasses zu, sofern sie mit dem überlebenden Ehegatten zu teilen haben. Andernfalls erhalten sie die gesamte Erbschaft. Die Parentelen der Eltern und Grosseltern gehen in diesem Fall leer aus; diese sind nur dann gesetzlich erbberechtigt, wenn der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt.

3. Bindung des Erblassers durch das Pflichtteilsrecht

Das schweizerische Erbrecht zeigt sowohl Züge des germanisch-rechtlichen Verfangenheitsprinzips, wonach sich die Nachfolge von Todes wegen unabhängig vom Erblasserwillen nach einer objektiven Ordnung abwickelt, als auch der römisch-rechtlichen *querela inofficiosi testamenti*[267], die dem Erblasser eine

---

263 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 216; vgl. Einzelheiten bei BK-Weimar (Fn. 1), N. 18 f. zu Art. 462 ZGB.

264 Es wird nachfolgend vom ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung (geregelt in Art. 196 ff. ZGB) ausgegangen.

265 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 216 f.; BK-Weimar (Fn. 1), Einleitung, N. 12 ff.

266 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 217; Regina Aebi-Müller, Die optimale Begünstigung des überlebenden Ehegatte – Güter-, erb-, obligationen- und versicherungsrechtliche Vorkehren, unter Berücksichtigung des Steuerrechts, Bern 2007, insbesondere Rz. 01.01; vgl. zum Ganzen auch Rz. 07.01 ff.; sowie Regina Aebi-Müller, ZBJV 1999, S. 492 ff.

267 Die Beschwerde wegen pflichtwidrigen Testaments *(querela inofficiosi testamenti)* stellte eine besondere Verfahrensart im Rahmen der kaiserlichen Gerichtsbarkeit dar, wobei der Ursprung dieser Beschwerde bis in die Republik zurückreichte. Nach Einschätzung von Babusiaux (Fn. 29), S. 224, dürfte sie zunächst sittlicher Natur gewesen sein: Es widersprach dem familiären Pflichtgefühl *(pietas)*, Eltern oder Nachkommen nicht ausreichend im Testament zu bedenken oder sie gar zu enterben. In der Kaiserzeit wurde daraus eine einklagbare Verpflichtung. Als pflichtwidrig galt ein Testament, in dem jemand zu Unrecht enterbt oder übergangen wurde, bspw. indem Eltern ihre Kinder aufgrund eines falschen Verdachts enterbten. Ohne einen schwerwiegenden Grund galt die unzureichende Berücksichtigung eines Kindes als nicht gerechtfertigt; vgl. Babusiaux (Fn. 29), S. 225.

weitgehende Verfügungsfreiheit in Selbstverantwortung belässt und nur bei missbräuchlicher Vernachlässigung der Familienbande[268] eingreift.[269] Es ist davon auszugehen, dass der Gedanke der Verfangenheit überwiegt, wobei allerdings die Dispositionsfreiheit des Erblassers anlässlich der letzten grossen Revision mit Inkrafttreten auf den 1. Januar 1988 erheblich erweitert wurde. So wurde die verfügbare Quote von 3/16 auf 3/8 verdoppelt, wenn ein überlebender Ehegatte sowie Nachkommen vorhanden sind.[270] Zudem wurde der Pflichtteilsschutz für Geschwister gestrichen.

Als Pflichtteil gilt derjenige Teil der gesetzlichen Quote, den der Erblasser einem bestimmten Erben nicht entziehen kann. So können bestimmte Quoten der gesetzlichen Erbteile der Eltern, der Nachkommen und des überlebenden Ehegatten nicht angetastet werden.[271] Nur bei Vorliegen eines gesetzlichen Enterbungsgrundes[272] oder gestützt auf einen Erbverzichtsvertrag können diese Pflichtteilsquoten entzogen werden.

Das Konzept des Pflichtteilsrechts beruht auf dem Grundsatz, dass innerhalb der Familie eine natürliche Erbberechtigung bestehen soll, die vom Erblasser

---

268 Bereits im römischen Recht lässt sich das Spannungsverhältnis zwischen dem Prinzip der Familienerbfolge und der Testierfreiheit aufzeigen; vgl. Babusiaux (Fn. 29), S. 140 ff.: Die Möglichkeit, durch Testament selbstherrlich das Schicksal des Vermögens über den eigenen Tod hinaus zu bestimmen, stand bereits damals in einem Spannungsverhältnis zum Prinzip der Familienerbfolge; man vermutet daher, dass sich die Testierfreiheit ursprünglich auf die Befugnis beschränkte, Legate auszusetzen, das Intestaterbrecht der Hauskinder somit unangetastet liess. – Die Enterbungsvorschriften des *ius civile* schützten das Erbrecht der Hauserben, indem sie dem Hausvater die formelle Gestaltung der Enterbung vorschrieben. Durch die kaiserliche Gerichtsbarkeit wurde sodann eine verstärkte sittliche Kontrolle der erblasserischen Motive eingeführt. Die staatliche Kontrolle entwertete dadurch die private Rechtsmacht, die gerade im Testament ihren bedeutsamsten Ausdruck gefunden hat; vgl. Babusiaux (Fn. 29), S. 232.

269 Ausführlich zum römischen Recht und dessen erbrechtlichen Grundsätzen Babusiaux (Fn. 29), S. 195 ff.: Der Grundsatz des Familienerbrechts und die Gewährung der Testierfreiheit stehen im römischen Recht in einem Spannungsverhältnis: «Während die hierarchische Familienordnung die Hauskinder gleichberechtigt als natürliche Erben vorsieht, steht es dem Testator grundsätzlich frei, einige Kinder gegenüber den übrigen zu bevorzugen oder auch Nichtfamilienangehörige als Erben einzusetzen.» Vgl. ferner Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 218. Vgl. zudem Jean Nicolas Druey, Grundriss des Erbrechts, 5. Aufl., Bern 2002, § 1 Rz. 13 ff. und § 6 Rz. 1 ff. m.w.H.; und auch Stephan Wolf/Stephanie Hrubesch-Millauer, Grundriss des schweizerischen Erbrechts, Bern 2017, Rz. 53 ff.; «Das Zivilgesetzbuch schränkt die Testierfreiheit des Erblassers im Interesse seiner nächsten Verwandten (Nachkommen und Eltern) und seines Ehegatten ein, indem es diesen Personen einen Bruchteil ihres gesetzlichen Erbteils als Pflichtteil vorbehält. Sie können eine Verfügung von Todes wegen, die in den Pflichtteil eingreift, ‹herabsetzen›, d.h. gerichtlich so weit beschränken lassen, dass der Pflichtteil ihnen unbelastet zukommt. Die einander widerstreitenden Prinzipien der Erbberechtigung der Familie und der Testierfreiheit werden also dadurch miteinander versöhnt, dass im Bereich der Pflichtteile die gesetzliche Erbfolge gegenüber der Verfügung des Erblassers, im Übrigen aber, d.h. hinsichtlich der disponiblen Quote, Verfügungen von Todes wegen vorgehen»; vgl. BK-Weimar (Fn. 1), Einführung, N. 5.

270 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 218.

271 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 218; vgl. Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 269), Rz. 1000.

272 Vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 221.

nicht beseitigt werden kann.[273] Den Hintergrund dafür bildet der Gedanke, dass das Vermögen jedenfalls zu einem Teil der Familie zustehen soll und dass die nahen Familienmitglieder gleichmässig daran partizipieren sollen.[274]

Von einer Pflichtteilsverletzung ist dann auszugehen, wenn ein pflichtteilsgeschützter Erbe vollständig enterbt wird oder weniger als seinen Pflichtteil zugewiesen erhält oder wenn der Pflichtteil mit Vermächtnissen, wertvermindernden Auflagen oder Bedingungen «beschwert» wird.[275] Zudem können lebzeitige Zuwendungen sowie ehevertragliche Begünstigungen zu einer Pflichtteilsverletzung führen.[276]

Die Pflichtteilsquote ist je nach Erbenkategorie unterschiedlich gross: Für Nachkommen des Erblassers beträgt sie drei Viertel, für jeden Elternteil und den überlebenden Ehegatten (sowie den eingetragenen Partner oder die eingetragene Partnerin) die Hälfte des gesetzlichen Erbanteils (Art. 471 ZGB).[277] So müssen rechnerisch in einem ersten Schritt zuerst die gesetzlichen Erbanteile ermittelt werden. Diese gesetzlichen Erbteile sind sodann in einem zweiten Schritt mit der entsprechenden Pflichtteilsquote zu multiplizieren. Wenn der Erblasser bspw. Nachkommen und einen Ehegatten hinterlässt, ergibt sich eine verfügbare Quote von 3/8 des gesamten Nachlasses.[278]

4. Rechtsgeschäftliche Freiheit der Ehegatten

a. Privatautonomie und Testierfreiheit

Die Privatautonomie nimmt im Erbrecht die Gestalt der Testierfreiheit an, welche die Freiheit umfasst, über das eigene Vermögen über den Tod hinaus zu disponieren.[279] Der Erblasser kann solange beliebig über sein Vermögen verfügen,[280] als die Pflichtteile der Nachkommen, der Eltern und des überlebenden

273 Der Sinn und Zweck des Pflichtteilsrechts wird in der neueren rechtswissenschaftlichen Literatur aus einer Reihe von Gründen in Frage gestellt; vgl. etwa Cottier (Fn. 209), S. 42 ff. m.H.

274 Vgl. Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht; zit. Bericht Erbrecht), S. 10.

275 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 219.

276 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 219; Vgl. zu den Einzelheiten des Pflichtteilsrechts Druey (Fn. 269), § 6 Rz. 38 ff.

277 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 220. Der Pflichtteil der Geschwister in Höhe eines Viertels des gesetzlichen Erbteils (Art. 471 Ziff. 3 aZGB) wurde mit der am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen Revision aufgehoben.

278 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 220 f.

279 Stephan Wolf/Gian Sandro Genna, Erbrecht 1. Teil, SPR IV/1, Basel 2012, S. 3 (zit. Wolf/Genna); vgl. auch Cottier (Fn. 209), S. 44.

280 Wie Weimar darlegt, entspricht es einem freiheitlichen Menschenbild und dem freiheitlichen Rechtsbegriff, wonach Freiheit und Privatautonomie gleichzeitig mit der Rechtsordnung entstanden sind und selbständig neben ihr bestehen, soweit sie nicht durch zwingende Normen beschränkt sind. Danach ist die gewillkürte Erbfolge, die auf der Testierfreiheit als einem Teilbereich der Privatautonomie beruht, kein Spezialfall gesetzlicher Erfolge, sondern sehr wohl deren Gegenteil; vgl. BK-Weimar (Fn. 1), Einführung, N. 3.

Ehegatten nicht verletzt werden.[281] Die Pflichtteilsquote gibt dem pflichtteilsgeschützten Erben einen Wertanspruch; so kann dem Erben auch eine Abfindung in bar anstelle des Erbes ausbezahlt werden. Anderseits kann ein pflichtteilsgeschützter Erbe nicht verlangen, dass ihm gewisse Nachlasswerte zugewiesen werden.[282]

b. Lebzeitige Schenkungen, Vermächtnisse und Erbeinsetzungen

Lebzeitige Schenkungen, Vermächtnisse sowie Erbeneinsetzungen können dazu führen, dass die verfügbare Quote ausgeschöpft wird. Als zulässig gilt es, wenn mit den Mitteln des Ehegüterrechts der überlebende Ehegatte begünstigt wird – und damit gleichzeitig der Nachlass «verkleinert» wird. Die Beteiligung an der während der Ehe erworbenen Errungenschaft kann ehevertraglich modifiziert werden.[283] Eine beliebte Regelung besteht in der Zuweisung des gesamten Vorschlages beider Ehegatten an den überlebenden Ehegatten (Art. 216 Abs. 1 ZGB). Der Gesetzgeber nahm mit der Einräumung dieser Möglichkeit bewusst in Kauf, dass die gemeinsamen Nachkommen der Ehegatten beim Tode eines Elternteils vorerst leer ausgehen und erst beim Tod des zweitversterbenden Elternteils erben.[284] Von dieser besonders weitgehenden Verfügungsfreiheit der Ehegatten lässt sich in der Form des zweiseitigen (notariellen) Ehevertrages Gebrauch machen.[285]

Je nach Zusammensetzung der Gütermassen wird der Nachlass durch diese – in der Praxis sehr beliebte – ehevertragliche Zuweisung des gesamten Vorschlages an den überlebenden Ehegatten umfangmässig erheblich vermindert.[286] Dies kann so weit gehen, dass der Nachlass nur noch aus den persönlichen Effekten des Erblassers besteht.[287] Anlässlich der 1988 in Kraft getretenen Revision des Ehe- und Ehegüterrechts wurde deshalb bestimmt, dass durch eine

281 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 233.

282 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 233.

283 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 229; Wolf/Hrubesch-Millauer (Fn. 269), Rz. 81 f.

284 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 229.

285 Druey (Fn. 269), § 9 Rz. 50; Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 229 f.

286 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 229. Die bisherige Streitfrage nach der Qualifikation dieser Vorschlagszuteilung soll durch den nun vorliegenden Vorentwurf zur Änderung des Erbrechts geklärt werden, indem die Rechtsprechung des Bundesgericht (insbesondere BGE 137 III 113) ausdrücklich ins ZGB übernommen werden soll und die Vorschlagszuteilung an den überlebenden Ehegatten als Verfügung von Todes wegen zu qualifizieren ist. Dies wird durch einen neuen Art. 494 Abs. 4 ZGB erreicht, in dem festgehalten wird, dass die Vorschlagszuteilung zugunsten des überlebenden Ehegatten durch Ehevertrag (bzw. zugunsten des eingetragenen Partners durch Vermögensvertrag) wie ein Erbvertrag behandelt wird; vgl. dazu Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 27 m.H.

287 Soweit in diesen Modifikationsmöglichkeiten – in der vom Gesetzgeber anlässlich der Revision von 1988 übernommenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (insbesondere des «leading cases» BGE 102 II 313 ff. i.S. *Nobel*) – eine in den ehevertraglichen Formen vorgenommene Verfügung von Todes wegen zu erblicken ist, kann sogar von einem *Sondererbrecht* in den Formen des Ehegüterrechts gesprochen werden; vgl. dazu BK-Hausheer/Reusser/Geiser

entsprechende ehevertragliche Begünstigung die Pflichtteile der nichtgemeinsamen Nachkommen des betroffenen Ehegatten nicht verletzt werden dürfen (Art. 216 Abs. 2 ZGB).[288]

c. Nutzniessung des Ehegatten am Nachlass

Eine weitere rechtsgeschäftliche Begünstigungsmöglichkeit besteht darin, dass dem überlebenden Ehegatten durch letztwillige Verfügung (d.h. mittels Testament oder Erbvertrag) die Nutzniessung am ganzen, den gemeinsamen Nachkommen zufallenden Teil des Nachlasses eingeräumt werden kann (Art. 473 ZGB).[289] Damit erhalten die Nachkommen bis zum Tode des zweiten Elternteils lediglich das nackte Eigentum am Nachlassvermögen. Die Nachkommen müssen somit eine gewisse Beschränkung ihrer Pflichtteile in Kauf nehmen; allerdings steht ihnen mit Art. 530 ZGB eine Handhabe gegen eine übermässige Belastung zur Verfügung.[290] Der Erblasser seinerseits erhält dadurch eine erweiterte Verfügungsbefugnis in bestimmter Hinsicht – allerdings nicht bezüglich einer umfangmässigen Erweiterung.[291]

Eine weitere Verfügungsmöglichkeit besteht darin, dass der Erblasser Teilungsregeln erlassen kann. Mit Erlass einer solchen Teilungsvorschrift übt der Erblasser die ihm durch die Rechtsordnung gewährte Privatautonomie auch im Rahmen der Erbteilung aus.[292] Der überlebende Ehegatte kann jedoch die Zuteilung der im Nachlass befindlichen Hausratsgegenstände auf Anrechnung an seinen Erbteil verlangen (Art. 612a ZGB; allerdings nicht zwingend),[293] sofern

---

(Fn. 72), N. 47 zu Art. 216 ZGB; sowie Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

288 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 230. Zur Funktion des Pflichtteilsrechts allgemein und zu rechtsvergleichenden Überlegungen vgl. Cottier (Fn. 209), S. 44 ff.

289 Die Nutzniessung tritt an die Stelle des dem überlebenden Ehegatten neben seinen Nachkommen zustehenden gesetzlichen Erbrechts. Neben dieser Nutzniessung beträgt die verfügbare Quote einen Viertel des Nachlasses. Von dieser Möglichkeit wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht. Die entsprechende Bestimmung in Art. 473 ZGB wurde seit dem Inkrafttreten des ZGB bereits drei Mal revidiert (in den Jahren 1976, 1984 und 2001), wobei sie auch heute noch zu Kritik Anlass gibt; vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 27 ff.

290 Stephanie Hrubesch-Millauer, in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Aufl., Basel 2015, N. 1 zu Art. 530 ZGB.

291 Vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 234, wonach dies vom Wert der kapitalisierten Nutzniessung abhängt und damit namentlich vom Alter des überlebenden Ehegatten.

292 Stephan Wolf, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-Wolf), N. 5 zu Art. 608 ZGB, wobei weiter aus Art. 608 ZGB folgt, dass die gesetzlichen Vorschriften zur Erbteilung grundsätzlich – wie für die Erben – auch für den Erblasser dispositiv sind. Mit Teilungsvorschriften kann der Erblasser zudem das bei der Erbteilung einzuhaltende Verfahren festsetzen. So können insbesondere das Losziehungsverfahren sowie auch andere Modalitäten im Zusammenhang mit der Vorgehensweise bei der Erbteilung geregelt werden; vgl. BK-Wolf (a.a.O.), N. 22 zu Art. 608 ZGB m.w.H.

293 Art. 612a ZGB ist insoweit *dispositiv*, als der Erblasser dem überlebenden Ehegatten oder Partner das Vorrecht durch erblasserische Teilungsvorschrift entziehen kann; vgl. Thomas Weibel,

in der güterrechtlichen Auseinandersetzung nicht bereits der Zuteilungsanspruch (gemäss Art. 219 ZGB) geltend gemacht worden ist.[294] Abgesehen davon steht es dem Erblasser frei, in einer letztwilligen Verfügung die Zuteilung der Nachlassobjekte an die einzelnen Erben und Vermächtnisnehmer nach Belieben vorzunehmen.[295]

d. Erbrechtliche Stellung von nichtehelichen Lebenspartnern

Anders als dem Ehegatten, steht dem nichtehelichen Lebenspartner kein gesetzliches Erbrecht zu. Er ist entsprechend auf eine begünstigende Verfügung von Todes wegen angewiesen.[296] Vom Umfang einer solchen Begünstigung her können allerdings mehr oder weniger enge Grenzen bestehen, je nachdem ob Nachkommen oder Eltern des Erblassers zu berücksichtigen sind. So können einer Begünstigung durch die Pflichtteile der Nachkommen oder Eltern verhältnismässig enge Grenzen gesetzt sein.[297] Hinzu kommt, dass der nichteheliche Lebenspartner in seiner Dispositionsfreiheit insofern zusätzlich beschränkt sein kann, dass nach einer Trennung u.U. ein Ehegatte – und entsprechend dessen noch bestehender Pflichtteilsanspruch – zu berücksichtigen ist.

e. Zwischenfazit – zunehmende erbrechtliche Flexibilisierung und Privatautonomie

Das Familienerbrecht kann «gesamthaft betrachtet durch eine verhältnismässig grosse und tendenziell zunehmende Flexibilität gekennzeichnet werden»[298]. Den verschiedenen Erbenkategorien werden unterschiedliche Erbansprüche zugestanden, je nachdem mit welchen Miterben sie konkurrieren. Neben den unterschiedlich grossen Erbansprüchen variieren auch die Pflichtteilsansprüche je

---

in: Daniel Abt/Thomas Weibel (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrecht, Nachlassplanung, Nachlassabwicklung, Willensvollstreckung, Prozessführung, 3. Aufl., Basel 2015, N. 8 zu Art. 612a ZGB.

294 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 234.

295 Vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 234 f. Der Erbe, welcher über die verfügbare Quote hinaus Anspruch auf Nachlassgegenstände erwirbt, hat eine entsprechende Ausgleichszahlung *(soulte)* zu leisten.

296 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 243. Allerdings versterben in der Schweiz viele Menschen, ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Schätzungen variieren stark und gehen von einer Testierquote (Quote der Todesfälle mit letztwilliger Verfügung) von 25 bis 60 % aus; vgl. Cottier (Fn. 209), S. 31. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass auch bei einer erbrechtlichen Gleichstellung weiterhin gewichtige Unterschiede in Bezug auf die Ansprüche der überlebenden Partnerin oder des überlebenden Partners bestehen bleiben. Insbesondere fehlen die güterrechtlichen Ansprüche, welche bei Bestehen einer Ehe im Rahmen der Auflösung des ordentlichen Güterstands der Errungenschaftsbeteiligung (Art. 204 ff., Art. 215 ZGB) für einen Ausgleich sorgen; vgl. Cottier (Fn. 209), S. 37.

297 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 243 f.; vgl. zum Ganzen Peter Breitschmid, Begünstigung des nichtverheirateten Lebenspartners und Dritter, in: Druey/Breitschmid (Hrsg.), Güter- und erbrechtliche Planung, Bern et al. 1999, S. 45 ff. insbesondere S. 60 ff.

298 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 244.

nach der Erbenkategorie und der unterschiedlichen Konkurrenz mit allfälligen Miterben. Eine zusätzliche Flexibilität ergibt sich aus den gesetzlich in weitgehendem Masse zugelassenen Abänderungsmöglichkeiten des ordentlichen gesetzlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung.[299] Es kann hierbei sogar von einem *Sondererbrecht* in den Formen des Ehegüterrechts gesprochen werden.[300]

Die Entwicklung, welche einerseits anlässlich der letzten umfassenden Ehe- und Erbrechtsrevision sowie im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Ausdruck kommt, zeigt, dass die Verfügungsbefugnis des Erblassers in verschiedener Hinsicht erweitert worden ist. Das Verfangenheitsprinzip hat weitgehend an Bedeutung verloren.[301] Gleichzeitig hat sowohl beim gesetzlichen Erbrecht wie auch mit Bezug auf die Pflichtteile eine Konzentration auf den engeren Familienkreis stattgefunden.[302] Als allgemeine Tendenz lässt sich eine deutliche Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten beobachten. Eine solche Verbesserung wurde über das Ehegüterrecht sowie das Erbrecht erzielt, lässt sich aber auch in anderen Rechtsgebieten beobachten.[303]

Die Forderung nach einer Besserstellung der Partner nichtehelicher Gemeinschaften, namentlich auch in gleichgeschlechtlichen Beziehungen, hat zur Einführung der registrierten Partnerschaft geführt.[304] Der registrierte Partner wurde dem überlebenden Ehegatten gleichgestellt, indem ihm entsprechende gesetzliche Erbteilsquoten sowie Pflichtteilsschutz zukommen (Art. 462 i.V.m. Art. 470/471 ZGB).

Unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie kann insgesamt von einer *Stärkung der privatautonomen Regelungsmöglichkeiten* im Erbrecht ausgegangen werden. Insbesondere die Erhöhung der disponiblen Quote hat zu einer grösseren Freiheit geführt und die Privatautonomie im Erbrecht gestärkt. Differenzierter muss die Einschätzung hinsichtlich der Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten ausfallen. Soweit sich diese in einer auf Gesetzesrecht gestützten, automatischen Verbesserung mittels grösserer Erbrechtsquote

299 Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

300 Dies ist dann der Fall, wenn man diese Modifikationsmöglichkeiten – in der vom Gesetzgeber anlässlich der Revision von 1988 übernommenen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (insbesondere des «leading cases» BGE 102 II 313 ff. i.S. *Nobel*) – als eine in den ehevertraglichen Formen vorgenommene Verfügung von Todes wegen qualifiziert; vgl. dazu BK-Hausheer/Reusser/Geiser (Fn. 72), N. 47 zu Art. 216 ZGB; Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

301 So auch Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

302 So auch Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

303 Eine Verbesserung der Stellung des überlebenden Ehegatten hat sich aus dem rasch und stark entwickelnden Sozialversicherungsrecht, insbesondere bei der beruflichen Vorsorge, sowie auch indirekt durch die allmähliche Abschaffung der kantonalen Erbschafts- bzw. Schenkungssteuern zugunsten der Ehegatten, ergeben; vgl. Hausheer/Aebi-Müller, Familienerbrecht (Fn. 210), S. 245.

304 Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18.06.2004, SR 211.231.

sowie einem Ausbau seiner güterechtlichen Absicherung auswirkt, müsste zwar formal von einer Einschränkung der Privatautonomie ausgegangen werden. Da die Verbesserungsmechanismen zusätzlich eine grössere Regelungsautonomie brachten, könnte man jedoch auch in diesem Bereich von einer *Stärkung der Privatautonomie* insgesamt ausgehen.

Ebenfalls ein differenziertes Bild ergibt sich bei der registrierten Partnerschaft, wenn man diese aus der Optik der Privatautonomie betrachtet. Die Tatsache, dass überhaupt die Möglichkeit der Eingehung einer registrierten Partnerschaft geschaffen wurde, wäre ordnungsrechtlich als Ausweitung der Privatautonomie zu werten. Gleichzeitig führt die Eingehung einer registrierten Partnerschaft aber auch zu einer Einschränkung der Privatautonomie, indem die Verfügungsfreiheit insofern eingeschränkt wird, als dass die Verfangenheit aufgrund der gesetzlichen Erbansprüche sowie des Pflichtteilsrechts des überlebenden registrierten Partners die Privatautonomie des Erblassers, der in einer registrierten Partnerschaft lebt, einschränkt.

II. Revisionsbestrebungen gemäss Vorentwurf zur Änderung des Erbrechts

1. Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile

Der Vorentwurf zur Änderung des Zivilgesetzbuches (Erbrecht) von 2016 sieht diverse einschneidende Änderungen im Bereich des Erbrechts vor. Im Zentrum der Revision steht dabei eine Verkleinerung der gesetzlichen Pflichtteile.[305] Damit soll der Handlungsspielraum für den Erblasser in zweierlei Hinsicht vergrössert werden: Einerseits eröffnet sich dem Erblasser die Möglichkeit, einen grösseren Teil seines Vermögens einem einzelnen Nachkommen (oder auch seinem Ehegatten) zukommen zu lassen, und andererseits ermöglicht dieser erweiterte Handlungsspielraum auch, weitere Personen auf dem Weg der Verfügung von Todes wegen zu begünstigen wie bspw. faktische Lebenspartner oder Stiefkinder.[306]

Die Privatautonomie soll durch den nun vorliegenden Entwurf insofern gestärkt werden, dass dieser davon absieht, zusätzlichen Personen gesetzliche Erbansprüche oder sogar ein Pflichtteilsrecht einzuräumen. Die *ratio* dahinter geht davon aus, dass «die persönliche Beziehung etwa zu einem faktischen Lebenspartner oder zu einem Stiefkind in der Realität sehr unterschiedlich sein kann, und es der Erblasserin bzw. dem Erblasser überlassen werden soll zu entscheiden, welche weiteren Personen ihm derart nahestehen, dass sie erbrechtlich begünstigt werden sollen»[307].

305 Vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 21.
306 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 1 und 9 ff.
307 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 1 und 13 ff.

Als Korrektur gewissermassen und um zu vermeiden, dass es in Einzelfällen zu stossenden Ergebnissen kommt, wird die Einführung eines sog. Unterhaltsvermächtnisses vorgesehen. Die faktische Lebenspartnerin (bzw. der faktische Lebenspartner), die (oder der) erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat, könnte so in besonderen Fällen eine Begünstigung zulasten des Nachlasses verlangen.[308] Zudem soll zugunsten von Stiefkindern, die vom Erblasser unterstützt wurden und die auf diese Unterstützung weiterhin angewiesen sind, die Möglichkeit einer solchen Begünstigung mittels eines Unterhaltsvermächtnisses eingeführt werden.[309]

2. *Stärkung der Entscheidungsautonomie*

Die *ratio* hinter der vorgeschlagenen Relativierung des Pflichtteilsrechts wird wie folgt dargelegt: Es wird ausgeführt, dass das geltende Erbrecht auf dem sog. Grundsatz der Verfangenheit beruhe, wonach die Nachfolge von Todes wegen der Verfügung des Erblassers entzogen sei.[310] Damit wird allerdings eine etwas verkürzte Optik eingenommen, welche vom vollständigen Ausschluss der Privatautonomie im Erbrecht auszugehen scheint. Entwicklungsgeschichtlich lässt sich aufzeigen, wie der Grundsatz der Verfangenheit jeweils Einschränkungen erfahren hat und nie absolut galt.[311]

Sodann wird im erläuternden Bericht zum Vorentwurf geltend gemacht, dass insbesondere der Pflichtteil der Nachkommen, der drei Viertel des gesetzlichen Erbteils umfasst, aus heutiger Sicht als verhältnismässig gross erscheine. Die in der Lehre ausgeführten Vorschläge zu einer Revision – und damit Reduktion – des Pflichtteilsrechts würden denn auch den Ansatzpunkt für die Vorschläge

---

308 Die Verbesserung der erbrechtlichen Absicherung von faktischen Lebensgemeinschaften bildet ein zentrales Anliegen der Motion Gutzwiller. In der Begründung der Motion wird gefordert, «dass die bisher diskriminierten unverheirateten Lebenspartnerinnen und -partner in das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht mit einbezogen werden und dadurch eine im Vergleich zu den verheirateten sowie den eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnern faire, d.h. gleichwertige Behandlung erfahren (allenfalls unter bestimmten Voraussetzungen hinsichtlich Gleichwertigkeit der Lebens- und Verantwortungsgemeinschaften).» Vgl. Cottier (Fn. 209), S. 31. Ob mit der nun vorgeschlagenen Einführung eines sog. Unterhaltsvermächtnisses diesem Anliegen wirklich vollumfänglich Rechnung getragen wird, dürfte zweifelhaft sein. Sodann ist bei diesem neu zu schaffenden «Vermächtnis» nicht zu übersehen, dass sich dieses nicht einfach in die erbrechtliche Terminologie und Begrifflichkeit einordnen lässt. Ein Vermächtnis gemäss Art. 484 ZGB kann der Erblasser einem Bedachten zuwenden, ohne dass er diesen als Erben einsetzen muss. Dabei handelt es sich um einen Vermögensvorteil, der in einzelnen Erbschaftssachen oder einer Nutzniessung an der Erbschaft oder einem Teil davon bestehen kann. Dieser Vorteil wird freiwillig und selbstbestimmt – und damit autonom – angeordnet. Dies ist beim Unterhaltsvermächtnis gerade nicht der Fall, womit es sich um einen neuen, bisher unbekannten Typus von Vermächtnis handeln muss.

309 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 1 und 15 ff.

310 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9 unter Hinweis auf Druey (Fn. 269), § 6 Rz. 2 und auch Wolf/Genna (Fn. 279), S. 37.

311 Vgl. demgegenüber vorstehend unter Kap. D. Ziff. I.

des Bundesrates bilden.[312] Dabei ist darauf hinzuweisen, dass das Parlament dem Bundesrat den expliziten Auftrag erteilt hat, das bestehende Erbrecht zu flexibilisieren.[313] Im Vordergrund der Revision sollte daher das Anliegen stehen, die *Entscheidungsautonomie* des Erblassers zu stärken. Diese manifestiert sich im Erbrecht in der Verfügungsfreiheit des Erblassers – als Ausdruck der Privatautonomie – im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen über sein Vermögen ganz oder teilweise verfügen zu können.[314] Diese Freiheit wird durch gesetzliche Pflichtteile eingeschränkt (Art. 470 Abs. 1 ZGB), weshalb im Rahmen des Erbrechtsrevisionsprozesses die Diskussionen über den konkreten Umfang solcher Pflichtteile intensiv geführt wurde (und wird).[315]

Eine Revision mit dem Ziel der *Stärkung der Entscheidungsautonomie* des Erblassers – und damit auch der Privatautonomie – muss deshalb primär bei den Pflichtteilen ansetzen, da die Beseitigung oder Reduktion der Pflichtteile automatisch eine Vergrösserung der verfügbaren Quote zur Folge hat.[316]

Eine vollständige Abschaffung von Pflichtteilen wurde aus der Überlegung verworfen, dass eine solche keine politischen Mehrheiten finden dürfte, da der Gedanke, dass ein Teil des Nachlasses bestimmten Personen vorbehalten bleiben soll, tief im allgemeinen Rechtsempfinden verankert ist.[317] In rechtsvergleichender Hinsicht ist festzustellen, dass sämtliche kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen gegenwärtig Formen zwingender Nachlassteilhabe aufgrund persönlicher oder familiärer Nähebeziehung (Näheverhältnisse) kennen. Dagegen wird in den USA, wo kein Pflichtteilsschutz besteht, von einem gewichtigen Teil der Rechtslehre die Einführung eines Schutzes der Nachkommen vor Enterbung im Sinne von Pflichtteilen gefordert.[318]

---

312 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9 unter Hinweis auf die Übersicht bei Stephan Wolf, Ist das schweizerische Erbrecht in seinen Grundlagen revisionsbedürftig?, ZBJV 2007, S. 301 ff. (zit. Wolf, ZBJV 2007), S. 313.

313 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9 und S. 19 ff.

314 So auch Stephan Wolf, in: Stephan Wolf/Martin Eggel, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die Teilung der Erbschaft, Art. 602–619 ZGB, Bern 2014 (zit. BK-Wolf), N. 3 zu Art. 608 ZGB. Die geltende Regelung kann man entweder als eine «gemilderte Verfangenheit» oder eine «beschränkte Verfügungsfreiheit» einstufen, je nach dem, von welchem Grundsatz man ausgeht. Die nun diskutierten Anpassungen hinsichtlich der Quoten ändern nichts am Prinzip, sondern nur daran, wie weit man sich von den jeweils konträren Ausgangspunkten entfernt, die ohnehin in der Schweiz (jedenfalls seit dem 19. Jahrhundert) nie in absoluter Form galten. Eine Abschaffung des Pflichtteilsrechts würde sozusagen eine Rückkehr zu einem Prinzip bedeuten, das allenfalls einmal in vorklassischer Zeit in Rom gegolten haben mag.

315 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9. Der Sinn und Zweck des Pflichtteilsrechts wird in der neueren rechtswissenschaftlichen Literatur aus einer Reihe von Gründen in Frage gestellt, die in der Motion Gutzwiller ebenfalls Erwähnung finden; vgl. Cottier (Fn. 209), S. 42 m.H.

316 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 9 f.

317 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 10.

318 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 10 unter Hinweis auf Anne Röthel, Das Pflichtteilsrecht auf dem Prüfstand: Ausblicke aus rechtsvergleichender und internationaler Perspektive, in: Dominique Jakob (Hrsg.), Stiften und Gestalten, Basel 2013, S. 119 ff., insbesondere S. 126 f.

Ein Vergleich mit anderen Rechtsordnungen zeigt, dass der Pflichtteil der Nachkommen im schweizerischen Recht relativ hoch ist. Im Zusammenhang mit der geplanten Revision wird deshalb folgendermassen argumentiert: Gerade weil das Erbrecht heute weitgehend seine Funktion als Versorgungsinstitut für die Nachkommen verloren habe, erscheine es naheliegend, das Pflichtteilsrecht im Hinblick auf die Nachkommen zu reduzieren.[319] Dies entspreche im Übrigen der Tendenz, wie sie in vielen ausländischen Rechtsordnungen in den vergangenen Jahren festgestellt werden konnte.[320]

Was die Streichung der Pflichtteile der Eltern betrifft, so werden folgende Argumente dargelegt: Der Gedanke der Solidarität innerhalb der Familie und der Generationen habe in den letzten Jahrzehnten signifikant abgenommen, was rechtlich nachzuvollziehen sei mit der Folge, dass es in Zukunft möglich sein werde, den betreffenden Anteil des Nachlasses der überlebenden Partnerin oder dem überlebenden Partner zuzuwenden.[321] Die heutige Rechtslage, wonach der gesamte Nachlass eines Erblassers, der in einer faktischen Lebensgemeinschaft lebt und keine Nachkommen hat, grundsätzlich seinen Eltern zufällt, wenn diese noch leben, wird ebenfalls als korrekturbedürftig eingestuft.[322] Dabei ist zu beachten, dass die Hälfte des Nachlasses pflichtteilsgeschützt ist mit der Folge, dass dem Lebenspartner auf dem Weg der Verfügung von Todes wegen maximal die Hälfte des Nachlasses zugewendet werden kann. Diese Situation erscheint insbesondere deshalb unbefriedigend, weil der Lebenspartner dem Erblasser häufig näher stehen dürfte als seine Eltern und zudem in diesen Fällen für den Lebenspartner keine Partizipation an der Errungenschaft möglich ist.[323] Auch

---

319 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 10; vgl. auch Peter Breitschmid, Bericht zu den Konturen eines «zeitgemässen Erbrechts» zuhanden des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der «Motion Gutzwiller» (10.3524 vom 17.06.2010), Sondernummer Not@lex/successio, Zürich 2014, S. 7 ff. (zit. Breitenschmid, Zeitgemässes Erbrecht), S. 7 ff. Ziff. 34. Dieser Struktur- und Funktionswandel der Familie wird von Serozan wie folgt knapp umschrieben: «Gegenwärtig hat die Familie ihr altes ökonomisches, soziales und damit ihr erbrechtliches Gewicht eingebüsst. Der Nächste zum Blut ist nicht mehr gleichzeitig der Nächste zum Gut!»; vgl. Serozan (Fn. 256), S. 5.

320 Röthel (Fn. 318), insbesondere S. 126 f.

321 Allerdings erscheinen der Anwendungsbereich und die Konsequenz dieser Anpassung in ihren Auswirkungen gering, indem der Pflichtteil der Eltern überhaupt nur eine Rolle spielt, wenn der Erblasser keine Nachkommen hat. Nur in diesen Fällen erfolgt eine Erhöhung der Verfügungsfreiheit des Erblassers (allerdings wirkt sich diese nur aus, wenn nicht gleichzeitig der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten erhöht wird). Zu fragen wäre sicherlich grundsätzlich, wer am ehesten finanziell versorgt werden soll, wenn man dem Erbrecht eine Rolle als «Versorgungsinstitut» zuweist. Zu denken wäre dabei an den überlebenden Ehegatten und (angesichts der hohen Lebenserwartung) an die Enkel des Erblassers.

322 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 10 f.; vgl. auch Breitschmid, Zeitgemässes Erbrecht (Fn. 319), S. 7 ff. Ziff. 33; ferner Röthel (Fn. 318), insbesondere S. 125 f.

323 Allerdings könnte man einwenden, dass den kinderlosen Erblasser, der seinen faktischen Partner berücksichtigen will, niemanden hindert, dass er dem Lebenspartner zu Lebzeiten sein Vermögen überschreibt und die Eltern auf den Pflichtteil setzt.

aus einer rechtsvergleichenden Optik spricht einiges für die Abschaffung des Pflichtteilsrechts der Eltern.[324]

Die Folgen der geplanten erbrechtlichen Gesetzesänderungen bestehen in einer insgesamt signifikanten Stärkung der Parteiautonomie des Erblassers bzw. der Erblasserin.

3. Zum Dilemma überlebender Ehegatte vs. Nachkommen

Ausgangspunkt jeder Revision ist das Dilemma, den Nachlass zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Kindern des Erblassers angemessen aufzuteilen. Die Tendenz in der Schweiz als auch im europäischen Ausland geht in die Richtung einer Besserstellung des überlebenden Ehegatten.[325] Begründet wird dies mit der allgemeinen gesellschaftlichen Entwicklung, wonach die Bedeutung der Familie als solidarischer Verbund der Generationen zurückgegangen und das Interesse, Vermögen im Familienstamm zu halten, weitgehend entfallen sei. So lässt sich argumentieren, dass es in vielen Fällen angemessen erscheint, den Ehegatten bzw. den eingetragenen Partner, der während Jahren zur Bildung des Vermögens des Erblassers beigetragen hat, an diesem Vermögen auch erbrechtlich angemessen partizipieren zu lassen.

Schliesslich werden die finanzielle Sicherheit des überlebenden Partners im Alter sowie der Gedanke der Fürsorge für diesen erwähnt.[326] Auch die Praxis der Notariate lässt den Schluss zu, dass es vor allem die gesetzliche Absicherung des überlebenden Partners ist, welche zum Abschluss von Ehe- und Erbverträgen führt.[327] Sodann ist zu vermerken, dass Nachkommen zum Zeitpunkt des Erbganges – im Gegensatz zum überlebenden Partner – in vielen Fällen keinen dringenden finanziellen Bedarf mehr aufweisen, weil sie sich in einer Lebensphase befinden, in der sie sich bereits im Erwerbsleben etabliert haben und auf ein geregeltes Einkommen zugreifen können.[328]

Daneben ist nach Ansicht des Bundesrates die *Stärkung der Privatautonomie* ein explizites Ziel der Revision – und nicht etwa eine Verschiebung der gesetzlichen Erbanteile unter den Erben: «Ein modernes Erbrecht muss dem Erblasser vielmehr die Möglichkeit eröffnen, den Nachlass zu einem wesentlichen Teil nach seinem eigenen Willen den von ihm bestimmten Personen zuzuwei-

---

324 So sind etwas in den skandinavischen Ländern, aber auch in den Niederlanden und in Frankreich, die Eltern heute nicht mehr pflichtteilsberechtigt; vgl. Röthel (Fn. 318), insbesondere S. 125 f.

325 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 11.

326 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 12 m.H.

327 Die Abänderung der gesetzlichen Regelung zum Zweck der Begünstigung des überlebenden Ehegatten bzw. des überlebenden eingetragenen Partners bilden den Hauptgrund für den Abschluss von Ehe- und Erbverträgen bzw. Vermögensverträgen; vgl. Wolf, ZBJV 2007 (Fn. 312), S. 305.

328 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 12.

sen und damit eine im Einzelfall angemessene und von seinem subjektiven Willen getragene Lösung zu treffen.»[329] Was die Bedeutung eines effektiv gelebten Näheverhältnisses für die gesetzliche Erbberechtigung betrifft, so wird festgehalten, dass es sich um eine subjektive Bewertung handelt, welche am besten dem Erblasser zur Beurteilung überlassen wird. Dafür aber braucht es eine Vergrösserung seiner Verfügungsfreiheit.[330]

4. Frage des erbrechtlichen Einbezugs von faktischen Lebenspartnern

Was den Einbezug von faktischen Lebenspartnern in die gesetzliche Erbteilungsordnung betrifft, hat sich der Bundesrat mit dem nun vorliegenden Vorentwurf gegen eine solche entschieden.[331] Faktische Lebenspartner sollen auch in Zukunft grundsätzlich nur dann erbrechtlich begünstigt werden, wenn dies vom Erblasser ausdrücklich so vorgesehen wird. Allerdings wird die Einführung eines gesetzlichen, vom Willen des Erblassers unabhängigen Vermächtnisses vorgeschlagen.[332]

Damit ein solches Unterhaltsvermächtnis ausgerichtet wird, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Anspruchsberechtigt kann nur sein, wer mit dem Erblasser während mindestens drei Jahren eine faktische Lebensgemeinschaft geführt hat.[333] (2) Weiter ist vorausgesetzt, dass die begünstigte Person erhebliche Leistungen im Interesse des Erblassers erbracht hat; dabei stehen Betreuungsleistungen zugunsten des Erblassers selbst oder seiner Angehörigen oder von gemeinsamen Kindern oder von Kindern des Erblassers im Vordergrund. (3) Zudem muss die Ansprecherin für die Bestreitung eines angemessenen Lebensunterhalts auf ein solches Unterhaltsvermächtnis angewiesen sein, d.h. sie darf nicht über ausreichende eigene Mittel verfügen, um ihren angemessenen Lebensunterhalt selber zu decken.[334] (4) Schliesslich muss die Ausrichtung dieses Vermächtnisses für die gesetzlichen Erben (namentlich auf-

329 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 12 f.

330 Die Lösung für eine bessere Berücksichtigung von effektiv gelebten Naheverhältnissen liegt nach Ansicht des Bundesrates ebenfalls in einer Vergrösserung der Verfügungsfreiheit des Erblassers, namentlich in einer Verkleinerung der Pflichtteile und der damit zusammenhängenden Ausweitung der verfügbaren Quote; vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 13.

331 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 21 ff.

332 Allerdings fragt sich, wie der Gesetzgeber dieses neue Institut als «Vermächtnis» bezeichnen kann, wenn dieses nichts mit dem in Art. 484 ZGB geregelten Vermächtnis gemeinsam hat und eher als «Nachlasslast» zu bezeichnen wäre, geht es doch hierbei nicht um eine freiwillige Ausrichtung eines Vermögensteils, sondern um einen nachträglichen, nach dem Tode zwangsweise (gerade gegen den Willen des Erblassers) auszurichtenden Vermögensvorteil zulasten des Nachlasses. Damit muss auch die kritische Frage gestellt werden, inwiefern ein solches mit der Privatautonomie vereinbar sein soll.

333 Vorausgesetzt ist dabei, dass es sich um ein Zusammenleben als (gleich- oder verschiedengeschlechtliches) Paar handelt. Der Umstand, dass sich einer oder beide Partner noch (mit einer Drittperson) verheiratet oder in einer eingetragenen Partnerschaft befand, spielt dabei keine Rolle; vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 22.

334 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 22.

grund ihrer finanziellen Lage und der Höhe des Nachlasses) zumutbar sein. Sind alle diese Voraussetzungen erfüllt, besteht der Anspruch gegenüber dem Nachlass auf Ausrichtung eines solchen Unterhaltsvermächtnisses.

Die Motivation zur Einführung eines solchen Unterhaltsvermächtnisses bestand in der Abfederung von Bedürftigkeitssituationen.[335] Allerdings ist nicht zu verkennen, dass die Hürden zur Erlangung eines solchen doch beträchtlich sind und wohl in den allermeisten Fällen eine gerichtliche Durchsetzung nötig sein dürfte, was den praktischen Nutzen eines solchen «Vermächtnisses» nicht unerheblich schmälern dürfte.[336]

Eine entsprechende Regelung wird auch vorgeschlagen für Stiefkindsituationen, bei denen der Erblasser während mindestens fünf Jahren mit einem minderjährigen Stiefkind im gleichen Haushalt gelebt und dieses von ihm eine finanzielle Unterstützung erhalten hat, die ohne das Versterben des Erblassers voraussichtlich fortgesetzt worden wäre.[337]

5. Zwischenfazit – Tendenz in Richtung Verfügungsfreiheit

Das schweizerische Pflichtteilsrecht stellt eine Begrenzung der Privatautonomie dar, welche unbestrittenermassen ein grundlegendes Prinzip der Schweizer Rechtsordnung darstellt.[338] Mit den vorgeschlagenen Änderungen des Erbrechts wird das Pflichtteilsrecht flexibilisiert, wobei gleichzeitig der Kerngehalt des geltenden Rechts bewahrt wird. Dabei findet keine erbrechtliche Gleichstellung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften mit Ehegatten statt, und es steht dem Erblasser weiterhin frei, seine Angehörigen im bisherigen Ausmass zu begünstigen.[339]

Was die kritische rechtspolitische Frage betrifft, wie der Konflikt zwischen Verfügungsfreiheit und Pflichtteilszwang gelöst werden kann, stellt letztendlich einen Wertentscheid dar.[340] So äusserte sich etwa Sᴇʀᴏᴢᴀɴ wie folgt: «Soll in diesem Konflikt die Priorität der Verfügungsfreiheit und der gewillkürten Erbschaft zuteil kommen oder soll umgekehrt die pflichtteilsgeschützte gesetzliche Erbschaft den Vorrang geniessen? Im Bewusstsein, vielleicht im Unterbewusstsein, bzw. offen oder latent, spielt diese rechtspolitische Parteinahme die ausschlaggebende Rolle.»[341] Weiter kann im Hinblick auf die derzeitigen Entwick-

335 So der Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 22.

336 Wie in Art. 484a Abs. 2 ZGB Vorentwurf festgehalten, wird das Unterhaltsvermächtnis auf Klage hin vom zuständigen Gericht festgesetzt. Das Gericht prüft, ob die Voraussetzungen von Abs. 1 im konkreten Fall erfüllt sind und setzt gegebenenfalls das Unterhaltsvermächtnis fest; so bereits im erläuternden Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 23.

337 Vgl. Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 23 f.

338 So etwa Cᴏᴛᴛɪᴇʀ (Fn. 209), S. 44.

339 Bericht Erbrecht (Fn. 274), S. 24.

340 So auch Sᴇʀᴏᴢᴀɴ (Fn. 256), S. 14.

341 Rᴇɢɪɴᴀ Aᴇʙɪ-Mᴜ̈ʟʟᴇʀ, Testierfähigkeit im Schweizerischen Erbrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, successio 2012, S. 4 ff.; Sᴇʀᴏᴢᴀɴ (Fn. 256), S. 14.

lungstendenzen folgendes Fazit gezogen werden: «Man muss eingestehen, dass die Tendenz in Richtung Verfügungsfreiheit und gewillkürter Erbschaft unter dem Einfluss sozio-ökonomischer, demografischer und rechtspolitischer Dynamiken stets steigend ist.»[342]

Somit ist festzustellen, dass die Privatautonomie im Erbrecht in den letzten Jahren sowie auch gemäss der derzeit vorliegenden Erbrechtsnovellierung deutlich gestärkt wurde. Allerdings erscheint die Bilanz doch eher durchzogen, indem die vorgenommenen Anpassungen doch recht zögerlich und nur punktuell vorgenommen wurden. Mit dem Unterhaltsvermächtnis wurde zudem etwas in das bestehende Erbrecht eingefügt, was sich weder in das bewährte System und die Terminologie des Erbrechts einfügen lässt, noch den Ansprüchen an Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit der Beteiligten zu genügen vermag. Das mit der Schutz- und Bedürftigkeitssituation des faktischen Lebenspartners begründete neue Institut, vermag die Erwartungen und Ansprüche kaum zu erfüllen und bedeutet überdies einen ernsthaften Einbruch in die sonst beobachtete Tendenz zur Erhöhung der Privatautonomie im Erbrecht.

E. Privatautonomie und persönlichkeitsrechtliche Entwicklungen

I. Überblick

Die privatautonome Regelung von Rechtsbeziehungen spielt auch im Bereich des Persönlichkeitsrechts und des Persönlichkeitsschutzes eine wichtige Rolle. Die aktuellen Entwicklungen in diesem Bereich erfordern neue Konzepte und neue Schutzmechanismen. Zunächst stellt sich die Frage des Umfangs der Privatautonomie. So erscheint in diesen Rechtsbereichen nicht ganz klar, ob die formal zwar durchaus bestehenden privatautonomen Regelungsmöglichkeiten auch tatsächlich genutzt werden können. Im Zusammenhang mit dem Persönlichkeitsrecht der informationellen Selbstbestimmung, im Bereich des Selbstbestimmungsrechts am Lebensende sowie im Zusammenhang mit dem elektronischen Patientendossier stellen sich besonders brisante Fragen, welche nachfolgend unter dem Aspekt der Privatautonomie beleuchtet werden sollen.

II. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

1. Wirkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zwischen Privaten

Beim Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung handelt es sich um das Recht, selber zu entscheiden, ob, wem und wann persönliche Lebenssachver-

342 Serozan (Fn. 256), S. 14 f.

halte, Gedanken, Empfindungen oder Emotionen offenbart werden sollen.[343] Es handelt sich um ein Grundrecht, welches typischerweise auch unter Privaten wirksam werden kann.[344]

Besteht zwischen Privaten eine privatautonome Rechtsbeziehung und führt der Missbrauch der Privatautonomie zu einem Übergriff auf ein Grundrecht, kommt ein Sonderfall der Schutzpflicht zur Anwendung.[345] Die Drittwirkung von Grundrechten stellt eine besondere Schutzaufgabe des Staates bei der Regulierung von Privatrechtsbeziehungen dar, indem die Privatautonomie zur Kontrolle gegen den Missbrauch beschränkt werden kann.[346] Findet bspw. eine Datenbearbeitung innerhalb einer privatautonomen Vertragsbeziehung statt, kann das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung mittels indirekter Drittwirkung bei der Rechtsanwendung wirksam werden.[347] Wenn ein Privater die Daten eines andern Privaten ohne privatautonomes Verhältnis bearbeitet, erlangt das Grundrecht mittels der staatlichen Schutzpflichten Wirkung.[348]

2. *Privatrechtlicher Schutz auf informationelle Privatheit*

Im Privatrecht schützt Art. 28 ZGB die Person vor persönlichkeitsverletzenden faktischen Beeinträchtigungen durch Dritte.[349] Zum Schutzbereich des Persönlichkeitsrechts wird insbesondere die Privat- und Geheimsphäre des Einzelnen gezählt. Der Schutz dieser informationellen Privatheit – auch als informationelle Selbstbestimmung bezeichnet und konkretisiert – soll verhindern, dass jede private Lebensäusserung der Allgemeinheit bekannt wird.[350] Der Einzelne soll selber bestimmen dürfen, welches Wissen über ihn bekannt wird und auch darüber entscheiden können, welche personenbezogenen Begebenheiten und Ereignisse des konkreten Lebens einer weiteren Öffentlichkeit verborgen bleiben sollen.[351]

---

343 So wird etwa durch die Bearbeitung von biometrischen Daten im Rahmen der automatischen Gesichtserkennung auf Fotos der Nutzer durch den Anbieter eines sozialen Netzwerks der Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung tangiert; vgl. Dominika Blonski, Biometrische Daten als Gegenstand des informationellen Selbstbestimmungsrechts, Diss. Bern 2015 (ASR Bd. 816, S. 253 ff.), S. 258 und 269 m.w.H. auf René Rhinow/Markus Schefer, Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Basel 2009, Rn. 1177.

344 Blonski (Fn. 343), S. 258. Die Botschaft zum Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) vom 29. Mai 2013, BBI 2013 5321 ff. (zit. Botschaft EPDG; Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier, in Kraft seit dem 15. April 2017) betont, dass die informationelle Selbstbestimmung im Rahmen des elektronischen Patientendossiers gewährleistet wird, indem die betroffene Person ihre Zugriffsrechte selbst steuern kann; vgl. dazu die Botschaft EPDG, S. 5327.

345 Blonski (Fn. 343), S. 256.

346 Vgl. Blonski (Fn. 343), S. 256 m.H.

347 Blonski (Fn. 343), S. 273.

348 Blonski (Fn. 343), S. 281.

349 Statt vieler Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.01 ff.

350 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.113.

351 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.113.

Es soll der Hoheit der individuellen Person überlassen bleiben, wer welches Wissen über sie erhält.

Diesem Aspekt des Persönlichkeitsschutzes kommt eine eigenständige Bedeutung zu, indem die Geheimhaltung an sich geschützt werden soll und es sich nicht um ehrenrührige Tatsachen handeln muss. Die Verletzung der informationellen Privatheit muss sich auf einen der in Art. 28 Abs. 2 ZGB genannten Rechtfertigungsgründe (Einwilligung, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder Gesetz) stützen können.[352] Ansonsten hat sie als widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung – mit den entsprechenden Rechtsfolgen – zu gelten.[353] In Frage kommt der Rechtfertigungsgrund des überwiegenden Informationsinteresses und im Einzelfall auch die persönliche Einwilligung des Rechtsträgers.[354]

Geschützt wird einerseits die Geheimsphäre des Einzelnen wie auch die Privatsphäre. Der Geheimbereich umfasst diejenigen Lebensvorgänge, die der Kenntnis aller anderen Personen entzogen sein soll, mit Ausnahme derjenigen, denen diese besonders anvertraut werden sollen (wie etwa innerfamiliäre Konflikte, sexuelle Präferenzen, medizinische Tatsachen).[355] Dieser Bereich gilt als absolut geschützt, wobei keine Rechtsfertigungsgründe für die Verletzung anerkannt werden.[356] Zur Privatsphäre werden die übrigen Bereiche des Privatlebens gezählt, wozu alle jene Lebensäusserungen gehören, welche regelmässig nur mit einem begrenzten, relativ nahe verbundenen Personenkreis (z.B. Angehörigen, Freunden und Bekannten) geteilt werden.[357]

An besonderer Relevanz hat der Schutz der informationellen Selbstbestimmung aufgrund der elektronischen Datenverarbeitung gewonnen, indem personenbezogene Daten in scheinbar beliebigem Umfang gespeichert, verknüpft und reproduziert werden und damit auch in besonderem Masse schützenswerte Persönlichkeitsprofile erstellt werden können.[358] Damit kommt der Bereich der Datenschutzgesetzgebung ins Spiel. Dem Einzelnen soll die Herrschaft über die

352 Im Zusammenhang mit dem geltenden Datenschutzrecht ist darauf hinzuweisen, dass eine Person nur dann rechtsgültig in das Verarbeiten ihrer Daten einwilligen kann, wenn ihr die Tragweite bewusst ist, was in der Praxis doch häufig fraglich bleiben muss. So zeigen Erhebungen, dass bis zu 90% der Internetnutzer Datenschutzerklärungen gar nicht lesen. Das Erfordernis der Einwilligung wird damit zwar formell-rechtlich, aber nicht materiell-rechtlich, erfüllt, indem die *informierte Zustimmung* eben gerade fehlt. Wer nicht weiss, wann und wie seine Daten bearbeitet werden, kann auch nicht entscheiden, ob er damit einverstanden ist. Es fehlt die nötige Transparenz.

353 Vgl. zum Rechtsschutz aus Persönlichkeitsverletzung Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 14.01.

354 Ein besonders heikler Fragenkomplex stellt in neuester Zeit die Persönlichkeitsverletzung durch Veröffentlichung von Bildern auf sozialen Netzwerken dar; vgl. dazu Roland Fankhauser/Nadja Fischer, Kinderfotos auf Facebook oder wenn Eltern die Persönlichkeitsrechte ihrer Kinder verletzen, in: Ivo Schwander/Ruth Reusser/Roland Fankhauser (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 193 ff.

355 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.119; BGE 97 II 97 E. 3.

356 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.119.

357 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.120.

358 Vgl. dazu nachstehend unter E. II. Ziff. 3.

ihn betreffenden Daten zukommen, und zwar grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie «sensibel» (mit Rücksicht auf die Schutzbedürftigkeit des Individuums) die fraglichen Informationen tatsächlich sind.[359] Dazu gehört auch das Recht am eigenen Bild.[360]

Da die Übergabe der persönlichen Daten und der Zugriff auf solche in zunehmendem Masse freiwillig durch den Einzelnen erfolgen (z.B. via soziale Medien wie Facebook, Instagram usw.),[361] erscheinen die Mittel des Persönlichkeitsschutzes und der Datenschutzgesetzgebung zunehmend ungeeignet, den nötigen Rechtsschutz zu gewährleisten.[362] Zudem stellt sich die Frage des Schutzes «wovor» überhaupt. Eine Antwort dürfte die Privatautonomie dazu geben sowie die Persönlichkeitsrechte nach Art. 27 Abs. 2 ZGB. Indem zwar autonom die Zustimmung zur Benützung von persönlichkeitsrelevanten Informationen den Unternehmen übergeben werden, wird der persönliche Freiraum für die Zukunft in gewissermassen unabsehbarer Weise eingeschränkt, indem mittels Datenverknüpfung (und im Rahmen von sog. «Big Data») letztlich für den Einzelnen unabsehbare Informationsgefässe und damit potentielle Kontrollmöglichkeiten des Datenherrn geschaffen werden, welche der informationellen Selbstbestimmung diametral entgegenstehen. Die informationelle Privatheit[363] des Einzelnen kann dadurch tatsächlich und spürbar beeinträchtigt werden, wobei die Eingriffe zumeist nur schwer fassbar sein können. Die Privatsphäre erscheint angesichts dieser Entwicklungen zunehmend als vielschichtiges und hochkomplexes Konzept. Es scheint deshalb an der Zeit, dass grundlegend und interdisziplinär über das Konzept der Privatsphäre nachgedacht wird und empirische Belege für die Bedürfnisse der Menschen in diesem Bereich zusammengetragen werden.[364]

3. Grundzüge der datenschutzrechtlichen Regelungen

Unter datenschutzrechtlichen Grundsätzen muss der private Datenbearbeiter gemäss dem Datenschutzgesetz folgende Grundsätze einhalten: Rechtmässigkeit

359 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.123.

360 Vgl. dazu Fankhauser/Fischer (Fn. 354), S. 195 ff. Vgl. ferner den exemplarischen BGE 138 II 346, bei dem es dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gelang, im Zusammenhang mit Bildaufnahmen für den Internetdienst Google Street View einen verstärkten Schutz der Person (mittels Unkenntlichmachung) zu erreichen.

361 Es wird in diesem Zusammenhang von «Privacy Paradox» gesprochen. Die Privatsphäre ist dem Einzelnen wichtig. Dennoch teilen viele Menschen im Internet bspw. private Fotos, die Handynummer und ihre aktuelle Stimmungslage.

362 Das heutige Datenschutzrecht geht auf Konzepte aus den 1970er-Jahren zurück, auf eine Zeit also, in der es das Internet noch gar nicht gab. Diese Regulierung ist weitgehend unverändert geblieben, während sich Gesellschaft und Technik seither tiefgreifend verändert haben; vgl. ebenfalls kritisch dazu Florent Thouvenin, Professor für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich, in: UZH Magazin 1/2018, S. 16.

363 Vgl. zum Begriff und seinen Ausprägungen Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht (Fn. 171), Rz. 12.125 f.

364 So auch die Forderung von Thouvenin (Fn. 362), S. 16.

(Art. 4 Abs. 1 DSG), Datenbearbeitung nach Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSG), Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG), Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSG), Erkennbarkeit der Datenbeschaffung und des Bearbeitungszwecks (Art. 4 Abs. 4 DSG), Richtigkeit der Daten (Art. 5 Abs. 1 DSG) sowie Datensicherheit (Art. 7 Abs. 1 DSG).[365] Von Bedeutung ist insbesondere die Frage, ob im konkreten Fall die Datenbeschaffung sowie der Bearbeitungszweck für die betroffene Person erkennbar waren. Dieser Grundsatz soll der betroffenen Person den Entscheid ermöglichen, sich der Datenbearbeitung zu widersetzen. Aus den Umständen müssen die Beschaffung und der Bearbeitungszweck für die betroffene Person ersichtlich sein, wobei davon ausgegangen wird, dass sich daraus keine Informationspflicht ableiten lässt.[366]

Verletzt ein privater Datenbearbeiter datenschutzrechtliche Bestimmungen, kann sich die betroffene Person mittels Klage zum Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ff. ZGB dagegen wehren und insbesondere die Sperrung der Datenbearbeitung, das Verbot der Bekanntgabe der Daten an Dritte, die Berichtigung und Vernichtung der Daten durchsetzen (Art. 15 Abs. 1 DSG).[367]

Die Entwicklung eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung in neuerer Zeit soll den Schutz der Privatautonomie in diesem sensitiven Lebensbereich rechtlich absichern. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass die rasanten technologischen und gesellschaftlichen Entwicklungen dazu führen, dass das Recht den gegenwärtigen Entwicklungen massiv hinterherhinkt.[368]

III. Selbstbestimmungsrecht des Patienten

1. Einwilligung des Patienten zu medizinischen Behandlungen

Die Einwilligung des Patienten stellt im Medizinrecht den bedeutsamsten Rechtfertigungsgrund dar.[369] Sie schützt das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und damit gleichzeitig die eng damit verbundene körperliche und phy-

365 Blonski (Fn. 343), S. 262; Näheres zu den einzelnen Grundsätzen Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2001, S. 518 ff.

366 Dazu David Rosenthal, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2008, N. 34 und 51 zu Art. 4 DSG.

367 Corrado Rampini, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014, N. 7 ff. zu Art. 15 DSG.

368 Die Datenschutzgesetzgebung geht auf Konzepte aus den 1970er-Jahren zurück. Ihre Entstehung stand unter dem Einfluss politischer Ereignisse und kann in der Schweiz mit dem «Fichenskandal», der Bespitzelung der Bürger durch den Staat seit Anfang des letzten Jahrhunderts, verortet werden. Bei der neuen Datenschutzgrundverordnung der EU, welche per Ende Mai 2018 erstmals einen harmonisierten Rechtsrahmen für den Datenschutz innerhalb der EU schafft, lässt sich der Einfluss der «Snowden-Affäre» ablesen; vgl. Thouvenin (Fn. 362), S. 16

369 Siehe dazu Art. 28 Abs. 2 ZGB; statt vieler Regina Aebi-Müller, Perpetuierte Selbstbestimmung? Einige vorläufige Gedanken zur Patientenverfügung nach neuem Recht, in: ZBJV 2013, S. 150 ff. (zit. Aebi-Müller, ZBJV 2013), insbesondere S. 171; Stefanie Haussener, Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Eine kritische Analyse von Rechtslage und

sische Integrität, in die bei medizinischen Behandlungen regelmässig eingegriffen wird.[370]

Das Recht auf Selbstbestimmung entstammt dem «ethischen Prinzip der Autonomie»[371] und wird im Kontext der medizinischen Behandlung als «Möglichkeit […] der aktiven Mitgestaltung durch den Patienten» beschrieben.[372] Damit wird jedem Patienten die Entscheidungshoheit eingeräumt, selbstverantwortlich in eine medizinische Behandlung einzuwilligen oder eine solche zu verweigern.[373] Als Schranke des Selbstbestimmungsrechts gilt die Urteilsunfähigkeit des Patienten.[374]

Das Recht auf Privatleben gemäss Art. 13 Abs. 1 BV schliesst auch das Recht ein, selbstbestimmt über medizinische Behandlungen zu entscheiden.[375] Da medizinische Daten im Sinne des Datenschutzes als besonders schützenswert gelten, wird die Selbstbestimmung des Patienten ferner als Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung über den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten nach Art. 13 Abs. 2 BV vermittelt.[376] Aus dem Recht auf physische und psychische Integrität fliesst einerseits ein Anspruch des Patienten auf Aufklärung und Information zur Behandlung und andererseits ein Anrecht auf medizinische Pflege.[377]

---

medizinischer Praxis, Diss. Luzern 2016, Zürich 2017, S. 23; illustrativ dazu BGE 133 III 121, E. 4.1.1, S. 128; 117 Ib 197, E. 2a, S. 200.

370 Haussener (Fn. 369), S. 23 m.z.H.

371 In der Medizinethik wurden weitere Differenzierungen des Autonomiebegriffes vorgenommen. Danach gelten Willensäusserungen zu medizinischen Behandlungen dann als autonom, wenn «die Person sie in einem Zustand der *Freiwilligkeit*, der *angemessenen Informiertheit*, der *qualifizierten Urteilsfähigkeit* und in Übereinstimmung mit ihren grundlegenden Wertvorstellungen *(Authentizität)* macht; vgl. Jürg Gassmann, Die Psychiatrische Patientenverfügung, Chancen für die Patientenautonomie – Grenzen ihrer Wirksamkeit, in: Ivo Schwander/Ruth Reusser/Roland Fankhauser (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 257 ff., S. 265. Die Begriffe «Selbstbestimmung» und «Autonomie» werden häufig synonym verwendet; vgl. Haussener (Fn. 369), Fn. 149. Zur Autonomie vgl. Johannes Heyers, Passive Sterbehilfe bei entscheidungsunfähigen Patienten und das Betreuungsrecht, Diss. Berlin, 2001, S. 33; vgl. Tom L. Beauchamp/James F. Childress, Principles of Biomedical Ethics, New York 2013, S. 120 ff.; Ulrike Riedel, Integration privatrechtlicher Elemente der Patientenverfügung in das Geflecht übergreifender Normen, in: Marion Albers (Hrsg.), Patientenverfügungen, Baden-Baden 2008, S. 151; Katharina Seibel/Franziska Krause/Gerhild Becker, Ärztliche Verantwortung gegenüber Palliativpatienten unter dem neuen Paradigma der Kundenorientierung, in: Ethik Med 2014, S. 48; Marc Thommen, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss. Basel 2004, Basel/Genf/München 2004, S. 109 (alle Werke zitiert bei Haussener [Fn. 369], Fn. 149).

372 Haussener (Fn. 369), S. 23.

373 Haussener (Fn. 369), S. 25 f. m.z.H.

374 Dazu statt vieler Haussener (Fn. 369), S. 25 f.

375 Haussener (Fn. 369), S. 32 m.H.

376 Das Selbstbestimmungsrecht findet sich in Art. 10 Abs. 1 BV als Recht auf Leben und in Art. 10 Abs. 2 BV als Recht auf persönliche Freiheit, im Besonderen auf körperliche und geistige Unversehrtheit und Bewegungsfreiheit; vgl. Haussener (Fn. 369), S. 32 f. m.H.

377 Haussener (Fn. 369), S. 33 m.H.

Von Bedeutung ist im Zusammenhang mit Patientenrechten und dem Selbstbestimmungsrecht zudem der Persönlichkeitsschutz. Innerhalb des Rechts auf Persönlichkeit im ZGB findet sich das Selbstbestimmungsrecht als Grundsatz der Privatautonomie.[378] Ausdruck erfährt dieser Grundsatz über den Persönlichkeitsschutz, wie er in Art. 27 und 28 ZGB statuiert ist.[379]

2. Zum Selbstbestimmungsrecht am Lebensende

Im Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht stellt sich die Frage, ob auch ein negatives Lebensrecht, mit anderen Worten ein Recht auf Verfügungsfreiheit über den eigenen Körper und den eigenen Tod, besteht.[380] Bislang existieren in der Schweiz keine Normen, welche diese Frage spezifisch regeln.[381] Aus den Rechtsquellen des Selbstbestimmungsrechts lässt sich jedoch ein allgemeiner Rahmen hinsichtlich der Patientenautonomie in der letzten Lebensphase ableiten. Danach stellt nach Auffassung von Haussener nicht nur die Entscheidungsfreiheit über Mass und Art medizinischer Massnahmen, sondern genauso die Ablehnung lebenserhaltender und -verlängernder Behandlung als Recht auf den Tod ein schützenswertes Patientenrecht dar. Das bedeutet, dass auch am Lebensende jede Person im Einklang mit dem persönlichen Wertesystem zu entscheiden hat, ob die vielfältigen medizinischen «Möglichkeiten in Anspruch genommen werden sollen oder unter welchen Bedingungen darauf verzichtet werden kann.»[382]

---

378 Haussener (Fn. 369), S. 37 m.H.

379 Einerseits werden Personen dadurch vor übermässiger Bindung geschützt (Art. 27 ZGB) und andererseits wird ihnen ein Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen durch Dritte gewährt (Art. 28 ZGB). Die Ärztin oder der Arzt hat einer Patientenverfügung zu entsprechen (Art. 372 Abs. 2 ZGB); vgl. Haussener (Fn. 369), S. 37 f. m.H. Allerdings besteht das gesetzesimmanente Risiko, dass die medizinischen Anordnungen nicht oder nur teilweise befolgt werden. So weist Gassmann (Fn. 371), S. 265, darauf hin, dass sich die Anordnungen an Ärzte richten, die ohne systematische Kontrolle und Aufsicht aufgrund eigener Wertvorstellungen darüber entscheiden, ob sie die medizinischen Anordnungen befolgen oder nicht. Art. 372 Abs. 2 ZGB öffnet ein gewisses Einfallstor für Ermessensentscheide, die den Grundsatz der Verbindlichkeit stark relativieren. Insbesondere wenn begründete Zweifel bestehen, dass die Anordnungen noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entsprechen, sind Abweichungen denkbar. Jede nahestehende Person kann zwar ein Einschreiten der Erwachsenenschutzbehörde verlangen, wenn der Patientenverfügung nicht entsprochen wird (Art. 373 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB); vgl. Gassmann (Fn. 371), S. 265 f.

380 In der somatischen Medizin hat sich die Idee des «living will» entwickelt; die Anordnung eines Patienten im Endstadium einer Krankheit auf lebensverlängernde Massnahmen zu verzichten kann als verbindlich gelten, selbst wenn dies zum Tode führt; vgl. Gassmann (Fn. 371), S. 259.

381 Kathrin Reusser, Patientenwille und Sterbebeistand. Eine zivilrechtliche Beurteilung der Patientenverfügung, Diss. Zürich 1994, S. 49.

382 Petra Vetter, Selbstbestimmung am Lebensende. Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, 2. Aufl., Stuttgart/München 2009, S. 19; ebenso Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28.06.2006 (Botschaft KESR), BBl 2006 7001 ff., S. 7011; Marlies Näf-Hofmann/Andreas Näf, Palliative Care – Ethik und Recht, Eine Orientierung, Zürich 2011, S. 84.

Die *gestiegene Relevanz* der Selbstbestimmung am Lebensende ist gemäss Haussener primär auf folgende Entwicklungen zurückzuführen:

– medizinischer Fortschritt, der Leben künstlich erhalten kann, und damit verbundene Furcht von Patienten vor dem «Ausgeliefert-Sein» bzw. vor Überbehandlung,
– Enttabuisierung von Sterbevorstellungen und -wünschen,
– Veränderung der Wertvorstellungen in der Gesellschaft, worin die Autonomie in Form der aufgeklärten Einwilligung zunehmend die Arzt-Patienten-Beziehung prägt.[383]

Die Rechtsbeziehung zwischen Patient und Arzt beruht im ambulanten Bereich meist auf einem Auftrag des Obligationenrechts. Im stationären Bereich liegt entweder ein privatrechtliches oder ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis zwischen Patient und Arzt bzw. Spital vor. Trotz unterschiedlichen rechtlichen Gestaltungsformen des medizinischen Behandlungsverhältnisses sind die Rechte und Pflichten der Rechtssubjekte im privaten und im öffentlichen Rechtsverhältnis miteinander vergleichbar.[384]

Im Zentrum der Arzt-Patienten-Beziehung steht der ärztliche Heileingriff. Dieser kann nur durch die Einwilligung des Patienten legitimiert werden. Die aufgeklärte Einwilligung ist Ausdruck des Selbstbestimmungsrechts, das aus unterschiedlichen internationalen und nationalen Rechtsquellen erwächst. Die jeweiligen Normen wirken sich direkt oder indirekt auf das privatrechtliche Behandlungsverhältnis aus.[385]

Das Selbstbestimmungsrecht erlaubt es dem Patienten, indizierten lebenserhaltenden bzw. -verlängernden Massnahmen der modernen Medizin zuzustimmen oder solche wirksam zu verweigern. Die passive und indirekte aktive Sterbehilfe wie auch die Beihilfe zum Suizid gelten unter gewissen Voraussetzungen als zulässig, wobei die ärztliche Verpflichtung zur Suizidhilfe abgelehnt wird. Als inhaltliche Grenze eines Lebensendentscheids sind rechts- oder sittenwidrige Anordnungen, wie bspw. die direkte aktive Sterbehilfe oder kontraindizierte medizinische Massnahmen, auszumachen.[386]

Die Patientenautonomie kann in der letzten Lebensphase über unterschiedliche Wege realisiert werden. Die Urteils(un)fähigkeit ist wegweisend für die Art und Weise einer Lebensendentscheidung.[387] Ein Erwachsener, dem nicht infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, einen Willen zu bilden und diesen umzusetzen, ist frei, einen direkten Behandlungsentscheid selbst zu tref-

383 Vgl. dazu ausführlich Haussener (Fn. 369), S. 44 m.z.H.
384 Vgl. zum Ganzen Haussener (Fn. 369), S. 45.
385 Aus zivilrechtlicher Betrachtungsweise ergibt sich das Recht auf Selbstbestimmung insbesondere aus den Bestimmungen des Persönlichkeits- und Erwachsenenschutzes.
386 Vgl. zum Ganzen Haussener (Fn. 369), S. 45.
387 Vgl. Gassmann (Fn. 371), S. 260 ff.

fen.[388] Er kann zudem für den Fall einer zukünftigen Urteilsunfähigkeit rechtliche Vorsorge mittels Patientenverfügung oder Vorsorgeauftrag treffen.[389] Die Patientenverfügung stärkt die Autonomie bzw. das Selbstbestimmungsrecht der Patienten.[390] Sie verleiht einer urteilsfähigen Person die Möglichkeit, eine eventuelle künftige Krankheitssituation vorwegzunehmen und für den Fall der später auftretenden Entscheidungsunfähigkeit rechtlich bindende Anordnungen für die medizinische Behandlung zu treffen.[391] Das Prinzip der Autonomie hat sich seit Mitte des 20. Jahrhunderts in der Medizin als oberste ethische Maxime etabliert.[392]

Wurde keine antizipierte Behandlungsentscheidung mittels Patientenverfügung vorgenommen, kommen bei Urteilsunfähigkeit der betreffenden Person die Bestimmungen über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen zur Anwendung. Eine in der gesetzlichen Vertretungskaskade vorgesehene Person entscheidet stellvertretend über die Behandlung des Patienten.[393] Damit hat der Gesetzgeber einen klaren gesetzlichen Rahmen für die Ausübung des Selbstbestimmungsrechts, und damit auch der Privatautonomie, geschaffen, der letztlich zu einer Stärkung der Privatautonomie geführt hat.[394]

Allerdings könnte man sich auch fragen, ob die Form- und Inhaltsvorschriften zur Patientenverfügung und zum Vorsorgeauftrag nicht eigentlich eine Beschränkung der Parteiautonomie gebracht haben. Geht man von der vollständigen Vertragsfreiheit aus, so besteht eigentlich kein Grund, an der vormals bestehenden (uneingeschränkten) Zulässigkeit solcher Abreden zu zweifeln. Bereits aufgrund der Rechts- und Handlungsfähigkeit hatte der Einzelne grundsätzlich das Recht, über die Bereiche zu bestimmen, welche nun durch die gesetzliche Regelung zu Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag eine Normierung erfahren haben. Aus dieser Argumentation ergäbe sich somit eine Beschränkung der Autonomie durch die gesetzliche Formgebundenheit und die statuierten Inhaltsvorschriften.

---

388 Siehe zum dualistischen Konzept im Erwachsenenschutzrecht Gassmann (Fn. 371), S. 260: Nach der allgemeinen Regelung liegt der Entscheid über medizinische Massnahmen bei einer vertretungsberechtigten Person (Art. 377 ff. ZGB). Daneben besteht bei fürsorgerischen Unterbringungen eine Sonderregelung (Art. 434 ff. ZGB). Der behandelnde Arzt hat zunächst einen Behandlungsplan zu erstellen (Art. 433 ZGB). Dessen Umsetzung erfordert die Zustimmung des Patienten, sofern dieser urteilsfähig ist. Bei einer urteilsunfähigen Person ist eine allfällige Patientenverfügung zu berücksichtigen.

389 Vgl. Gassmann (Fn. 371), S. 217 ff.

390 Vgl. dazu Gassmann (Fn. 371), S. 258 und 270 m.z.H.

391 Botschaft KESR (Fn. 382), S. 7030; vgl. zur psychiatrischen Patientenverfügung Gassmann (Fn. 371), S. 257 ff.

392 Gassmann (Fn. 371), S. 258 m.H.

393 Vgl. zum Ganzen Haussener (Fn. 369), S. 45 f.

394 Aufgrund des höchstpersönlichen Rechts eines jeden urteilsfähigen Patienten selbst über seine medizinische Behandlung zu entscheiden, wird auch das Recht des Patienten abgeleitet, jede medizinische Behandlung abzulehnen, auch wenn diese medizinisch indiziert erscheint (sog. Grundsatz des «informed consent»); vgl. Gassmann (Fn. 371), S. 258.

3. Behandlung von urteilsunfähigen Patienten

Die erforderliche Behandlung einer urteilsunfähigen Person ist durch den behandelnden Arzt unter Beizug des nach Art. 378 ZGB zuständigen Vertreters zu planen (Art. 377 ZGB).[395] Der Behandlungsplan bedarf keiner besonderen Form und kann auch darin bestehen, dass im Patientendossier in groben Zügen festgehalten wird, was der Arzt zu tun gedenkt.[396]

Gemäss Art. 372 Abs. 2 ZGB kann von einer Patientenverfügung dann abgewichen werden, «wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entspricht».[397] Gelangt der behandelnde Arzt bzw. das Ärzteteam zum Schluss, dass aus einem der genannten Gründe der Patientenverfügung nicht zu entsprechen ist, so ist dies unter entsprechender Grundangabe im Patientendossier zu vermerken (Art. 372 Abs. 3 ZGB). Damit verdeutlicht der Gesetzgeber, dass dem Grundsatz nach von der Verbindlichkeit der Verfügung auszugehen ist, und dem Arzt die Beweislast obliegt, wenn er einen Unverbindlichkeitsgrund geltend macht.[398] Das Nichtbefolgen einer gültigen und wirksamen Patientenverfügung stellt eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar, welche zivil-, straf- und standesrechtliche Folgen zeitigen kann.[399] Allerdings wären die praktischen Anwendungsbereiche noch näher auszuloten.[400]

Vertrauensvolle Arzt–Patientengespräche sind für das Gelingen der ärztlichen Behandlung wichtig. Einerseits erlauben sie dem Arzt tiefe Einblicke in das Privat- und gegebenenfalls Intimleben der Patienten, ihre Lebensgewohnheiten und die ihrer Familien und Freunde. Andererseits besteht immer mehr der Trend, geheime Patientendaten Dritten zugänglich zu machen, sei es durch Chipkarten, vernetzte Arztpraxen oder Spitäler oder auch durch die im Vordringen befindlichen elektronischen Patientendossiers, die zwischen verschiedenen Institutionen ausgetauscht werden. Alle diese Praktiken sind nicht nur an den auftrags- und datenschutzrechtlichen Vorgaben, sondern auch an Art. 321

395 Vgl. dazu Gassmann (Fn. 371), S. 260 ff.

396 Regina Aebi-Müller/Walter Fellmann/Thomas Gächter/Bernhard Rütsche/Brigitte Tag, Arztrecht, Bern 2016, § 5 Rz. 86 m.H.

397 Vgl. dazu Gassmann (Fn. 371), S. 265 f.

398 Dazu Aebi-Müller, ZBJV 2013 (Fn. 369), insbesondere S. 171; vgl. auch Gassmann (Fn. 371), S. 261 f., wonach psychiatrische Patientenverfügungen regelmässig von psychiatrieerfahrenen Personen verfasst werden, die in symptomfreien Phasen einer chronischen psychischen Erkrankung den Wunsch haben, ihre Behandlungspräferenzen für einen künftigen Krankheitsschub verbindlich festzuhalten.

399 Aebi-Müller/Fellmann/Gächter/Rütsche/Tag (Fn. 396), § 5 Rz. 155 m.H.

400 So erscheint es doch kaum vorstellbar, dass z.B. der Patient gegen das Spital einen Prozess führt, weil sein Todeswunsch nicht beachtet wurde oder die Erben gegen den Arzt klagen, weil dieser den Widerruf des Todeswunsches übersah oder sie umgekehrt einen Prozess anstreben, weil ihr Erbanspruch geschmälert wurde, da der Arzt der gewünschten Einstellung der Behandlung nicht nachgekommen ist und dadurch Behandlungskosten entstanden sind.

StGB, dem strafrechtlichen Schutz des Berufsgeheimnisses, zu messen. Zudem ist zu fragen, inwieweit dabei auch die Persönlichkeitsrechte und die Privatautonomie des Patienten betroffen sind.

IV. Zum elektronischen Patientendossier

1. Einführung des elektronischen Patientendossiers

Das Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) trat am 15. April 2017 in Kraft. Der Bundesrat ging beim Erlass davon aus, dass in der ersten Hälfte des Jahres 2018 die ersten Patientinnen und Patienten ihr elektronisches Patientendossier eröffnen können.[401] Mit dem EPDG wurden die Rahmenbedingungen für den Aufbau und die Verbreitung des virtuellen elektronischen Patientendossiers in der Schweiz festgelegt.[402] Als Rahmengesetz regelt es die Voraussetzungen für die elektronische, zentrale Bearbeitung von sensiblen Patientendaten.[403] Dadurch können Gesundheitsfachpersonen künftig auf bereits vorhandene behandlungsrelevante Daten ihrer Patienten zugreifen, die zu einem früheren Zeitpunkt von Dritten bereits erhoben und erfasst wurden.[404]

---

401 Im Zusammenhang mit dem elektronischen Patientendossier werden z.T. auch Kostenpunkte aufgeführt: Die Schweizer Gesundheitskosten haben sich seit Mitte der Neunziger Jahre fast verdoppelt. Laut Berechnungen von KPMG Schweiz würde eine konsequente Digitalisierung zu effektiveren und effizienteren medizinischen Behandlungen führen und ein Sparpotenzial von fast CHF 300 Mio. mit sich bringen. Die Gesundheitskosten in der Schweiz haben sich gemäss Daten des Bundesamtes für Statistik (BFS) seit 1995 verdoppelt: 2014 beliefen sich die direkten Gesundheitskosten auf CHF 74.6 Mrd. bzw. CHF 759 pro Einwohner und Monat, was 11.6 % des Schweizer Bruttoinlandprodukts entspricht. Fast 80 % dieser Kosten werden von 2.2 Mio. chronisch kranken Patienten verursacht. Als «chronisch krank» gelten im Nationalen Gesundheitsbericht Personen, die an Diabetes, Demenz, Lungenkrankheiten, Krebs, Herz-Kreislauf-Problemen, Depressionen, Rheuma oder andere Schmerzen leiden. Direkte Kosten bezeichnen dabei die Ausgaben, welche unmittelbar durch Behandlungen anfallen, wie bspw. Arzt- oder Operationskosten.

402 Der Bundesrat hat am 22. März 2017 die Verordnungen zum Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier verabschiedet. Gesetz und Umsetzungsbestimmungen (Verordnungen) traten am 15. April 2017 in Kraft. Die Verordnungen legen die technischen und organisatorischen Vorgaben für das elektronische Patientendossier (EPD) fest.

403 Die Humanforschung wird nicht durch das EPDG geregelt. Die Botschaft EPDG (Fn. 344) stellt (auf S. 5372) klar, dass das EPDG keine Reglung zur Verwendung von medizinischen Daten für Forschungszwecke enthält. Damit ist es momentan Forschenden nicht erlaubt, auf das elektronische Patientendossier und seine Daten zuzugreifen. Es müsste zuerst eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, wie dies bereits in der Botschaft vorgesehen wurde. Allerdings ist denkbar, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zur Verwendung ihrer Daten zu Forschungszwecken erteilt, womit auf das EPD zugegriffen werden könnte. Gemäss den Vorgaben von Art. 32 ff. HFG (Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 30. September 2011, SR 810.30, Humanforschungsgesetz, HFG) müsste die betroffene Person genügend informiert sein und die Einwilligung ausdrücklich erteilen. Die betroffene Person sollte bei der Erteilung ihrer Zustimmung die Möglichkeit haben, zu bestimmen, ob ihre Daten nur verschlüsselt oder anonymisiert weitergegeben werden dürfen; zudem sollte sie entscheiden können, welche Daten sie zur Verfügung stellen will.

404 Da der Nutzen eines elektronischen Patientendossiers erst bei wiederholter Konsultation von Leistungserbringern zum Tragen kommt, ist diese Neuerung besonders für chronisch kranke Menschen von Bedeutung. So ergab eine gemeinsame Regulierungsfolgenabschätzung des

Jede Patientin und jeder Patient kann dann selber entscheiden, ob er oder sie ein «E-Dossier» eröffnen will und welche Daten einsehbar sind. Das elektronische Patientendossier ermöglicht es den Patienten, am Computer ihre Dokumente abzurufen, seien das nun Röntgenbilder, Laborberichte oder Medikamentenlisten. Sie können zudem Ärzten den Zugriff auf diese Informationen ermöglichen.[405] Die Daten stehen so zu jeder Zeit und überall zur Verfügung. Ziel ist es, dass Patienten in besserer Qualität, sicherer und effizienter behandelt werden können. Das elektronische Patientendossier weckt grosse Hoffnungen auf der einen Seite – es soll die Medizin besser machen –, es stellen sich jedoch auch zahlreiche rechtliche Fragen.[406]

2. *Inhalt des elektronischen Patientendossiers*

Das elektronische Patientendossier (EPD) stellt eine Sammlung von persönlichen Dokumenten der Patienten dar.[407] Diese Dokumente enthalten behandlungsrelevante Informationen, wie z.B. den Austrittsbericht des Spitals, einen Pflegebericht der Spitex, Röntgenbilder, den Impfausweis oder das Rezept für die Apotheke. Patienten können auch eigene Gesundheitsinformationen, wie etwa die Blutdruckwerte oder ein Brillenrezept, in das EPD speichern.[408]

Im elektronischen Patientendossier können alle medizinischen Daten abgelegt werden, die für die Behandlung eines Patienten wichtig sind. Die dazu

---

Bundesamts für Gesundheit (BAG) und des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) potenzielle Kosteneinsparungen von über CHF 1.6 Mrd. Koppelt man das elektronische Pateientendossier mit den technologischen Möglichkeiten des Smartphones (Gesundheits-Apps, Wearables) entlang eines digitalisierten Patientenpfades, entsteht ein noch höheres Potenzial für signifikante Kosteneinsparungen im Schweizer Gesundheitswesen. Vgl. dazu jedoch kritisch nachfolgend.

405 Im Vorreiterkanton Genf sind elektronische Dossiers schon seit einigen Jahren im Gebrauch.

406 Die Eröffnung eines EPD ist für Patientinnen und Patienten freiwillig.

407 Im Zuge der Digitalisierung wächst die Anzahl Smartphone-Nutzer in der Schweiz jährlich signifikant. «Mit Blick auf die damit verbundenen technologischen Möglichkeiten stellt die Verknüpfung des Smartphones mit dem künftigen elektronischen Patientendossier einen effektiven Ansatzpunkt für Kosteneinsparungen dar», erklärte Michael Herzog, Sektorleiter Gesundheitswesen von KPMG Schweiz.

408 Geregelt werden auch Voraussetzungen für die Zertifizierung von sogenannten Stammgemeinschaften und Gemeinschaften. Dies sind Zusammenschlüsse von Spitälern, Arztpraxen, Apotheken, Spitex, Pflegeheimen und anderen Gesundheitseinrichtungen. Sie stellen den elektronischen Austausch der Daten des EPD sicher. Unter *Gemeinschaft* versteht man den organisatorischen Zusammenschluss von Gesundheitsfachpersonen und deren Einrichtungen mit dem Ziel, eine dezentrale Informationsstruktur für das EPD zu betreiben. Um die technischen und organisatorischen Voraussetzungen sicherzustellen, müssen sich die Gemeinschaften zertifizieren und rezertifizieren lassen (Art. 11 ff. EPGD i.V.m. Art. 32 Abs. 4 EPDV). Die *Stammgemeinschaften* erfüllen weitergehende Aufgaben als die Gemeinschaften; insbesondere verwalten sie die Einwilligungen und Widerrufserklärungen der Patienten (Art. 10 Abs. 2 lit. a EPDG). Sie sind dafür verantwortlich, dass Patienten auf ihre Daten zugreifen, selber eigene Daten erfassen und die Zugriffsrechte für Gesundheitsfachpersonen vergeben und anpassen können (Art. 10 Abs. 2 lit. b EPDG). Die Pflicht zur Einführung eines EPF würde gewissermassen eine Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit des Arztes bedeuten, indem er verpflichtet würde, eine Datensammlung zu erstellen und zu befüllen.

berechtigten Gesundheitsfachpersonen haben damit Zugang zu den Daten, unabhängig von Ort und Zeit. Dabei müssen gemäss dem Bundesamt für Gesundheit Datenschutz und Datensicherheit höchste Priorität haben.[409]

Der Patient soll die Herrschaft über die Daten ausüben, indem er selber entscheidet, wem er welche Daten zugänglich machen will. Nur wenn eine Gesundheitsfachperson über ein Zugriffsrecht verfügt, kann sie die Daten des elektronischen Patientendossiers abrufen (Art. 9 Abs. 1 EPDG).[410] Der Patient hat ebenfalls die Möglichkeit, die verschiedenen Daten den unterschiedlichen Vertraulichkeitsstufen zuzuordnen (Art. 9 Abs. 3 EPDG).[411] Allerdings besteht damit auch die latente Gefahr, dass der Patient aus Unkenntnis oder Unerfahrenheit bei der Handhabung des EPD die für die Behandlung wichtigen Daten der «falschen» Vertraulichkeitsstufe zuweist und deshalb der Nutzen des EPD eingeschränkt wird.

3. Grundzüge und Anwendungsbereiche des elektronischen Patientendossiers

a. Eröffnung eines elektronischen Patientendossiers

Im Zeitalter der Digitalisierung, welches im Gesundheitssystem derzeit grosse Auswirkungen hat, werden Lösungen dafür gesucht, dass die Behandlungsketten immer länger werden und die Aufbereitung der Patientendaten sehr zeitintensiv sein können.[412] Die Fachperson soll schnell Zugriff auf die personenbezogenen Daten des Patienten erhalten. Ziele des EPD sind deshalb die Verbesserung der Behandlungsprozesse, die Erhöhung der Patientensicherheit und die Steigerung der Effizienz des Gesundheitssystems.[413]

---

409 Da es sich bei den Daten im EPD um sehr sensible Daten handelt, wurden Bestimmungen eingefügt, um den Schutz der Daten möglichst sicherzustellen. So sind die Gemeinschaften bspw. verpflichtet, sicherzustellen, dass ein Zugriff auf Daten ihrer Dokumentanablage und Dokumentenregister nur möglich ist, wenn die Zugriffsentscheidung der Stammgemeinschaft des Patienten vorliegt (Art. 10 Abs. 1 lit. a EPDV i.V.m. Ziff. 2.1. Anhang 2 EPDV-EDI).

410 Siehe Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über das elektronische Patientendossier (EPDG) vom 16. September 2011 (zit. Erläuternder Bericht EPDG), S. 41.

411 Als *Zugriff* gilt das Herunter- oder Heraufladen von Daten aus dem elektronischen Patientendossier durch eine Gesundheitsfachperson oder die betroffene Person. Jede Datenbearbeitung muss gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. b EPDG dokumentiert werden. Die Protokolldaten geben Auskunft darüber, wer wann auf welche Daten Zugriff genommen hat und welcher Art dieser Zugriff war; vgl. dazu die Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5384. Auch das *Abrufen* (d.h. das Abfragen und Anschauen) von Daten muss dokumentiert werden (Art. 10 Abs. 1 lit. b EPDG i.V.m. Art. 10 Abs. 3 lit. d EPDV). Dem Patienten steht es frei, welche Daten er welcher Vertraulichkeitsstufe zuweist (Art. 1 EPDV). Zudem kann er verschiedenen Gesundheitsfachpersonen verschiedene Zugriffsrechte zuordnen (Art. 2 EPDV).

412 Siehe Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5327.

413 Erläuternder Bericht EPDG (Fn. 410), S. 2. Mit den neuen technischen Möglichkeiten ist es einfach, Gesundheitsdaten über sich selbst mittels Wearables (d.h. Kleinstcomputern, welche mittels Sensoren Daten über den Träger aufzeichnen) zu sammeln, wie Schrittzahl, Kalorienver-

Der einzelne Patient entscheidet freiwillig über die Eröffnung eines EPD. Es besteht somit – zumindest formalrechtlich – kein Zwang, ein solches zu eröffnen oder zu führen. Entscheidet sich ein Patient für die Eröffnung eines EPD, so muss er dies einer Gesundheitsfachperson mitteilen, welche einer Stammgemeinschaft angeschlossen ist.[414] Der Patient muss der Eröffnung des EPD schriftlich zustimmen, nachdem er angemessen über die Art und Weise der Datenbearbeitung und deren Auswirkungen informiert worden ist (Art. 3 Abs. 1 EPDG i.V.m. Art. 16 EPDV).[415] Der Patient muss über den Zweck des EPD, die Grundzüge der Datenbearbeitung, die Folgen der Einwilligung und die Möglichkeit eines Widerrufs sowie die Erteilung der Zugriffsrechte informiert werden (Art. 15 Abs. 1 EPDV). Die Einwilligung muss freiwillig erfolgen.[416] Sobald das EPD eröffnet ist, kann der Patient entscheiden, welchen Gesundheitsfachpersonen er welche Zugriffsrechte erteilt (Art. 9 Abs. 3 EPDG i.V.m. Art. 2 EPDV).[417]

Gemäss Gesetz kann das Personal öffentlich-rechtlicher und kantonaler Einrichtungen die Daten bearbeiten, wenn ein Patient dem EPD zugestimmt hat.[418] Keinen Einblick in das EPD haben Krankenkassen und Arbeitgeber.[419] Der Ein-

---

brauch etc., und diese selbst ebenfalls ins EPD zu laden, was eine Diagnoseerleichterung bringen soll.

414 Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5334.

415 Im Behandlungsfall wird dann vermutet, dass die betroffene Person einverstanden ist, wenn die Gesundheitsfachperson Daten im EPD erfasst (Art. 3 Abs. 2 EPDG). Das DSG sieht allerdings vor, dass bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten eine ausdrückliche Zustimmung vorliegen muss; diese kann somit gemäss DSG nicht konkludent erfolgen. Man kann argumentieren, dass das EPDG als späteres *(lex posterior)* und als spezielleres Gesetz *(lex specialis)* der Regelung des DSG vorgehen muss; dem EPDG würde damit der Vorrang zukommen.

416 Die Zentrale Ausgleichsstelle (ZAS) vergibt dem Patienten auf Verlangen der Stammgemeinschaft eine zufällig generierte Identifikationsnummer (Art. 4 Abs. 1 EPDG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 EPDV); vgl. Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5335. Im Vorentwurf des EPDG war die neue AHV-Nummer (AHVN 13) als Identifikationsmerkmal vorgesehen, was aufgrund massiver Kritik im Vernehmlassungsverfahren fallengelassen wurde.

417 Er kann bspw. festlegen, dass die Physiotherapeutin nicht die Daten der Psychologin einsehen kann. Erteilt der Patient einer Gesundheitsfachperson die Berechtigung, einen Gesundheitsbereich in das EPD zu laden, können andere Fachpersonen mit Zugriffsberechtigung diesen Bericht einsehen.

418 Die bereitgestellten Daten werden nicht an einem zentralen Ort gespeichert; die Ablageorte der Daten werden im EPD festgehalten. Technisch gesehen wird eine «Kopie» der Originaldaten im Primärsystem des heraufladenden Leistungserbringers erstellt; siehe Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5334.

419 Mit der Einführung der elektronischen Patientenakte und der zunehmenden Integration und Vernetzung der unterschiedlichen IKT-Systeme (Administrativsystem, Laborsysteme, bildgebende Systeme, Patientendossier) und Akteure (vor- und nachbehandelnde Ärzte, Versicherer etc.), sowohl innerhalb eines Krankenhauses als auch krankenhausübergreifend, und im Hinblick auf elektronisch kompatible und durchgängige Prozesse, stellt sich auch die Frage nach der Organisation der elektronischen Aufbewahrung und Archivierung der anfallenden Daten neu. Einerseits sind aus technischer Sicht optimale Lösungen anzustreben, mit denen eine redundante Datenhaltung möglichst vermieden wird. Andererseits sind die vielfältigen rechtlichen Anforderungen bezüglich der Dokumentation medizinischer Tätigkeiten, bezüglich der Aufbewahrung

zelne kann (gemäss Art. 3 Abs. 4 EPDG) nicht gezwungen werden, Daten aus seinem elektronischen Patientendossier zugänglich zu machen;[420] nur Gesundheitsfachpersonen sowie die betroffene Person selbst erhalten Zugriff auf das EPD (Art. 8 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 EPDG). Aufgrund dieser Freiwilligkeit der Datenbekanntgabe müsste ein übergeordnetes Gesetz eine Verwendung gegen den Willen des Patienten oder für therapiefremde Zwecke erlauben oder aber es bräuchte zuerst eine Gesetzesänderung, welche dies erlauben würde; ansonsten wäre die nichtautorisierte Verwendung als widerrechtlich zu qualifizieren. Ein Widerruf der Einwilligung ist im EPDG jederzeit ohne Angabe von Gründen vorgesehen (Art. 3 Abs. 3 EPDG). Der Zugriff auf die im EPD erfassten Daten wird damit gesperrt.[421]

b. Elektronisches Patientendossier und Datenschutzgesetz

Die Grundsätze der Datenbearbeitung haben sich nach dem Datenschutzgesetz des Bundes zu richten.[422] Art. 4 Abs. 1 DSG legt den Grundsatz der Rechtmässigkeit fest. So wäre bspw. die Bearbeitung von Daten des EPD, welche durch Diebstahl erlangt wurden, widerrechtlich oder auch die Weitergabe der Daten des EPD durch einen Arzt an Dritte.[423]

Der Grundsatz von *Treu und Glauben* (Art. 4 Abs. 2 DSG) verlangt, dass im Rechtsverkehr ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten an den Tag gelegt wird. Die Daten von Patienten dürfen nach Treu und Glauben nur dort beschafft werden, wo die betroffene Person damit rechnen musste und einverstanden war.[424] Ebenfalls in Art. 4 Abs. 2 DSG findet sich der Grundsatz der Verhältnismässigkeit legiferiert, welcher verlangt, dass eine staatliche Massnahme geeig-

---

der entsprechenden Daten sowie der Informations- und Auskunftspflichten gegenüber den betroffenen Patienten und Dritten, wie Krankenversicherer und Behörden, und vor allem die datenschutzrechtlichen Grundsätze, wie etwa die Grundsätze der Zweckgebundenheit und der Verhältnismässigkeit, zu berücksichtigen. – Den unübersichtlichen und sich teilweise offen widersprechenden rechtlichen Anforderungen haben die Verantwortlichen bei der Implementierung eines elektronischen Patientendossiers Rechnung zu tragen. Diese Zielkonflikte und Anforderungen sind nicht nur teilweise unvereinbar bzw. in sich widersprüchlich; sie sind im Konfliktfall auch nicht justiziabel. Völlig unklar erscheint derzeit, welche Gesichtspunkte in der Abwägung welches Gewicht haben sollen und wie der Rechtsanwender und die Praxis damit umzugehen haben. Es besteht somit noch ein nicht zu unterschätzender Klärungsbedarf.

420 Diese Bestimmung stellt eine Schutzklausel dar und verhindert, dass die betroffene Person Zugangsrechte erteilen muss, oder dass von ihr gefordert werden kann, dass sie die Daten anders zugänglich macht; vgl. Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5378.

421 Botschaft EPDG (Fn. 344), S. 5334.

422 Vgl. dazu vorstehend unter Ziff. II. 3.

423 Der Arzt verletzt dadurch seine ärztlichen Pflichten aus dem Berufsgeheimnis nach Art. 312 StGB sowie ärztliche Standespflichten.

424 Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff., S. 449. Bezüglich Gesundheitsdaten dürfen diese nicht bei anderen Ärzten, Arbeitgebern usw. erhoben werden, es sei denn, der Patient hätte zu diesem Vorgehen seine Einwilligung gegeben. Auch die Daten des EPD sollen direkt bei der betroffenen Person oder mit ihrem Einverständnis bei Dritten erhoben werden.

net und erforderlich ist; zudem muss ein angemessenes Verhältnis zwischen der Datenbearbeitung und dem Eingriff in die Privatsphäre bestehen.[425] Der Grundsatz der *Zweckbindung* des DSG verlangt, dass die Daten nur zu dem Zweck bearbeitet werden dürfen, der bei der Datenbeschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder im Gesetz vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 3 DSG). Werden Daten des elektronischen Patientendossiers für therapiefremde Zwecke verwendet, liegt ein Verstoss gegen das Zweckbindungsgebot vor.

Gemäss dem in Art. 4 Abs. 4 DSG geregelten Grundsatz der *Transparenz* muss sowohl die Beschaffung von Personendaten wie auch deren Zweck für die betroffene Person ersichtlich sein. Dadurch soll das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewahrt und sichergestellt werden, dass entsprechende Abwehransprüche geltend gemacht werden können. Werden bspw. Daten für therapiefremde Zwecke erhoben, muss dies für den Patienten erkennbar sein. Der Grundsatz der Datensicherheit verlangt zudem, dass Personendaten durch angemessene Massnahmen vor unbefugtem Bearbeiten geschützt werden (Art. 7 Abs. 1 DSG).[426]

Die Vorteile sowie die weiteren Anwendungsbereiche des EPD eröffnen neue Möglichkeiten mittels eines «digitalen Patientenpfades» gegenüber dem bisherigen «traditionellen Patientenpfad», welcher geprägt ist von physischen Kontakten zwischen Patient und Leistungserbringer, telefonischen Terminvereinbarungen sowie vom Austausch medizinischer Verlaufsdokumente per Mail, Fax oder Post.[427] Weiter wird herausgestrichen, dass bei einer umfassenden Verbreitung des EPD der physische Austausch von medizinischen Patientendaten vollständig wegfallen werde, da diese über das elektronische Patientendossier zentral gespeichert, heruntergeladen und eingesehen werden könnten.[428]

---

425 BGE 138 II 346 ff. (362), E. 9.2.

426 Im zweiten Anhang der EPDV-EDI werden die technischen und organisatorischen Voraussetzungen geregelt, welche eine Gemeinschaft oder Stammgemeinschaft erfüllen muss.

427 Mit einem digitalen Patientenpfad könnten hingegen Wearables und Gesundheits-Apps bspw. die Vitalfunktionen des Patienten laufend überwachen und bei Bedarf direkt dem Arzt zur Überprüfung übermitteln. Telemedizinische Anbieter würden dabei die Funktion des ersten Ansprechpartners bei medizinischen Problemen oder Rückfragen einnehmen. Der Patient wäre beim digitalen Patientenpfad auch ausserhalb der Öffnungszeiten stets in der Lage, bspw. über sein Smartphone unabhängig von Öffnungszeiten Arzttermine zu buchen. Dadurch entfielen die bisherigen aufwendigen Terminabsprachen. – Es darf jedoch nicht unterschätzt werden, welche Gefahren von solchen Gesundheits-Apps ausgehen, welche den Nutzern das Sammeln von persönlichen Gesundheitsdaten ermöglichen. Solche Daten könnten in das EPD heraufgeladen werden; die Daten können z.B. über den Blutdruck, tägliche Schrittzahl, Schlafenszeiten etc. Auskunft geben. Es bestünde die Gefahr, dass solche Daten für fremde Zwecke missbraucht würden.

428 Berechnungen von KPMG zeigen, dass sich bei einem vollständigen Durchlaufen dieses digitalen Patientenpfades über fünf Stationen (Hausarzt, Spezialist, Akutspital, Rehabilitationsklinik, Hausarzt) pro Patient ein Einsparpotenzial von bis zu 87 Minuten bzw. CHF 59 ergibt. Vgl. zum Ganzen: ‹https://home.kpmg.com/ch/de/home/medien/press-releases/2017/09/smartphones-to-curb-costs-in-swiss-healthcare-industry.html›; eHealth Suissemobile Health (mHealth) Emp-

4. Zwischenfazit – vorläufige Einschätzung des elektronischen Patientendossiers

Die Einführung des elektronischen Patientendossiers (EPD) führt zu einem eigentlichen Paradigmenwechsel im Gesundheitswesen.[429] Durch die mit dem EPD dem Einzelnen zur Verfügung stehenden sehr weitgehenden Informationen und Informationsrechte müsste an sich von einer signifikanten Stärkung und Ausweitung der Privatautonomie ausgegangen werden. Der Patient soll mit der Einführung des EPD neu auf Diagnosen des Hausarztes, Laborbefunde, Austrittsberichte von Spitälern und vieles mehr zugreifen können. Allerdings dürfte der Zugriff allein auf eine umfangreiche Datenmenge dem Einzelnen praktisch kaum viel nützen.[430] Aus dem «Mehr an Informationen» dürfte vor allem ein höherer Beratungsbedarf resultieren. Zudem soll es dem Patienten gemäss dem Rahmengesetz überlassen sein, ein solches EPD zu eröffnen oder auch darauf zu verzichten.

Dies alles weist auf eine bedeutende Ausweitung der Privatautonomie hin, indem dem Einzelnen im medizinischen Bereich nicht nur ein viel grösseres Mass an Informationen wie bisher zur Verfügung stehen wird. Es stehen dem Einzelnen dadurch auch ganz andere Möglichkeiten der Ausübung seiner persönlichen Rechte offen. Der «mündige Patient», wie er seit einiger Zeit als selbständig handelnder, ausgezeichnet informierter Patient wahrgenommen wird, erhält durch diese zusätzlichen Möglichkeiten weitere Handlungs- und Eingriffsoptionen. Beispielsweise können Patienten damit einsehen, was der Hausarzt alles in der Krankenakte festgehalten hat. Dadurch dürfte das Verhältnis von Arzt und Patient eine grundlegende Änderung erfahren. Der Patient dürfte sich nun noch stärker als bisher in seiner Rolle als privatautonom handelnde Partei und als Partner im Gesundheitswesen erleben.

Allerdings sind auch die möglicherweise kritischen Aspekte dieser «Revolution im Gesundheitsrecht» zu bedenken und aus rechtlicher Sicht abwägend zu begleiten.[431] Zunächst stellt sich die Frage, was der Einzelne (und insbesondere der Patient) mit diesem signifikanten Mehr an medizinischen Informationen anfangen kann (und soll) und wie diese für ihn letztendlich einzustufen sind. In diesem Zusammenhang ist der Begriff der «behandlungsrelevanten Daten»,

---

fehlungen I Ausgangslage und erste Schritte, verabschiedet durch den Steuerungsausschuss Bern, 16. März 2017: ‹https://www.e-health-suisse.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/2017/D/170316_mHealth_Empfehlungen_I_d.pdf.›

429 Es wird in diesem Zusammenhang auch von einer «Revolution» gesprochen, welche sich im Gesundheitswesen anbahne; vgl. etwa «Schweiz am Wochenende» vom 27.01.2018, S. 16.

430 Die Datenherrschaft führt nicht zwingend dazu, dass der Datenherr die Informationen und Auswirkungen auch versteht. Abgesehen von dieser Problematik der erhöhten Komplexität, welche das EPD bringt, muss vermerkt werden, dass auch abgesehen von der Einführung des EPD ein Rechtsanspruch auf die Einsichtnahme in die Krankenakte bereits bisher durchaus bestand.

431 Die Fortschritte in der *personalisierten Medizin* etwa würden bedingen, dass die Bearbeitung von Personendaten zu Forschungszwecken vereinfacht würde. Dazu müssten die konkreten Probleme identifiziert und transparent gemacht werden.

welche im EPD aufgenommen werden, von Bedeutung. Im Gesetz zum Patientendossier wurde offengelassen, was als behandlungsrelevant zu gelten hat (und was nicht).[432]

Dem Bedürfnis einer möglichst umfassenden Information steht das Interesse entgegen, das EPD möglichst übersichtlich zu gestalten. Es muss deshalb inhaltlich auf das medizinisch Wesentliche beschränkt werden, um dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu entsprechen, da nur dann die nötige Gewähr besteht, dass Ärzte und andere Gesundheitsfachpersonen die wirklich relevanten Gesundheitsinformationen rasch finden.

Zudem stellen sich verschiedene rechtliche Fragen, die zurzeit noch einer Klärung bedürften. So ist einerseits unklar, ob bspw. Ärzte dafür haftbar gemacht werden können, wenn sie einen Befund nicht im EPD abgelegt haben, der später für eine Behandlung im Spital oder in einem Notfall wichtig gewesen wäre. Auf der anderen Seite stellt sich die Frage, ob inskünftig eine Verpflichtung des Einzelnen (nicht nur des Patienten) oder eine Haftung konstruiert werden könnte, für das Unterlassen der – heute noch als freiwillig bezeichneten – Eröffnung eines EPD.

Geht man davon aus, dass (wie verschiedene Berechnungen zeigen) mit der Einführung des EPD ein riesiges Einsparpotenzial verbunden ist, dürften nicht nur Spitäler, Ärzte und Krankenversicherer ein entsprechend hohes Interesse an einer flächendeckenden Einführung des EPD haben. Um dieses Ziel zu erreichen, dürften sich die entsprechenden Akteure im Hinblick auf die geplante Einführung des EPD bereits jetzt Gedanken zu möglichst gezielten Anreizsystemen machen.[433] Die gesetzlich vorgesehene Freiwilligkeit hinsichtlich der Eröffnung eines EPD dürfte damit die Gefahr mit sich bringen, praktisch nicht umgesetzt zu werden. Damit aber würde zumindest im Hinblick auf eine Eröffnung, wohl aber auch hinsichtlich verschiedener begleitender Umstände, die Privatautonomie des Einzelnen empfindliche Abstriche erfahren. Verweigert bspw. ein Versicherer aufgrund fehlender Einwilligung für den Zugriff auf das EPD den Abschluss eines Vertrags, ist dies für die betroffene Person nicht nur

---

432 Die Ärztegesellschaft FMH hat entsprechende Bedenken angemeldet. Gemäss der Zuständigen im Zentralvorstand der FMH, Departement e-Health und Digitalisierung, Yvonne Gilli, könne es nicht die Idee sein, dass im EPD alle möglichen Informationen abgelegt werden.

433 Die Stellung der *privaten Versicherer* müsste geklärt werden. Derzeit ist davon auszugehen, dass ein Zugriff auf das elektronische Patientendossier für Versicherer nicht zulässig ist. Dazu bräuchte es eine Gesetzesänderung des EPDG, um einen solchen Zugriff zu ermöglichen. Da damit ein schwerer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person vorgenommen würde, bräuchte es eine ausdrückliche gesetzliche Regelung in einem Gesetz im formellen Sinne (im EPDG sowie im VGG). Problematischer erscheint die Situation mit Blick auf die Zusatzversicherungen. Da der Versicherte grundsätzlich selber entscheidet, ob er eine Zusatzversicherung abschliessen will (und auch der Versicherer unter keinem Kontraktionszwang steht), wäre es denkbar, dass der Versicherer Zugriff auf bestimmte Dokumente im elektronischen Patientendossier verlangen würde. Die Zustimmung müsste dann von der betroffenen Person erteilt werden, was sicherlich eine Voraussetzung wäre; allerdings würde diese Zustimmung unter dem faktischen Druck erteilt, ohne diese keine Zusatzversicherung abschliessen zu können.

ärgerlich, sondern kann sie empfindlich treffen. Rechtswidrig wäre dies allerdings nicht, da im Bereich der Privatautonomie (hier zugunsten des Versicherers) ein Vertragsantrag abgelehnt werden kann. So stellt sich weiter die Frage, was gilt, wenn eine Person kein EPD hat und bspw. der Versicherer ein solches zur Bedingung macht.[434]

Generell sind Diskriminierungen aufgrund von Datenbearbeitungen möglich (wie etwa der Ausschluss von einer Versicherung). Dem müssten sich Gesellschaft und Gesetzgeber stellen und entscheiden, bei welchen Arten von Versicherungen (etwa der Krankenversicherung) die Solidarität zentral ist und in welchen Fällen Versicherungen von ihren Kunden unterschiedliche Prämien verlangen dürfen.[435]

Die Einführung des EPD, welche gemäss dem Bundesamt für Gesundheit für die zweite Hälfte 2018 geplant war, wird sich nun zwar zeitlich verzögern.[436] Damit wäre die Möglichkeit gegeben, die dringend notwendigen rechtlichen Absicherungen und Abklärungen zu tätigen.

Was die Frage der Privatautonomie betrifft, so erscheint das Bild einer vordergründig stark ausgeweiteten Autonomie des Einzelnen, welche es ihm ermöglicht, anhand von vielfältigen medizinischen Informationen weitere Rechte und potentiell besser informierte Entscheidungen zu treffen. Auf der anderen Seite dürfte der – insbesondere durch ökonomische Interessen und Kostendämpfungs-

434 Aufgrund der Freiwilligkeit für ambulante Leistungserbringer kann es sein, dass der behandelnde Arzt kein EPD führt. Besteht der Versicherer auf ein EPD, so wäre die Person gezwungen, den Arzt zu wechseln. Diese Konsequenz wäre allenfalls für sich allein nicht allzu gravierend. Allerdings würde sich die Situation allenfalls so auswirken, dass die betroffene Person damit einem Zwang zu einem EPD unterworfen wird. Dies wäre doch als gravierende Konsequenz zu werten, welche im Übrigen nicht den Intentionen des Gesetzgebers entspräche. Solange die betroffene Person die Möglichkeit hat, zu einem anderen Versicherungsanbieter zu wechseln, welcher kein EPD verlangt, erscheinen die Privatautonomie des Einzelnen sowie seine Persönlichkeitsrechte gewahrt. Anders sieht es m.E. aus, wenn alle Versicherungsanbieter ein EPD verlangen.

435 So auch die Forderung von Thouvenin (Fn. 362), S. 19, welcher jedoch auch darauf hinweist, dass aktuell ein solches Vorgehen weitgehend ausgeschlossen sei, weil das Datenschutzrecht mit Blick auf oft rein hypothetische Risiken die Bearbeitung von Personendaten «als solche» problematisiere und tiefgreifend reguliere, wodurch die Nutzung von Personendaten in Wirtschaft und Forschung massgeblich erschwert werde. Damit würden hohe Kosten verursacht, ohne einen klar erkennbaren Nutzen für die betroffenen Personen zu generieren.

436 Im März 2017 schrieb das Bundesamt für Gesundheit (BAG) in seiner Medienmitteilung zum EPD, dass «die ersten Patientinnen und Patienten in der zweiten Hälfte 2018 ein elektronisches Patientendossier eröffnen können». In den meisten Kantonen dürfte es frühestens im 2019 soweit sein. Es gibt derzeit schweizweit zehn Stammgemeinschaften, die sich um die Einführung des EPD kümmern. Erst wenn das EPD vom Bund zertifiziert wurde, ist der Datenaustausch über die Kantonsgrenze möglich und zulässig. Als einziger Kanton hat Genf bereits im Jahre 2013 das EPD eingeführt. Das BAG geht weiterhin davon aus, dass das EPD im Frühling 2020 vollständig eingeführt sein wird. In den Nordwestschweizer Kantonen Basel-Stadt, Basel-Land und Solothurn wird damit gerechnet, dass im Laufe des 2018 das erste EPD erstellt werden wird. Da die entsprechend vorgesehene Zertifizierung bis dahin voraussichtlich noch nicht bereit sein wird, wird von einer nicht-zertifizierten Einführung ausgegangen (vgl. «Schweiz am Sonntag», 27.01.2018, S. 16).

massnahmen getriebene – Ansatz zur Schaffung von Anreizsystemen, der einen faktischen Zwang des Einzelnen zur Eröffnung und weitgehenden Mitwirkung beim EPD nach sich ziehen könnte, die Privatautonomie des Einzelnen wiederum stark einschränken. Diese Entwicklungen sind sicherlich mit grosser Aufmerksamkeit zu verfolgen und auf ihre rechtliche Bedeutung zu untersuchen.

F. Folgerungen

Wie sich im Rahmen der vorliegenden Untersuchung gezeigt hat, kann die Privatautonomie rechtshistorisch nicht nur auf einen Erfolgs- und Siegeszug zurückschauen. Sie erfreut sich jedoch auch heute einer grossen Beliebtheit und dürfte sich weiterhin in einem gewissen Aufwärtstrend bewegen. Belege für eine solche Entwicklung dürften die zunehmende Gestaltungsfreiheit beim Abschluss von Eheverträgen und die antizipierten Vereinbarungen im Hinblick auf allfällige Scheidungsfolgen darstellen. Zudem sind im Bereich des Scheidungsrechts die zunehmend parteiautonom gestaltete Scheidungsordnung und das Primat der einvernehmlichen Scheidung nach Art. 111 ZGB, welches rechtlich und faktisch eine starke Vorzugsstellung einnimmt, zu nennen.

Als weiterer Hinweis auf die starke Stellung der Privatautonomie dürfte das weitgehende Fehlen einer gesetzlichen Ordnung für nichteheliche Partnerschaften sein. Sowohl während dem Bestehen der nichtehelichen Partnerschaft, wie auch bei Auflösung dieser Partnerschaftsform, ist es den Partnern überlassen, wie sie ihre Beziehung rechtlich gestalten und allenfalls absichern wollen. Einzig für den Fall, dass gemeinsame Kinder der Partner in die Gemeinschaft geboren werden, sieht das Gesetz gewisse Bestimmungen vor: einerseits im Zusammenhang mit der Feststellung des Kindesverhältnisses und anderseits im Zusammenhang mit dem Kindesunterhalt sowie dem nun seit dem 1.1.2017 neu eingeführten Betreuungsunterhalt. Ob diese starke Gewichtung der Parteiautonomie für die nichteheliche Partnerschaft wirklich die einzige Möglichkeit (bzw. ob sie tatsächlich als uneingeschränkt positiv zu werten) ist, wird an dieser Stelle eher kritisch beurteilt.

Die Entwicklungen im Erbrecht zeigen ebenfalls eine bewusste Stärkung und Ausweitung der Privatautonomie. Bereits seit Längerem ist es den Ehegatten unbenommen, im Rahmen von Ehe- und Erbverträgen die für ihre Beziehung passende Regelung vorzunehmen. Die Möglichkeiten zur Begünstigung des überlebenden Ehegatten sind sowohl aufgrund des Ehegüterrechts (insbesondere aufgrund der beliebten Gesamtvorschlagszuweisung) wie auch des Erbrechts in weitem Masse gegeben und ermöglichen den Ehegatten, privatautonom und praktisch uneingeschränkt (bzw. mit nur wenigen gesetzlichen Einschränkungen) zu disponieren.

Im Rahmen der laufenden Revision des Erbrechts, wird dieser Spielraum voraussichtlich noch weiter ausgedehnt und die Privatautonomie damit noch

einmal gestärkt, indem unter anderem die disponible Quote erhöht werden soll. Der Schutz von nichtehelichen Lebensgemeinschaften und insbesondere die finanzielle Absicherung des überlebenden Partners sind gemäss dem Vorentwurf weiterhin praktisch uneingeschränkt der Parteidisposition und damit der individuellen Vorsorge anheimgestellt. Zwar sieht der Vorentwurf unter gewissen Voraussetzungen ein Unterhaltsvermächtnis zugunsten des überlebenden Partners vor; ebenso sollen gewisse Vorkehren zugunsten des Stiefkindes eingeführt werden.

Formal gesehen stellen diese geplanten Änderungen in gewisser Weise (in einem kleinen Umfang) eine teilweise Einschränkung der Privatautonomie dar, welche jedoch aus Schutz- und Gerechtigkeitsgründen an dieser Stelle von der Überlegung her klar zu begrüssen wäre. Allerdings dürfte der praktische Nutzen eines solchen Unterhaltsvermächtnisses sehr eng begrenzt sein und in der Praxis vor allem zu unschönen Gerichtsverfahren führen.

Das Persönlichkeitsrecht zeichnet sich vor allem in neuester Zeit durch eine grosse Dynamik aus, indem aufgrund von technologischen und gesetzlichen Entwicklungen von einem eigentlichen «Paradigmenwechsel» gesprochen werden kann. Namentlich im Zusammenhang mit der Einführung des elektronischen Patientendossiers zeigt sich eine eigentliche Revolution, bei welcher noch nicht klar ist, ob sie zu einer Stärkung der Privatautonomie führen wird, indem der Patient umfangreichere Informationen und damit Handlungsmöglichkeiten erhält, oder ob umgekehrt ein gewisser Zwang aufgrund von Anreizsystemen auf den Einzelnen zukommen wird, welcher die Privatautonomie wiederum empfindlich einschränken wird. Diesen Fragen, welche bisher – soweit ersichtlich – in der juristischen Lehre nicht diskutiert wurden, wäre m.E. dringend nachzugehen.

Was die Behandlung von urteilsunfähigen Patientinnen und Patienten sowie die Frage der Entscheidungen am Lebensende betrifft, kann festgestellt werden, dass in den letzten Jahren bedeutende Schritte erfolgt sind, welche den Rahmen des privatautonomen Handelns in diesen Bereichen abgesteckt und einer nachvollziehbaren gesetzlichen Regelung zugeführt haben. Allerdings hat der Gesetzgeber davon abgesehen, gewisse heikle Bereiche (wie etwa die Sterbebegleitung) weitergehender als heute zu ordnen. Die Privatautonomie wurde in diesem Rechtsbereich insgesamt formal, etwa im Rahmen der Einführung der Patientenverfügung und des Vorsorgeauftrages, deutlich gestärkt.[437]

Weitere wichtige und aktuelle Bereiche mit Berührungspunkten zum Persönlichkeitsrecht sind unter dem Aspekt der «informationellen Selbstbestimmung» aktuell. Allerdings erscheint eine abschliessende Beurteilung hinsichtlich der

437 Siehe zur Patientenverfügung und zum Vorsorgeauftrag weiterführend Patrick Fassbind, Vorsorgeauftrag in der Praxis – Risiken und Nebenwirkungen, in: Ivo Schwander/Ruth Reusser/Roland Fankhauser (Hrsg.), Brennpunkt Familienrecht, Festschrift für Thomas Geiser zum 65. Geburtstag, Zürich 2017, S. 217 ff. sowie Gassmann (Fn. 371), S. 257 ff.

Entwicklung der Privatautonomie in diesem Bereich noch kaum möglich. Die neueren Entwicklungen insbesondere im Zusammenhang mit den sozialen Medien wären aufgrund ihrer praktisch nicht zu unterschätzenden Dynamik und ihrem potenziellen Gefährdungspotential hinsichtlich der Privatautonomie einer vertieften rechtstatsächlichen und juristischen Aufarbeitung zu unterziehen.

Quelle autonomie pour l'Etat?

Valérie Défago Gaudin*, **

* Professeure à l'Université de Neuchâtel.

** Je remercie Madame Tifenn Beuret et Monsieur Alen Udovcic, tous deux assistants-doctorants, ainsi que Madame Séverine Beuret, assistante-étudiante, de l'aide apportée à l'élaboration de ce texte.

Inhaltsverzeichnis

A. Introduction . . . 241
B. Remarques préliminaires et problématique . . . 243
I. L'Etat, les collectivités publiques, les entités décentralisées de droit public . . . 243
II. Le recours au droit privé . . . 245
III. La distinction entre droit public et droit privé . . . 248
IV. Trois arrêts du Tribunal fédéral . . . 249
1. L'arrêt Banque nationale suisse . . . 250
2. L'arrêt La Poste . . . 252
3. L'arrêt Glarnersach . . . 254
V. La problématique . . . 256
C. Le rattachement à une tâche de l'Etat . . . 258
I. Généralités . . . 259
II. Le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst. . . . 260
1. La notion de tâche de l'Etat . . . 260
2. La notion de tâche de l'Etat dans la jurisprudence . . . 263
3. Synthèse . . . 267
III. L'obligation découlant de l'article 35 al. 2 Cst. . . . 269
D. Le maintien du critère institutionnel incarné dans la théorie du droit administratif privé . . . 272
I. La position soutenue . . . 272
II. L'autonomie privée comme piste de réflexion . . . 276
E. Le respect des droits fondamentaux par l'Etat . . . 283
I. Remarques préliminaires . . . 283
II. La prise en compte des intérêts contradictoires dans l'examen des droits fondamentaux . . . 287
1. L'interdiction des discriminations . . . 287
2. Les libertés . . . 289
3. L'égalité de traitement . . . 290
4. Synthèse . . . 293
F. Le contrôle de la mise en œuvre des droits fondamentaux . . . 293
I. Le contrôle juridictionnel . . . 294
II. Le contrôle issu de la gouvernance des entreprises publiques et des règles sur la transparence . . . 298
G. Conclusion . . . 301

A. Introduction

«Marges de manœuvre individuelles en droit privé, en droit pénal et en droit public ainsi que dans les relations internationales». L'intitulé du Congrès 2018 de la Société suisse des juristes invitait de prime abord à se placer du point de vue de l'individu, de l'administré, et à s'interroger sur la marge de manœuvre qui est la sienne dans un espace marqué par une inflation normative, par l'accroissement de la technicité des matières et par la multiplication et la diversification des moyens d'action de l'Etat. Une autre approche pouvait être de se placer du point de vue de l'Etat et de se pencher sur la marge de manœuvre dont il dispose dans son activité d'autorité. L'on peut penser alors, notamment, à la no-

tion de pouvoir d'appréciation, qui, dans la marge laissée libre par le principe de la légalité, permet à l'administration de réaliser la composante politique de l'activité gouvernementale. Nous n'avons opté pour aucune de ces approches.

Dans un contexte de libéralisation des secteurs auparavant monopolisés par l'Etat et de développement des activités économiques de l'Etat, il nous a paru intéressant de faire porter notre analyse sur la constellation dans laquelle l'Etat déploie son activité et entre au contact des administrés en recourant au droit privé. En effet, il a toujours été admis que l'Etat puisse agir «comme une personne privée», notamment lorsqu'il gère ses biens propres. De même, les règles d'admission au recours en matière de droit public réservent aux collectivités publiques l'accès au juge lorsque celui-ci est «touché comme un particulier». Mais dans un même temps, on a très souvent lu en doctrine, et reprenant en cela les termes de Grisel, que: *«Pour l'administré, l'Etat reste l'Etat, qu'il soit sujet de droit public ou de droit privé. Aussi, même en cas d'application du droit privé comme tel, l'administration se conformera-t-elle aux normes constitutionnelles»*[1].

Lorsque l'Etat agit en droit privé, il se fonde, comme tout particulier, sur des normes du droit privé, notamment les règles du Code des obligations. Le droit des contrats repose sur le principe de la liberté contractuelle, notion intimement liée au concept de l'autonomie privée. L'occasion du Congrès 2018 de la Société suisse des juristes est donc idéale pour se demander, de manière tout à fait provocatrice, si l'Etat dispose d'une marge de manœuvre «individuelle» et d'une autonomie «privée» lorsqu'il agit sur le terrain du droit privé.

La question n'est pas nouvelle et de nombreux auteurs avant nous l'ont abordée[2]. Mais à l'heure où l'Etat revendique de pouvoir déployer des activités économiques sur des marchés libéralisés, base légale à l'appui, et après que le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts de principe touchant l'un à l'absence d'obligation de La Poste de respecter les droits fondamentaux dans son activité en concurrence[3] et l'autre au fondement constitutionnel des activités économiques de l'Etat[4], il nous paraît légitime de l'aborder à nouveau.

Notre contribution se fonde essentiellement sur la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral. Ce n'est que rarement que nous nous sommes référée à la jurisprudence des juridictions inférieures, sauf lorsque des cas emblématiques ont

1 Grisel André, Traité de droit administratif, Vol. I, Neuchâtel 1984, p. 116.

2 Not. Eichenberger Karl, Verwaltungsprivatrecht, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bâle 1985, p. 75 ss; Hangartner Yvo, Öffentlich-rechtliche Bindungen privatrechtlicher Tätigkeit des Gemeinwesens, in Festschrift zum 65. Geburtstag von Mario M. Pedrazzzini, Berne 1990, p. 143 ss; Knapp Blaise, L'Etat agissant en droit privé, in Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique – Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès 1991 à Genève, p. 169 ss; Leuthold Maja, Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentlichrechtliche Sachen, Zurich 1970; Müller Paul Richard, Das öffentliche Gemeinwesen als Subjekt des Privatrechts, Zurich 1970; Rhinow René, Verfügung, Verwaltungsvertrag und privatrechtlicher Vertrag, in Festgabe zum schweizerischen Juristentag, Bâle 1985, p. 295 ss.

3 ATF 129 III 35.

4 ATF 138 I 378.

été traités par celles-ci. Une étude complète mériterait une approche empirique de l'ensemble de la jurisprudence, publiée et non publiée, des juridictions cantonales et du Tribunal fédéral. Le présent Rapport pourra, le cas échéant, constituer le point de départ d'une telle recherche. Par ailleurs, nous n'avons fait qu'effleurer les thèmes pourtant essentiels que sont celui de l'ancrage des compétences de l'Etat et de la possibilité qu'il a d'invoquer la protection des droits fondamentaux. Il s'agit de questions fondamentales qui mériteraient que l'on y consacre une réflexion théorique bien plus approfondie que celle qui nous a occupée les quelques semaines qu'a duré la rédaction de cette contribution. Pour le même motif, nous avons également renoncé à une approche comparatiste. L'étude du droit allemand aurait certainement permis d'apporter des pistes de réflexion enrichissantes. En effet, non seulement le droit administratif suisse est dans une grande mesure empreint du droit de son voisin, mais la question particulière du régime juridique applicable aux actes de l'Etat relevant du droit privé est aujourd'hui encore influencée par la conception germanique du siècle passé. Enfin, c'est sous forme d'hypothèse que nous avons évoqué les questions du caractère incitatif, au regard de l'obligation de réaliser les droits fondamentaux, des différentes formes de surveillance et contrôles de l'Etat.

Les différentes étapes nous mèneront, après avoir posé quelques définitions et identifié la problématique (B.), à nous interroger sur le critère dit fonctionnel lié au rattachement d'une tâche de l'Etat tel que désormais codifié à l'article 35 al. 2 Cst. (C.) ainsi que sur la place que cette disposition laisse au critère dit institutionnel pour l'analyse du cadre juridique des actes de l'Etat lorsqu'il agit au moyen du droit privé (D.). Nous apprécierons ensuite la portée de l'obligation de respecter les droits fondamentaux à charge de l'Etat (E.) et, enfin, nous suggérerons un moyen supplémentaire de mettre en œuvre la protection juridique liée à cette obligation (F).

B. Remarques préliminaires et problématique

Plan. – Dans ce premier chapitre, nous précisons les notions d'Etat et de collectivités publiques telle que nous les entendons dans cette contribution (I.). Nous présentons ensuite le contexte dans lequel l'Etat recourt au droit privé (II.) et rappelons les critères de distinction entre droit public et droit privé (III.). L'examen de trois arrêts emblématiques du Tribunal fédéral (IV.) nous permettra enfin de circonscrire la problématique (V.).

I. L'Etat, les collectivités publiques, les entités décentralisées de droit public

La notion de collectivités publiques. – S'interroger sur la notion d'autonomie de l'Etat suppose de circonscrire les acteurs en cause. Par Etat, nous désignons

tout d'abord les collectivités publiques en général, à savoir la Confédération, les cantons et les communes. Notre propos se concentre avant tout sur l'administration centrale de ces collectivités. Au gré du texte, nous insistons souvent sur la différence entre ces collectivités publiques et les entités décentralisées qu'elles ont créées.

La notion d'entités décentralisées de droit public. – Par Etat, nous désignons également les entités décentralisées créées par des collectivités publiques. Il s'agit, notamment, des établissements publics[5], des corporations de droit public, comme les sociétés anonymes ou les associations de droit public[6], des fondations de droit public[7] voire de toute autre entité créée par une loi et relevant du droit public[8]. L'assimilation à l'Etat de ces entités décentralisées de droit public s'impose dans la mesure où elles sont créées par lui et, bien que «détachées» de l'administration centrale, elles demeurent des entités de droit public, dans le giron de celui-ci. Il est toutefois important, dans le même temps, de distinguer l'administration centrale des entités décentralisées de droit public dans la mesure où leur relation respective à la liberté économique peut, selon les conceptions doctrinales, apparaître de manière circonstanciée. De même, l'approche est différente, du point de vue de l'intérêt public, lorsqu'il s'agit d'apprécier les activités économiques que les unes et les autres peuvent respectivement déployer.

Délimitations. – Enfin, dans le cadre de la présente contribution, nous n'assimilons pas aux collectivités publiques et entités décentralisées de droit public les personnes privées, morales ou physiques, chargées de l'exécution de tâches publiques, qu'elles soient ou non au bénéfice d'un pouvoir de décision[9]. Il en va de même des sociétés relevant du droit privé comme les sociétés anonymes (art. 620 CO) ou coopératives (art. 828 CO), d'économie mixte, de même que les sociétés anonymes ou coopératives de droit privé, même lorsqu'elles ont été constituées par des collectivités publiques[10]. En effet, pour l'ensemble de ces acteurs, la problématique du recours au droit privé se situe avant tout dans le choix de leur transférer la mission d'accomplir une tâche publique, dans le contexte du débat général que constitue la délégation d'activités au secteur étatique privé[11] ou les privatisations[12]. Il n'en demeure pas moins que les règles et

5 Dubey Jacques/Zufferey Jean-Baptiste, Droit administratif général, Bâle 2014, p. 33 ss; Tanquerel Thierry, Manuel de droit administratif, Zurich 2011, p. 43–44; Tschannen Pierre/Zimmerli Ulrich/Müller Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4ème éd., Berne 2014, p. 54 ss.

6 Tanquerel (note 5), p. 44–45; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 5), p. 62 ss.

7 Tanquerel (note 5), p. 45–46; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 5), p. 72 ss.

8 Il n'existe en effet pas de *numerus clausus* en la matière, contrairement à ce qui prévaut en droit privé.

9 On parle pour celles-ci d'«entités privées délégataires de tâches publiques»: Tanquerel (note 5), p. 47.

10 Tanquerel (note 5), p. 44–47, s'agissant de la gestion du patrimoine financier.

11 Récemment, Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016.

12 Récemment, Jaag Tobias, Mehr oder weniger Staat?, ZBl 116/2015 p. 627 ss.

principes applicables à ces entités privées chargées de l'exécution de tâches publiques sont, dans une certaine mesure, les mêmes que ceux que nous invoquerons à l'appui de la discussion de la problématique du recours au droit privé par les entités publiques. Il en va ainsi tout particulièrement de l'art. 35 al. 2 Cst.[13].

II. Le recours au droit privé

Le recours au droit privé par les collectivités publiques. – Il est admis depuis toujours que les collectivités publiques recourent au droit privé pour l'exécution de certaines de leurs tâches. Il en va ainsi lorsque les collectivités gèrent leur patrimoine financier ou leur domaine privé, lorsqu'elles acquièrent les biens, fournitures et services nécessaires à leur activité (*«Bedarfsverwaltung»*[14]), de même que lorsqu'elles poursuivent des activités économiques ou pour certaines de leurs activités de prestations[15].

L'origine. – Le recours au droit privé par les collectivités publiques tel qu'il est reconnu aujourd'hui trouve son explication dans l'origine de la formation du droit administratif dans notre ordre juridique. En effet, au début du XIXe siècle, le droit administratif suisse n'était pas un droit spécial indépendant du droit civil. Le principe des normes administratives à effet obligatoire bilatéral a émergé avec la naissance de la République helvétique et des constitutions cantonales élaborées dans le sillage de l'Acte de médiation. Cela a permis d'ouvrir la voie à une juridiction spéciale pour régler les litiges administratifs[16]. Toutefois, pendant la Régénération, sous la pression de la théorie du fisc héritée du droit allemand, en vertu de laquelle les rapports juridiques d'ordre patrimonial de l'Etat sont soumis exclusivement au droit privé[17], la juridiction administrative a perdu de son importance, de même que le droit administratif en général. Pendant cette période, l'administration et les litiges qui en découlaient furent pour la plupart subordonnés au droit privé et à la juridiction civile[18]. C'est avec l'adoption par la suite de la Constitution fédérale de 1848, puis celle de 1874, et des constitutions cantonales, que l'administration et ses activités ont été considérées comme devant être soumises non pas au droit privé, mais à un droit administra-

13 *Infra* C.

14 *Infra* C. I. 2.

15 Dubey/Zufferey (note 5), p. 77; Grisel (note 1), p. 118–119; Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7ème éd., Zurich 2016, p. 306; Knapp Blaise, Précis de droit administratif, 4ème éd., Bâle 1991, p. 18; Moor Pierre/Flückiger Alexandre/Martenet Vincent, Droit administratif, Vol. I, 3ème éd., Berne 2012, p. 110; Tanquerel (note 5), p. 127; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 5), p. 399.

16 Müller Markus, Droit administratif – Origine et spécificité, Berne 2006, p. 78.

17 Moor Pierre, Le droit administratif et la distinction entre droit public et droit privé, in Mélanges Henri Zwahlen, Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et fiscal (éd.), Lausanne 1977, p. 145/146. Eg. Schlatter Eliane, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Zurich 2009, p. 53.

18 Müller (note 16), p. 78–79.

tif spécial. La prédominance du droit public pour les activités de l'Etat s'est affirmée dès le XXe siècle, s'exprimant tant par une réglementation croissante de divers domaines de l'administration que par le développement de la juridiction administrative[19]. Mais cette réception du droit administratif n'a pas été entière et l'Etat n'a jamais été totalement subordonné au droit administratif[20].

La justification. – Outre l'héritage historique, une partie de la doctrine voit en l'utilisation du droit privé la justification du fait que, lorsqu'il gère son patrimoine financier ou son domaine privé, acquiert les biens, fournitures et services nécessaires à son activité, ou poursuit des activités économiques, l'Etat ne doit pas être mis au bénéfice d'une situation juridiquement privilégiée par une norme de droit public. Il n'existe dans ce cas aucune raison qui justifierait un régime spécial, différent de celui par lequel les particuliers sont eux-mêmes régis. En outre, dans une relation de droit privé marquée par l'autonomie de la volonté, les particuliers n'ont pas à être plus protégés que par cette autonomie qui est la leur[21].

Les interrogations. – Le recours au droit privé est admis pour certaines activités des collectivités publiques et cela n'est, fondamentalement, pas remis en cause, ni par le Tribunal fédéral ni par la doctrine[22]. En revanche, le cadre juridique dans lequel le droit privé est mis en œuvre par l'Etat a de tout temps suscité de nombreuses questions. Celles-ci ont souvent par le passé été exprimées autour de la critique fondée sur la «*fuite vers le droit privé*», notion qui désigne le phénomène par lequel les collectivités ou entités publiques, en recourant au droit privé, cherchent à éviter les contraintes que le droit public fait peser sur l'administration en se débarrassant des éléments intrinsèques qui limitent ses activités, comme le respect des droits fondamentaux ou le principe de la légalité[23]. Aujourd'hui, le débat entourant le recours au droit privé se situe, en outre si ce n'est plus, au niveau législatif; en effet, de nombreuses lois prévoient, pour les secteurs libéralisés notamment, que l'Etat entre en contact avec les administrés par le biais du droit privé[24]. Cela étant, quelle que soit l'origine du recours au droit privé, à raison de la nature de certaines activités ou en vertu d'une base légale, les questions se posent de manière similaire et sont de deux ordres. Tout d'abord, elles concernent la matérialité du régime juridique mis en œuvre: le droit privé est-il seul applicable, ou des éléments provenant du droit public doivent-ils être pris en considération? Dans l'affirmative, quelles sont les règles du droit public que la collectivité publique doit observer et respecter? La se-

19 Müller (note 16), p. 82–83.
20 Müller (note 16), p. 83.
21 Moor/Flückiger/Martenet (note 15), p. 110–111.
22 *Supra* note 15.
23 Moor/Flückiger/Martenet/ (note 15), p. 114; Müller (note 16), p. 84. Eg. Dubey/Zufferey (note 5), p. 72; Knapp (note 15), p. 17.
24 Tel est le cas, entre autres exemples, de La Poste avec ses clients, des CFF avec les voyageurs ou des banques cantonales avec leurs clients.

conde question, qui découle de la première, concerne le contrôle juridictionnel: dans quelle mesure le choix de recourir au droit privé, respectivement la mise en œuvre, peut-il être vérifié par le juge? Au fil du temps, la doctrine s'est saisie de la question et un certain nombre de théories ou concepts ont été élaborés.

La théorie du droit administratif privé. – Issue du droit allemand, la théorie du droit administratif privé veut que même lorsqu'il agit sur le terrain du droit privé, l'Etat doit respecter les droits constitutionnels[25]. Le régime de droit privé est alors amendé de normes de droit public auxquelles l'Etat ne saurait se soustraire[26]. Le droit administratif privé constitue alors un terrain de compromis dans lequel droit public et droit privé déploient simultanément leurs effets[27]. C'est dans ce contexte que la doctrine invoque que *«l'Etat reste l'Etat, qu'il soit sujet de droit public ou de droit privé»*[28]. Toutefois, les règles de droit public susceptibles de s'appliquer ne sont pas définies[29] et vont du respect de la seule interdiction des discriminations[30] à une application complète de tous les droits fondamentaux[31]. La théorie du droit administratif privé s'oppose à la théorie du fisc, laquelle soumet les rapports juridiques d'ordre patrimonial de l'Etat exclusivement au droit privé[32].

La théorie des deux niveaux ou de l'acte détachable. – Egalement issue du droit allemand, mais aussi connue du droit français[33], la théorie des deux niveaux ou de l'acte détachable permet d'appréhender un acte de nature contractuelle de droit privé par le prisme du droit administratif. L'acte relevant du contrat, en particulier sa conclusion, est considéré impliquer deux actes juridiques: un acte unilatéral fondé sur le droit public consistant en la décision de conclure, d'une part, et la conclusion du contrat de droit privé, d'autre part. Cette théorie fait un acte juridique unilatéral de ce qui, en droit privé, constitue le processus interne de la formation de volonté[34]. Le Tribunal fédéral n'a pas de position claire à propos de cette théorie. Parfois, il se défend de la faire sienne[35]; il considère au contraire que c'est au législateur de prévoir le contrôle de l'exer-

25 Eichenberger (note 2), p. 79 ss; Knapp (note 15), p. 17; Moor Pierre/Poltier Etienne, Droit administratif, Vol. II, 3ème éd., Berne 2011, p. 489 ss.
26 Dubey/Zufferey (note 5), p. 72.
27 Eichenberger (note 2), p. 80.
28 Grisel (note 1), p. 116.
29 Eichenberger (note 2), p. 80.
30 Tanquerel (note 5), p. 62–63.
31 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 306.
32 Eichenberger (note 2), p. 77.
33 Pour la distinction entre ces deux théories, à laquelle la doctrine ne procède généralement pas: Dubey Jacques, Le concours en droit des marchés publics, Fribourg 2005, p. 176 ss.
34 Eichenberger (note 2), p. 81; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 307 ss; Moor/Poltier (note 25), p. 445 ss; Tanquerel (note 5), p. 128 et 340 ss.
35 TF 4A_221/2008 du 23 septembre 2008, c. 2. Pour un exposé complet de l'influence explicite et implicite de la théorie de l'acte détachable ou des deux niveaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral: Nguyen Minh Son, Le contrat de collaboration en droit administratif, Berne 1998, p. 267 ss.

cice de la marge de manœuvre de l'Etat[36], comme il l'a fait par exemple en adoptant la réglementation sur les marchés publics[37]. D'autres fois, il s'y réfère et indique les domaines dans lesquels elle est susceptible d'être invoquée[38].

Le rattachement à la tâche de l'Etat. – Plus récemment, la doctrine s'est référée au critère du rattachement à l'accomplissement d'une tâche de l'Etat, codifié depuis 2000 dans la Constitution à l'article 35 al. 2. Lorsque l'activité de l'Etat sert directement à l'accomplissement d'une tâche de l'Etat, les droits fondamentaux doivent être respectés et réalisés. En revanche, lorsque l'activité administrative est soumise au droit privé et ne sert pas directement à la mise en œuvre d'une tâche de l'Etat, celui-ci est libre d'organiser ses relations juridiques à la manière inégalitaire et arbitraire du droit privé, sous réserve des limites posées par le droit impératif[39]. Selon les partisans de l'application stricte de cette conception, l'Etat bénéficierait alors d'une autonomie analogue à l'autonomie privée lorsque son activité ne se rattache pas à l'accomplissement d'une de ses tâches[40]. Cette théorie remet en cause l'assertion de principe du Tribunal fédéral selon lequel il existerait des droits fondamentaux que l'Etat doit respecter, même lorsqu'il agit en droit privé; selon les circonstances de sa mise en œuvre, elle s'oppose, partant, à la théorie du droit administratif privé.

L'absence de réponse. – Aucune de ces théories n'a convaincu au fil du temps ou ne s'est imposée de manière explicite dans notre ordre juridique pour poser de manière claire le cadre juridique de l'action de l'Etat au moyen du droit privé. Toutefois, on le verra, chacune d'elles a marqué la jurisprudence du Tribunal fédéral, respectivement la production législative.

III. La distinction entre droit public et droit privé

La distinction entre droit public et droit privé. – Si le cadre juridique entourant la mise en œuvre du droit privé par les collectivités publiques ne bénéficie pas d'une assise certaine, en revanche, la jurisprudence du Tribunal fédéral a dégagé des critères permettant de distinguer si une relation relève du droit public ou du droit privé, lorsque la loi ne prévoit pas expressément que le droit privé puisse s'appliquer. Ces critères ont été exprimés dans des affaires dans lesquelles ce n'étaient pas des collectivités publiques, mais des personnes privées chargées peu ou prou de la mise en œuvre d'une tâche publique, qui étaient en cause[41]. Ils sont également utilisés lorsqu'il s'agit de qualifier le droit applica-

36 *Ibid*.
37 *Infra* D.
38 TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014, c. 1.1.2, ZBl 116/2015 p. 146.
39 Dubey/Zufferey (note 5), p. 76–77; Knapp (note 15), p. 18; Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4ème éd., Berne 2016, p. 111; Moor/Poltier (note 25), p. 489 laissent quant à eux la question ouverte.
40 *Ibid*.
41 ATF 138 II 134, c. 4.1.

ble à un rapport juridique[42] ou contrat[43] entre une collectivité publique et un particulier.

Les critères. – Ces critères sont au nombre de quatre: le critère ou théorie des intérêts, qui qualifie les normes juridiques ainsi que les rapports de droit dont elles sont le fondement de droit public ou de droit privé selon qu'elles sauvegardent exclusivement ou principalement l'intérêt public ou les intérêts privés; le critère dit fonctionnel, qui qualifie les normes juridiques de droit public lorsqu'elles réglementent la réalisation de tâches publiques ou l'exercice d'une activité publique; le critère ou théorie du sujet ou de la subordination, qui soumet au droit public les rapports dans lesquels une partie est supérieure à l'autre en fait ou en droit et au droit privé ceux où les parties traitent d'égal à égal à tous points de vue; et enfin le critère modal (ou critère de la sanction) qui attribue une norme à l'un ou l'autre droit selon que sa violation entraîne une sanction relevant du droit privé (par exemple, nullité d'un acte juridique) ou une sanction relevant du droit public (par exemple, révocation d'une autorisation). Aucun ne l'emporte sur les autres, mais il s'agit au contraire de procéder à une appréciation globale pour déterminer si le rapport juridique relève du droit public ou du droit privé[44].

Une distinction matérielle. – Il est important de relever qu'en matière contractuelle ces critères s'imposent au-delà de la volonté des parties, sauf à ce qu'une base légale impose le recours au droit privé. Le contenu réel du rapport de droit est décisif et, si une collectivité ou une entité publique est partie audit rapport de droit, le droit public est présumé applicable[45]. Selon les circonstances, l'application de ces critères de distinction peut mener à une requalification du contrat de droit privé en un contrat de droit administratif[46], rendant alors sans objet la question du recours au droit privé et du cadre juridique qui s'y rapporte.

IV. Trois arrêts du Tribunal fédéral

Trois arrêts emblématiques. – Trois arrêts emblématiques rendus dans le temps par le Tribunal fédéral permettent de donner corps à notre réflexion. Ce ne sont pas les seuls arrêts de principe auxquels nous nous référerons[47], mais ils

42 ATF 137 II 399, c. 1.1; ATF 132 I 270, c. 4.3; ATF 120 II 412, c. 1; ATF 109 Ib 146, c. 2; ATF 105 II 234, c. 2; ATF 101 II 366, c. 2.

43 ATF 134 II 297, c. 2.2; ATF 128 III 250, c. 2.2; ATF 103 II 414, c. 3.

44 ATF 138 II 134, c. 4.1.

45 ATF 142 II 154, c. 5.2.

46 *Infra* E. II. 3.

47 ATF 109 Ib 146; ATF 129 III 35; ATF 138 I 378. Ont également une importance marquante l'arrêt de l'affichage sur les bus lucernois de 2001, dans lequel le Tribunal fédéral dit expressément, sous l'empire de la Constitution de 1999, que les droits fondamentaux doivent être respectés lorsque la collectivité publique agit en droit privé (ATF 127 I 84), l'arrêt CFF de 2010 dans lequel le Tribunal fédéral indique que les CFF doivent, quand bien même les relations avec les

donnent l'occasion de baliser le chemin dans la problématique. Les deux premiers arrêts montrent dans quelle mesure la théorie du droit administratif privé et le critère du rattachement à l'accomplissement d'une tâche de l'Etat ont été mis en œuvre dans le temps. Le troisième arrêt, qui affirme que l'Etat est en mesure d'exercer des activités économiques, illustre parfaitement que les collectivités publiques voient leur rôle se modifier et invite à s'interroger sur la marge de manœuvre dont elles bénéficient dans ce contexte. Le premier arrêt est l'arrêt Banque nationale suisse du 3 juin 1983[48]. Le deuxième arrêt est l'arrêt La Poste du 7 mai 2002[49]. Le troisième arrêt est l'arrêt Glarnersach du 3 juillet 2012[50].

1. L'arrêt Banque nationale suisse

La cause. – L'arrêt de principe du Tribunal fédéral du 3 juin 1983 dans la cause Union suisse des fiduciaires contre la Banque nationale suisse est vu par une majorité de la doctrine comme la source de l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé[51]. L'Union suisse des fiduciaires avait requis de la Banque nationale suisse que ses membres soient, pour la mise en œuvre de la Convention de diligence des banques relative à l'obligation de garder le secret, traités de la même manière que les membres de la Chambre suisse des Sociétés fiduciaires et des Experts-comptables. A la suite du refus de la Banque nationale suisse quant à cette demande, l'Union des fiduciaires a saisi le Tribunal d'un recours de droit administratif. Celui-ci s'est donc penché sur la question de la qualification de la relation juridique entre la Banque nationale suisse et l'Union suisse des fiduciaires dans la constellation de la mise en œuvre de la Convention de diligence des banques. Appliquant les critères usuels[52] et après une discussion approfondie de ceux-ci, le Tribunal fédéral est parvenu à la conclusion que la Banque nationale suisse, s'agissant de la mise en œuvre de la Convention de diligence avec ses partenaires, agissait sur le plan du droit privé.

L'obligation de respecter les droits fondamentaux. – Une fois parvenu à la conclusion selon laquelle la relation juridique entre la Banque nationale suisse et l'Union des fiduciaires relevait du droit privé, le Tribunal fédéral s'est ex-

---

passagers sont de par la loi soumises au droit privé, respecter les principes de l'égalité de traitement et de la proportionnalité (ATF 136 II 457) ainsi que l'arrêt *Aargauische Pensionskasse* de 2016 dans lequel le Tribunal fédéral laisse ouverte la question de la titularité de la liberté économique de la caisse de pensions en sa qualité d'établissement public de droit cantonal, en raison de sa faible implication sur le marché (ATF 142 II 369).

48 ATF 109 Ib 146.

49 ATF 129 III 35.

50 ATF 142 II 369.

51 Dubey/Zufferey (note 5), p. 76; Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 310; Tanquerel (note 5), p. 127 ss.

52 *Supra* III.

primé dans un considérant de principe quant au cadre juridique dans lequel la relation de droit privé se devait d'évoluer: *«Finalement, il faut constater qu'il va de soi que la Banque nationale demeure liée par son mandat de droit public qui lui a été conféré de la manière la plus large, même lorsqu'elle se présente et agit en droit privé en qualité de société anonyme, ce qui a pour conséquence qu'elle doit logiquement respecter les droits constitutionnels fondamentaux dans ses activités de droit privé. Elle ne peut pas non plus, comme sujet de droit privé, notamment conférer des droits ou imposer des obligations en violant l'égalité de traitement ou en agissant de façon arbitraire. Quant au respect de ces principes, il n'appartient pas au Tribunal fédéral, dans un cas comme celui-ci, d'y veiller en tant que Tribunal administratif, mais ce sont les organes de surveillance prévus par la loi qui sont compétents à cet effet. En tout cas, à défaut de voies de recours formelles, on peut s'adresser à ces organes par la voie de la plainte»*[53].

La nature juridique de la Banque nationale suisse. – L'arrêt Banque nationale suisse est très souvent l'arrêt de principe mentionné en doctrine comme le siège de l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit en droit privé. Toutefois, la Banque nationale suisse n'est pas une entité décentralisée de droit public, mais une société anonyme créée par une loi spéciale[54]. Cela étant, elle était, du moins selon la loi qui la régissait à l'époque[55], généralement considérée comme un quasi-établissement public[56] derrière la façade d'une société anonyme[57]. D'une part, elle était organisée de manière très hiérarchisée; d'autre part, ses organes, notamment l'assemblée générale des actionnaires, n'avait que des pouvoirs limités et n'exerçait aucune influence sur la conduite de la Banque[58].

La théorie du droit administratif privé fondée sur le critère du rattachement à une tâche de l'Etat. – L'arrêt Banque nationale suisse intègre, sans la nommer, la théorie du droit administratif privé. En effet, le Tribunal fédéral énonce de manière claire que, bien que l'activité de la Banque soit soumise au droit privé, cette institution se doit de respecter les *«droits constitutionnels fondamentaux»*, en particulier l'égalité de traitement et l'interdiction de l'arbitraire. Mais dans cet arrêt le Tribunal fédéral se rattache également à ce qui a été codifié plus tard à l'article 35 al. 2 Cst. En effet, selon le Tribunal fédéral, c'est parce que cette institution a pour mission d'accomplir une tâche publique, parce qu'elle est *«liée par son mandat de droit public»*, qu'elle se doit de respecter les droits fondamentaux. Toutefois, le Tribunal fédéral ne procède pas à une analyse fine de l'activité

53 ATF 109 Ib 146, c. 5.4, trad. in: JT 1985 I 242/250-251.
54 Message du Conseil fédéral concernant la révision de la loi sur la Banque nationale suisse du 26 juin 2002, FF 2002, p. 5661.
55 Loi du 23 décembre 1953 sur la banque nationale, en vigueur jusqu'au 30 avril 2004.
56 Message du Conseil fédéral (note 53), p. 5674.
57 Bellanger François, Le régime juridique de la Banque nationale suisse, Zurich 1990, p. 17.
58 *Ibid*.

de la Banque nationale suisse dans sa relation avec l'Union des fiduciaires mais se réfère uniquement au mandat général qui lui est confié par la loi.

2. *L'arrêt La Poste*

La cause. – L'arrêt La Poste marque une césure dans la problématique. En 1999, l'Association contre les usines d'animaux (ACUSA) avait requis de La Poste qu'elle procède à la distribution à titre d'envoi en nombre de deux publications contenant des rapports sur la détention d'animaux dans l'agriculture, rapports illustrés par des photographies, un courrier des lecteurs, des présentations de livres ayant trait aux animaux ainsi que des recettes végétariennes. A la suite du refus de La Poste, ACUSA a saisi les juridictions civiles, puis le Tribunal fédéral, d'une requête en constatation de l'illicéité de ce refus. Le Tribunal fédéral, statuant en 2002, soit après l'entrée en vigueur de l'article 35 al. 2 Cst., a tout d'abord relevé que La Poste, à l'époque établissement autonome de droit public, avait vu, avec la réforme de 1998, ses prestations largement libéralisées et ses relations avec la clientèle soumises au droit privé. Les tâches de La Poste relèvent alternativement du service universel ou réservé, soumis à monopole, et des services libres ou non réservés. Pour ces secondes prestations, la situation de La Poste est la même que celle des entrepreneurs privés; en particulier, elle est autorisée à en assurer la fourniture, mais elle n'y est pas obligée.

L'absence de prise en compte des droits fondamentaux. – Après analyse des conditions légales relatives à l'envoi en nombre de publications périodiques à tarifs préférentiels, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que les publications d'ACUSA ne tombent pas dans le champ d'application du service universel, mais des services libres, pour lesquels La Poste n'a aucune obligation de prise en charge[59]. Dans un deuxième temps, le Tribunal fédéral s'est demandé si La Poste, en tant qu'établissement autonome de droit public, ne pouvait être tenue d'effectuer certaines prestations dans le but de garantir les droits fondamentaux des citoyens. Il a répondu à cette question par la négative: *«Etant donné que La Poste, dans le domaine des services libres dont il est question en l'espèce, n'assume pas une tâche étatique, mais que, bien plus, elle propose un service qui pourrait également être fourni par n'importe quel autre entrepreneur particulier, elle n'est pas liée par les droits fondamentaux des citoyens au sens de l'art. 35 al. 2 Cst. Ce n'est qu'en matière de services universels que l'on peut considérer qu'elle accomplit une tâche étatique (art. 95 al. 2 Cst.) et qu'elle doit donc respecter les droits fondamentaux.»*[60] Dans un troisième temps, le Tribunal fédéral s'est demandé si l'obligation de respecter les droits fondamentaux ne découlait pas de l'article 35 al. 1 et 3 Cst., même si La Poste n'accomplissait pas directement une tâche étatique. La réponse à cette question

59 ATF 129 III 35, c. 4.
60 ATF 129 III 35, c. 5.2, JT 2003 I 127/131.

a également été négative au motif qu'en tant qu'acteur sur un marché libéralisé, La Poste devait pouvoir se battre à armes égales avec ses concurrents[61]. Le Tribunal fédéral a finalement donné gain de cause à ACUSA en se fondant non pas sur le respect de ses droits fondamentaux, mais sur la base du principe de l'obligation de contracter en droit privé[62].

L'effacement de la théorie du droit administratif privé au profit de la nature de la tâche de l'entité décentralisée de droit public. – L'arrêt La Poste poursuit la réflexion entamée par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Banque nationale suisse en ne se référant pas à la théorie du droit administratif privé mais en faisant de la tâche accomplie par l'entité décentralisée de droit public le premier critère déterminant: *«La Poste n'est donc pas liée par les droits fondamentaux en vertu de l'art. 35 al. 2 Cst., puisque dans le domaine d'activité dont il est ici question, elle n'est pas chargée d'une tâche étatique»*[63]. Cet arrêt, en distinguant ce qui relève du service universel de ce qui n'en relève pas, met en évidence que ce n'est pas la mission générale d'une» entité étatique ou para-étatique qui est déterminante, mais chaque activité en cause. Une analyse précise des tâches publiques concernées au regard des textes constitutionnels et légaux s'avère donc nécessaire[64].

Le rejet de la théorie du droit administratif privé? – Après avoir exclu l'application de l'article 35 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral considère que dans les domaines d'activité soumis à concurrence, le seul fait que l'entité active sur le marché soit une entité de droit public ne suffit pas à fonder une obligation de respecter les droits fondamentaux: *«De même, un tel lien, que la doctrine déduit parfois de l'art. 35 al. 1 et 3 Cst., ne découle pas de sa qualité d'établissement autonome de droit public parce que le législateur a clairement déterminé que dans le domaine des services libres, La Poste devait être placée sur un pied d'égalité avec ses concurrents privés»*[65]. On peut se demander ici si le Tribunal

61 ATF 129 III 35, c. 5.3.

62 ATF 129 III 35, c. 6, not. c. 6.3, JT 2003 I 127/136: *«Depuis l'arrêt Seelig (ATF 80 II 26, JdT 1955 I 136), on voit poindre dans la doctrine une tendance à élargir le cercle des hypothèses dans lesquelles on admet une obligation de contracter. On peut aujourd'hui admettre d'une manière générale qu'une obligation de contracter n'existe pas uniquement lorsqu'elle est prévue par une base légale expresse. Bien plus, une telle obligation peut découler de l'application des principes généraux du droit privé, comme l'interdiction d'un comportement contraire aux bonnes mœurs. Pour concrétiser ce principe, il faut cependant rappeler que la liberté contractuelle – et partant la liberté de conclure – est, en tant qu'élément de l'autonomie privée, une valeur essentielle de l'ordre juridique privé. Etant donné qu'aujourd'hui, de nombreuses limitations de la liberté de conclure résultent de dispositions expresses, la plupart du temps de droit public, les obligations de conclure en dehors de ces normes ont un caractère exceptionnel et ne peuvent être admises qu'avec une grande retenue. Cependant, à certaines conditions, on peut déduire une obligation de contracter du principe de l'interdiction des comportements contraires aux bonnes mœurs.»*

63 ATF 129 III 35, c. 5.4, trad. in JT 2003 I 127/132.

64 *Infra* C. I. 4.

65 *Ibid*.

fédéral ne rejette pas purement et simplement la théorie du droit administratif privé. Il oppose en effet la nature de droit public de La Poste – qui aurait pour conséquence que celle-ci est dans l'obligation de respecter les droits fondamentaux en raison de sa nature de droit public – au fait que celle-ci, pour les envois postaux non soumis au service universel, accomplit une activité économique en concurrence avec des acteurs privés – ce qui la mène à être libérée de cette obligation. La réalisation d'une activité économique sur un marché en concurrence ne laisserait, ainsi, aucune place à la protection des droits fondamentaux.

L'effet horizontal direct des droits fondamentaux? – Bien qu'ayant paru nier l'existence de droits fondamentaux des clients de La Poste, le Tribunal fédéral s'est toutefois interrogé sur la question de l'éventuel effet horizontal direct de ces droits dans les relations entre particuliers: *«Si un lien spécial de La Poste aux droits fondamentaux dans le cadre des services libres doit être rejeté, on ne pourrait plus l'envisager que sous l'angle de l'effet horizontal des droits fondamentaux, c'est-à-dire de l'invocabilité de ces droits dans les rapports entre particuliers»*[66]. La problématique nous paraît ici mal posée. En effet, il s'agit de ne pas confondre l'obligation de respecter les droits fondamentaux à un titre – en vertu de l'article 35 al. 2 Cst. – ou un autre – sur la base de la théorie du droit administratif privé –, d'une part, et la mise en œuvre ou plus précisément la justiciabilité de cette obligation, le cas échéant par la reconnaissance d'un effet horizontal direct des droits fondamentaux[67], d'autre part.

3. L'arrêt Glarnersach

La cause. – L'arrêt Glarnersach est un arrêt de principe relativement récent du Tribunal fédéral, dans lequel il s'interroge sur le fondement constitutionnel des activités économiques de l'Etat. Il a été rendu à la suite d'un recours interjeté par des assureurs privés contre la loi cantonale glaronnaise qui permet à l'établissement cantonal d'assurance contre l'incendie, la Glarnersach, de proposer des assurances de choses et bâtiments complémentaires hors monopole.

L'admissibilité de principe des activités économiques de l'Etat. – Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral admet en substance que l'Etat est en mesure d'exercer des activités économiques ou commerciales. Il relève dans un premier temps que l'entrée de la Glarnersach sur un marché concurrentiel ne porte pas atteinte à la liberté économique des assureurs privés dans la mesure où la composante individuelle (art. 27 Cst.) ne confère aux particuliers aucune protection contre la concurrence[68]. Il dit ensuite que l'existence d'une économie fondée sur la concurrence (art. 94 Cst.) n'exclut pas que l'Etat exerce des activités de nature commerciale en concurrence avec des particuliers. Cette affirmation, qu'il

66 ATF 129 III 35, c. 5.4, trad. in JT 2003 I 127/132.
67 *Infra* F.
68 ATF 138 I 378, c. 6.2.2.

énonce pour la première fois, se fonde tant sur la doctrine, pourtant partagée, que sur la réalité du droit positif. Si la Constitution exprime une décision de principe en faveur d'un ordre économique fondé sur l'économie de marché, en ce sens que l'activité économique est en principe réservée aux particuliers, cela n'exclut néanmoins pas que l'Etat puisse pratiquer une activité entrepreneuriale[69]. Le Tribunal fédéral relève qu'il est notoire que nombre de cantons et de communes possèdent ou exploitent, depuis longtemps, des entreprises en concurrence avec des entreprises actives dans l'économie privée (hôpitaux, homes, exploitations forestières ou agricoles, auberges, domaines et caves viticoles, installations touristiques et sportives, banques), que les activités commerciales de collectivités publiques sont envisagées depuis longtemps à l'article 61 al. 2 CO, que de nombreuses lois fédérales récentes prévoient que des entreprises étatiques peuvent exercer des activités autres que celles qui leur sont assignées dans le cadre d'un monopole ou du service public[70] et que le droit des cartels prévoit aussi expressément que des entreprises de droit public peuvent se trouver en concurrence avec des entreprises privées[71]. Aussi, comme *«la plupart de ces lois ont été adoptées quelques années avant ou après les débats parlementaires relatifs à la Constitution fédérale [;], on ne peut pas envisager que l'Assemblée fédérale eût édicté de telles lois si, dans la Constitution fédérale adoptée à peu près en même temps, elle avait voulu interdire toute activité économique de l'Etat»*[72]. En revanche, le Tribunal fédéral n'a pas eu à se demander si, dans le cadre de ces activités économiques, l'Etat pouvait se prévaloir de la protection de la liberté économique[73]. Ayant admis dans son principe les activités économiques de l'Etat, le Tribunal fédéral en rappelle le cadre juridique, guidé par le principe de la neutralité concurrentielle de l'Etat. Selon celui-ci, une entité étatique active à la fois dans un secteur en monopole et sur le marché doit tenir une comptabilité séparée et respecter l'interdiction du subventionnement transversal de l'activité soumise à concurrence par l'activité au bénéfice du monopole[74].

Le respect de l'article 5 Cst. – Le Tribunal fédéral a en outre précisé que l'activité entrepreneuriale de l'Etat doit reposer sur une base légale, qu'elle doit répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 5 Cst.)[75]. S'agissant plus particulièrement de l'intérêt public, le Tribunal fédéral s'est in-

69 *Ibid*.

70 Il s'agit par exemple des lois régissant l'Office fédéral de météorologie et de climatologie MeteoSuisse, l'Institut fédéral de métrologie METAS, l'Institut fédéral de la propriété intellectuelle IPI, le Domaine des écoles polytechniques fédérales ou La Poste Suisse SA, pour ne citer qu'eux.

71 ATF 138 I 378, c. 6.3.3.

72 ATF 138 I 378, c. 6.3.3.

73 Cette question a été évoquée ultérieurement dans l'arrêt de la Caisse de pension d'Argovie, mais le Tribunal fédéral l'a laissée ouverte: ATF 142 II 369.

74 ATF 138 I 378, c. 9.

75 ATF 138 I 378, c. 6.3.2.

terrogé sur la poursuite d'un éventuel intérêt fiscal de l'Etat lorsqu'il accomplit des activités économiques; il a toutefois pu se dispenser de cette discussion en retenant que l'intérêt financier de la Glarnersach, qui détient son propre patrimoine à titre d'entité indépendante, ne doit pas être assimilé à un éventuel intérêt fiscal du canton dont l'objectif serait, *in fine*, d'accroître ses ressources[76].

V. La problématique

Des courants opposés. – Il est admis que l'Etat est en mesure d'agir sur le terrain du droit privé pour certaines de ses activités. La matérialité du régime juridique applicable est en revanche, à ce jour, encore peu stabilisée. Deux courants s'affrontent en la matière. Selon le premier courant, symboliquement représenté par l'arrêt du Tribunal fédéral Banque nationale suisse, le régime de droit privé applicable aux activités déployées par l'Etat est encadré par un certain nombre de règles et principes du droit public qui doivent être respectés par lui. Selon le second courant, qui repose sur l'article 35 al. 2 Cst. et dont l'amorce se trouve dans l'arrêt du Tribunal fédéral La Poste[77], du moment où l'Etat, notamment par ses entités décentralisées, accomplit une activité soumise à concurrence, il n'a pas être soumis auxdits principes.

Des critères distincts. – Les deux courants s'opposent car ils fondent la réflexion sur deux critères distincts. Dans ces deux arrêts de principe, le Tribunal fédéral semble ne pas avoir utilisé la même grille de lecture pour résoudre un problème similaire. Dans l'arrêt Banque nationale suisse[78], guidé par la théorie du droit administratif privé, le Tribunal fédéral a focalisé son attention sur la qualité de la personne en cause: devant être assimilée à un établissement de droit public, la Banque nationale suisse se devait d'agir comme l'Etat. C'est ainsi le critère dit institutionnel qui a été utilisé. Dans l'arrêt La Poste[79], en revanche, le Tribunal fédéral a axé sa réflexion sur la nature de l'activité de La Poste, à savoir une activité relevant des services libres, et non du monopole, ce qui la soustrayait, toute entité publique qu'elle soit, de l'obligation de respecter les droits fondamentaux, en référence au critère du rattachement à l'accomplissement d'une tâche de l'Etat. C'est alors un critère dit fonctionnel qui a été appliqué.

Le révélateur d'une situation. – Cette grille de lecture à double entrée révèle en réalité la difficulté qu'il y a de concilier Etat et action sur le terrain du droit privé. En effet, la relation entre l'Etat et les administrés est par définition une relation verticale, exprimant la puissance publique, qui suppose que l'Etat respecte les libertés et garanties de l'Etat de droit, parmi elles l'égalité de traite-

76 ATF 138 I 378, c. 8.
77 ATF 129 III 35.
78 ATF 109 Ib 146.
79 ATF 129 III 35.

ment et l'interdiction de l'arbitraire. La relation contractuelle de droit privé est pour sa part marquée par l'horizontalité et l'autonomie privée, laquelle est d'ailleurs souvent décrite comme l'usage de l'arbitraire: *«Die Grundrechte der Bürger müssen grundsätzlich auch dann gewahrt werden, wenn das Gemeinwesen privatrechtlich handelt; 'privatautonome Willkür' wie sie die Privaten besitzen, steht dem Staat nicht zu.»*[80]; les limites que rencontre cette autonomie sont alors celles qui relèvent du droit impératif, privé ou public. Pour reprendre les termes de Moor, Flückiger et Martenet *«L'application du droit privé par l'administration se situe donc aujourd'hui dans un terrain labyrinthique dont on a peine à sortir. La difficulté, si l'on veut donner une solution adéquate à ces situations problématiques, provient de ce que devraient simultanément servir de référence deux systèmes aux structures radicalement opposées. D'une part un droit public qui, par la garantie qu'offrent les principes matériels et formels de limitation de la puissance étatique, vise à protéger les administrés en la soumettant à des règles impératives ou en l'obligeant à leur fournir des prestations (…); de l'autre un droit privé qui repose sur la maxime de la régulation réciproque et spontanée des phénomènes économiques et sociaux, garantie par le principe de l'autonomie de la volonté de chacun des sujets de droit. Dès lors, il ne peut y avoir que contradiction, si l'on veut en même temps l'une et l'autre de ces deux garanties.»*[81].

Quelques illustrations. – En pratique, la question se pose tout d'abord lors de l'acquisition de travaux de construction, de biens ou de services par la collectivité publique, lorsque la réglementation sur les marchés publics ne s'applique pas[82]. Une commune est-elle libre d'attribuer à qui bon lui semble le mandat la gestion d'un hôtel cinq étoiles qui lui appartient[83]? La question se pose également lorsque des locaux commerciaux ou d'habitation sont mis à disposition par les collectivités publiques. Par exemple lorsque les CFF, par leur division 'Immobilier' réalisent des immeubles sur les anciennes friches ferroviaires et proposent des surfaces commerciales ou des logements à la location ou lorsqu'une commune loue des logements aux prix du marché sans avoir l'intention de réaliser une politique sociale du logement; dans ces cas, jusqu'où cette entreprise publique peut-elle poser des critères pour choisir le «bon» partenaire contractuel? Peut-elle par exemple décider d'écarter des catégories de locataires considérés comme naturellement quérulents à raison de la profession qu'ils exercent, comme le pratiquent certaines gérances privées? Il en va de même lorsque du personnel est engagé par l'Etat sous contrat de droit privé. L'Etat est-il dans ce cas libre de déterminer le salaire de l'employé? Ces

80 ATF 127 I 84, c. 4c.
81 Moor/Flückiger/Martenet (note 15), p. 117–118.
82 A propos de l'effet du droit des marchés publics sur la problématique des contrats conclus par les collectivités publiques, *infra* E.
83 ATA/112/2018 du 6 février 2018 (Cour de justice, Genève).

constats et interrogations étant posés, la problématique sera discutée de la manière suivante.

Le rattachement à une tâche de l'Etat (C.). – Partant du constat que le critère du rattachement à la tâche de l'Etat tend à gagner en importance, celui-ci sert de première analyse. En outre, désormais codifié à l'article 35 al. 2 Cst., il offre une grille de lecture en droit positif. La connaissance du champ d'application et de la portée de cette disposition permettra, on le verra, d'appréhender une part de l'activité déployée par l'Etat sur le plan du droit privé, mais non l'entier de celle-ci, que l'on partage ou non la conception de plus en plus extensive du Tribunal fédéral à propos de cette disposition.

L'absence de caractère exclusif du critère fonctionnel (D.) – Nous nous demanderons ensuite si la codification de l'article 35 al. 2 Cst. et la consécration du critère fonctionnel a eu pour effet de mettre à néant la théorie du droit administratif privé ou si au contraire le critère institutionnel, lié au seul fait que l'entité qui agit en droit privé est une collectivité ou une entité de droit public, permet de prétendre au respect par celle-ci des droits fondamentaux. C'est une réponse dans le sens du maintien du critère institutionnel que nous apporterons à cette question, en utilisant notamment l'autonomie privée comme piste de réflexion.

Les droits fondamentaux que l'Etat doit respecter (E.). – Une fois admise la question du respect des droits fondamentaux que l'Etat doit respecter en vertu du seul critère institutionnel, nous tenterons d'en circonscrire le contenu. S'agit-il de l'ensemble des droits fondamentaux, y compris les garanties de l'Etat de droit, comme certains arrêts le laissent entrevoir ou s'agit-il uniquement de certains d'entre eux?

Le contrôle de la mise en œuvre des droits fondamentaux (F.). – Enfin, nous évoquerons les pistes par lesquelles le partenaire contractuel de droit privé de l'Etat peut mettre en œuvre le contrôle judiciaire de l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Nous mettrons l'accent sur la protection contre les actes matériels de l'Etat ce qui, on le verra, redonne une certaine vigueur à la théorie de l'acte détachable lorsque la protection juridictionnelle ne peut pas être assurée par d'autres voies.

C. Le rattachement à une tâche de l'Etat

Plan. – Le critère du rattachement à une tâche de l'Etat, désormais codifié à l'article 35 al. 2 Cst., sert de première grille d'analyse. En effet, ce critère permet d'appréhender en tout cas une partie du champ d'action de l'Etat lorsqu'il agit en droit privé. Après quelques généralités (I.), il importe donc d'en préciser le champ d'application afin de déterminer quel(s) pan(s) de l'activité de l'Etat sont concernés (II.), ainsi que les conséquences de sa mise en œuvre (III.).

I. Généralités

L'article 35 Cst. – Sous la note marginale *«Réalisation des droits fondamentaux»*, l'article 35 Cst. contient trois injonctions. La première (art. 35 al. 1 Cst.) exprime l'idée que les droits fondamentaux sont à la base de tout notre ordre juridique et qu'ils doivent inspirer l'ensemble de notre système étatique[84]. La deuxième (art. 35 al. 2 Cst.) précise à qui s'adresse le mandat de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation[85]. La troisième injonction (art. 35 al. 3 Cst.) est l'expression de ce que les droits fondamentaux ont un effet horizontal indirect entre particuliers[86] dans la mesure où ils doivent être transposés par le législateur dans le droit ordinaire, respectivement pris en compte par les autorités d'application du droit[87]. L'article 35 al. 2 Cst. a donc pour fonction de concrétiser l'injonction générale du respect des droits fondamentaux dans la relation verticale entre l'Etat et les administrés[88], tandis que l'article 35 al. 3 Cst. règle la question de la réalisation horizontale des droits fondamentaux entre les particuliers.

Le débiteur de l'obligation de respecter les droits fondamentaux: le critère institutionnel. – Les droits fondamentaux ont pour fonction de protéger les individus contre les abus du pouvoir étatique incarné par la puissance publique et sont par conséquent dirigés contre l'Etat. Traditionnellement, le débiteur de l'obligation de respecter les droits fondamentaux est l'Etat, soit tout organe étatique, qu'il soit législatif, exécutif ou judiciaire[89], ou toute entité relevant du droit public.

Une nouvelle acception? – En prévoyant que *«quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation»*, l'article 35 al. 2 Cst. se dégage du critère institutionnel, d'une part, et de la notion de puissance publique, d'autre part, pour utiliser un critère fonctionnel[90]: l'obligation de respecter les droits fondamentaux incombe à quiconque accomplit une tâche de l'Etat. Le critère institutionnel est abandonné

84 Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1/194. Pour une analyse de la portée de cette disposition dans l'ensemble de notre ordre juridique, en droit public, pénal et privé et sous l'angle de la séparation des pouvoirs: Martenet Vincent, La réalisation des droits fondamentaux dans l'ordre juridique suisse, RDS 2011 I, p. 243 ss.

85 Aubert Jean-François/Mahon Pascal, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich/Bâle/Genève 2003, Art. 35 N 5.

86 Aubert/Mahon (note 84), Art. 35 N 12.

87 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 195.

88 Dubey Jacques, Droits fondamentaux, Vol. I, Bâle 2018, p. 39–40; Waldmann Bernhard, in Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Bundesverfassung, Kommentar, Bâle 2015, Art. 35 N 17.

89 Aubert/Mahon (note 84), Art. 35 N 3, 6; Auer Andreas/Malinverni Giorgio/Hottelier Michel, Droit constitutionnel Suisse, Vol. II, 3ème éd., Berne 2013, p. 55; Tschannen (note 38), p. 110; Waldmann (note 87), Art. 35 N 18.

90 Dubey (note 87), p. 40–41; Waldmann (note 87), Art. 35 N 19.

car l'art. 35 al. 2 Cst. s'impose à *«quiconque»*, et non seulement à l'Etat. Il est également passé outre la notion de puissance publique car il est fait référence aux *«tâches de l'Etat»*. Toute la question est alors de savoir si le critère institutionnel doit être considéré comme définitivement abandonné ou si au contraire le postulat selon lequel l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux, incarné dans la théorie du droit administratif privé, subsiste malgré la codification de l'article 35 al. 2 Cst.[91].

II. Le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst.

1. La notion de tâche de l'Etat

La définition donnée par la doctrine. – La notion de tâche de l'Etat n'est pas définie dans la Constitution alors même qu'elle y occupe une place cardinale, servant à distinguer, fondamentalement, entre ce qui ressortit à l'activité étatique ou n'en relève pas[92]. La doctrine s'efforce de la définir comme les activités dont la Constitution et la loi confient l'exécution ou la responsabilité de l'accomplissement aux collectivités publiques[93]. La tâche de l'Etat, outre qu'elle vise un intérêt public[94], suppose donc un mandat constitutionnel ou légal[95]. Son existence dépend donc avant tout de la question de savoir si une tâche doit être accomplie de par la Constitution ou la loi, indépendamment de savoir par quel moyen et par qui elle est accomplie[96].

La nature de la tâche. – La nature de la tâche de l'Etat n'est pas en soi un critère déterminant. Toutefois, il s'agit de s'y référer aux fins de la présente analyse puisque l'admission du recours au droit privé dépend de la nature de l'activité en cause. Les activités de l'Etat font l'objet d'une typologie sous l'étiquette générale de «tâches publiques». Les tâches devant être accomplies par l'administration, souvent appelées tâches publiques[97], sont généralement divisées en plusieurs catégories. Traditionnellement, on a distingué entre les tâches de puis-

91 *Infra* C.

92 Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, Recht 2013, p. 153–154.

93 Dubey (note 87), p. 41; Häner Isabelle, Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatliche Aufgaben durch Private, PJA 2002 1144/1148 ss; Rütsche (note 91), p. 153 ss; Tschannen (note 38), p. 111; Waldmann (note 87), Art. 35 N 20.

94 Martenet Vincent, Le délégataire face aux droits fondamentaux, in: Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Genève/Zurich/Bâle 2016, p. 123/125.

95 Martenet (note 93), p. 126.

96 Rütsche (note 91), p. 157.

97 Pour la distinction généralement faite entre tâches de l'Etat, tâches publiques et tâches administratives: Richli Paul, Staatsaufgaben – Grundlagen, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (éd.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zurich 2001, p. 851 ss. Même lorsqu'il applique directement l'article 35 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral utilise la notion de «öffentliche Aufgaben» alors que la disposition constitutionnelle désigne les «staatliche Aufgaben» (not. ATF 138 I 289, c. 2.3).

sance publique et les tâches de service public, les premières étant liées à l'administration dite de police et les secondes à l'administration de prestations[98]. La classification des tâches publiques s'est enrichie ces dernières années des activités dites de gestion, caractérisées par leur mise en œuvre en collaboration avec les milieux intéressés (Etat dit «incitatif»)[99], et des activités économiques[100]. S'ajoute à ces tâches ce qui relève de la *Bedarfsverwaltung*, c'est-à-dire l'activité par laquelle l'Etat acquiert les moyens en personnel ou en biens nécessaires à l'accomplissement de ses tâches[101]. Schématiquement, les tâches de puissance publique, de service public et le domaine du personnel de l'Etat sont soumis au droit public, sauf lorsqu'une base légale prévoit le recours au droit privé. Inversement, les activités économiques et l'acquisition des moyens nécessaires à l'activité étatique sont des activités soumises au droit privé; pour ces derniers, le régime de droit privé se voit préalablement encadré par la réglementation en matière de marchés publics.

Les tâches publiques comme tâches de l'Etat. – Tout aussi schématiquement, les tâches de puissance publique sont des tâches de l'Etat, tandis que les activités économiques et l'acquisition des moyens nécessaires à l'activité étatique ne sont pas des tâches de l'Etat. En revanche, les activités relevant du service public sont plus difficiles à classifier. Cela n'est guère étonnant en période marquée par le phénomène des libéralisations, qui touche des activités auparavant réservées à l'Etat. Dans bon nombre de secteurs en effet, une grande part de l'activité en monopole s'est ouverte au marché. D'une activité de pur service public, tâche de l'Etat par excellence, les collectivités publiques se voient dès lors exercer des activités similaires à leurs tâches antérieures mais qui sont désormais qualifiées d'économiques en raison de l'ouverture au marché; elles ne relèvent donc *a priori* plus des tâches étatiques. De plus, pour des motifs de rentabilité, des activités nouvelles s'ajoutent à l'activité traditionnelle. Tel est par exemple le cas des activités postales qui vont au-delà du service universel, comme l'acheminement de gros colis ou la vente de produits de papeterie dans les offices de poste. A cela s'ajoute le fait que les activités distraites du cœur de l'activité étatique sont confiées à des entités décentralisées de droit public ou externes à l'Etat, par exemple par la voie de la concession. Pour ces activités, il

98 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 10; Tanquerel (note 5), p. 6; Poltier Etienne, Délégation d'activités économiques de l'Etat, in: Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Genève 2016, p. 193/195.

99 Moor/Flückiger/Martenet (note 15), p. 26–28.

100 Bellanger François, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in Favre Anne-Christine/Martenet Vincent/Poltier Etienne (éd.), La délégation d'activités étatiques au secteur privé, Zurich/Genève 2016, p. 43/48; Bellanger François, Les collectivités publiques et la TVA: de l'Etat Providence à l'Etat commerçant, in Auer Andreas/Delley Jean-Daniel/Hottelier Michel/Malinverni Giorgio (éd.), Aux confins du droit, Bâle/Genève/Munich 2001, p. 467 ss; Poltier (note 97), p. 196.

101 Poltier (note 97), p. 195; Tschannen/Zimmerli/Müller (note 5), p. 27.

faut encore se demander si le bénéfice de la concession implique de manière prépondérante de fournir un service ou si au contraire il permet au concessionnaire d'accéder avant tout à une activité. Dans la première hypothèse, le concessionnaire accomplit une tâche de l'Etat tandis que dans la seconde cela n'est pas le cas[102]. Tel est par exemple le cas dans la fourniture des fluides, aujourd'hui l'électricité et peut-être bientôt l'eau.

La gestion des biens de l'Etat. – En outre, l'activité étatique consiste également en la gestion des biens de l'Etat, qu'il s'agisse du domaine public, du patrimoine administratif ou du patrimoine financier. Le domaine public comprend l'ensemble des biens qui peuvent être utilisés librement par tout un chacun[103]. Le patrimoine administratif comprend toutes les choses publiques servant directement à remplir une tâche publique[104]. Quant au patrimoine financier, il comprend les biens qui ne servent qu'indirectement, soit grâce à leur valeur en capital et à leur rendement, à remplir des tâches publiques[105]. Les biens relevant du patrimoine financier, en tant qu'ils font partie de la propriété privée de l'Etat[106], font l'objet d'une gestion relevant du droit privé. La gestion du patrimoine administratif et du domaine public relève du droit public. En effet, le régime juridique applicable au patrimoine administratif et au domaine public repose sur un *«droit de propriété modifié»*. Issu de la théorie dualiste du droit germanique[107], ce *«droit de propriété modifié»* trouve son fondement dans la puissance publique, qui est celle des collectivités publiques, et son ancrage juridique à l'article 664 al. 1 CC, qui énonce que *«les choses sans maître et les biens du domaine public sont soumis à la haute police de l'Etat sur le territoire duquel ils se trouvent»*. Dans ce *«droit de propriété modifié»*, droit public et droit privé trouvent conjointement application: le Code civil régit l'acquisition, la perte, la modification et le contenu de cette propriété; quant au droit public, il régit le pouvoir de disposer et le régime de l'affectation de ces biens[108].

La gestion des biens de l'Etat comme tâche de l'Etat. – Contrairement au flou qui règne en matière de tâches publiques, la gestion des biens de l'Etat répond à une attribution claire au regard des tâches de l'Etat. La gestion du

102 Martenet (note 93), p. 126 ss. Eg. Häner (note 92), p. 1150.
103 ATF 143 I 37, c. 6; ATF 138 I 274, c. 2.3.
104 *Ibid*.
105 SJ 2011 I 233; ATF 103 II 227, c. 3.
106 ATF 89 I 31, c. 3a.
107 Pour une présentation historique et théorique: Piotet Denis, La théorie des droits administratifs réels en Suisse – Réflexions à propos de l'impérialisme dogmatique du droit privé, in: Bovay Benoît/Nguyen Minh Son (éd.), Mélanges Pierre Moor – Théorie du droit – Droit administratif – Organisation du territoire, Berne 2005, p. 461.
108 ATF 123 III 454, c. 2, JT 1999 I 53. Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 497; Uhlmann Felix, Ein Professor geht – Gedanken über den Begriff des Verwaltungsvermögen, in Rüssli Martin et al. (édit.), Staats- und Verwaltungsrecht auf vier Ebenen – Festschrift für Tobias Jaag, Zurich 2012, p. 87/88. Critique: Dubey Jacques, Espace – Temps – Propriété – Définition et restriction de la propriété privée du sol à l'heure du développement durable et de l'aménagement du territoire, thèse, Fribourg 2012, p. 228.

domaine public et la gestion du patrimoine administratif sont constitutives de tâches de l'Etat, tandis que la gestion du patrimoine financier ne l'est pas. On souligne d'ores et déjà que cet élément est important comme aide à la qualification pour des activités relevant du service public. En effet, lorsque le patrimoine administratif est affecté à des fins particulières d'intérêt public au bénéfice des citoyens, il est très fréquemment séparé du patrimoine administratif ordinaire et est institué en patrimoine distinct sous la forme d'un établissement public. Dans ces cas, tout ce qui relève de l'utilisation du patrimoine administratif se confond alors avec l'usage de l'établissement public en cause[109], faisant de ce fait pencher la balance vers l'existence d'une tâche de l'Etat.

2. *La notion de tâche de l'Etat dans la jurisprudence*

Les domaines examinés. – Les arrêts publiés rendus après l'entrée en vigueur de l'article 35 al. 2 Cst. et se rapportant aux domaines dans lesquels l'Etat est admis à agir au moyen du droit privé concernent en premier lieu les activités relevant du service public. En effet, si par principe la fourniture des prestations de l'Etat relève du droit public, nombreux sont les domaines dans lesquels la loi prévoit que la relation avec les administrés, qui sont le plus souvent vus comme des clients, est soumise au droit privé. En deuxième lieu, les arrêts concernent la gestion du patrimoine administratif. La gestion du patrimoine administratif, lorsqu'elle est opérée par l'Etat, est toujours soumise au droit public. En revanche, il se peut que la relation se mue en une relation de droit privé lorsque cette gestion est confiée à un tiers extérieur à l'Etat. En troisième lieu, nous avons identifié un arrêt portant sur la gestion du patrimoine financier, quand bien même la gestion de ce type de biens ne relève, en principe, pas de l'accomplissement d'une tâche de l'Etat.

La jurisprudence en matière de service public. Le critère de l'absence de monopole. – Dans l'arrêt La Poste rendu en 2002, le Tribunal fédéral a retenu que la notion de tâche de l'Etat devait être mise en relation avec la notion de service universel: ce qui relève du service universel constitue une tâche de l'Etat, tandis que ce qui consiste en une activité non réservée, soumise à concurrence sur le marché, n'est pas l'accomplissement d'une tâche de l'Etat; par conséquent, La Poste n'a aucune obligation de contracter qui découlerait du droit public lorsqu'elle agit en concurrence[110]. De même, dans un arrêt CFF relatif au montant d'une amende prononcée à l'encontre d'un passager qui voyageait «au gris», à savoir muni d'un titre de transport de 2ème classe alors qu'il se trouvait en première classe, le Tribunal fédéral a retenu en 2010 que la tâche de transport des voyageurs confiée aux CFF suffisait à elle seule pour imposer à ceux-ci de respecter les droits fondamentaux des passagers[111]; par

109 ATF 143 I 37, c. 6.1.
110 ATF 129 III 35, c. 5.2.
111 ATF 136 II 457, c. 6.2.

conséquent, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté et le voyageur «au gris» ne doit pas être traité comme le voyageur qui ne dispose d'aucun titre de transport. On relève à cet égard que la situation des CFF n'est pas analogue à celle de La Poste dans la mesure où ce domaine est soumis à la régale du transport des voyageurs, sans coexistence d'une activité non réservée sur les lignes en cause. Dans ces deux arrêts, le fait que le partenaire contractuel avait le choix, respectivement n'avait pas le choix, d'obtenir une prestation de substitution sur le marché est apparu déterminant.

Appréciation. – La doctrine est partagée quant à la pertinence de ce critère. Pour la plupart des auteurs, un tel critère ne se justifie pas dans la mesure où l'article 35 al. 2 Cst. et la définition généralement admise de la notion de tâche de l'Etat – *«les activités dont la Constitution et la loi confient l'exécution ou la responsabilité de l'accomplissement aux collectivités publiques»* – ne s'y réfèrent pas[112]. En outre, pour HANGARTNER, quand bien même une entreprise publique se voit autorisée à fournir des prestations sur un marché en concurrence, il s'agit de tenir compte du fait qu'elle dispose dans ce contexte d'une position particulière en raison de la coexistence de son activité relevant du service universel, de sorte que sa situation n'est pas assimilable à celle des autres prestataires sur le marché[113]. MARTENET y voit de plus le risque qu'une personne discriminée par l'entreprise assurant la tâche de l'Etat le soit également par les autres acteurs du marché[114]. Pour TSCHANNEN, au contraire, l'existence d'une activité en concurrence exclut *ipso facto* la charge de l'exécution d'une tâche de l'Etat: celui-ci étant libre de déployer ou non le pan économique de son activité, il n'a plus à en assumer ou en assurer l'exécution[115]. Nous sommes d'avis que ce critère de l'absence d'un monopole – qu'on le nomme service universel ou service réservé – est déterminant. D'autre part, il permet d'assurer une définition objective de ce qui relève de l'accomplissement d'une tâche publique puisqu'il se calque sur le service universel tel que le définit le législateur. D'autre part, il assure une cohérence dans les différents pans de l'activité étatique; en particulier, il suit le régime juridique applicable aux activités économiques de l'Etat. Enfin, mais pour autant que la position soutenue dans ce Rapport soit suivie – à savoir que l'Etat a en toute hypothèse l'obligation de respecter les droits fondamentaux[116] et que le contrôle juridictionnel qui s'y

112 HANGARTNER YVO, Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen – Bemerkungen aus Anlass der Auseinandersetzung zwischen einer Bürgerbewegung und der Post, PJA 2000 p. 515/518; MARTENET (note 93), p. 132–133; WALDMANN (note 87), Art. 35 N 20.

113 HANGARTNER (note 111), p. 518.

114 MARTENET (note 93), p. 133.

115 TSCHANNEN (note 38), p. 123–126. Du même avis, HOFMANN DAVID, La liberté économique suisse face au droit européen, Berne 2005, p. 44, qui exclut les activités économiques du champ des tâches de l'Etat.

116 *Infra* D.

rapporte soit effectif[117] – les risques évoqués par la doctrine pour ne pas se rallier à ce critère, deviennent inexistants.

La jurisprudence en matière de service public. Le critère de la tâche annexe à l'activité de service public. – En 2013, le Tribunal fédéral s'est distancié du critère du monopole pour y englober des activités annexes à celui-ci. En effet, il a constaté que le refus de Publisuisse SA, filiale de la SSR, de diffuser un spot publicitaire intitulé *«Was das Schweizer Fernsehen totschweigt»* à la demande d'ACUSA contrevenait à la liberté d'expression de cette association. Le devoir de se financer par la publicité – activité soumise à la concurrence – a été considéré comme une tâche annexe du service public de diffusion des programmes de la SSR; partant, en sa qualité de concessionnaire privilégié de la Confédération, la SSR, respectivement ses filiales, doivent respecter les droits fondamentaux, non seulement l'interdiction de l'arbitraire et l'égalité de traitement, mais également les libertés[118]. Cet arrêt du Tribunal fédéral a été rendu après que la Suisse a été condamnée en 2001 par la Cour européenne des droits de l'homme pour violation de l'article 10 CEDH, en raison d'un refus similaire de Publisuisse de diffuser un spot publicitaire d'ACUSA. La Cour européenne des droits de l'homme avait notamment retenu que les Etats ont des obligations positives afin d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par la Convention et que le régime de droit privé choisi par la Suisse pour régir l'activité de Publisuisse ne devait être un obstacle à la protection des droits fondamentaux[119]. L'arrêt de 2013 a été discuté par le Tribunal fédéral avant tout sous l'angle de savoir si la SSR est oui ou non chargée de l'accomplissement d'une tâche de l'Etat; elle s'accorde toutefois sur le fait qu'il s'agit de distinguer, en interprétant la Constitution et la loi, si l'accent doit être mis sur la fourniture d'un service ou d'une prestation à la population, ou si l'intérêt à déployer une activité est prépondérant[120]. La question de savoir si l'existence d'une tâche de l'Etat comprend également les activités annexes servant au financement de l'activité de l'entité en cause a moins été discutée. Selon l'opinion soutenue dans la présente contribution, les activités annexes à l'activité relevant de l'accomplissement de la tâche de l'Etat, lorsque son existence est admise, n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst. Elles bénéficient néanmoins de la protection des droits fondamentaux selon l'opinion soutenue dans le présent rapport[121].

La jurisprudence en matière de gestion (déléguée) du domaine public et du patrimoine administratif. Le critère du monopole? – Immédiatement après

117 *Infra* F.
118 ATF 139 I 306, c. 3.2.
119 *VgT Verein gegen Tierfabriken* contre Suisse du 28 juin 2001, cause n. 26499/94, Rec. 2001-VI, p. 244 ss.
120 Häner (note 93), p. 1150; Martenet (note 93), p. 132–133; Waldmann (note 87), Art. 35 N 20.
121 *Infra* D.

l'entrée en vigueur de l'article 35 al. 2 Cst., le Tribunal fédéral a eu à se prononcer sur la question de savoir si la Ville de Lucerne pouvait opposer son *veto* à l'affichage, sur les bus de la Ville, du slogan *«Im Kanton Luzern leben mehr Schweine als Menschen – warum sehen wir sie nie?»*, demandé par un particulier à la Société générale d'affichage (SGA), détentrice de la concession d'affichage public; le Tribunal fédéral est entré en matière et a nié que le refus de contracter de la SGA, fondé sur le veto de la Ville, porte atteinte à la liberté d'expression du requérant. En effet, le cocontractant avait la possibilité de recourir à des services d'affichage offerts par d'autres entreprises sur d'autres supports[122]. L'on peut voir cet arrêt dans une certaine mesure comme le précurseur de l'arrêt La Poste puisqu'il fait dépendre la protection des droits fondamentaux de l'existence d'une prestation de substitution qui est fonction de la possibilité du cocontractant de recourir à des services offerts par d'autres entreprises. Nous sommes d'avis que ce critère de l'existence d'une prestation de substitution, qui est celui que nous tenons comme déterminant lorsque l'Etat fournit un service public, n'est pas praticable pour ce qui est de la gestion des biens de l'Etat. En effet, la fourniture de prestations de service public et la gestion des biens de l'Etat n'ont pas le même fondement. Les premières trouvent leur source dans la Constitution et la loi tandis que la gestion des biens de l'Etat relève de la maîtrise de la collectivité publique sur ceux-ci, fondée sur la puissance publique inhérente à son existence. Partant, nous ne partageons pas l'analyse du Tribunal fédéral sur ce point. Il est enfin très intéressant de noter que le Tribunal fédéral, dans le cours de sa réflexion, a rappelé que *«Lorsque la collectivité publique agit sur le plan du droit privé, les droits fondamentaux doivent également être respectés; l'Etat ne peut pas, comme les particuliers, se prévaloir d'un ‹droit à l'arbitraire› fondé sur l'autonomie privée»*[123], faisant en réalité sienne la théorie du droit administratif privé malgré l'issue qu'il a donnée au litige.

La jurisprudence en matière de gestion (déléguée) du domaine public et du patrimoine administratif. Une compétence inhérente à la notion d'Etat. – La position que nous suggérons est d'ailleurs celle retenue par le Tribunal fédéral en 2012, dans le cadre de l'accès à l'affichage dans la gare de Zurich; il s'agissait d'une affiche attaquant la politique israélienne d'implantation de colonies en Palestine, dont les CFF avaient demandé la dépose à la SGA. Pour le Tribunal fédéral, dans la mesure où la tâche de transport confiée aux CFF relève de l'accomplissement d'une tâche de l'Etat, les gares, en tant que moyens d'accomplir cette tâche, sont des biens publics directement affectés au service du

122 ATF 127 I 84, c. 4c. Peu après, le Tribunal fédéral, dans l'arrêt Braderie et Fête de la Montre à La Chaux-de-Fonds, a eu à se prononcer sur la mise à disposition d'une portion du domaine public à une association privée, laquelle se chargeait de délivrer des emplacements de foire aux commerçants; toutefois, dans cet arrêt, il n'a pas été fait référence à l'article 35 al. 2 Cst. (SJ 2001 I 557).

123 ATF 127 I 84, c. 4c.

transport public. L'ordre de déposer les affiches signifié par les CFF, quand bien même prononcé dans le cadre de la relation contractuelle de droit privé avec la SGA, a donc été considéré comme une décision fondée sur leur compétence d'administrer les biens publics, ce qui relève de l'accomplissement d'une tâche de l'Etat au sens de l'article 35 al. 2 Cst.[124]. Dans cet arrêt, la notion de tâche de l'Etat a été utilisée non pas pour qualifier la relation entre les CFF et la SGA, mais pour déterminer l'affectation de la gare au patrimoine administratif. La gestion des biens de l'Etat que sont le domaine public et le patrimoine administratif est une compétence qui découle de la seule maîtrise de la collectivité publique sur ces biens; cela réalise *ipso facto* la condition de l'existence d'une tâche de l'Etat.

La jurisprudence en matière de patrimoine financier. L'intérêt public l'emportant sur l'intérêt économique. – Rares sont les arrêts dans lesquels la gestion d'un élément du patrimoine financier est appréciée au regard de l'article 35 al. 2 Cst. En 2010, le Tribunal fédéral a été amené à apprécier le refus formé par la Ville de Genève de contracter avec le producteur de l'humoriste français Dieudonné et a considéré que ce refus, assimilé à un acte de censure préalable, n'était justifié par aucun intérêt public prépondérant et qu'il portait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression de l'humoriste[125]. Le Tribunal fédéral n'a pas suivi la Ville de Genève qui invoquait que la salle de spectacle de l'Alhambra relevait de son patrimoine financier et que par conséquent elle n'était tenue par aucune obligation de contracter. Le Tribunal fédéral a en effet considéré que le règlement de la Ville relatif à l'utilisation de la salle, qui prévoyait le type de manifestation pouvant y être accueillies de même que les conditions de location, met en œuvre la politique culturelle genevoise prévue par la loi, ce qui suffit à déclencher la protection de l'article 35 al. 2 Cst[126].

3. Synthèse

Une notion qui ne cesse d'évoluer. – La notion de tâche de l'Etat, depuis qu'elle a été codifiée en 2000, n'a cessé de mouvoir et d'évoluer. Ainsi, d'une conception relativement stricte, incarnée par les arrêts La Poste[127] et Ville de Lucerne[128], fondée sur le critère de l'existence de l'absence de monopole et de la possibilité de recourir à une prestation de substitution, le Tribunal fédéral a élargi la portée des actes visés par la notion d'accomplissement d'une tâche de l'Etat pour y assimiler les activités peu ou prou couvertes par un mandat légal, voire les activités annexes à l'exercice des tâches relevant du monopole. Par

124 ATF 138 I 274, c. 2.1, 2.2.
125 TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010.
126 TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010, c. 3. Fondé sur un raisonnement analogue, TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014, c. 1.1.3, ZBl 116/2015 p. 146.
127 ATF 129 III 35.
128 ATF 127 I 84.

conséquent, certaines activités économiques accomplies par l'Etat entrent dans le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst., comme notamment la recherche d'annonceurs par la SSR ou ses filiales[129]. En outre, la jurisprudence semble ne pas réellement distinguer entre le caractère prépondérant de la fourniture d'un service ou de l'accès à une activité concessionnée, comme le propose la doctrine[130].

Une stabilité dans la gestion des biens de l'Etat. – Cette incertitude dans la notion de tâche de l'Etat ne se retrouve que dans une moindre mesure lorsque la gestion des biens de l'Etat, en particulier son patrimoine administratif, est en cause. Dès que l'activité de l'Etat relève de la gestion du patrimoine administratif, la jurisprudence répond avec moins d'hésitations à l'existence d'une tâche de l'Etat. En outre, lorsque la gestion des biens de l'Etat est en lien avec une activité de service public, c'est le critère de la gestion des biens de l'Etat qui prend le dessus, rendant alors inutile l'examen de savoir si c'est la fourniture d'un service public ou l'accès à l'activité concessionnée qui est prépondérant; l'arrêt de l'affichage en gare de Zurich[131], illustre parfaitement cela. Enfin, le cas de la gestion du patrimoine financier assimilé à une tâche de l'Etat[132] demeure un cas isolé, mais il illustre également la tendance à l'élargissement de la notion de tâche de l'Etat.

La position retenue. – Nous retenons que les activités visées par l'article 35 al. 2 Cst. doivent être distinguées selon qu'elles relèvent de la fourniture d'un service public ou de la gestion des biens de l'Etat. Pour les prestations offertes dans le cadre d'un service public, nous sommes d'avis que le critère de l'absence de monopole est déterminant. Ainsi, lorsque l'activité de l'Etat s'inscrit dans la fourniture de prestations faisant l'objet d'un service universel, de sorte que les administrés n'ont pas d'autre possibilité de recourir à une prestation de substitution, l'activité répond à la notion de tâche de l'Etat; partant, les droits fondamentaux doivent être respectés. En revanche, lorsque l'activité relève de la fourniture de prestations en concurrence avec d'autres acteurs sur le marché, notamment dans les secteurs libéralisés, il n'y a pas de tâche de l'Etat au sens de l'article 35 al. 2 Cst.[133]. Selon l'opinion que nous soutenons, les droits fondamentaux doivent néanmoins être respecté parce que le critère institutionnel subsiste[134]. Dans le domaine de la gestion des biens de l'Etat, en particulier dans la gestion (déléguée) du patrimoine administratif, l'article 35 al. 2 Cst. trouve une application pleine et entière, indépendamment de savoir si des pres-

129 ATF 139 I 306.
130 *Ibid*.
131 ATF 138 I 274. Mais non à tort à notre avis dans l'arrêt des bus de la Ville de Lucerne (ATF 127 I 84).
132 TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010. Eg. TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014, ZBl 116/2015 p. 146.
133 *Supra* 3.
134 *Infra* D.

tations ou services substituables pourraient être obtenus d'autres partenaires. Dans cette gestion des biens publics, les droits fondamentaux doivent par conséquent être respectés.

Mise en perspective. – Le phénomène du recours au droit privé par les collectivités publiques s'est exprimé en deux temps. A ces deux temps correspondent des époques et des enjeux distincts. Dans le premier temps, on a traditionnellement admis que l'Etat recoure au droit privé pour la gestion de son patrimoine financier, pour l'acquisition de biens, fournitures et services nécessaires à son activité, pour la poursuite d'activités économiques et pour certaines activités de prestations. Des motifs historiques ont expliqué et justifié cette pétition de principe. Les activités visées étaient des activités distinctes de ce qui était alors le cœur de l'activité de l'Etat, soit l'exercice de la puissance publique au service de l'intérêt public au temps de la naissance des (premiers) droits fondamentaux. Le second temps correspond à une époque ultérieure, après que sont apparues successivement les prestations de service public, qui ont étendu le champ des activités de l'Etat, puis les vagues de libéralisation de celles-ci. Le recours au droit privé, fruit d'un choix du législateur, a alors servi à encadrer des activités qui étaient précédemment régies par le droit public, afin de permettre aux collectivités publiques d'évoluer dans des marchés concurrentiels mais néanmoins régulés. L'article 35 al. 2 Cst., avec l'injonction faite à quiconque qui assume une tâche de l'Etat, s'applique avant tout aux activités pour lesquelles le recours au droit privé est un choix du législateur, comme l'illustre la jurisprudence étudiée. En revanche, il ne trouve en principe pas application pour les activités originellement soumises au droit privé que sont la gestion de son patrimoine financier, pour l'acquisition de biens, fournitures et services nécessaires à son activité, pour la poursuite d'activités économiques hors domaines libéralisés et pour certaines activités de prestations. Pour celles-ci, on se demande toujours si la théorie du droit administratif privé trouve application[135]. Mais avant de répondre à cette question, il s'agit d'exposer brièvement quelles sont les conséquences de la mise en œuvre de l'article 35 al. 2 Cst.

III. L'obligation découlant de l'article 35 al. 2 Cst.

Le mandat constitutionnel. – Lorsqu'une personne ou une collectivité accomplit une tâche de l'Etat, elle est tenue de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation. L'injonction est double. Il s'agit d'une part de respecter les droits fondamentaux, ce qui peut être rattaché à la traditionnelle limite aux activités de l'Etat[136], laquelle s'exprime avant tout comme une obligation de s'abstenir de tout comportement de nature à nuire à ces droits[137].

135 *Infra* D.
136 Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 55.
137 Dubey (note 87), p. 39.

D'autre part, il s'agit de contribuer à leur réalisation. Le mandat s'adresse au législateur[138], mais également, de manière plus large, aux autorités d'application du droit et au juge[139], qui doivent adopter un comportement actif propre à les servir[140]. Cette double injonction, présentée ici de manière extrêmement schématique, ne doit être ni réduite à la distinction entre la dimension subjective, respectivement objective des droits fondamentaux[141], ni confondue avec celle-ci, puisque ces deux dimensions sont comprises tant dans l'injonction de respecter les droits fondamentaux[142] que dans celle de les réaliser[143]. Cela étant, nous nous concentrerons ici sur la fonction traditionnelle des droits fondamentaux en tant qu'ils posent une limite à l'activité de l'Etat.

Les droits fondamentaux visés par l'art. 35 al. 2 Cst. – La notion de droits fondamentaux dans la Constitution désigne de manière générale les libertés, les garanties de l'Etat de droit, les droits sociaux et les droits politiques[144]. *A priori*, les personnes obligées par l'article 35 al. 2 Cst. sont tenues de prendre en considération l'ensemble de ces droits. Toutefois, s'agissant de la problématique des activités de l'Etat soumises au droit privé, ce sont avant tout les libertés et les garanties de l'Etat de droit qui sont concernées. Il ressort de la jurisprudence que sont invoquées en premier lieu l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.)[145], de laquelle on peut selon les circonstances déduire une obligation de contracter[146], et la liberté d'expression (art. 16 al. 2 Cst.)[147]. Entrent également en ligne de compte, mais sans illustration concrète issue de la pratique, l'interdiction des discriminations (art. 8 al. 2 Cst.)[148], la protection de la dignité humaine (art. 7 Cst.)[149] ou l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.)[150].

Un assouplissement du respect des droits fondamentaux? – Dans les travaux préparatoires portant sur l'article 35 al. 2 Cst., le Conseil fédéral a déclaré qu'*«il est tout à fait imaginable que, pour la délégation de certaines tâches éta-*

138 Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 57; Waldmann (note 87), Art. 35 N 45.
139 Martenet (note 83), p. 244, à propos toutefois de l'art. 35 al. 1 Cst.; Schweizer Rainer, Die schweizerische Bundesverfassung, Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer/Vallender Klaus (éd.), 3ème éd., Saint-Gall 2014, Art. 35 N 37; Waldmann (note 87), Art. 35 N 46.
140 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194. Dubey (note 87), p. 39, à propos toutefois de l'art. 35 al. 1 Cst.
141 Waldmann (note 87), Art. 35 N 30.
142 Waldmann (note 87), Art. 35 N 32, 34.
143 Dubey (note 87), p. 39.
144 Aubert/Mahon (note 84), Remarques liminaires au Titre II, N 3; Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 5 ss; Dubey (note 87), p. 30 ss; Häfelin Ulrich/Haller Walter/Keller Helen/Thurnherr Daniela, Schweizerisches Bundestaatsrecht, 9ème éd., Zurich 2016, p. 65–66.
145 ATF 136 II 457.
146 ATF 109 Ib 46; ATF 129 III 35.
147 ATF 138 I 274; ATF 127 I 84; ATF 139 I 306; TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010.
148 Martenet (note 93), p. 135.
149 *Ibid*.
150 ATF 139 I 306; ATF 127 I 84, c. 4c).

tiques particulières, il faille assouplir, sur l'un ou l'autre point, des obligations résultant d'un droit fondamental. La formulation de l'alinéa 2 laisse suffisamment de marge pour que le législateur ou le juge opère certaines différenciations en fonction du type de tâche déléguée ou du titulaire de celle-ci»[151]. Il s'agissait alors de répondre aux milieux qui souhaitaient que les délégataires de tâches publiques, lorsqu'elles ne comprenaient pas l'exercice de la puissance publique, soient dispensés de l'obligation de respecter les droits fondamentaux.

La jurisprudence. – A ce jour, la jurisprudence n'a pas donné signe qu'elle entendrait atténuer la protection découlant du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre de l'article 35 al. 2 Cst. Une telle direction n'a pas été empruntée alors même que le Tribunal fédéral élargissait la portée de la notion de tâche de l'Etat pour comprendre dans le champ d'application de l'article 35 al. 2 Cst. des activités économiques annexes au service public, comme cela a été le cas notamment dans l'arrêt SSR[152]. Ainsi, le principe de l'égalité de traitement a été appliqué de manière pleine et entière dans l'arrêt CFF relatif au voyageur «au gris»[153], de même que les conditions de restriction à la liberté d'expression n'ont pas été assouplies dans les arrêts de l'affichage dans la gare de Zurich[154] et dans l'affaire de la location de la salle de l'Alhambra à l'humoriste Dieudonné[155].

La doctrine. – La doctrine, pour sa part, se montre partagée. Pour certains, un assouplissement du respect des droits fondamentaux ne se justifie d'aucune manière[156]. Pour d'autres, une souplesse s'avère nécessaire pour tenir compte de la situation de l'entité qui agit sur un marché en concurrence et qui ne doit pas voir sa position affaiblie par l'obligation de respecter des règles et des principes qui ne s'appliquent pas à ses concurrents[157]. Ces positions opposées sont le reflet de la portée donnée à la notion de tâche de l'Etat: plus les activités visées par la notion de tâche de l'Etat sont comprises de manière restrictive, ne visant que les tâches régaliennes et les activités de service public en monopole[158], moins un éventuel assouplissement est admis. Inversement, plus la notion de tâche de l'Etat est considérée de manière large, pour comprendre également des activités économiques en concurrence[159], alors la souplesse dans l'exigence quant au respect des droits fondamentaux est souhaitée. Cette souplesse est invoquée dans deux cas de figure. Il s'agit d'une part de ne pas affaiblir la situation de l'entité sur le

151 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194.
152 ATF 139 I 306.
153 ATF 136 II 457.
154 ATF 127 I 84.
155 TF 1C_312/2010 du 8 décembre 2010.
156 Dubey (note 87), p. 42.
157 Häner (note 92), p. 1150 ss; Martenet (note 93), p. 135; Schweizer (note 137), Art. 35 N 45.
158 Dubey (note 87), p. 42; Dubey/Zufferey (note 5), p. 76–77.
159 Hangartner (note 111), p. 518; Martenet (note 93), p. 132–133; Waldmann (note 87), Art. 35 N 20.

marché en concurrence, respectivement de tenir compte du fait que la loi puisse lui avoir confié comme mission d'exercer une activité économique[160]. D'autre part, il importe de tenir compte, en cas de délégation de tâche publique, de l'intensité du lien entre l'entité délégataire et la collectivité délégante, au regard de l'autonomie de l'entité délégataire et de l'influence que la collectivité peut avoir sur elle[161].

La position retenue. – Comme déjà exposé ci-avant[162], nous sommes d'avis que la notion de tâche de l'Etat doit être comprise de manière restrictive et ne pas couvrir les activités économiques de l'Etat, en particulier celles qu'il déploie sur un marché en concurrence. Par conséquent, il n'est pas lieu d'envisager une application différenciée des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 35 al. 2 Cst. puisque nous considérons qu'en principe les hypothèses justifiant cette souplesse ne tombent pas dans le champ d'application de cette disposition. Toutefois, nous soutenons également que les droits fondamentaux s'appliquent quoi qu'il en soit lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé, la codification du critère du rattachement à la tâche de l'Etat n'ayant de notre opinion pas fait disparaître le critère institutionnel consacré par la théorie du droit administratif privé[163]. Comme nous le verrons, c'est dans ce contexte qu'une application différenciée des droits fondamentaux se justifie[164].

D. Le maintien du critère institutionnel incarné dans la théorie du droit administratif privé

Plan. – Nous commençons par énoncer et justifier la position soutenue à ce stade de l'analyse, selon laquelle le critère institutionnel incarné dans la théorie du droit administratif privé, l'introduction de l'article 35 al. 2 Cst. qui consacre le critère fonctionnel ne l'ayant pas fait disparaître (I.), et nous nous demandons ensuite si l'autonomie privée est un critère de nature à infléchir notre position (II.).

I. La position soutenue

La question. – Savoir si la codification de l'article 35 al. 2 Cst. et l'utilisation à cet effet du critère fonctionnel pour exiger le respect des droits fondamentaux a eu pour effet de supprimer le critère institutionnel exprimé dans la théorie du

160 Häner (note 92), p. 1150 ss; Martenet (note 93), p. 135; Schweizer (note 137), Art. 35 N 45.
161 Schefer Markus, Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben, PJA 2002 p. 1131/1133, 1142.
162 *Supra* I. 3, I. 4.
163 *Infra* D.
164 *Infra* E.

droit administratif privé, ou si au contraire celui-ci subsiste, est une question centrale de notre réflexion. Faut-il continuer de s'en tenir au critère institutionnel – et exiger le respect des droits fondamentaux parce que la personne qui agit est une entité de droit public alors même qu'elle n'accomplit pas de tâche de l'Etat – ou se référer uniquement au caractère de tâche de l'Etat de l'activité exercée? Autrement dit, le critère fonctionnel exclut-il l'application du critère institutionnel ou s'agit-il de deux critères cumulatifs?

Les indices donnés par la jurisprudence. – La question n'a pas été posée en ces terme en jurisprudence. Les principes appliqués par le Tribunal fédéral dans les affaires Ville de Lucerne[165] et La Poste[166] appellent des réponses contrastées, si ce n'est contradictoires. En effet, dans l'affaire des bus de Lucerne, avant de retenir que les prestations offertes étaient substituables – excluant par là l'obligation de respecter les droits fondamentaux – le Tribunal fédéral a pris soin de rappeler le principe lequel, même lorsqu'il agit en droit privé, l'Etat doit respecter les droits fondamentaux[167]. Immédiatement après l'entrée en vigueur de l'article 35 al. 2 Cst., en 2000, le Tribunal fédéral a donc fait sienne la théorie du droit administratif privé, indiquant alors que l'instauration du critère fonctionnel avait laissé subsister le critère institutionnel[168]. Toutefois, moins de deux ans plus tard, l'arrêt La Poste a fourni une réponse diamétralement opposée puisque le Tribunal fédéral a retenu que ce n'était qu'en matière de services universels que l'on peut considérer que La Poste accomplit une tâche étatique, faisant fi du critère institutionnel et rejetant partant la théorie du droit administratif privé. La jurisprudence plus récente, qui tend à élargir la notion de tâche de l'Etat aux activités annexes aux tâches de service public[169] nous paraît être l'aveu de ce que cette théorie du droit administratif privé a sa place dans notre ordre juridique.

La position de la doctrine. – La doctrine ne fournit pas de réponse uniforme. Il se dégage néanmoins une tendance majoritaire selon laquelle, même en l'absence d'accomplissement d'une tâche de l'Etat, celui-ci doit respecter les droits fondamentaux, ceux-ci s'exprimant avec plus ou moins d'intensité selon les opinions[170]. Par exemple, pour Schefer, la diversification des tâches de l'Etat n'a pas changé le fait que l'Etat doit agir dans le sens du bien commun *(«Gemeinwohlbezug»)* et qu'à cet effet il est tenu par les droits fondamentaux. Par

165 ATF 127 I 84.
166 ATF 129 III 35.
167 ATF 127 I 84, c. 4c.
168 *Ibid*.
169 ATF 139 I 306.
170 Gächter Thomas, Staatsrecht, in Biaggini Giovanni/Gächter Thomas/Kiener Regina (éd.), 2ème éd., Zurich/Saint-Gall 2015, p. 450; Häfelin/Haller/Keller/Thurnherr, Schweizerisches Bundestaatsrecht, 9ème éd., Zurich 2016 (note 142), p. 80; Schweizer (note 137), Art. 35 N 44 ss. Kiener Regina/Kälin Walter, Grundrechte, 2ème éd., Berne 2013, p. 47, Tschannen (note 38), p. 111 et Waldmann (note 87), Art. 35 N 21 retiennent que le seul critère fonctionnel doit être pris en considération. Indécis: Aubert/Mahon (note 84), Art. 35 N 7.

conséquent, pour cet auteur, le critère fonctionnel de l'article 35 al. 2 Cst. ne doit pas être l'unique élément servant à déterminer si l'Etat est lié dans son action par les droits fondamentaux[171]. A l'inverse, KIENER/KÄLIN, tout comme TSCHANNEN[172], retiennent que lorsque l'Etat gère son patrimoine financier, et que par conséquent l'on n'est pas en présence d'une tâche de l'Etat au sens de l'article 35 al. 2 Cst., seule vaut la protection déduite de la réalisation générale des droits fondamentaux (art. 35 al. 1 Cst.)[173].

La position soutenue. – Nous considérons pour notre part que l'introduction dans la Constitution de l'article 35 al. 2 Cst. n'a pas remis en cause le courant incarné par la théorie du droit administratif privé et le critère institutionnel fondant l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Par conséquent, toutes les collectivités publiques et les entités qui en dépendent doivent, au nom du critère institutionnel, respecter les droits fondamentaux, même lorsqu'elles agissent au moyen du droit privé, alors même qu'elles n'agissent pas dans l'accomplissement d'une tâche de l'Etat au sens de l'article 35 al. 2 Cst.

La justification. L'interprétation historique. – Notre position repose tout d'abord sur l'interprétation historique. En effet, les travaux préparatoires n'évoquent pas que le constituant ait souhaité renoncer au critère institutionnel au profit du seul critère fonctionnel[174]. Les débats entourant l'article 35 Cst. ont porté avant tout sur la question de l'effet horizontal des droits fondamentaux, laquelle a été *«clairement codifiée dans la mise à jour»* de la Constitution à l'alinéa 3[175]. Si le constituant avait souhaité ne plus voir le critère institutionnel appliqué au profit du seul critère fonctionnel, cela aurait dû faire l'objet de débats dans ce sens[176]. En outre, le commentaire du projet d'article 35 al. 2 Cst. est libellé de la sorte: *«Le 2ème alinéa indique les destinataires, ou débiteurs, des droits fondamentaux et s'adresse, en ce sens, aux organes de l'ensemble des collectivités publiques (Confédération, cantons, communes) et aux personnes qui assument une tâche de l'Etat.»*[177]. Si le Conseil fédéral avait souhaité renoncer au critère institutionnel, il n'aurait pas désigné les destinataires des droits fondamentaux sous deux catégories, les collectivités publiques, d'une part, et les personnes qui assument une tâche de l'Etat, d'autre part, mais il aurait pris soin de ne mentionner que ces dernières, en indiquant qu'il puisse s'agir tant d'entités publiques que de personnes privées.

La justification. L'interprétation téléologique. «L'Etat reste l'Etat». – Sous l'angle de l'interprétation téléologique, soit celle fondée notamment sur les

171 SCHEFER (note 159), p. 1133.
172 TSCHANNEN (note 38), p. 111.
173 KIENER/KÄLIN (note 169), p. 47.
174 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194.
175 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194–195.
176 Le Tribunal fédéral a tenu un raisonnement analogue dans la cause *Glarnersach* lorsqu'il a reconnu que l'Etat pouvait accomplir des activités économiques: ATF 138 I 378, c. 6.3.3.
177 Message du Conseil fédéral (note 83), p. 194.

valeurs sur lesquelles repose la règle, notre position se fonde sur une certaine vision de l'Etat. Nous reprenons en effet à notre compte les mots de Grisel figurant en introduction de cette contribution: *«L'Etat reste l'Etat, qu'il soit sujet de droit public ou de droit privé»*. Cette acception rejoint ce que Fleiner-Gerster, prônait dans sa Théorie générale de l'Etat dans les années huitante: *«la souveraineté doit donc reposer sur la confiance que le peuple place dans la légitimité des activités gouvernementales»*[178]. Toujours selon cet auteur, *«il importe que le pouvoir économique de l'Etat soit soumis au même contrôle que l'exercice de la force publique. En effet, ce pouvoir doit s'apprécier selon les principes de la légalité et de l'égalité de traitement.»*[179]. En outre, renoncer au critère institutionnel reviendrait à adopter en Suisse la théorie du fisc, pourtant abandonnée au début du XXème siècle[180], solution à laquelle s'opposait aussi Eichenberger à cette même époque[181].

La justification. L'interprétation téléologique. L'action de l'Etat comme l'exercice de compétences. – En outre, toujours en lien avec la théorie générale de l'Etat, il faut retenir que l'action de celui-ci repose sur l'exercice de compétences[182], lesquelles naissent de la souveraineté inhérente à la qualité de l'Etat. Si la possibilité pour les collectivités publiques d'exercer des activités commerciales leur est acquise, ce qu'a désormais consacré l'arrêt *Glarnersach*[183], cette possibilité découle de leur maîtrise sur leurs biens, respectivement des facultés qui leur sont attribuées par la loi. Or, tant cette maîtrise sur les biens publics que la compétence de légiférer appartient à l'Etat en raison de cette qualité qui est la sienne. Ce faisant, l'Etat exerce des compétences et dans ce contexte, il est tenu par les droits fondamentaux, quel que soit le canal par lequel cette activité s'exprime. D'ailleurs, dans l'arrêt *Glarnersach*, le Tribunal fédéral a expressément souligné que l'activité économique de l'Etat, outre qu'elle doit demeurer neutre sur le plan de la concurrence ou ne pas entraîner de distorsions (art. 94 Cst.), doit reposer sur une base légale, répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (art. 5 Cst.)[184].

Synthèse intermédiaire. – Nous sommes par conséquent d'avis que l'introduction dans la Constitution de l'article 35 al. 2 Cst., qui se fonde sur le critère fonctionnel pour imposer le respect des droits fondamentaux à quiconque accomplit une tâche de l'Etat, n'a pas eu pour effet de remettre en cause l'obligation de respecter les droits fondamentaux par les collectivités publiques lorsqu'elles agissent sur le plan du droit privé; l'obligation fondée sur le critère

178 Fleiner-Gerster Thomas, Théorie générale de l'Etat, Paris 1986, p. 198. Par «activités gouvernementales», l'auteur vise dans son propos l'ensemble des activités de l'Etat.
179 Fleiner-Gerster (note 173), p. 197.
180 Implicitement: ATF 105 II 234, c. 5. Pour Schlatter (note 17), p. 53, la théorie du fisc est maintenant un anachronisme puisque la protection juridique contre les actes de l'Etat est assurée par les juridictions administratives.
181 Eichenberger (note 2), p. 83.
182 Moor/Poltier (note 25), p. 443.
183 ATF 138 I 378.
184 ATF 138 I 378, c. 8.

institutionnel demeure. Cela étant, nous ne pouvons omettre dans notre démonstration le fait que, tout récemment, le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si les collectivités publiques pouvaient être titulaires de la liberté économique. Or, l'autonomie privée, à laquelle s'oppose généralement la mise en œuvre des droits fondamentaux, est intimement liée à la liberté économique. Il est donc nécessaire de se demander si l'autonomie privée peut être invoquée par les collectivités publiques ou les entités décentralisées, en l'état du droit et dans l'hypothèse où la titularité de la liberté économique leur serait reconnue. Dans l'affirmative, on se demandera s'il s'agit d'un élément décisif pour remettre en cause l'application du critère institutionnel dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

II. L'autonomie privée comme piste de réflexion

Remarque préliminaire. – L'institution de l'autonomie privée est présentée de manière détaillée dans les Rapports des Professeurs Merkel et Graham-Siegenthaler, auxquels nous prions le lecteur de bien vouloir se référer. Nous nous contentons ici de mentionner l'ancrage de cette institution dans la pyramide des normes et sa relation aux autres droits fondamentaux et garanties de l'Etat de droit afin de déterminer si une éventuelle reconnaissance, par le Tribunal fédéral, de la liberté économique aux collectivités publiques, et par conséquent de l'autonomie privée qui y est attachée, pourrait être de nature à affecter l'obligation de respecter les droits fondamentaux par celles-ci.

Le «rang» de l'autonomie privée. – L'autonomie privée n'est pas codifiée dans notre Constitution, ni d'ailleurs dans le Code des obligations. Il s'agit de lui reconnaître une assise de rang constitutionnel, quelles que soient les différentes conceptions dogmatiques que l'on puisse retenir à son égard. Le premier point de rattachement à la Constitution est le rôle reconnu à l'autonomie privée par rapport aux libertés codifiées dans la Constitution: l'autonomie sous-tend la liberté économique[185] et en est un fondement[186]. Pour certains auteurs, l'autonomie privée fonderait d'ailleurs tous les droits fondamentaux[187]; elle serait en quelque sorte la condition nécessaire à l'origine de leur existence. Cette position, qui est aussi celle du Tribunal fédéral[188], n'est toutefois pas unanimement partagée; une partie de la doctrine retient en effet que le seul droit privé est la base et le cadre de l'autonomie privée[189]. Le second point de rattachement de l'autonomie privée à la Constitution est son lien à la liberté contractuelle: l'au-

185 ATF 130 I 26, c. 4.3.

186 Guillod Olivier/Steffen Gabrielle, CR-CO I, Art. 19, 20 N 16.

187 Arnet Ruth, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Berne 2008, p. 131; Morin Ariane, La liberté contractuelle, in Propriété et liberté d'entreprendre – De la liberté de contracter à l'arbitrage immobilier, Foëx Bénédict/Hottelier Michel (éd.), Genève 2016, p. 15/19.

188 ATF 130 I 26, c. 4.3.

189 Voir les auteurs cités par Arnet (note 182), p. 132.

tonomie privée est considérée comme englobant la liberté contractuelle[190]. Or, la liberté contractuelle trouve son fondement dans la liberté économique (art. 27 Cst.) et dans la garantie de la propriété (art. 26 Cst.)[191], voire, selon la position soutenue par certains, dans la liberté personnelle (art. 10 Cst.)[192]. L'autonomie privée doit donc être vue comme ayant un rang constitutionnel: que l'on admette ou non qu'elle procède de l'existence des droits fondamentaux, la liberté contractuelle, dont elle est la matrice, trouve quant à elle, son ancrage dans la Constitution. Mais il est vrai par ailleurs que le Tribunal fédéral place le plus souvent l'autonomie privée au même rang que la liberté contractuelle (art. 19 CO), comme principe fondant la liberté des personnes de choisir certaines formes juridiques[193], d'opter pour un contrat ou un autre[194], de fixer la durée de leurs rapports juridiques[195], de la modalité de ceux-ci[196], de disposer[197], de transiger[198] ou de renoncer à l'utilisation de voies de droit[199]. En ce sens, elle se recoupe largement avec la notion de liberté contractuelle[200].

La titularité des droits fondamentaux. – Par définition, les droits fondamentaux sont dirigés contre l'Etat de sorte que les collectivités publiques ne peuvent en principe pas s'en prévaloir. En effet, ils ont pour fonction de protéger les individus contre les abus du pouvoir étatique incarné par la puissance publique et sont par conséquent dirigés contre l'Etat[201]. Pour le Tribunal fédéral, de tels droits *«ne sont reconnus en principe qu'aux citoyens, à l'exclusion des collectivités publiques qui, en tant que détentrices de la puissance publique, ne sont pas titulaires des droits constitutionnels (…)»*[202].

La qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral. – La question de la titularité des droits fondamentaux est étroitement liée à la question de la qualité pour recourir des autorités devant le Tribunal fédéral, mais elle doit également en être soigneusement distinguée. Les règles relatives à la qualité pour former recours en matière de droit public dans la Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005[203] prévoient que les autorités sont admises au recours *es qualités*, dans des cas bien déterminés: lorsque l'acte attaqué est susceptible de violer la législa-

190 Guillod/Steffen (note 181), Art. 19, 20 N 5.
191 ATF 113 Ia 126, c. 8b.
192 Guillod/Steffen (note 181), Art. 19, 20 N 2.
193 ATF 125 III 18, c. 4a.
194 ATF 129 III 702, c. 2.3.
195 ATF 126 III 421, c. 3c/cc.
196 ATF 140 III 206, c. 3.6.5; ATF 140 II 80, c. 2.4.1; ATF 133 III 155, c. 5.3; ATF 138 III 476, c. 6.1.1; ATF 127 III 449, c. 3c; ATF 123 III 35, c. 2a; ATF 117 II 604, c. 4; ATF 93 II 204, c. 5b.
197 ATF 133 III 167, c. 4.2.
198 ATF 124 II 8, c. 4.3.
199 ATF 141 III 596, c. 1.4.
200 not. ATF 138 I 113, c. 6.4.2; ATF 132 V 149, c. 5.2.4; ATF 129 III 559, c. 3.2.
201 Aubert/Mahon (note 84), Art. 35 N 3, 6; Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 53; Dubey (note 87), p. 19, 77; Tschannen (note 38), p. 110; Waldmann (note 87), Art. 35 N 18.
202 ATF 142 II 259, c. 4.2.
203 RS 172.110; «LTF».

tion fédérale dans le domaine d'attribution d'une autorité fédérale (art. 89 al. 2 let. a LTF), lorsqu'il s'agit de rapports de travail du personnel de la Confédération au sein de l'Assemblée fédérale (art. 89 al. 2 let. b LTF), lorsque des communes ou autres corporations de droit public invoquent la violation de garanties qui leur sont reconnues par la constitution cantonale ou la Constitution fédérale (art. 89 al. 2 let. c LTF) ou enfin lorsque le droit fédéral accorde un droit de recours à des personnes, organisations ou à d'autres autorités (art. 89 al. 2 let. d LTF). Mais la jurisprudence permet également aux collectivités publiques de procéder devant le Tribunal fédéral *«lorsqu'elles n'interviennent pas en tant que détentrice de la puissance publique, mais qu'elles agissent sur le plan du droit privé ou qu'elles sont atteintes dans leur sphère privée de façon identique ou analogue à un particulier, notamment en leur qualité de propriétaire de biens frappés d'impôts ou de taxes ou d'un patrimoine financier ou administratif»*[204]. Elles doivent donc être atteintes de la même manière qu'un particulier, ou du moins de manière analogue, dans leurs intérêts juridiques ou patrimoniaux[205]. Cette notion de qualité pour recourir *«au même titre qu'un particulier»* est admise de manière relativement large par le Tribunal fédéral, en particulier depuis l'entrée en vigueur de la LTF[206]. Toutefois, à notre sens, l'admission de cette qualité pour recourir *«comme un particulier»* n'équivaut pas à la reconnaissance *ipso facto* de la titularité de droits fondamentaux que la collectivité publique pourrait invoquer dans la procédure devant le Tribunal fédéral puisqu'il s'agit de distinguer la question de l'accès au recours et son examen au fond[207]; au demeurant, en présence de faits de double pertinence, il suffit, au stade de la recevabilité, que le recourant rende vraisemblable que, sur la question litigieuse, les conditions fondant la compétence du tribunal sont remplies, le point de savoir si tel est effectivement le cas étant ensuite tranché avec l'examen de la cause au fond[208].

---

204 ATF 142 II 259, c. 4.2, rendu dans le cadre d'un recours constitutionnel subsidiaire mais applicable *mutatis mutandis*.

205 ATF 138 I 143.

206 Aubry Girardin Florence, Commentaire de la LTF, Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (éd.), 2ème éd., Berne 2014, Art. 89 N 40–41; Poltier Etienne, Les actes attaquables et la légitimation à recourir en matière de droit public, in 10 ans de Loi sur le Tribunal fédéral, Bohnet François/Tappy Denis (éd.), Bâle 2017, p. 123/165; Waldmann Bernhard, Bundesgerichtsgesetz, Niggli Marcel/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans (éd.), 2ème éd., Bâle 2011, Art. 89 N 42. Il en va différemment de l'autre volet de la qualité pour recourir des autorités visé par l'art. 89 al. 1 LTF, relatif aux situations dans lesquelles la collectivité publique est touchée dans ses prérogatives de puissance publique, qui a tendance à se rétrécir.

207 Pour Waldmann, ce lien entre admission au recours et reconnaissance de la titularité des droit fondamentaux n'est pas possible car la LTF n'exige pas un intérêt juridique, mais uniquement un intérêt digne de protection, pour le recours en matière de droit public: Waldmann Bernhard, Bundesverfassung, Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (éd.), Bâle 2015, Art. 26 N 30.

208 ATF 142 II 156, c. 1.1.

L'invocation de la garantie de la propriété. – Le Tribunal fédéral a néanmoins reconnu aux collectivités publiques, centrales ou décentralisées, de se prévaloir dans une certaine mesure de la garantie de la propriété. Cette protection leur est reconnue lorsqu'il s'agit de se défendre contre des mesures qui les touchent comme des particuliers. Tel est le cas lorsque des décisions d'une autre collectivité publique les touchent en qualité de propriétaire de leur patrimoine financier, par exemple lorsqu'une commune conteste l'annulation d'un permis de construire portant sur un immeuble qui lui appartient à la suite de recours de voisins[209] ou si elle fait face à une procédure d'expropriation. Nous notons au passage que la doctrine est partagée sur la question de savoir si la protection de la garantie de la propriété s'étend au patrimoine administratif voire au domaine public[210]. Les collectivités publiques ne sont donc pas pleinement titulaires de la garantie de la propriété comme le sont les particuliers. D'une part, la protection se déploie dans la mesure nécessaire pour garantir qu'elles ne soient pas atteintes dans leurs droits analogues aux droits des particuliers. D'autre part, à notre sens, la protection constitutionnelle ne vaut que lorsqu'il s'agit de défendre la collectivité ou l'entité contre l'atteinte provenant d'une décision d'une autre autorité; la protection ne vaut pas lorsque la collectivité ou l'entité publique se prévaut d'un droit à agir librement.

La reconnaissance de la titularité de la liberté économique? – A ce jour, le Tribunal fédéral n'a pas reconnu que les collectivités publiques puissent être titulaires de la liberté économique. Dans l'arrêt *Glarnersach* de 2012, il s'est prononcé sur l'admissibilité de principe de telles activités, sans toutefois en indiquer l'ancrage[211]. Dans deux arrêts de 2000[212] et 2004[213] concernant Swisscom, il avait déjà laissé la question ouverte. Enfin, dans un arrêt récent *Aargauische Pensionskasse* de 2016, il a posé les bases de sa réflexion mais n'a pas définitivement tranché la question[214].

L'arrêt Aargauische Pensionskasse. – Dans cette affaire, la Caisse de pensions du canton d'Argovie se défendait d'être soumise au droit des marchés publics dans la mesure où, bien qu'entité de droit public, elle se considérait comme agissant dans un but commercial et industriel lorsqu'elle procédait à la rénovation de son parc immobilier. Or, le droit des marchés publics ne s'applique pas lorsque les collectivités publiques agissent dans un tel but industriel ou commercial (Annexe 2, ch. 2 de l'Accord international sur les marchés publics conclu le 15 avril 1994 sous l'égide de l'Organisation mondiale du com-

209 ATF 97 I 639, c. 2b.
210 Pour une application large de la garantie de la propriété aux biens de l'Etat: DUBEY (note 87), p. 422–323; WALDMANN (note 202), Art. 26 N 30. Plus restrictifs: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), p. 306.
211 ATF 138 I 378, c. 6.3.3.
212 ATF 127 II 8, c. 4c.
213 ATF 131 II 13, c. 6.4.1.
214 ATF 142 II 369, c. 6.3.

merce[215])[216]. Sur ce point, le Tribunal fédéral a donné tort à la Caisse de pensions du canton d'Argovie en retenant que, bien que la prévoyance professionnelle revête en principe un caractère commercial, la Caisse n'est pas réellement exposée à la concurrence puisque ses affiliés le sont obligatoirement en leur qualité de fonctionnaires cantonaux[217]. Dans le cadre de son argumentation, la Caisse de pensions du canton d'Argovie a invoqué que le fait de l'astreindre au respect du droit des marchés publics était de nature à porter atteinte à sa liberté économique et que cela portait atteinte au principe de l'égalité de traitement entre concurrents. Rappelant que *«En principe, les particuliers sont seuls titulaires de la liberté économique, à l'exclusion de l'Etat, en tout cas lorsque celui-ci accomplit une tâche publique»*[218], le Tribunal fédéral a toutefois considéré qu'*«il faut cependant envisager que des entreprises de droit public ou, le cas échéant, des collectivités publiques pratiquant une activité économique puisse aussi être titulaires de cette liberté»*[219]. Le Tribunal fédéral a ainsi fait état de sa jurisprudence, qui admet que des entreprises privées dominées par l'Etat puissent être titulaires de la liberté économique, pour autant qu'elles opèrent hors du secteur des tâches publiques qu'elles doivent assumer[220] ou lorsqu'elles opèrent en concurrence avec des particuliers[221]. Il s'est ensuite référé au courant doctrinal majoritaire, qui admet la titularité de la liberté économique pour les entreprises publiques prenant part à la concurrence à l'instar des particuliers[222]. Il a pris soin de rappeler que, de l'opinion dominante, la titularité de la liberté économique, dans un tel cas, ne doit être reconnue qu'à l'encontre d'une collectivité de niveau supérieur ou égal, mais pas à l'encontre de la collectivité qui domine l'établissement ou l'entreprise[223]. Il a enfin indiqué que seule une doctrine tout à fait minoritaire considère que l'entreprise publique jouit de la liberté économique dès qu'une certaine autonomie lui est conférée dans l'accomplissement de sa tâche ou que la collectivité lui assigne des objectifs spéciaux[224]. S'agissant de la Caisse de pensions d'Argovie, la titularité de la liberté économique ne pourrait de toute manière pas lui être reconnue puisque les modalités de son activité ne l'exposent pas à la concurrence[225].

215 RS 0.632.231.422, «AMP-OMC».
216 Pour une présentation plus détaillée des marchés publics, *infra* E.
217 ATF 142 II 369, c. 3.3. L'intensité du contrôle du canton sur la Caisse a également été déterminante: ATF 142 II 369, c. 3.4.
218 ATF 142 II 369, c. 6.3, JT 2017 I 55/67.
219 ATF 142 II 369, c. 6.3.1, JT 2017 I 55/67.
220 ATF 139 I 306, c. 3.3.2, et pour autant que le secteur commercial ne soit pas destiné à financer la tâche publique.
221 ATF 138 I 289, c. 2.8.1.
222 ATF 142 II 369, c. 6.3.1, JT 2017 I 55/67, et les références.
223 *Ibid*.
224 *Ibid*.
225 ATF 142 II 369, c. 6.4, JT 2017 I 55/68.

Appréciation. – Avec cet arrêt, le Tribunal fédéral a de notre avis posé les jalons vers une prochaine reconnaissance de la titularité de la liberté économique pour les entités publiques décentralisées[226]. Toutefois, si le Tribunal fédéral nous paraît prêt à opérer une telle reconnaissance, cela sera moyennant plusieurs cautèles. Premièrement, la titularité de la liberté économique sera limitée à la nécessité de satisfaire aux exigences d'une saine concurrence entre l'entité publique et les autres entreprises actives sur le marché. En effet, le Tribunal fédéral a retenu que si l'assujettissement au droit des marchés publics a pour conséquence de compliquer la tâche de la Caisse lorsqu'elle entend rénover son parc immobilier, cela ne l'entrave pas dans son activité soumise à concurrence, puisque le droit des marchés publics ne s'applique pas pour l'acquisition de biens d'investissements pour laquelle la Caisse a besoin de pouvoir agir de manière simple et rapide[227]. Ensuite, la titularité de la liberté économique sera limitée en tant qu'elle procure des moyens de défense contre des actes d'autorité d'autres collectivités publiques. En cela, il s'agit de faire l'analogie avec la possibilité pour les collectivités publiques d'invoquer la garantie de la propriété uniquement lorsqu'il s'agit de leur procurer les moyens de se défendre contre des mesures qui les touchent comme des particuliers.

Les conséquences d'une éventuelle reconnaissance de la liberté économique des entités décentralisées. – Par conséquent, une éventuelle prochaine reconnaissance par le Tribunal fédéral de la titularité de la liberté économique aux entités décentralisées qui prennent part à la concurrence à l'instar des particuliers n'aura de notre opinion pas pour effet de leur conférer le bénéfice plein et entier de ce droit fondamental. La liberté économique devra être invoquée comme moyen de défense contre un acte d'autorité d'une autre collectivité publique, dans le but de placer l'entité publique qui l'invoque dans une situation d'égalité face à ses concurrents. En particulier, les entités décentralisées ne pourront pas, dans cette hypothèse, invoquer que le bénéfice de la liberté économique leur confère *ipso facto* l'autonomie qui s'y rapporte. Par conséquent, elles devront, quoi qu'il en soit, respecter les droits fondamentaux, même lorsqu'elles agissent en droit privé. On le verra toutefois, cette obligation ne s'étend pas à l'ensemble des droits fondamentaux[228].

L'autonomie privée et la liberté contractuelle. – Pour les auteurs qui ont examiné la question de l'autonomie privée sous l'angle non pas de la liberté économique consacrée par la Constitution mais sous l'angle de la liberté contractuelle telle que codifiée à l'article 19 CO, l'analyse n'est pas différente[229]. L'on notera que ces auteurs se sont exprimés après que le Tribunal fédéral a rendu l'arrêt La

226 Très critiques: Abegg Andreas/Frei Marco, Können sich öffentliche Unternehmen auf die Wirtschaftsfreiheit berufen?, recht 2017 290/299.

227 ATF 142 II 369, c. 5.4.4, JT 2017 I 55/65.

228 *Infra* E. 2.

229 Abegg Andreas, Die Vertragsfreiheit der Verwaltung, RDS 2009 I 387/394; Mächler August, Vertrag und Verwaltungsrechtspflege, Zurich 2005, p. 167 ss.

Poste dans lequel il consacrait l'autonomie privée de celle-ci[230]. L'Etat, bien qu'agissant au moyen du droit privé, ne peut pas se prévaloir de l'article 19 CO et de l'autonomie qu'il procure, du moins dans la portée qui lui est reconnue en droit privé[231]. D'une part, le critère fonctionnel et la théorie du droit administratif privé s'y opposent, pour des motifs de hiérarchie des normes[232]. D'autre part, l'Etat, en tant que tel, ne dispose pas de l'autodétermination inhérente à l'exercice de l'autonomie privée[233]. Cette justification se rapproche de celle que nous avons évoquée avec la notion de l'exercice des compétences de l'Etat dont la faculté lui échoit en raison de la souveraineté qui est la sienne[234].

L'autonomie privée, le pouvoir d'appréciation, l'arbitraire et l'égalité de traitement. – Enfin, on lit parfois que l'autonomie privée constitue l'arbitraire entre particuliers: *«Das Willkürverbot zielt auf den Schutz vor staatlicher Willkür ab; Private können im Rahmen ihrer Privatautonomie ohne weiteres willkürlich handeln.»*[235]. Ou encore qu'*«il n'existe pas, en droit privé, de principe général d'égalité de traitement. Les particuliers ne sont pas tenus de traiter de manière semblable toutes les situations semblables et de manière dissemblable toutes les situations dissemblables. Un tel principe n'existe en tout cas pas en matière de successions, de droits réels et de contrats.»*[236]. L'autonomie privée, par les libertés de choix qu'elle consacre, entre en opposition avec les garanties de l'Etat de droit, en particulier l'arbitraire et l'égalité de traitement. Dans le même temps, l'Etat, qu'il agisse en droit privé ou en droit public, dispose d'une marge de manœuvre dans son action: il s'agit du pouvoir d'appréciation. Cette marge de manœuvre, qui lui est nécessaire pour réaliser la composante politique de son action, découle de la place laissée libre par la loi, d'une part, mais aussi, d'autre part, des limites posées par les droits fondamentaux[237]. Les droits fondamentaux, notamment les garanties de l'Etat de droit, ne s'opposent pas au pouvoir d'appréciation, ils le façonnent. Aussi, lorsque l'Etat agit en droit privé, sa marge de manœuvre n'existe pas parce qu'il jouirait de cette autonomie – l'Etat ne peut pas, comme les particuliers, se prévaloir d'un *«droit à l'arbitraire»* fondé sur l'autonomie privée[238] – mais parce qu'il dispose du pouvoir d'appréciation.

---

230 ATF 129 III 35, c. 5.
231 Abegg (note 223), p. 394.
232 Mächler (note 223), p. 171.
233 Mächler (note 223), p. 172–173.
234 *Supra* I.
235 Uhlmann Felix, Das Willkürverbot (Art. 9 BV), Berne 2005, p. 79.
236 ATF 133 III 167, c. 4.2.
237 Tanquerel Thierry, Le contrôle de l'opportunité, in: Le contentieux administratif, Bellanger François/Tanquerel Thierry (éd.), Genève 2013, p. 212–213; Schindler Benjamin, *Verwaltungsermessen: Gestaltungskompetenzen der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz*, Zurich 2010, p. 87 ss.
238 ATF 127 I 84, c. 4c. Schlatter (note 17), p. 52.

Synthèse. – Même dans l'éventualité où la titularité de la liberté économique serait étendue aux entités publiques décentralisées pour couvrir les activités qu'elles accomplissent en concurrence, celles-ci n'en acquerraient pas pour autant l'autonomie privée et la liberté contractuelle inhérentes à cette liberté. Cela ne remet par conséquent pas en cause la conclusion à laquelle nous sommes parvenue en première partie de ce chapitre[239]: l'introduction dans la Constitution de l'article 35 al. 2 Cst., qui consacre le critère fonctionnel pour imposer le respect des droits fondamentaux à quiconque accomplit une tâche de l'Etat, n'a pas pour autant mis à néant le critère institutionnel incarné dans la théorie du droit administratif privé. Partant, les collectivités et entités publiques ont, en raison de cette qualité, l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsqu'elles agissent en droit privé.

E. Le respect des droits fondamentaux par l'Etat

Plan. – Avant d'exposer dans quelle mesure les droits fondamentaux doivent être respectés par l'Etat lorsqu'il agit en droit privé (II.), nous posons les bases de la discussion en identifiant, notamment, les intérêts et autres éléments qui pourraient, le cas échéant, s'opposer à leur application pleine et entière (I.)

I. Remarques préliminaires

Rappel. – L'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit en droit privé découle de la réception, au début du siècle passé, de la théorie du droit administratif privé[240]. Nous soutenons dans la présente contribution que le Tribunal fédéral a en réalité fait sienne cette théorie dans différents arrêts rendus au fil du temps[241]. Il a ce faisant imposé que les collectivités publiques respectent *«les droits constitutionnels fondamentaux»*[242], respectivement qu'elles *«ne peuvent pas se prévaloir d'un droit à l'arbitraire fondé sur l'autonomie privée»*[243], ce qui l'a amené à considérer que l'égalité de traitement doit notamment être respectée[244]. Pour certains auteurs, cette obligation impose une application pleine et entière des droits fondamentaux[245]. Pour d'autres, elle doit être adaptée en fonction des circonstances; par exemple, une soumission complète aux droits fondamentaux ne paraît pas adéquate lorsqu'il s'agit de la gestion du patrimoine financier[246].

239 *Supra* I.
240 *Supra* B.II.
241 *Supra* D.I.
242 ATF 109 Ib 46, c. 5.4.
243 ATF 127 I 84 c. 4c), JT 2003 I 94/99.
244 ATF 109 Ib 46, c. 5.4.
245 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 306.
246 Tanquerel (note 5), p. 63.

Le lien avec l'article 35 al. 2 Cst. – Si l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit en droit privé doit être admise, la difficulté est, comme on le verra en dernière partie[247], celle d'accéder au juge pour en vérifier la mise en œuvre. Cela a également eu pour conséquence jusqu'à présent que la casuistique est maigre lorsqu'il s'agit d'apprécier la portée de l'obligation de respecter les droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé. Dans le même temps, l'article 35 al. 2 Cst. offre une protection analogue lorsque l'accomplissement d'une tâche de l'Etat est en cause. En effet, le critère fonctionnel de l'article 35 al. 2 Cst. et le critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé entraînent la même obligation de principe à charge de l'Etat, à savoir celle de respecter les droits fondamentaux[248]. Pour ce motif, nous nous inspirerons dans une grande mesure de la jurisprudence et la position de la doctrine en relation avec cette disposition afin de dégager les critères permettant de circonscrire la portée de l'obligation de l'Etat lorsqu'il agit au moyen du droit privé sans néanmoins accomplir une tâche qui lui est confiée au sens de l'article 35 al. 2 Cst.

L'obligation de respecter les droits fondamentaux découlant de l'article 35 al. 2 Cst. – Au titre de l'obligation générale de respecter les droits fondamentaux pour les collectivités, entités ou personnes tenues par l'article 35 al. 2 Cst., rappelons que le Tribunal fédéral a imposé de respecter, en particulier, la liberté d'expression[249]. La doctrine y ajoute l'obligation de respecter l'interdiction des discriminations et la protection de la liberté humaine; elle propose également une application différenciée des droits fondamentaux selon les circonstances[250]. Cette application différenciée est préconisée afin de tenir compte du fait que l'entité publique agit sur un marché en concurrence, respectivement que le législateur lui a confié la tâche d'exercer une activité économique[251]. Pour notre part, nous avons exclu une application assouplie des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 35 al. 2 Cst., au motif que la notion de tâche de l'Etat doit être comprise strictement et non de manière extensive[252].

Les intérêts contradictoires en jeu. – Lorsque l'Etat est tenu au respect des droits fondamentaux en vertu du seul critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé, des intérêts contradictoires émergent car l'Etat n'accomplit pas une de ses tâches de puissance publique ou d'activité en monopole. Ces intérêts contradictoires sont de différente nature. Ils peuvent s'exprimer par le choix du législateur de voir une activité accomplie sur un marché concurrentiel, comme la fourniture de services postaux hors service universel ou la fourniture

247 *Infra* F.
248 *Supra* C. II.
249 *Ibid.*
250 *Ibid.*
251 *Ibid.*
252 *Ibid.*

d'électricité à des gros consommateurs, par exemple. Il peut s'agir aussi de tenir compte de l'autonomie que l'Etat a voulu donner aux entités décentralisées[253]; celle-ci peut être ténue, comme c'est le cas de bon nombre d'établissements publics, ou à l'inverse extrêmement grande, comme par exemple pour Swisscom ou les banques cantonales. Il importe enfin de prendre en considération l'intérêt de l'Etat à gérer son patrimoine financier de manière rationnelle et efficace, selon des critères économiques ou commerciaux[254], pour l'intérêt indirect que procure son rendement ou sa valeur. Ces éléments doivent être pris en compte dans l'appréciation de la portée de l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Comme on le verra, ils peuvent avoir une portée conséquente, respectivement aucune portée dans l'analyse (II.). Parmi ces critères, l'activité exercée sur un marché en concurrence mérite quelques développements. De même, nous évoquerons la place du droit des marchés publics dans la problématique.

L'activité exercée sur un marché en concurrence. – La question d'une activité économique exercée par une collectivité ou entité publique sur un marché en concurrence est saillante, comme les arrêts La Poste[255], *Glarnersach*[256] et *Aargauische Pensionskasse*[257] l'illustrent à eux seuls. Il vaut la peine de s'y arrêter un instant. La problématique de l'activité en concurrence des collectivités publiques s'examine sous deux aspects. Le premier aspect est celui l'obligation de neutralité concurrentielle de l'Etat (art. 94 Cst.): l'activité concurrentielle de la collectivité publique doit demeurer neutre sur le plan de la concurrence ou ne pas entraîner de distorsion[258]. En particulier, les entreprises étatiques actives à la fois dans un secteur bénéficiant d'un monopole et dans un autre soumis à la concurrence doivent les séparer dans leurs comptes, tout subventionnement transversal de l'activité soumise à la concurrence par l'activité au bénéfice du monopole étant interdit[259]. Cette obligation de neutralité concurrentielle est désormais bien circonscrite dans les principes énoncés dans la jurisprudence; ces principes sont également repris dans la législation sur les cartels[260] et dans les lois régissant certaines activités sectorielles[261]. Cet aspect n'est pas celui qui nous occupe ici. Le second aspect, qui fonde notre propos, est celui illustré par le fait que l'obligation de respecter les droits fondamentaux puisse constituer un frein à l'activité économique de la collectivité publique. Cela a été relevé par le Tribunal fédéral dans l'arrêt *Glarnersach*, à propos d'une éventuelle subsidia-

253 Pour illustration, ATAF 2017 II 1.
254 Tanquerel (note 5), p. 62.
255 ATF 129 III 35.
256 ATF 138 I 378.
257 ATF 142 II 369.
258 ATF 138 I 378, c. 6.2.2, JT 2014 I 3/10.
259 ATF 138 I 378, c. 9.1, JT 2014 I 3/21.
260 Loi sur les cartels et autres restrictions à la concurrence du 6 octobre 1995, RS 251, «LCart».
261 Voir par exemple les art. 19 de la Loi fédérale sur La poste du 17 décembre 2010 (RS 783.0; «LPO») ou 10 de la Loi sur l'approvisionnement en électricité (RS 734.7; «LApEl»), qui interdisent les subventions croisées.

rité de l'activité économique, mais cela vaut *mutatis mutandis* eu égard à la concurrence: «*Il serait en outre contradictoire d'exiger qu'une activité économique de l'Etat soit soumise aux mêmes conditions que des activités similaires des particuliers (c. 6.3.2 in fine), d'une part, et de n'autoriser une activité étatique que s'il n'existe pas d'offre privée suffisante, d'autre part. L'exigence de l'égalité des armes suppose une situation de concurrence entre les entreprises étatiques et privées, situation qui ne peut exister que si, avec l'entreprise étatique, des entreprises privées participent aussi au marché concerné*[262].» Le fait que la collectivité publique exerce sur un marché en concurrence doit donc être pris en compte dans l'examen des droits fondamentaux que celle-ci doit respecter.

Les activités de l'Etat visées par le droit des marchés publics. – L'Etat recourt au droit privé lorsqu'il acquiert les biens, fournitures et services nécessaires à l'exécution de ses tâches *(«Bedarfsverwaltung»)*. En raison de sa qualité de *«demandeur»* sur le marché libre pour acquérir auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques, il tombe dans le champ d'application du droit des marchés publics[263]. Le droit des marchés publics a pour but de parer au risque que des marchés soient adjugés de manière antiéconomique ou discriminatoire en raison du manque de pression sur les coûts dû à l'absence de concurrence. Aussi, un organisme est assujetti au droit des marchés publics parce qu'il est présumé qu'il ne se comportera pas de manière économique[264]. L'assujettissement au droit des marchés publics suppose, parmi d'autres conditions, la poursuite d'un but d'intérêt général par l'entité en cause, d'une part, et l'absence de caractère économique ou commercial de son activité, d'autre part. Le but d'intérêt général est très largement tout but d'intérêt public, même si celui-ci n'appréhende pas seulement des tâches étatiques[265]; le but d'intérêt public est donc compris de manière large. Dans des arrêts antérieurs à l'arrêt *Aargauische Pensionskasse*, le Tribunal fédéral avait axé sa réflexion autour de la notion de *«tâches publiques»* présente dans la définition générale des marchés publics et avait retenu, de la même manière, que la notion de tâche publique doit être définie largement et englobe toutes les activités qui favorisent un intérêt public, sans être nécessairement elles-mêmes des tâches publiques à proprement parler[266]. S'agissant de l'absence de caractère économique ou commercial

262 ATF 138 I 378, c. 8.4.

263 TF 2C_229/2017 du 9 mars 2018, c. 2.2, destiné à la publication; ATF 141 II 113, c. 1.1.2. Selon la collectivité publique en cause, la Loi fédérale sur les marchés publics du 16 décembre 1994 (RS 172.056.1; «LMP») ou l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994/15 mars 2001 sur les marchés publics («AIMP») et les lois cantonales sur les marchés publics s'appliquent. Les règles du droit fédéral, intercantonal et cantonal doivent en outre respecter le droit international, à savoir l'AMP-OMC, et être le cas échéant interprétées conformément à celui-ci.

264 ATF 142 II 369, c. 3.3.3.1, JT 2017 I 55/58.

265 ATF 142 II 369, c. 3.3.2, JT 2017 I 55/57.

266 ATF 135 II 49, c. 5.2.2.

de l'activité, il s'agit d'apprécier celui-ci non pas de manière abstraite, mais de manière concrète, au regard de l'effectivité de la situation de concurrence sur le marché en cause[267]; nous retenons par conséquent que le critère de l'absence d'une activité économique ou commerciale est compris de manière restrictive. Par conséquent, le droit des marchés publics s'applique non seulement à l'activité de l'Etat par laquelle il acquiert les moyens d'accomplir ses tâches, mais également, selon les circonstances, à certaines activités qui peuvent être rangées dans la catégorie des activités économiques sous l'angle de la classification des tâches publiques[268]. Quant à la gestion du patrimoine financier, elle n'est en principe pas soumise au droit des marchés publics, en particulier lorsqu'aucune base légale spécifique ne confie à la collectivité publique le soin d'accomplir la tâche en cause[269]. Les marchés permettant d'accomplir des tâches qui servent uniquement des intérêts privés ne sont pas soumis au droit des marchés publics[270].

L'obligation de respecter les droits fondamentaux découle du droit des marchés publics. – En formalisant une procédure d'adjudication et en la soumettant au droit public, le législateur a posé le cadre et les limites du pouvoir d'appréciation de l'Etat lorsqu'il acquiert les moyens de son action. Le droit des marchés publics a pour objectif, notamment, de garantir l'égalité de traitement entre soumissionnaires[271]. Aussi, les droits fondamentaux qui doivent être respectés dans le cadre de cette procédure ont été pris en compte par la loi. Par conséquent, lorsque le droit des marchés publics est applicable, la question du respect des droits fondamentaux par l'Etat est régie par cette législation, et non plus par l'obligation qui découle du critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé. Par conséquent, les propos qui suivent ne valent pas lorsque l'Etat acquiert les biens, fournitures et services nécessaires à l'exécution de ses tâches publiques et lorsqu'il accomplit certaines activités économiques qui doivent être considérées comme n'étant pas soumises à une concurrence suffisante.

II. La prise en compte des intérêts contradictoires dans l'examen des droits fondamentaux

1. L'interdiction des discriminations

L'interdiction des discriminations. – L'interdiction des discriminations trouve son fondement à l'article 8 al. 2 Cst. ainsi qu'aux articles 14 CEDH et 4 al. 1 et

267 ATF 142 II 369, c. 3.3.3.2, JT 2017 I 55/59.
268 *Supra* C. I. 2.
269 TF 2C_198/2012 du 16 octobre 2012, c. 5.2.3.
270 Message du Conseil fédéral du 15 février 2017 concernant la révision totale du droit des marchés publics, FF 2017 p. Le droit des marchés publics est actuellement en cours de révision. Sur ce point, la révision se réfère à la jurisprudence en vigueur.
271 Art. 1 al 2 LMP et 1 al. 3 let. b AIMP.

26 Pacte ONU II. Selon l'art. 8 al. 2 Cst., nul ne doit subir de discrimination du fait notamment de son origine, de sa race, de son sexe, de son âge, de sa langue, de sa situation sociale, de son mode de vie, de ses convictions religieuses, philosophiques ou politiques ni du fait d'une déficience corporelle, mentale ou psychique. Une discrimination au sens de l'art. 8 al. 2 Cst. est réalisée lorsqu'une personne est juridiquement traitée de manière différente, uniquement en raison de son appartenance à un groupe déterminé historiquement ou dans la réalité sociale contemporaine, mise à l'écart ou considérée comme de moindre valeur. La discrimination constitue une forme qualifiée d'inégalité de traitement de personnes dans des situations comparables, dans la mesure où elle produit sur un être humain un effet dommageable, qui doit être considéré comme un avilissement ou une exclusion, car elle se rapporte à un critère de distinction qui concerne une part essentielle de l'identité de la personne intéressée ou à laquelle il lui est difficilement possible de renoncer. Toutefois l'interdiction de la discrimination au sens du droit constitutionnel suisse ne rend pas absolument inadmissible le fait de se fonder sur un critère prohibé tel que ceux énumérés de manière non exhaustive par l'art. 8 al. 2 Cst. L'usage d'un tel critère fait naître une présomption de différenciation inadmissible qui ne peut être renversée que par une justification qualifiée: la mesure litigieuse doit poursuivre un intérêt public légitime et primordial, être nécessaire et adéquate et respecter dans l'ensemble le principe de la proportionnalité[272]. Protection qualifiée contre l'inégalité de traitement, l'interdiction des discriminations entretient, en outre, un lien étroit avec la protection de la dignité humaine (art. 7 Cst.)[273].

Les critères justifiant une application différenciée des droits fondamentaux ne s'appliquent pas. – En raison du caractère qualifié de la protection qu'il procure, l'article 8 al. 2 Cst., lorsqu'il s'applique, n'a pas à céder le pas sur d'autres intérêts contradictoires. Ainsi, pour Martenet, l'interdiction des discriminations et la protection de la dignité humaine l'emportent en toute hypothèse sur les considérations concurrentielles[274]. A notre sens, il doit en aller de même lorsqu'une entité décentralisée invoque son autonomie ou son souci de gérer son patrimoine financier de manière rationnelle et efficiente. Ainsi, l'Etat ne peut évidemment pas envisager d'établir, au nom de la gestion rationnelle de son patrimoine financier, un système de *«liste noire»*, fondée sur des critères discriminatoires comme la couleur de peau ou l'orientation sexuelle de catégories de personnes qui ne seraient pas admises à se voir allouer un logement relevant de son patrimoine financier[275]. Pour d'autres critères de distinction, toute la question est alors évidemment d'apprécier ce qui relève ou non de la discrimination. En l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'interdiction de la

272 ATF 143 I 129, c. 2.3.1.
273 Dubey (note 87), p. 587; Martenet (note 93), p. 420.
274 Martenet (note 93), p. 135.
275 Tanquerel (note 5), p. 62–63.

discrimination déploie uniquement un effet asymétrique, en protégeant les personnes physiques appartenant à certains groupes défavorisés[276]; la conception selon laquelle la protection a également une dimension symétrique, visant alors, de manière neutre, les personnes physiques appartenant à tout groupe caractérisé, n'est pas retenue en jurisprudence[277]. C'est donc à notre sens sous l'angle général de l'égalité de traitement qu'il convient d'apprécier si l'Etat peut écarter des candidats à son parc locatif des locataires considérés comme «naturellement quérulents» à raison de la profession qu'ils exercent.

2. *Les libertés*

Les libertés. – Les libertés sont les droits fondamentaux qui garantissent à l'individu et à la société une certaine sphère d'autonomie en imposant essentiellement à l'Etat de s'abstenir de toute mesure de nature à interférer avec leurs actions[278]. Les libertés peuvent être restreintes aux conditions de l'article 36 Cst.: une atteinte aux libertés doit reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité. Savoir si les critères justifiant une application différenciée des droits fondamentaux doivent être pris en compte dans l'appréciation de la restriction des libertés est illustré à l'aide de l'état de fait à l'appui de l'arrêt La Poste[279].

L'activité exercée sur un marché en concurrence. L'arrêt La Poste. – C'est en effet par cette grille d'analyse qu'il s'agit d'apprécier l'arrêt La Poste laquelle est, selon l'opinion que nous soutenons, tenue au respect des droits fondamentaux en raison du seul fait qu'il s'agit d'une entité de droit public. Le refus d'acheminer les publications d'ACUSA consistait en un refus de contracter de la part de La Poste Le refus de contracter de La Poste constitue à notre sens une atteinte à la liberté d'expression d'ACUSA puisque cette association n'a pas été en mesure de diffuser ses publications; en cela, la situation est analogue à l'état de fait à la base de l'arrêt SSR, dans lequel le refus de Publisuisse SA de diffuser le spot publicitaire de cette même association a été considéré comme portant atteinte à sa liberté d'expression[280]. S'agissant des conditions de restriction des droits fondamentaux (art. 36 Cst.), nous ne nous attardons pas sur l'exigence de la base légale, en précisant néanmoins que d'éventuelles conditions générales ne valent pas base légale, de sorte que celle-ci devrait être cherchée dans la LPO[281]. S'agissant de l'intérêt public, il s'agit de se demander si l'exercice d'une activité sur un marché en concurrence constitue un tel intérêt. L'inté-

276 ATF 138 I 205, c. 5.4; ATF 137 V 334, c. 6.2.1; ATF 129 I 217, c. 1.1. Dubey (note 87), p. 588; Kleber Eleonor, La discrimination multiple, Zurich 2015, p. 53 ss.
277 Sur cet enjeu: Dubey (note 87), p. 588; Kleber (note 268), p. 53 ss, et les références.
278 Aubert/Mahon (note 84), Remarques liminaires au Titre II, N 3; Dubey (note 87), p. 30.
279 ATF 129 III 35.
280 ATF 139 I 306.
281 ATF 139 I 306, c. 4.

rêt fiscal de l'Etat, soit son intérêt à l'acquisition de ressources, fait partie des intérêts publics reconnus au titre de l'art. 5 al. 2 Cst. pour guider son action[282]. En revanche, il est généralement admis que l'intérêt fiscal ne permet pas de justifier une atteinte aux droits fondamentaux (art. 36 Cst.)[283]. Dans l'arrêt *Glarnersach*, toutefois, le Tribunal fédéral semble admettre l'intérêt fiscal comme un intérêt public permettant de restreindre les droits fondamentaux[284]. Mais dans le même temps, le Tribunal fédéral règle la question sous l'angle de la proportionnalité au sens étroit, en reconnaissant une éventuelle qualité d'intérêt public de l'intérêt fiscal mais qui s'avère non suffisante dans la pesée des intérêts: *«L'intérêt fiscal, soit l'intérêt à l'acquisition de ressources pour l'Etat, ne constitue que dans une très faible mesure un motif suffisant de restreindre des droits fondamentaux individuels»*[285]. En toute hypothèse, l'intérêt de l'Etat d'accroître ses ressources, lequel accroissement est réalisé en l'occurrence au moyen de l'exercice d'une activité économique en concurrence, n'est pas – si l'on admet qu'il entre dans l'examen en lui reconnaissant la qualité d'intérêt public – un motif suffisant pour justifier une atteinte aux libertés. Cette grille d'analyse nous mène donc à retenir que, dans l'état de fait à l'origine de l'arrêt La Poste, celle-ci a très vraisemblablement causé une atteinte non justifiée à la liberté d'expression d'ACUSA.

Les critères justifiant une application différenciée des droits fondamentaux n'ont pas de portée. – De manière générale, l'intérêt de l'Etat à accroître ses ressources ne permet pas de justifier une atteinte aux libertés: soit il ne s'agit pas d'un intérêt public reconnu, soit celui-ci n'a pratiquement aucun poids dans la pesée des intérêts. Or, tant une activité exercée sur un marché en concurrence que l'intérêt de l'Etat à la gestion rationnelle de son patrimoine financier, de même que dans une certaine mesure la préservation de l'autonomie de l'entité décentralisée, visent un tel but. Par conséquent, il ne peut de notre avis être que difficilement question d'une application différenciée des droits fondamentaux dans le domaine des restrictions aux libertés.

3. L'égalité de traitement

L'égalité de traitement. – Une décision viole le principe de l'égalité de traitement consacré à l'art. 8 al. 1 Cst. lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à réglementer ou qu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il

282 Wyss Martin, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Berne 2001, p. 358–359.
283 Wyss (note 274), p. 360 ss, et les références.
284 ATF 138 I 378, c. 8.6.1.
285 *Ibid*.

faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante[286]. L'inégalité de traitement apparaît ainsi comme une forme particulière d'arbitraire, consistant à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement[287].

La problématique. – L'égalité de traitement est le droit fondamental pour lequel il est le plus difficile d'apprécier l'impact des critères pouvant justifier une application différenciée des droits fondamentaux. En effet, ce droit fondamental est dans une grande mesure susceptible d'entraver l'Etat dans son action puisque le particulier qui l'invoque n'a ni à établir qu'il est protégé par une liberté, encore moins à se prévaloir d'un motif de discrimination. Il lui suffit *a priori* d'invoquer la comparaison avec une situation semblable pour revendiquer un traitement similaire. C'est donc dans ce contexte que la nécessité d'une application différenciée des droits fondamentaux se fait sentir et déploie ses effets. Pour illustrer nos propos, nous aborderons successivement les deux questions choisies de l'obligation de contracter, sur laquelle l'égalité de traitement n'a à notre sens guère de portée, et celle des conditions salariales des employés de l'Etat, pour lesquelles l'égalité de traitement doit être respectée.

L'égalité de traitement n'emporte pas obligation de contracter. – Au stade du choix du partenaire contractuel, l'égalité de traitement ne peut à notre sens pas être invoquée pour contraindre l'Etat à conclure avec une personne plutôt qu'une autre. Comme le relève MARTENET, l'obligation de respecter l'égalité de traitement ne signifie pas encore que la collectivité publique a l'obligation de contracter, respectivement l'obligation de fournir une prestation à quiconque en fait la demande[288]. Aussi, nous sommes d'avis que seul un refus de contracter fondé sur des motifs discriminatoires[289] ou emportant la violation d'une liberté[290] pourrait être opposé à l'Etat afin de le contraindre à conclure; hormis ces cas, l'Etat a le choix de son partenaire contractuel. Cette conclusion s'impose eu égard au but poursuivi par l'Etat lorsqu'il agit en droit privé, à savoir de pouvoir fonder son activité sur des principes commerciaux et d'économie; en effet, la saine gestion du patrimoine financier constitue un intérêt public légitime. Pour sa part, TANQUEREL retient, à propos de la gestion du patrimoine financier, qu'une *«soumission complète aux droits fondamentaux, en particulier l'égalité de traitement, ne paraît pas adéquate vu la nature du patrimoine financier»*[291]. A notre sens, cela vaut pour toute l'activité contractuelle de l'Etat

286 ATF 141 I 153, c. 5.1; ATF 137 V 334, c. 6.2.1.
287 ATF 141 I 153, c. 5.1.
288 MARTENET (note 93), p. 135.
289 *Supra* 1. Pour une illustration, dans une relation soumise au droit public: ATF 140 I 201 c. 6.3–6.4.
290 *Supra* 2.
291 TANQUEREL (note 5), p. 63. Du même avis, mais excluant en outre toute application des droits fondamentaux: DUBEY/ZUFFEREY (note 5), p. 546. Apparemment *contra*: HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (note 15), p. 539.

soumise au droit privé. Partant, les CFF, lorsqu'ils gèrent leur parc immobilier et proposent des surfaces commerciales et de logement sur le marché, sont libres de choisir leurs locataires au même titre que n'importe quel bailleur. De la même manière, une commune peut pour sa part attribuer à qui bon lui semble la gérance d'un hôtel cinq étoiles dont elle est propriétaire[292]. Nous verrons ci-après que dans ces cas, le contrôle politique issu de la bonne gouvernance des collectivités et entreprises publiques de même que le contrôle citoyen rendu possible par les règles sur la transparence sont susceptibles d'atténuer quelque peu cette conclusion[293].

L'égalité de traitement et le personnel engagé sous contrat de droit privé. – L'égalité de traitement occupe une place particulière dans la gestion du personnel de l'Etat. L'on songe tout d'abord à la problématique du recours au droit privé pour l'engagement de celui-ci. La Constitution ne règle pas la nature juridique des rapports de travail des employés de l'Etat mais il est admis de longue date que, dans certaines situations, il existe le besoin de recourir au droit privé[294]. Le droit privé peut s'appliquer à l'ensemble du personnel d'une entité décentralisée, comme c'est le cas du personnel de Pro Helvetia[295], de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents[296], de l'Autorité fédérale en matière de révision[297], ou de Swisscom[298] notamment. Dans ce cas, la question de savoir si l'égalité de traitement entre employés est réalisée face au choix de la relation de droit de travail de droit privé ne se pose guère puisque tous les employés de la même entité sont soumis au même régime juridique[299]. En revanche, le droit privé peut aussi s'appliquer à certains employés seulement, par choix de la collectivité publique, pour autant qu'une base légale le permette[300]. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral exige, au nom de l'égalité de traitement, qu'il y ait une raison objective de faire coexister des statuts différents de droit privé et de droit public[301]. Relève d'une telle raison objective l'engagement

292 ATA/112/2018 du 6 février 2018 (Cour de justice, Genève).

293 *Infra* F. II.

294 TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.1, et les références.

295 Art. 39 de la Loi fédérale sur l'encouragement de la culture du 11 décembre 2009, RS 442.1.

296 Art. 65b de la Loi fédérale sur l'assurance-accident du 20 mars 1981, RS 832.20.

297 Art. 33 de la Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs du 16 décembre 2005, RS 221.302.

298 Art. 16 de la Loi fédérale sur l'organisation de l'entreprise fédérale de télécommunications du 30 avril 1997, RS 784.11.

299 Défago Gaudin Valérie, Les obstacles à la privatisation de la fonction publique, in: Le droit de la relation de travail à la croisée des chemins: Convergences et divergences entre le droit privé du travail et le droit de la fonction publique, Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Perrenoud Stéphanie (éd.), Neuchâtel 2016, p. 259/266 ss; Tanquerel Thierry, Droit public et droit privé: unité et diversité du statut de la fonction publique, in: Les réformes de la fonction publique, Tanquerel Thierry/Bellanger François (éd.), Genève/Zurich/Bâle 2012, p. 49/74-75.

300 TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.3. Par exemple art. 6 de la Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000, RS 172.220.1.

301 TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.4.

d'employés engagés pour une durée limitée ou pour une mission particulière[302]. Lorsque ces raisons objectives font défaut, le contrat de droit privé est requalifié en un contrat de droit administratif[303]. L'égalité de traitement vaut également pour ce qui est de la détermination des conditions de travail des employés, notamment le salaire. Que ce soit l'ensemble du personnel d'une entité décentralisée qui soit soumis au droit privé ou seulement quelques employés d'une collectivité publique ou d'une entité décentralisée, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté[304]. En particulier, lorsque des employés sont engagés sous statut de droit privé alors que la collectivité ou l'entité connaît un régime de service de droit public, nous sommes d'avis que le salaire desdits employés doit être fixé selon les mêmes critères que ceux appliqués aux employés ou fonctionnaires sous statut de droit public. La saine gestion des deniers publics ne saurait constituer un motif pour porter atteinte au principe de l'égalité de traitement.

4. Synthèse

Synthèse. – Il découle de la casuistique qui précède, qui n'est pas exhaustive, que l'obligation de respecter les droits fondamentaux se déploie différemment selon le droit fondamental en cause. L'interdiction des discriminations doit être respectée strictement et l'Etat ne peut invoquer aucun motif lié au fait qu'il exerce une activité en concurrence, qu'il dispose d'une autonomie organisationnelle ou qu'il est tenu à une gestion rationnelle et efficiente de son patrimoine financier pour s'y soustraire. Lorsqu'il s'agit de la restriction à une liberté, ces motifs peuvent entrer en ligne de compte mais ils n'ont qu'un poids relatif dans l'analyse du caractère admissible de l'atteinte au droit fondamental. C'est en revanche dans l'analyse du respect de l'égalité de traitement que ces critères peuvent être reçus et ils s'expriment avant tout autour de l'absence d'obligation de contracter.

F. Le contrôle de la mise en œuvre des droits fondamentaux

Plan. – Nous abordons dans ce dernier chapitre la question du contrôle juridictionnel des droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé en proposant d'intégrer celui-ci dans le contrôle des actes matériels lorsque d'autres voies de droit ne sont pas disponibles (I.). Nous évoquerons enfin très brièvement, sous forme d'hypothèse, les conséquences probables des moyens de contrôle politique découlant des règles relatives à la gouvernance des entreprises publiques et du contrôle citoyen issu des règles sur la transparence (II.).

---

302 Tanquerel (note 290), p. 74.
303 TF 8C_227/2014 du 18 février 2015, c. 4.2.4.
304 Tanquerel (note 290), p. 75.

I. Le contrôle juridictionnel

Le constat. – Les droits fondamentaux ont comme qualité intrinsèque de pouvoir être invoqués devant un juge[305]. Leur mise en œuvre ou l'absence de celle-ci doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Toutefois, le faible nombre d'arrêts rendus, de même que la teneur de certaines décisions, nous amènent à supposer que le contrôle du respect des droits fondamentaux est rarement mis en œuvre lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé. Sur le plan quantitatif, le faible contentieux s'explique tout d'abord par le fait que les plaideurs semblent ne pas invoquer, devant les juridictions civiles qui sont compétentes pour trancher les litiges en matière de droit privé, des griefs de nature constitutionnelle, alors même que les règles procédurales, *a priori*, le leur permettent[306]. Une rapide revue de l'ensemble des arrêts publiés des cours civiles du Tribunal fédéral permet de l'illustrer: à notre connaissance, le seul arrêt publié dans lequel le Tribunal fédéral a été saisi de la question du respect des droits fondamentaux par l'Etat dans une cause civile est l'arrêt La Poste[307]; ACUSA avait en effet demandé à la juridiction civile de constater que le refus de distribuer les tracts était illicite, en invoquant, entre autres griefs, la protection des droits fondamentaux. Comme mentionné en introduction de cette contribution, il serait intéressant d'examiner de manière systématique la jurisprudence des juridictions civiles cantonales, juridictions du travail et juridictions des baux comprises, afin d'identifier les obstacles rencontrés par les plaideurs. Rappelons également que le droit des marchés publics, en formalisant la procédure de choix du partenaire contractuel de l'Etat lorsqu'il acquiert les moyens nécessaires à l'accomplissement de ses tâches publiques, n'est pas compris dans le contrôle juridictionnel que nous évoquons ici; cette législation a en effet intégré le respect des droits fondamentaux dans ses règles matérielles et, partant, assure la protection qui s'y rapporte. Sur le plan qualitatif, le fait que le Tribunal fédéral confirme généralement – mais pas systématiquement[308] – le refus d'entrer en matière prononcé par les autorités cantonales lorsqu'un acte détachable est invoqué[309] est un autre élément de nature à fermer la porte du contrôle juridictionnel. Cette problématique se retrouve avant tout dans le domaine de la gestion du patrimoine financier. En revanche, il apparaît que le contrôle juridictionnel des droits fondamentaux est plus vivant lorsqu'il emprunte la voie de la procédure administrative. Une telle voie est ouverte lors-

305 Aubert/Mahon (note 84), Remarques liminaires au Titre II, N 3; Auer/Malinverni/Hottelier (note 88), p. 7; Dubey (note 88), p. 18.

306 Art. 95 let. a LTF. Corboz Bernard, Commentaire de la LTF, Corboz Bernard/Wurzburger Alain/Ferrari Pierre/Frésard Jean-Maurice/Aubry Girardin Florence (éd.), 2ème éd., Berne 2014, Art. 95 N 20.

307 ATF 129 III 35.

308 TF 2C_314/2013 du 19 mars 2014, c. 1.1.2, ZBl 116/2015 p. 146.

309 TF 4A_221/2008 du 23 septembre 2008.

qu'une autorité de surveillance[310], d'examen des plaintes[311] ou de régulation est instituée et qu'elle est habilitée à rendre des décisions. De telles autorités existent notamment lorsque l'Etat fournit une prestation de service public car, souvent, l'ouverture des marchés a été accompagnée par la mise en place de mécanismes de surveillance et de régulation sectorielle. Le contentieux de droit public est également ouvert dans le cas de la gestion déléguée du patrimoine administratif, la prise de position de l'Etat envers son partenaire contractuel quant à la gestion de ses biens étant considérée comme une décision[312].

La nécessité d'un contrôle juridictionnel. – Un contrôle juridictionnel généralisé de la mise en œuvre des droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé est, de notre opinion, indispensable. En effet, le fait que le contrôle juridictionnel ne soit pas ouvert pour certains actes de l'Etat, soit que le législateur ne l'a pas prévu, soit que l'organisation de la collectivité publique ne s'y prête pas, n'est pas admissible. Nous nous référons en cela à l'arrêt que le Tribunal fédéral a rendu en 2006 à propos du règlement interne d'un centre pour requérants d'asile, qui limitait les heures de sortie des occupants, l'arrêt FAREAS: *«La Fareas est tenue, dans l'accomplissement de son mandat, de veiller au respect des droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation conformément à l'art. 35 al. 2 Cst. (…). Afin que cette exigence, déjà déduite par la jurisprudence de l'ancienne Constitution fédérale (…), soit effective, l'Etat se doit (…) de garantir une protection juridique minimum aux personnes susceptibles d'être touchées dans leurs droits fondamentaux par les actes du délégataire de tâches publiques, du moins pour les atteintes potentielles d'une certaine gravité.»*[313]. Cet arrêt a été rendu dans le cadre du contrôle des actes d'un délégataire privé chargé de tâches de l'Etat. Toutefois, l'assertion selon laquelle une protection juridique minimum doit être garantie aux personnes susceptibles d'être touchées dans leurs droits fondamentaux est transposable à l'Etat lorsqu'il agit au moyen du droit privé, même si l'article 35 al. 2 Cst. ne s'applique pas. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, le critère fonctionnel de l'article 35 al. 2 Cst. et le critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé emportent une obligation de nature similaire à charge de l'Etat[314].

La garantie de l'accès au juge. – Depuis 2007, la Constitution prévoit la garantie de l'accès au juge. L'article 29a Cst. donne à toute personne le droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire[315]. Il étend le contrôle judiciaire en principe à toutes les contestations juridiques portant sur les droits et les obligations de personnes physiques ou morales conférés par le droit maté-

310 ATAF 2017 II 1; ATF 136 II 457.
311 ATF 139 I 306.
312 ATF 138 I 274; ATF 127 I 84.
313 ATF 133 I 49, c. 4.2. Eg. 126 I 250, c. 2d.
314 *Supra* E. I.
315 ATF 136 I 323, c. 4.2.

riel[316]. La garantie n'empêche pas que le législateur pose des conditions destinées à limiter l'accès au recours à la contestation des seules décisions. En revanche, selon les circonstances, elle ouvre le contrôle juridictionnel à certains actes matériels de l'administration[317]. Par conséquent, lorsqu'il n'est pas ouvert à la faveur de la prise d'une décision par l'autorité, ou lorsqu'il n'est pas possible de saisir les juridictions civiles, le contrôle juridictionnel du respect des droits fondamentaux par l'Etat lorsqu'il agit en droit privé doit être envisagé par le contrôle des actes matériels de l'Etat.

La protection déduite de la demande de décision portant sur les actes matériels. – Selon l'article 25a de la Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968[318], toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations rende une décision sur de tels actes; l'intéressé peut par exemple demander la constatation de l'illicéité de l'acte en cause (art. 25a al. 1 let. c PA). En substance, cette disposition vise à permettre à l'administré de s'en prendre à des actes matériels de l'administration qu'il considère comme illicites[319]. La recevabilité d'une demande de décision portant sur un acte matériel est soumise à la réalisation de deux conditions. D'une part, le demandeur doit faire valoir un intérêt digne de protection au sens de l'article 6 PA *cum* 48 PA et 89 LTF. Pour que cette exigence soit remplie, il convient d'établir une relation suffisamment étroite entre la personne requérante et l'acte matériel en cause; l'intérêt en question peut être de droit ou de fait, étant précisé que le requérant doit pouvoir tirer de la décision sollicitée un avantage pratique en relation avec cet acte matériel[320]. D'autre part, le demandeur doit pouvoir établir qu'il subit une atteinte à sa situation juridique; tel est le cas lorsqu'il invoque la violation de droits fondamentaux[321]. Enfin, le mécanisme de l'article 25a PA cède le pas à d'autres voies si une protection juridique est assurée d'une autre manière[322].

L'activité relevant du droit privé comme acte matériel. – En droit administratif, les décisions sont opposées aux actes matériels. La distinction entre les premières et les seconds tient à l'effet qui s'y rapporte: les décisions ont pour but de modifier une situation juridique en créant, annulant, modifiant ou constatant un droit, ou en rejetant une demande formée à cet effet. A l'inverse, les actes matériels n'ont pas pour but de modifier une situation juridique[323]. Selon

316 ATF 136 I 323, c. 4.4.
317 ATF 136 I 323, c. 4.4.
318 RS 172.021; «PA».
319 ATF 140 II 315, c. 2, RDAF 2015 I p. 300/301-302.
320 ATF 140 II 315, c. 4.3, RDAF 2015 I p. 300/303.
321 ATF 140 II 315, c. 4.2, RDAF 2015 I p. 300/303. Eg. ATF 143 I 336, c. 4.3.1, JT 2017 I 197/200.
322 ATF 140 II 315, c. 3, RDAF 2015 I p. 300/302.
323 Häfelin/Müller/Uhlmann (note 15), p. 231; Tanquerel (note 5), p. 231.

le Tribunal fédéral, *«alors que la décision a pour objet de fixer des droits ou des obligations (art. 5 PA), l'acte matériel se borne à 'toucher' des droits et obligations»*[324]. Avec TANQUEREL, nous retenons que lorsque l'Etat agit en droit privé, il accomplit des actes matériels[325]. En effet, lorsque l'Etat conclut un contrat portant sur son patrimoine financier, il ne prend pas un acte soumis au droit public destiné à fixer les droits ou obligations de son partenaire contractuel, mais dans le même temps des droits et obligations naissent de cette action.

Des actes fondés sur le droit public fédéral? – Une interrogation de taille demeure pour les actes de l'Etat soumis au droit privé. En effet, l'article 25a PA exige que l'acte à prendre par l'autorité à l'issue de la procédure de demande de décision portant sur un acte matériel relève du droit public. La question est donc de savoir si la protection découlant de l'article 25a PA exclut l'activité de l'Etat en droit privé. Le Tribunal fédéral n'a pas eu à se prononcer sur cette question et la doctrine est partagée. Pour certains auteurs, la protection déduite de la demande de décision portant sur des actes matériels ne vaut pas pour l'activité de droit privé de l'administration puisqu'en toute hypothèse celle-ci ne serait pas en mesure de statuer sur la base du droit public[326]. D'autres auteurs admettent implicitement que l'article 25a PA puisse valoir pour l'activité étatique relevant du droit privé dans la mesure où ils analysent la question de la subsidiarité de la protection eu égard aux actions civiles[327]. A notre sens, la question doit être tranchée à la lumière de la jurisprudence consacrant la nécessité d'un contrôle juridictionnel lorsque des droits fondamentaux sont en cause, à savoir l'arrêt FAREAS[328]. Bien que cet arrêt ait été rendu avant que l'article 25a PA n'entre en vigueur, il consacre la protection des individus contre des atteintes à leurs droits fondamentaux, quelle que soit la nature juridique de la relation entre ces individus et l'entité chargée d'une tâche publique, respectivement, selon la position que nous soutenons, l'Etat. Or, cette protection découle directement de la Constitution, de sorte que l'article 25a PA doit être interprété conformément à l'article 35 al. 2 Cst. La protection déduite de la demande de décision portant sur les actes matériels doit, partant, également valoir pour les actes que l'Etat accomplit au moyen du droit privé puisqu'il s'agit d'assurer la protection des droits fondamentaux. Pour ce même motif, nous sommes d'avis que cette protection vaut de manière générale, même dans les cantons qui n'ont pas adopté de disposition analogue à l'article 25a PA[329].

---

324 ATF 140 II 315, c. 4.3, RDAF 2015 I p. 300/303.

325 TANQUEREL (note 5), p. 231.

326 HÄNER ISABELLE, Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (éd.), 2ème éd., Zurich 2016, Art. 25a N 15; KIENER REGINA/RÜTSCHE BERNHARD/KUHN MATTHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 2ème éd., Zurich/Saint-Gall 2015, p. 106.

327 KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3ème éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, p. 128–130.

328 ATF 133 I 49.

329 Sur cette question: TANQUEREL (note 5), p. 242.

La protection déduite de la demande de décision portant sur les actes matériels comme acte détachable. – Admettre la protection déduite de la demande de décision portant sur les actes matériels pour l'activité de l'Etat soumise au droit privé revient à formaliser l'intention de la collectivité publique ou de l'entité décentralisée dans une décision, tout en laissant la relation contractuelle nouée avec le particulier soumise au droit privé. Cela mène donc à une solution analogue à celle découlant de la mise en œuvre de la théorie de l'acte détachable dans laquelle l'acte consistant en la décision de conclure est assimilé à une décision. Par conséquent, dans les cas où la protection juridictionnelle n'est pas assurée par l'accès aux juridictions civiles ou à une autorité de régulation ou de surveillance, ou par la prise d'une décision par l'Etat, il incombe à notre sens au Tribunal fédéral d'admettre la théorie de l'acte détachable. Cela vaut en particulier pour la gestion du patrimoine financier, pour laquelle il n'existe pas d'autorité de régulation ou de surveillance.

La limite de la protection déduite de la demande de décision portant sur des actes matériels. – Comme mentionné ci-dessus, la protection déduite de la demande de décision portant sur des actes matériels est subsidiaire à d'autres types de contrôles juridictionnels. En particulier, la doctrine tend à considérer que lorsque la voie civile est ouverte, l'article 25a PA ne trouve pas application[330]. Cette exigence réduit d'autant la possibilité de voir ouvert ce type de contrôle, même s'il est plus aisé et moins onéreux à mettre en œuvre qu'une action civile.

Synthèse. – La protection juridictionnelle se déploie de manière variée lorsque l'Etat agit en droit privé. La violation des droits fondamentaux par l'Etat lorsqu'il agit en droit privé peut être invoquée devant les juridictions civiles, devant une autorité de surveillance ou de régulation, voire une autorité de recours lorsque la position de l'Etat s'exprime par la voie d'une décision. Lorsqu'aucune de ces voies n'est disponible, la protection juridictionnelle doit être assurée par la mise en œuvre de la demande de décision portant sur les actes matériels de l'administration et la théorie de l'acte détachable doit dans ce cadre être reçue.

II. Le contrôle issu de la gouvernance des entreprises publiques et des règles sur la transparence

La problématique. – La gestion de l'Etat est soumise à un contrôle et à une visibilité plus importants que le secteur privé. En effet, maintes formes de contrôle de l'administration existent et se conjuguent selon les circonstances. Outre le contrôle juridictionnel évoqué ci-avant[331], l'on peut mentionner, notamment, la surveillance exercée par le gouvernement sur ses propres services

330 Kölz/Häner/Bertschi (note 326), p. 130.
331 *Supra* I.

ou sur les entités décentralisées qui en dépendent, ou la haute surveillance parlementaire sur l'activité de l'administration. Ces formes de surveillance sont cumulées avec la surveillance financière exercée par l'organe administrativement indépendant *ad hoc* de la collectivité publique en cause, le Contrôle fédéral des finances ou ses homologues cantonaux et, lorsqu'elle existe, l'évaluation des politiques publiques, par exemple par une Cour des comptes. A ces formes organisées de surveillance s'ajoute le contrôle citoyen de l'activité de l'administration issu des règles sur la transparence[332]. L'ensemble de ces instruments a très certainement pour effet de participer à la garantie de la mise en œuvre des droits fondamentaux lorsque l'Etat agit au moyen du droit privé. En effet, nous pensons qu'ils incitent l'Etat à adopter un comportement pouvant être expliqué et justifié sous l'angle politique[333], quitte à auto-limiter le pouvoir d'appréciation dont il dispose. Or, nous avons retenu que, bien que l'Etat soit tenu au respect des droits fondamentaux lorsqu'il agit en droit privé, la portée du principe de l'égalité de traitement est relativement limitée. C'est avant tout eu égard à la mise en œuvre de ce principe qu'il pourrait être question d'une auto-discipline de l'Etat lorsqu'il agit en droit privé. Cela étant, nous ne vérifierons pas cette hypothèse dans le présent Rapport, entreprise qui relève d'ailleurs à la fois de la science juridique et de la science politique; nous nous contenterons d'évoquer très sommairement les règles en matière de gouvernance des entreprises publiques et le principe de transparence, dans la mesure où les premières valent avant tout dans les secteur libéralisés dans lesquels l'Etat agit en droit privé et dans la mesures où les seconde ont été illustrées en pratique en relation avec la gestion du patrimoine financier de l'Etat.

La gouvernance des entreprises publiques. – La gouvernance des entreprises publiques fait l'objet de Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance d'entreprises publiques, élaborées initialement en 2005 et mises à jour en 2015. Il s'agit de recommandations adressées aux pouvoirs publics concernant les moyens de s'assurer que les entreprises publiques exercent leurs activités de manière efficace, transparente et responsable. Elles constituent la norme internationalement reconnue relative à la façon dont la puissance publique doit assumer sa fonction d'actionnaire afin d'éviter les pièges que représentent d'une part, un actionnariat passif, et d'autre part, un interventionnisme excessif de la part de l'État[334]. Sur le plan interne, la Confédération a émis en 2006 un Rapport sur le gouvernement d'entreprise portant sur l'externalisation des tâches de la Confédération et la gestion des entités devenues autonomes[335]. Le Rapport

332 A propos des divers moyens de contrôle de l'administration: Ulhmann Felix, Die Kontrolle des Verwaltungshandelns, ZBl 118/2017, p. 471 ss.

333 S'agissant de la haute surveillance parlementaire: Schindler (note 237), p. 386; s'agissant de la transparence: Schindler (note 237), p. 377.

334 OCDE, Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques, 2015, p. 3.

335 Conseil fédéral, Rapport du 13 septembre 2006 sur l'externalisation et la gestion des tâches de la Confédération (Rapport sur le gouvernement d'entreprise), FF 2006 p. 7799 ss. Le Rapport

a, notamment, pour objet de concilier le double rôle de l'Etat, à la fois propriétaire et garant de l'exécution de tâches publiques, en particulier dans les domaines d'activité libéralisés[336]. La gouvernance des entreprises de la Confédération se fait au moyen de la fixation d'objectifs stratégiques (art. 8 al. 5 de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 21 mars 1997[337]). Ces objectifs stratégiques servent tout d'abord d'instrument de pilotage; ils constituent également la base de référence pour la haute surveillance parlementaire mise en place dans ce contexte[338]. Ces principes de gouvernance et la haute surveillance qui s'y attache sont de nature à inciter les entités décentralisées à adopter une gestion plus transparente et exempte de critiques dans la mesure où, au-delà du droit, ces entités doivent rendre compte aux instances politiques.

Les règles en matière de transparence. – Depuis 2006, date de l'entrée en vigueur de la Loi fédérale sur la transparence de l'administration du 17 décembre 2004[339], le principe du secret de l'activité de l'administration *(«secret sous réserve de transparence»)* a été aboli en faveur du principe de la transparence *(«transparence sous réserve du secret»)*. Le principe de la publicité sert la transparence et il doit promouvoir la confiance du citoyen dans les institutions étatiques et leur fonctionnement; c'est aussi une condition importante d'une participation démocratique appropriée au processus de décision politique et à un contrôle efficace des autorités étatiques[340]. Les cantons ont aussi pour la plupart adopté des lois dans ce sens. Le contrôle citoyen mis en place par les législations sur la transparence participe également à ce que les collectivités et entités qui y sont soumises adoptent des comportements qui se conforment au respect de l'égalité de traitement, dont on a vu qu'elle s'imposait avec moins de vigueur que les autres droits fondamentaux. Par exemple, une collectivité publique peut être encline à organiser une procédure d'appel d'offres pour la mise en gérance d'un bien relevant de son patrimoine financier, alors même qu'elle n'y est pas tenue par les règles sur les marchés publics[341].

---

sur le gouvernement d'entreprises est complété par un Rapport explicatif de l'Administration fédérale des finances qui explicite les principes directeurs fixés par le Conseil fédéral: Administration fédérale des finances, Rapport explicatif du 13 septembre 2006 concernant le rapport du Conseil fédéral sur le gouvernement d'entreprise, Berne 2006, disponible à l'adresse https://www.efv.admin.ch/efv/fr/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html. Voir ég. Conseil fédéral, Rapport du 25 mars 2009 complétant le rapport sur le gouvernement d'entreprise – Mise en œuvre des résultats des délibérations au sein du Conseil national, FF 2009, p. 2299 ss.

336 Rapport sur le gouvernement d'entreprise (note 334), p. 7831–7832.

337 RS 172.010; «LOGA».

338 Voir la Loi fédérale du 17 décembre 2010 relative à la participation de l'Assemblée fédérale au pilotage des entités devenues autonomes, RO 2011 p. 5859 ss.

339 RS 152.3; «LTrans».

340 ATF 142 II 113, c. 3.1, JT 2017 I 3/4-5.

341 Pour illustration: ATA/112/2018 (Cour de justice, Genève), c. 5a, dans lequel la Ville de Genève expose s'être astreinte à une procédure d'appel d'offres pour des raisons politiques, afin de pouvoir expliquer ce choix aux élus et aux citoyens.

Les règles en matière de transparence. Leur application à la gestion du patrimoine financier? –Le Tribunal fédéral a eu l'occasion d'admettre que des lois cantonales pouvaient être comprises comme excluant de leur champ d'application la gestion du patrimoine financier[342]; il s'agissait en l'occurrence d'une demande tendant à obtenir l'état locatif d'un immeuble détenu par l'Etat de Genève. Cet arrêt a été critiqué en doctrine pour des motifs tenant à l'interprétation de la loi genevoise sur l'accès aux documents détenus par l'administration[343]. Parvenue au terme de ce Rapport, nous ajoutons que le besoin de transparence est d'autant plus accru dans ce domaine que la gestion du patrimoine financier est celle des activités de l'Etat, lorsqu'il agit en droit privé, qui n'est soumise ni à l'obligation de respecter les droits fondamentaux découlant de l'article 35 al. 2 Cst.[344], ni au droit des marchés publics[345], qui est celle pour laquelle la collectivité publique a un grand pouvoir d'appréciation[346] et qui, en l'état de la jurisprudence du Tribunal fédéral, ne fait pas l'objet d'un contrôle juridictionnel généralisé du respect des droits fondamentaux[347].

G. Conclusion

La question du cadre juridique entourant l'activité de l'Etat lorsqu'il agit au moyen du droit privé n'est pas nouvelle. De nombreux auteurs avant nous ont tenté d'en circonscrire les enjeux tant théoriques que pratiques, au temps de l'avènement du service public au milieu du siècle dernier comme au temps de sa mue vers une activité peu ou prou économique, engagée depuis la fin de celui-ci.

Le droit des marchés publics, qui, depuis une vingtaine d'années, couvre l'activité par laquelle l'Etat se procure les moyens d'accomplir ses tâches publiques, a soumis au droit public la phase du choix du partenaire contractuel de droit privé pour cette activité. Cette législation intègre également les droits fondamentaux dont le législateur a entendu assurer la protection, en particulier l'égalité de traitement des soumissionnaires. Dans ce domaine qui comprend une part considérable de l'activité de l'Etat soumis au droit privé, le droit positif a pris le relais des principes en maturation dans la jurisprudence, notamment la théorie de l'acte détachable.

L'introduction dans la Constitution en 2000 de l'article 35 al. 2 Cst., avec l'avènement du critère fonctionnel, a permis de faire avancer la réflexion autour

342 TF 1C_379/2014 du 29 janvier 2015, RDAF 2015 I 511.
343 Flückiger Alexandre, note à propos de l'arrêt TF 1C_379/2014 du 29 janvier 2015, RDAF 2015 I 516/517-518.
344 *Supra* C. I. 2. Voir toutefois C. I. 3.
345 *Supra* E. I.
346 *Supra* E. II. 3.
347 *Supra* F.

du respect des droits fondamentaux par l'Etat. L'approche du Tribunal fédéral, qui tend à comprendre de manière de plus en plus large la notion de tâche de l'Etat, permet d'appréhender un pan important de l'activité économique de l'Etat lorsqu'elle est liée à un service public. Il en va de même de l'assimilation du patrimoine financier au patrimoine administratif lorsqu'une réglementation de droit public sous-tend sa gestion. La mise en œuvre de cette disposition a permis d'alimenter, quelque peu, une jurisprudence quasiment inexistante. La jurisprudence ne s'est toutefois pas entièrement emparée de la question de savoir si la réception du critère fonctionnel dans la Constitution laisse encore de la place au critère institutionnel incarné par la théorie du droit administratif privé. A ce jour, les signaux sont encore contradictoires.

Une autre étape importante à nos yeux a été franchie avec la protection juridictionnelle déduite de la décision portant sur les actes matériels de l'administration, qui a commencé à se développer dans la jurisprudence au début des années 2000 et qui a été codifiée ensuite lors de la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale il y a quelque dix ans maintenant. Bien que peu affirmée jusqu'à présent, cette protection juridictionnelle devrait, à notre sens, être utilisée pour la protection des droits fondamentaux découlant du critère institutionnel et de la théorie du droit administratif privé, tout particulièrement pour la gestion du patrimoine financier, lorsque les actions fondées sur le droit privé ne permettent pas de réaliser cette protection.

Nous nous étions demandé de manière un peu provocatrice en introduction de ce Rapport si l'Etat dispose de l'autonomie privée lorsqu'il agit en droit privé. La question n'était en réalité pas si insolente puisque le Tribunal fédéral, au moins à une reprise, a reconnu qu'une entité décentralisée de droit public pouvait se prévaloir de la liberté contractuelle. A notre avis, c'est à tort. L'Etat ne dispose pas de l'autonomie privée car celle-ci est et demeure le privilège des particuliers, même – et surtout – en temps de libéralisations, de privatisations et d'avènement de la très influente liberté économique. Nous clorons donc cette contribution avec les mots par lesquels elle a débuté: *«L'Etat reste l'Etat, qu'il soit sujet de droit public ou de droit privé.»*

Patientenautonomie und Tatherrschaft bei lebensbeendenden Entscheidungen

Orientierungshilfen auf dem schmalen Grat zwischen gebotener, erlaubter und verbotener Sterbehilfe

Grischa Merkel*

* Prof. Dr. iur., Universität Basel.

Inhaltsverzeichnis

A. Ziel des Beitrags . . . 306
B. Ausgangslage . . . 306
I. Verbot der Tötung – geltende Grundsätze . . . 309
II. «Tötungen» im medizinischen Kontext . . . 310
1. Behandlungsabbruch . . . 310
a. Beispiel 1: Locked-In . . . 311
b. Beispiel 2: Herzschrittmacher . . . 311
2. Patientenverfügung und mutmasslicher Wille . . . 311
a. Beispiel 3: Querschnittslähmung . . . 312
b. Beispiel 4: Mutmasslicher Wille . . . 312
c. Beispiel 5: Wille-Wohl-Konflikt . . . 313
3. Terminale Sedierung und letale Medikation . . . 313
a. Beispiel 6: Tetraplegie . . . 313
b. Beispiel 7: Muskeldystrophie . . . 314
c. Beispiel 8: Halsschlagader . . . 314
III. Grenzen der Autonomie . . . 314
1. Verlust der Urteilsfähigkeit . . . 317
a. Beim Suizid . . . 317
b. Beim Behandlungsabbruch und -verzicht . . . 320
2. Verlust der Handlungsfähigkeit . . . 323
a. Krankheitsbedingte Lähmung . . . 323
b. Faktische Handlungsunfähigkeit (Notsituation) . . . 324
3. Rechtliche Grenzen: Verbot der Tötung auf Verlangen . . . 325
a. Schutz des individuellen Interesses am Rechtsgut Leben? . . . 325
b. Schutz eines allgemeinen Interesses am Rechtsgut Leben? . . . 326
c. Schutz anderer allgemeiner Interessen? . . . 329
4. Erosionen des Fremdtötungstabus im Rahmen ärztlicher Sterbehilfe . . . 331
a. «Indirekte» Sterbehilfe . . . 331
b. Terminale Sedierung . . . 332
c. Behandlungsabbruch . . . 336
5. Zwischenergebnis . . . 338
C. Tatherrschaft bei ärztlicher Sterbehilfe . . . 339
I. Tatherrschaft bei fremdhändiger Tötung . . . 339
1. Selbsttötung durch einen Anderen . . . 340
2. Bestimmender Patientenwille . . . 342
3. Ärztliche Pflicht, nicht zu verletzen (Behandlungsabbruch und -verzicht) 344
4. Ärztliche Pflicht zur Leid- und Schmerzlinderung . . . 346
5. Zwischenergebnis . . . 347
II. Reichweite und Grenzen einer «mittelbaren Selbsttötung» . . . 348
1. Übereilungsschutz und Gewähr letzter Entschlossenheit . . . 349
a. Diskussion 1: Locked-In . . . 350
b. Diskussion 2: Herzschrittmacher . . . 352
c. Diskussion 3: Querschnittslähmung . . . 355
d. Zusammenfassung . . . 357
2. Schutz vor «Übertherapie» . . . 357
a. Diskussion 4: Mutmasslicher Wille . . . 357
b. Diskussion 5: Wille-Wohl-Konflikt . . . 359
c. Zusammenfassung . . . 361

3. Schmerzfreies und würdevolles Sterben 362
a. Diskussion 6: Tetraplegie 365
b. Diskussion 7: Muskeldystrophie 366
c. Diskussion 8: Halsschlagader 369
d. Zusammenfassung 370
III. «Frühe» und «späte» Behandlungsabbrüche 371
1. Behandlungsabbruch auf der Intensivstation 371
2. Behandlungsabbruch bei dauernd Bewusstlosen 373
D. Schluss 374

A. Ziel des Beitrags

Der Beitrag geht der Frage nach, welche Bedeutung der Patientenautonomie am Lebensende zukommt und in welchem Verhältnis sie zum individuellen Schutz der körperlichen Integrität einerseits und zu allgemeinen Anforderungen an den staatlichen Lebensschutz andererseits steht. Die Überlegungen konzentrieren sich auf lebensbeendende Handlungen im medizinischen Kontext wie den Behandlungsabbruch und die sog. indirekte Sterbehilfe, die zwar zur allgemein akzeptierten medizinischen Praxis gehören, mit dem strafrechtlichen Tötungsverbot aber nur schwer in Übereinstimmung zu bringen sind. Es wird deshalb ein Vorschlag erarbeitet, wie man diese Handlungen dogmatisch einordnen kann, um bestehende Inkonsistenzen aufzulösen.

Im Anschluss daran werden Reichweite und Grenzen ärztlicher Sterbehilfe anhand von Problemfällen erörtert, die für einen besseren Einblick in die Diskussionsbedürftigkeit bereits zu Beginn des Beitrags vorgestellt werden. Dabei liegt der Fokus auf Behandlungsabbrüchen und der sog. terminalen Sedierung urteilsfähiger Patienten, die wahrscheinlich die grösste aktuelle Herausforderung darstellt. Einbezogen wird aber auch die Problematik von Patientenverfügungen und Entscheidungen nach dem mutmasslichen Patientenwillen. Der Behandlungsabbruch und -verzicht auf den Intensivstationen sowie der Umgang mit dauernd bewusstlosen Patienten werden am Ende nur kursorisch behandelt, um konzeptionelle Unterschiede zum zuvor Gesagten aufzuzeigen.

B. Ausgangslage

Der Medizin stehen heute vielfältige Möglichkeiten der Lebensverlängerung zur Verfügung. Insbesondere der Einsatz intensivmedizinischer Massnahmen wie der künstlichen Beatmung und Ernährung hat sich seit den 1950er Jahren ausgeweitet auf chronisch kranke oder alte Patienten. Dadurch ist das Sterben immer öfter auch von einer Entscheidung des Patienten selbst, seiner Ärzte oder dritter Personen wie rechtlichen Vertretern abhängig. Sterben ist dann kein zwangsläufiger Prozess mehr, sondern muss zugelassen werden, insbeson-

dere als bewusste Entscheidung gegen lebensverlängernde Massnahmen. Dies mag darauf zurückzuführen sein, dass der Einsatz neuer Methoden zum Teil zu einem Aktionismus geführt hat, der dem Patienten grundsätzlich erstmal angetragen hat, was medizinisch möglich ist.[1] Die Situation könnte aber jedenfalls auch einer Kosten- und Aufwandersparnis geschuldet sein, denn Pflegende sind oft nicht in der Lage, die für die manuelle Nahrungsaufnahme eines alten oder dementen Menschen notwendige Zeit aufzubringen. In der Folge sind Ernährungssonden in Pflegeheimen längst nicht mehr nur die Ausnahme.

Wohl auch deshalb ist eine Art Gegenbewegung entstanden, die den Lebenserhalt «um jeden Preis» kritisch sieht. Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und mit dem Erwachsenenschutzrecht eine Legitimationsgrundlage geschaffen, die es seit dem Jahr 2013 ermöglicht, über lebenserhaltende Massnahmen mittels Patientenverfügungen und Vorsorgeaufträgen auch jenseits der Urteilsfähigkeit zu bestimmen. Mit dieser Möglichkeit, auf medizinische Behandlungen individuell Einfluss zu nehmen, sofern sie als übermässig empfunden werden, geht aber auch eine Gefahr für das Leben der Patienten einher. Denn nicht immer sind Ärzten relevante Aspekte des Lebensschutzes hinreichend deutlich, zu denen das Gesetz fast vollständig schweigt. Trotzdem liegt der Vorteil einer gesetzlichen Fixierung wie dem Erwachsenenschutzrecht jedenfalls darin, dass sie überhaupt einen rechtlichen Rahmen bietet, der den Patientenwillen massgeblich stärkt. Etabliert sich hingegen eine medizinische Praxis der Lebensbeendigung gänzlich ohne entsprechende gesetzgeberische Vorgaben, lässt sie sich nachträglich mitunter nurmehr schwer gesetzlich korrigieren.

Dies scheint in besonderem Masse auf ärztliche Massnahmen zuzutreffen, die zwar einerseits schwere Leiden lindern, andererseits aber den Tod verfrüht eintreten lassen. Wurde früher nur die sog. indirekte Sterbehilfe diskutiert, unter der man die Verabreichung von starken Schmerzmedikamenten versteht, die bei einer Überdosierung den Tod des Patienten infolge Atemstillstands bewirken können, spielt nun auch die sog. palliative oder terminale Sedierung eine beachtliche Rolle im Umgang mit schwerstkranken Patienten. Durch Bewusstseinstrübung oder -ausschaltung lindert sie zwar nicht primär Schmerzen, aber andere Beschwerden wie starke Übelkeit oder Unruhe, Atemnot oder Angstzustände. Weil die Sedierung zumindest zum Verlust der Urteilsfähigkeit des Patienten, wenn nicht sogar zu einem Ende des bewussten Lebens führt, wird das Geschehen bis zum Tod des Patienten jedoch allein dem Arzt überantwortet. Da die zur Sedierung eingesetzten Medikamente häufig mit Schmerzmedikamenten kombiniert werden, kann auch bei einer Sedierung zudem ein Atemstillstand durch Überdosierung hervorgerufen werden.[2]

---

1 In diese Richtung Christoph Müller-Busch, »Terminale Sedierung» – Ausweg im Einzelfall, Mittelweg oder schiefe Ebene?, in: Dietrich Kettler, Alfred Simon, Reiner Anselm, Volker Lipp und Gunnar Duttge (Hrsg.), Selbstbestimmung am Lebensende. Ringvorlesung im Wintersemester 2005/06, Göttingen 2006, S. 124–135, S. 125.

2 Nina Zahn, Medizinische, juristische und ethische Aspekte der terminalen Sedierung, Berlin 2012, S. 111 m.w.N.

Gleichwohl ist der Wunsch vieler Patienten unschwer nachvollziehbar, dass Leid infolge schwerster, unheilbarer Erkrankungen durch die Hand eines erfahrenen Mediziners beendet werden soll, zumal die Medikamente bei sukzessiver Gabe dem Patienten ein vergleichsweise «friedliches» Sterben ermöglichen. Es ist denn auch kein Geheimnis, dass eine medikamentöse Lebensverkürzung nicht mehr nur bei sterbenden Patienten praktiziert wird. In Anbetracht von manchmal unerwartet auftretenden Notfällen, in denen der Patient beispielsweise verblutet, ohne dass ihm geholfen werden könnte, kann es ausserdem vorkommen, dass das Sterben eines solchen Patienten auch ohne dessen «wohlerwogene» Einwilligung beschleunigt wird. In den meisten europäischen Ländern wie der Schweiz, in denen auch die Einwilligung des Patienten in gezielt tödliche Handlungen am strafbewehrten Verbot nichts zu ändern vermag, kann es in Fällen, in denen sich ein solcher Verlauf ankündigt, sogar ratsamer erscheinen, den Patienten nicht einzubeziehen.

Mit dem Gesetz über die Kontrolle der Lebensbeendigung auf Verlangen und der Hilfe bei der Selbsttötung (kurz: Sterbehilfegesetz) der Niederlande vom April 2001, das ein Jahr später in Kraft trat, sollte diese damals bereits verbreitete Praxis der bewussten Injektion von tödlichen Medikamenten unter konkreten und strengen Voraussetzungen aus dem strafbaren Bereich herausgeholt werden – mit dem entscheidenden Vorteil, dass dem Gesetz zufolge der Patient gefragt werden *muss*, damit eine gezielte aktive Lebensbeendigung rechtmässig ist. Formal bedeutsam ist daneben auch, dass ein zweiter Arzt hinzugezogen werden muss. Es hatte sich nämlich im Jahr 1991 mit dem sog. Remmelink Report[3] gezeigt, dass in den Niederlanden nicht nur häufig eine tödliche Überdosis Morphium verabreicht wurde, sondern dies auch in 0,8 % aller Todesfälle ohne Einwilligung des Patienten geschah, was etwa 1000 Todesfällen in den Niederlanden im Jahr entspricht.[4] Inzwischen weiss man indes, dass fehlender Einbezug des Patienten in lebensbeendende Entscheidungen keine holländische Besonderheit war, sondern in anderen Europäischen Ländern ebenfalls und sogar weitaus häufiger ohne Einwilligung des Patienten praktiziert wird.[5]

Allerdings verhindert auch das Sterbehilfegesetz der Niederlande nicht, dass zumindest die terminale Sedierung weiterhin unter Umgehung der gesetzlich geregelten Vorschriften stattfindet, indem beispielsweise kein zweiter Arzt beigezogen wird oder an die Einwilligung des Patienten geringere Anforderungen

3 Benannt nach dem niederländischen Generalstaatsanwalt Remmelink, der den Vorsitz des von der Regierung eingesetzten Ausschusses zur Untersuchung von «Euthanasie» und «euthanasieverwandter Handlungen» innehatte, dazu Udo Benzenhöfer, Der gute Tod? Geschichte der Euthanasie und Sterbehilfe, Göttingen 2009, S. 169.

4 Paul J. Van Der Maas, Johannes J. M. Van Delden, Loes Pijnenborg and C. W.N. Looman, Euthanasia and Other Medical Decisions Concerning the End of Life, The Lancet 338/1991, S. 669–674.

5 Georg Bossard, Susanne Fischer und Karin Faisst, Behandlungsabbruch und Behandlungsverzicht in sechs europäischen Ländern: Resultate der Eureld/Mels-Studie, PrimaryCare 2005, S. 799–802, S. 800, für den Behandlungsabbruch und -verzicht.

gestellt werden, als gesetzlich vorgesehen. Die holländische Ärztevertretung hat jedenfalls deutlich gemacht, dass sie die terminale Sedierung nicht von der im Gesetz geregelten aktiven Sterbehilfe mit ihren strengen Voraussetzungen umfasst sieht.[6]

Auch eine grundsätzlich liberal ausgerichtete Gesetzgebung vermag also mitunter einer einmal etablierten Sterbehilfepraxis keine Grenzen mehr vorzugeben. Dies offenbart den Nachteil regelungsloser Quasi-Erlaubnis in ethischen Grenzbereichen, denn ohne eindeutigen Rahmen kann es vorkommen, dass am Ende jeder macht, was er für richtig hält. Man mag daher zu einer Erlaubnis der aktiven Sterbehilfe stehen, wie man will; zur Vermeidung einer Erosion des strafrechtlichen Tötungsverbots ist es in jedem Fall erforderlich, Erlaubtes klar von Verbotenem anhand nachvollziehbarer Kriterien zu trennen.

I. Verbot der Tötung – geltende Grundsätze

Lebensbeendende Entscheidungen müssen sich an strafrechtlichen Normen orientieren, sobald an ihrer Umsetzung eine weitere Person mitwirkt. Verleitung und Gehilfenschaft zum Suizid sind zwar nur im Fall selbstsüchtiger Motivation der Beteiligten strafbewehrt (vgl. Art. 115 StGB), setzen allerdings voraus, dass der Suizident die sog. Tatherrschaft innehat. Liegt die Tatherrschaft hingegen bei einer anderen Person, finden die allgemeinen Tötungstatbestände Anwendung. Ist der Lebensmüde geistig nicht kompetent, kommen also Mord und Totschlag gegebenenfalls durch Unterlassen oder in mittelbarer Täterschaft in Betracht. Aber auch bei einer wohl überlegten Entscheidung eines geistig kompetenten Sterbewilligen ist wegen Tötung auf Verlangen zu bestrafen, wenn der Sterbewillige die tödliche Handlung nicht selbst vollzieht. Dies ergibt sich aus Art. 114 StGB und der ganz herrschenden Interpretation zur Tatherrschaft, die bei einer «fremdhändigen» Tötung grundsätzlich der Ausführende innehaben soll (näher dazu unter C I). Die Privilegierung des Art. 114 StGB kommt dem Handelnden auch nur unter engen Voraussetzungen zugute: Der urteilsfähige Sterbewillige muss auf sein ernsthaftes und eindringliches Verlangen hin aus achtenswerten Beweggründen, namentlich aus Mitleid, getötet worden sein. Dabei tötet, wer kausal und zurechenbar den Tod eines anderen Menschen herbeiführt oder beschleunigt, wobei eine minimale Verkürzung der Lebenszeit ausreicht. Zusammenfassend ist nach geltendem Recht neben dem selbst verübten und selbst bestimmten Suizid also nur die Beteiligung hieran grundsätzlich nicht mit Strafe bedroht.

6 Zum Ganzen Georg Bossard, Noémi De Stoutz und Walter Bär, Eine gesetzliche Regulierung des Umgangs mit Opiaten und Sedativa bei medizinischen Entscheidungen am Lebensende?, Ethik Med 18/2006, S. 120–132, S. 127.

II. «Tötungen» im medizinischen Kontext

Vor diesem Hintergrund mag es zunächst überraschen, dass gleich mehrere Tötungsarten im medizinischen Kontext gesellschaftlich nicht nur akzeptiert, sondern sogar rechtlich verpflichtend sind, obwohl sie vom Betroffenen nicht eigenhändig vorgenommen werden und obgleich dieser seinen Willen zum Teil nicht einmal mehr äussern kann. So heisst es im neuen Richtlinienentwurf der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften (SAMW) zum Umgang mit Sterben und Tod: «Typische Handlungen der allgemein akzeptierten medizinischen Praxis, die den Eintritt des Todes beschleunigen können, sind der Verzicht auf oder der Abbruch von lebenserhaltenden Massnahmen, die medikamentöse Symptomlinderung und die Sedierung bei therapierefraktären Symptomen.»[7]

Unter medikamentöser Symptomlinderung versteht die SAMW eine Symptomtherapie wie etwa bei Schmerzen, bei der die Medikamente im Fall einer Überdosierung auch eine Atemdepression und damit den Tod verursachen können. Ein therapierefraktäres Symptom ist ein solches, das mit den gängigen Methoden nicht behandelbar ist, weil keine zufriedenstellende Leidensminderung erreicht werden kann. Eine Symptomtherapie scheidet daher aus. In diesem Fall soll dem Richtlinienentwurf zufolge unter Berücksichtigung des Krankheitsstadiums, der verbleibenden Lebenszeit sowie der individuellen Lebenssituation des Patienten eine kontinuierliche oder zeitlich begrenzte Sedierung zur Ausschaltung der bewussten Wahrnehmung des Patienten erlaubt sein.[8] Die einmalige Zuführung eines Medikaments oder einer Medikamentenmischung in tödlicher Dosierung hält die SAMW dagegen weiterhin für unzulässig.[9] Für alle fünf Arten der Sterbehilfe (Behandlungsabbruch, Behandlungsverzicht, Überdosierung zur Schmerzlinderung, terminale Sedierung und tödliche Injektion), werden im Folgenden anhand von sowohl frei erfundenen als auch authentischen Beispielsfällen Konstellationen vorgestellt, die zunächst einen Eindruck von den überwiegend ungelösten Problemen in diesem Bereich vermitteln und später ausführlich diskutiert werden.

1. Behandlungsabbruch

Obgleich der Behandlungsabbruch in Anbetracht gesetzlicher Regelungen im Erwachsenenschutz verhältnismässig wenig Anlass zur Diskussion zu bieten scheint, mögen die folgenden zwei Fallbeispiele Anlass zum Nachdenken bieten.

---

7 SAMW, Umgang mit Leben und Tod, Richtlinienentwurf Nov. 2017, S. 13, abrufbar unter ‹samw.ch/vernehmlassung-2017–11› (letzter Zugriff am 25.03.2018). Nach Fertigstellung der Druckfahnen für diesen Beitrag wurde die Endfassung der Richtlinien veröffentlicht (abrufbar unter ‹samw.ch/de/Publikationen/Richtlinien.html›). Die hier besprochenen Aspekte des Entwurfs haben sich dadurch nicht verändert.

8 SAMW (Fn. 7), S. 21.

9 SAMW (Fn. 7), S. 24.

Beide Fälle sind erfunden, werfen aber nicht nur Fragen für den betroffenen Arzt, sondern auch schwierige Rechtsfragen auf, die selbst für Juristen nicht einfach zu klären sind. Das Erwachsenenschutzgesetz legt, das sei vorweggenommen, in beiden Fällen eine Verpflichtung nahe, den Patientenwillen umzusetzen. Ich werde später versuchen zu argumentieren, dass die Lösung komplexer und der Patientenwille zumindest nicht in der Weise umsetzen ist, wie er hier artikuliert wird.

a. Beispiel 1: Locked-In

Der 30-jährige Patient S erwacht nach einem Unfall im Krankenhaus. Zu seinem Entsetzen stellt er fest, dass er sich nicht bewegen kann und beatmet wird. Lediglich Blinzeln mit den Augen gelingt ihm noch. Dabei ist er bei klarem Bewusstsein, hört und sieht gut und verspürt alle Berührungen auf der Haut. Nachdem er über heftiges Blinzeln auf sich aufmerksam machen konnte, wird ihm schnell eine Logopädin zur Seite gestellt, damit er sich mit ihrer Hilfe artikulieren kann. Dafür fährt sie mit ihrem Finger über eine Buchstabentafel und S blinzelt zweimal bei dem richtigen Buchstaben. Auf diese Weise gelingt es ihm zu formulieren: «Lasst mich sterben.» Mit Blinzeln bestätigt er seinen Wunsch auch in Anwesenheit der Ärzte und seiner Familie. Die Ärzte könnten sowohl seine Beatmung als auch die künstliche Ernährung einstellen, sie haben aber Bedenken, den Wunsch des S umzusetzen, weil sich viele Patienten von diesem Zustand wieder erholen und weitergehende bis vollständige Bewegungsfähigkeit zurückerlangen. Ausserdem berichten auch Patienten, die sich dauerhaft in diesem Zustand befinden, dass sie gerne leben.

b. Beispiel 2: Herzschrittmacher

Der 50-jährige Patient T lebt bereits seit einiger Zeit mit einem Herzschrittmacher. Vor kurzem ist seine langjährige Freundin verstorben, mit der er seit seiner Jugendzeit eine sehr erfüllte Beziehung geführt hat. T möchte sein weiteres Leben nicht allein verbringen, sieht es allerdings als höchst unwahrscheinlich an, wieder eine ähnliche Beziehung wie mit seiner verstorbenen Freundin aufbauen zu können. Sein weiteres Leben erscheint ihm daher sinnentleert. Er fasst den Plan, dass sein Herz ebenso zur Ruhe kommen soll wie ihres und beschliesst nach mehreren Monaten des Überlegens, seinen Internisten zu bitten, ihm den Schrittmacher zu entfernen, damit er auf natürliche Weise den Tod durch seine angeborene Herzschwäche finden kann. Zwar ist T zu diesem Zeitpunkt noch immer sehr traurig über den Verlust seiner Freundin, depressiv ist er jedoch nicht.

2. Patientenverfügung und mutmasslicher Wille

Mit den Regelungen zur Patientenverfügung hat der Gesetzgeber die Patientenautonomie auch dann stärken wollen, wenn der Patient bereits urteilsunfähig ist. Dabei war dem Gesetzgeber durchaus bewusst, dass es trotz einer korrekt erstellten und eindeutigen Patientenverfügung zu schwierigen ethischen wie rechtlichen

Konflikten bei deren Umsetzung kommen kann. Er hat mit dem mutmasslichen Patientenwillen daher eine Art «Hintertür» geschaffen, um eine Patientenverfügung nicht umzusetzen, wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie noch dem Patientenwillen entspricht. Die Voraussetzungen für den Gebrauch dieser Tür hat er allerdings der Praxis überlassen. Die Beispiele 3 und 5 sind erfunden, aber keineswegs unrealistisch. Beispielfall 4 hat sich in dieser Weise tatsächlich ereignet.

a. Beispiel 3: Querschnittslähmung

Patient U setzt eine Patientenverfügung auf, in der er festlegt, dass er im Falle eines schweren Unfalls zwar die intensivmedizinische Notfallmedizin wünscht; wenn sich nach initialer Stabilisierung seines Zustands aber zeige, dass eine Wiedererlangung der Gehfähigkeit wenig wahrscheinlich und die Gefahr einer dadurch veranlassten Pflegebedürftigkeit hoch ist, möchte er, dass auf weitere lebenserhaltende Massnahmen verzichtet wird. Er sei ein passionierter Läufer und könne sich nicht vorstellen, als «Krüppel» weiterzuleben.

b. Beispiel 4: Mutmasslicher Wille

Patient V leidet bereits seit längerem unter starken Atembeschwerden. Er hat schriftlich festgelegt, dass bei akuter Atemnot keine künstliche Beatmung erfolgen soll und seiner Frau die Vorsorgevollmacht erteilt. Die bringt ihn eines Tages mit einem schweren Erstickungsanfall in ein Krankenhaus. Als die Notfallärzte eine Beatmungsmaske auflegen wollen, versucht V, sich diese vom Gesicht zu ziehen. Die Ärzte stellen ihn daraufhin medikamentös ruhig. Da die Ehefrau den Ärzten berichtet, dass V die Beatmung ausdrücklich ablehne und dies auch in einer Patientenverfügung niedergeschrieben habe, wird der Wille des Patienten auf Nicht-Beatmung vom Krankenhauspersonal zunächst respektiert, als sich sein Zustand vorübergehend bessert.

Nachdem V, der während der Nacht auch weiterhin sowohl die Beatmung als auch die Information seiner Angehörigen ablehnt, am frühen Morgen in eine Kohlendioxidnarkose fällt, verlangt die Ehefrau bei ihrem Eintreffen die sofortige Wiederaufnahme der Beatmung. Ihr Ehemann verlange in kritischen Situation immer, ihn sterben zu lassen, «korrigiere» dies im Nachhinein aber verbal. Nach zweiwöchiger Stabilisierung des wachen, aber nicht kommunikationsfähigen Patienten mittels Maskenbeatmung und Medikamenten wird er zur weiteren Behandlung in eine Fachklinik verlegt, wo ihm eine Trachealkanüle gelegt wird und mehrere schwere, teils tägliche Eingriffe nötig werden, bevor er für weitere zweieinhalb Monate zur Entwöhnung von der Beatmung verlegt und anschliessend nach Hause entlassen werden kann. Trotz geringer Belastbarkeit und weiterhin starker Atembeschwerden äussert V seinem Hausarzt gegenüber auch ein Jahr später keinen Sterbewunsch.[10]

10 «Mutmaßlicher Widerruf einer Patientenverfügung?», abgedruckt in Ethik Med 2010, S. 341 f.

c. Beispiel 5: Wille-Wohl-Konflikt

Bei Patient W wurde eine Demenzerkrankung festgestellt. Da W befürchtet, dass sein Leben unnötig durch künstliche Ernährung verlängert werden könnte, verfasst er eine Patientenverfügung. Darin legt er fest, dass im Falle seiner Urteilsunfähigkeit keinerlei künstliche Ernährung vorgenommen werden darf. Dies schliesst er auch für den Fall aus, dass er noch aktiv am Leben teilnimmt und seine Bedürfnisse zu äussern vermag. Nachdem die Demenz bei W weiter fortgeschritten ist, wird ein Karzinom in seinem Rachenraum festgestellt, das ihm das Schlucken von Nahrung zunehmend erschwert. Zur Entfernung wäre eine Operation notwendig, die jedoch nur durchgeführt werden kann, wenn W vorübergehend künstlich ernährt wird. W erinnert sich zu diesem Zeitpunkt nicht mehr an seine Patientenverfügung und hat in einem auf seine Bedürfnisse ausgelegtem Heim neue soziale Kontakte geknüpft. Da die Demenz bei ihm sehr früh begonnen hat, ist er auch körperlich noch aktiv und wandert fast täglich mit Begleitung durch die Natur, was bei ihm für einen guten Appetit und Schlaf sorgt. Die Schmerzen beim Schlucken irritieren W jedoch zunehmend und er verliert schliesslich an Gewicht, weil er keine feste Nahrung mehr zu sich nimmt. Dabei gibt er immer wieder zu verstehen, dass er Hunger hat, aber gleichzeitig auch Angst vor den Schmerzen. Sein Arzt verordnet W Schmerzmittel, sieht aber aufgrund der eindeutigen Patientenverfügung ansonsten keine Möglichkeit, den langsamen Tod des W zu verhindern.

3. Terminale Sedierung und letale Medikation

Die folgenden drei Beispielsfälle sollen schliesslich den Blick auf Probleme der terminalen Sedierung und letalen Injektionen lenken. Mangels anderslautender gesetzlicher Regelung sind Ärzte grundsätzlich mit dem Tötungsverbot konfrontiert, wenn sie die Sedierung so einsetzen, wie in den folgenden Fällen beschrieben. Über den Fall im Beispiel 6 hat im März 2017 das deutsche Bundesverwaltungsgericht abschliessend entschieden. Er ist nur hinsichtlich der Bitte der Patientin erweitert gegenüber dem wirklichen Geschehen. Der Fall im Beispiel 7 hat sich so nicht abgespielt, greift aber eine im medizinischen Alltag häufig auftretende Problematik auf, und Beispiel 8 schildert wieder ein authentisches Geschehen.

a. Beispiel 6: Tetraplegie

Patientin X leidet infolge eines Unfalls an einer hochgradigen sensomotorischen Querschnittslähmung, die alle vier Gliedmasse betrifft (Tetraplegie). Sie ist vom Hals abwärts gelähmt, muss künstlich beatmet werden und ist auf ständige medizinische Betreuung und Pflege angewiesen. Häufige Krampfanfälle verursachen starke Schmerzen. Nach ärztlicher Einschätzung besteht keine Aussicht auf Besserung ihres Zustands. Ihr physisches Leid und die Schmerzen können nicht ausreichend gelindert werden und führen zu einem unerträglichen

Leidensdruck, weshalb X nach zwei Jahren den Entschluss fasst, ihr Leben zu beenden. Ein Abstellen der künstlichen Beatmung kommt jedoch nicht in Betracht, weil dies zu einer weiteren Verschlechterung des gesundheitlichen Zustands von X auf unbestimmte Dauer, möglicherweise verbunden mit einem Verlust ihrer Urteilsfähigkeit führen könnte. Jedenfalls würde dadurch der Tod nicht in absehbarer Zeit sicher bewirkt werden. X bittet daher ihren Arzt A um eine Hilfe, die ihr Leben sicher und schmerzlos beendet, oder um eine Sedierung bis zum Tode.[11]

b. Beispiel 7: Muskeldystrophie

Patient Y leidet an einer progressiven Muskeldystrophie. Seine Muskulatur und Nerven bilden sich deshalb unaufhaltsam immer weiter zurück. W ist bereits weitgehend bewegungsunfähig. Breiige Nahrung und Flüssigkeit, die ihm in den Mund gereicht werden, kann er mithilfe seines Schluckreflexes noch in die Speiseröhre transportieren. Er leidet aber unter Schmerzen, Atemnot und Angstzuständen. Seine Atmung ist so schwach, dass er vor der Entscheidung steht, sich künstlich beatmen zu lassen, um nicht an Atemversagen zu versterben. Y möchte keine künstliche Beatmung, aber auch nicht qualvoll ersticken. Er bittet deshalb seinen Arzt A, ihn so tief zu sedieren, dass seine Atmung aussetzt.

c. Beispiel 8: Halsschlagader

Patient Z leidet an einem nicht behandelbaren, ausgedehnten Tumor im fortgeschrittenen Stadium an der rechten Halsseite. Aufgrund eines Einrisses einer der grossen Halsschlagadern blutet der Patient plötzlich massiv. Der Stationsarzt verabreicht ein hochdosiertes Sedativum (Midazolam – ein Arzneistoff, der durch seinen Einsatz bei Hinrichtungen in den USA einer breiten Öffentlichkeit bekannt wurde), damit der Patient das Verbluten nicht mehr erlebt.[12]

III. Grenzen der Autonomie

Das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) umfasst auch die Entscheidung über ein selbstbestimmtes Sterben.[13] Dies wird im Grundsatz vom Europäischen Gerichtshof für Menschen-

11 Nach Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 02. März 2017 – 3 C 19/15, N 34 (juris), abgedruckt u.a. in NJW 2017, S. 2215–2221, in dem es allerdings ausschliesslich um die Frage legaler Suizidhilfe, also nicht um eine aktive Sterbehilfe oder terminale Sedierung ging.

12 Berichtet von Bernd Alt-Epping, Palliative Sedierung, in: Franz-Josef Bormann (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen. Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von «Töten» und «Sterbenlassen», Berlin 2017, S. 543–548, S. 543.

13 BGE 133 I 58 E. 6.1.; Besprechung von Frank Th. Petermann, Das Recht, über Art und Zeitpunkt der Beendigung des eigenen Lebens zu entscheiden. Eine Urteilsbesprechung von BGE 133 I 58–76, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sicherheitsfragen der Sterbehilfe, St. Gallen 2008, S. 357–378.

rechte (EGMR) ebenfalls anerkannt, der den Suizid unter der Voraussetzung vorhandener Handlungs- und Urteilsfähigkeit vom Recht auf Privatleben (Art. 8 Abs. 1 EMRK: Right to Privacy) umfasst sieht.[14] Bei heiklen ethischen Fragen räumt der EGMR den Vertragsstaaten jedoch eine Einschätzungsprärogative ein.[15] Da Sterbehilfe zu den umstrittensten ethischen Fragen zählt, haben die Staaten also weitgehend freie Hand bei der Ausgestaltung des Lebensschutzes am Lebensende. So akzeptiert der EGMR das weitgehende Verbot einer Hilfe zum Suizid in Grossbritannien[16] ebenso wie die in der Schweiz tolerierte Suizidhilfe durch Organisationen.[17]

Im medizinischen Kontext werden unter Suizidhilfe regelmässig Handlungen verstanden, die dem Sterbewilligen die Durchführung eines möglichst würdevollen, schmerz- und risikolosen sowie nicht drittgefährdenden Suizids ermöglichen. Zum Zwecke einer solchen Selbsttötung dürfen Ärzte nach den Richtlinien der SAMW Medikamente verschreiben oder aushändigen, ohne jedoch dazu verpflichtet zu sein.[18] Dabei war es lange Zeit Auffassung der SAMW, dass dies nur in Fällen nahenden Todes geschehen dürfe.[19] Im Zuge zweier in den Jahren 2012 und 2014 publizierter Umfragen unter Ärzten ergab sich jedoch, dass diese die Suizidhilfe überwiegend auch in Fällen schwerer Krankheit befürworten, in denen der Tod nicht absehbar ist.[20] Darauf reagiert die SAMW in ihrem neuen Entwurf zum Umgang mit Sterben und Tod, indem sie auf das Kriterium des nahenden Todes verzichten möchte.[21]

---

14 EGMR, Pretty versus Vereinigtes Königreich vom 29. April 2002 – 2346/02, N 67; Haas versus Schweiz vom 19. Juli 2012 – 497/09, N 51; Koch versus Deutschland vom 19. Juli 2012 – 497/09, N 52, alle abrufbar unter ‹hudoc.echr.coe.int›; s. zum Fall Pretty auch Stephan Breitenmoser, Das Recht auf Sterbehilfe im Lichte der EMRK, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sterbehilfe. Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen 2006, S. 167–211, S. 194 ff.

15 Dazu bspw. EGMR, Lautsi u.a. versus Italien (Kruzifixe in Klassenzimmern) vom 18. März 2011 – 30814/06, N 61, abrufbar unter ‹servat.unibe.ch/dfr/em308140.html›.

16 EGMR, Fall Pretty (Fn. 14). In England darf der Director of Public Prosecutions (the DPP) über Ausnahmen entscheiden, die für eine Suizidhilfe im Fall Pretty durch ihren Ehemann jedoch nicht gewährt wurden, was weder von den nationalen Gerichten noch vom EGMR beanstandet wurde. Für die vom Hals abwärts gelähmte Britin Diane Pretty, die an einer fortschreitenden Muskeldystrophie litt und sich daher nicht mehr eigenhändig das Leben nehmen konnte, bedeutete dies den Tod durch Ersticken.

17 EGMR, Fall Haas (Fn. 14).

18 So auch nach dem neuen Richtlinienentwurf der SAMW (Fn. 7), S. 17.

19 SAMW, Richtlinien zur Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, 6. Aufl., April 2014, S. 9.

20 Christian Schwarzenegger, Patrik Manzoni, David Studer und Catia Leanza, Einstellungen der Mediziner und Juristen sowie der Allgemeinbevölkerung zur Sterbehilfe und Suizidbeihilfe, in: Hans Wehrli, Bernhard Sutter und Peter Kaufmann (Hrsg.), Der organisierte Tod. Sterbehilfe und Selbstbestimmung am Lebensende. Pro und Contra. Zürich 2012, S. 209–232, S. 221 f.; Susanne Brauer, Christian Bollinger und Jean-Daniel Strub, Haltung der Ärzteschaft zur Suizidhilfe, Zürich, 30. September 2014, S. 72 f.

21 SAMW (Fn. 7), S. 18.

In Anbetracht der staatlichen Pflicht zum Lebensschutz wird es damit aber keineswegs möglich, unbeschränkten Zugang zu tödlichen Medikamenten zu erhalten. Diese Problematik wurde bereits anhand eines schweizerischen Falles vom EGMR diskutiert. So konnte der Schweizer Bürger Ernst Haas sein Begehren auf Suizidhilfe durch rezeptfreien Erwerb eines tödlichen Medikaments nicht durchsetzen, weil nach Ansicht des EGMR auch und gerade im Falle tolerierter Suizidhilfe ein Staat verpflichtet bleibt, geeignete Massnahmen zu ergreifen, um den Zugang zu tödlichen Mitteln beispielsweise durch eine Verschreibungspflicht zu beschränken. Dadurch sollten übereilte Selbsttötungen sowie Missbrauch verhindert und sichergestellt werden, dass der Betroffene urteilsfähig ist.[22] Während der EGMR noch im Fall Haas die Möglichkeiten des psychisch schwer erkrankten Beschwerdeführers als nicht erschöpft ansah, eine Verschreibung durch einen Arzt zu erhalten, und deshalb der Beschwerde mangels Verletzung des Art. 8 EMRK nicht stattgab,[23] hat der Gerichtshof nur zwei Jahre später in der nicht rechtskräftigen Entscheidung im Fall der Schweizerin Ada Gross auf eine Verletzung des Art. 8 EMRK erkannt.[24]

Verletzt war die betagte, aber gesunde Frau Gross nach Auffassung des EGMR insoweit, als die Schweiz den Zugang zu tödlichen Medikamenten nicht ausreichend reguliert und damit keine Rechtssicherheit bietet, in welchen Fällen ein Anspruch auf Suizidhilfe besteht.[25] Diese Frage zu regeln, überlässt der Bundesrat bereits seit mehr als zwei Jahrzehnten der SAMW.[26] Als private Stiftung ohne hoheitliche Befugnisse kommt den medizinisch-ethischen Richtlinien der SAMW aber nur dann rechtliche Verbindlichkeit zu, wenn kantonale Bestimmungen auf sie verweisen. Zudem verpflichtet die Bundesverfassung den Gesetzgeber, elementare Gesetze selbst zu erlassen (Art. 164 Abs. 1 BV). Es besteht damit offenkundig ein Reformbedarf mit Blick auf eine *staatliche* Regulierung der Suizidhilfe.[27]

Das Recht auf ein selbstbestimmtes Sterben kann dabei insbesondere durch drei Faktoren begrenzt sein: Neben den eingangs erwähnten strafbewehrten Verboten der Art. 114 und 115 StGB wird die Selbstbestimmung der betroffenen Person insbesondere durch mangelnde Urteilsfähigkeit oder Handlungsfähigkeit eingeschränkt.

---

22 EGMR, Fall Haas (Fn. 14), N 56.

23 EGMR, Fall Haas (Fn. 14), N 60.

24 Die Entscheidung wurde nicht rechtskräftig, weil Ada Gross sich bereits vor der Entscheidung des Gerichts mithilfe von EXIT das Leben genommen hatte und diese Information nicht an das Gericht übermittelt wurde. Die von der schweizerischen Regierung angerufene Grosse Kammer des EGMR befand daher die Beschwerde als rechtsmissbräuchlich, s. EGMR, Gross versus Schweiz vom 30. September 2014 – 67810/10, N 29 ff., abrufbar unter ‹hudoc.echr.coe.int›.

25 EGMR, Gross versus Schweiz vom 14. Mai 2014 – 67810/10, N 64 ff., 69, abrufbar unter ‹hudoc.echr.coe.int›.

26 Eingehend Andreas Donatsch, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 27 f.

27 Kritisch auch Donatsch (Fn. 26), S. 29

1. Verlust der Urteilsfähigkeit

Es ist weitgehend anerkannt, dass sich die Strafrechtslehre zur Bestimmung der Eigenverantwortlichkeit eines Suizidenten am zivilrechtlichen Massstab der Urteilsfähigkeit orientiert.[28] Gemäss Art. 16 ZGB ist danach urteilsfähig «jede Person, der nicht wegen ihres Kindesalters, infolge geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlicher Zustände die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss zu handeln.»

Geistige Krankheiten bedingen zum Teil eine Urteilsunfähigkeit, die sich in fehlender Krankheitseinsicht äussert, d.h. die Betroffenen lehnen als allgemein vernünftig erscheinende Behandlungen wie beispielsweise die Gabe von Insulin bei einem Diabetes ab, weil sie den Ärzten wahnhaft misstrauen. Um diese psychisch kranken Patienten soll es in diesem Beitrag nicht gehen, weil ihre Abwehr lebenserhaltender Massnahmen ein Spezialproblem verhältnismässiger Zwangsbehandlungen aufwirft. Damit ist zwar die Frage aufgeworfen, wie weit der Lebensschutz dieser Patienten zu Lasten ihrer Freiheit gehen darf; mit Sterbehilfe hat dies aber schon deshalb nichts gemein, weil die Betroffenen glauben, eine ihr Leben schützende Entscheidung zu treffen, sich also gerade *nicht* das Leben nehmen wollen. Stattdessen sollen zwei Problembereiche der Urteilsfähigkeit angesprochen werden, die im Zusammenhang mit lebensbeendenden Entscheidungen stehen: die Eigenverantwortung des Suizidenten und der «Wille» des nicht mehr Urteilsfähigen, der zu einem Behandlungsabbruch berechtigt.

a. Beim Suizid

Die Negativabgrenzung des Art. 16 ZGB entspricht inhaltlich den allgemeinen Zurechnungsregeln für strafrechtliche Verantwortlichkeit, wie sie in den Art. 3 Abs. 1 JStG und Art. 19 StGB zum Ausdruck kommt. Allerdings ist selbstbestimmtes Sterben zuvörderst *keine* Frage strafrechtlicher Verantwortlichkeit für die Verletzung fremder Rechtsgüter, also insbesondere keine der Entschuldigung wegen geistiger Störung oder mangelnder Reife, sondern vielmehr der Kompetenz zur Besorgung eigener Angelegenheiten.[29] Dies kommt auch in der Voraussetzung «vernunftgemässen» Verhaltens des Art. 16 ZGB zum Ausdruck. Geläufige strafrechtliche Ausschlusskriterien gehen sogar offensichtlich fehl, wollte man sie auf die Situation Sterbewilliger anwenden. So hat insbesondere Kehl darauf hingewiesen, dass es geradezu symptomatisch für Fälle der Sterbe-

28 Frank Th. Petermann, Sterbehilfe: Eine terminologische Einführung. Klärung der sprachlichen Differenzierungen, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.) Sterbehilfe. Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen 2006, 21–44, S. 41; Christian Schwarzenegger, Selbstsüchtige Beweggründe bei der Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord (Art. 115 StGB), in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sicherheitsfragen der Sterbehilfe, St. Gallen 2008, S. 81–123, S. 86 m.w.N.

29 Vgl. auch Tanja Soland, Suizidverhinderung als Straftat?, Diss. Basel 2011, S. 86; wohl auch Martin Schubarth, Assistierter Suizid und Tötung auf Verlangen, ZStrR 2009, S. 3–17, S. 5.

hilfe ist, dass sich der Sterbewillige in einer Ausnahmesituation befindet, juristisch gesprochen in einer notstandsähnlichen Lage, was aber nicht dazu führen dürfe, dass ihm die Fähigkeit zur Selbstbestimmung abgesprochen wird.[30] Auch eine spezifische Altersgrenze kann die erforderliche Kompetenz nicht zwingend ausschliessen (abgesehen von Kleinkindern), weil die individuelle Reife von Kindern mit lebensbedrohlichen chronischen Krankheiten oftmals weiter entwickelt sein dürfte als diejenige unbelasteter Kinder und sogar gesunder Erwachsener.[31] Es ist also im Einzelfall viel eher *positiv* festzustellen, ob die Fähigkeit zu vernunftgemässem Verhaltens vorhanden ist, als negativ bestimmten Personengruppen prinzipiell ihre Selbstbestimmungsfähigkeit abzusprechen.[32]

Richtig ist es daher, wenn das Bundesgericht Urteilsfähigkeit in dem Sinne verlangt, dass die betreffende Person «in der Lage war, die Bedeutung seines Verhaltens und des zum Tod führenden Geschehensablaufs zu verstehen, beziehungsweise ob er seinen Entschluss, aus dem Leben zu scheiden, eigenverantwortlich und aufgrund eines frei gebildeten Willens fasste.»[33] Diese Freiverantwortlichkeit wird dem Bundesgericht zufolge auch nicht zwangsläufig durch eine psychische Erkrankung ausgeschlossen: «Basiert der Sterbewunsch auf einem autonomen, die Gesamtsituation erfassenden Entscheid, darf unter Umständen auch psychisch Kranken Natrium-Pentobarbital verschrieben und dadurch Suizidbeihilfe gewährt werden.»[34]

Im Ergebnis bedeutet dies für potentielle Suizidhelfer freilich nicht unbedingt einen grösseren Spielraum der Straffreiheit: Wer statt blosser Schuldunfähigkeit den Massstab *vernunftgemässen* Verhaltens an einen Suizid anlegt, der mutet Garanten in grösserem Umfang besondere und allen Anderen allgemeine Hilfspflichten zu, die im Falle einer Garantenpflicht den Tatbestand der Tötung durch Unterlassen verwirklichen können (Art. 111, 13 StGB) und ansonsten den der Unterlassung der Nothilfe (Art. 128).[35] Teilnehmer könnten

30 Robert Kehl, Sterbehilfe. Ethische und juristische Grundlagen, Bern 1989, S. 95; in die entgegengesetzte Richtung tendiert Andreas Donatsch, Die strafrechtlichen Grenzen der Sterbehilfe, Recht 3/2000, S. 141–147, S. 145.

31 S. auch Virgilia Rumetsch, Selbst- und Fremdbestimmungsrechte bei medizinischen Eingriffen an Minderjährigen am Lebensende und bei Eingriffen an Minderjährigen zur Vornahme fremdnütziger lebensrettender Massnahmen, in: Felix Haffner, Kurt Seelmann und Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 109–132, S. 110 ff.; anders Soland (Fn. 29), S. 117 ff.; ihr zust. Christian Schwarzenegger in: Marcel Alexander Niggli und Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK) Strafrecht II, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 115 N 3.

32 So auch Klaus Peter Rippe, Christian Schwarzenegger, Georg Bosshard und Martin Kiesewetter, Urteilsfähigkeit von Menschen mit psychischen Störungen und Suizidbeihilfe, SJZ 101/2005, S. 53–62 u. 81–90, S. 84.

33 BGer, StrA, 11.6.2009, 6B_48/2009, E. 2.1 – die Urteilsfähigkeit allerdings mit Blick auf die geistige Krankheit des Getöteten verneinend.

34 BGE 133 I 58 E 6.3.5.1.

35 Kritisch daher Rippe/Schwarzenegger/Bosshard/Kiesewetter (Fn. 32), S. 84, die allerdings ebenfalls einen «dauerhaften und überlegten Wunsch» voraussetzen, s. bei und in Fn. 111.

ausserdem zu mittelbaren Tätern werden, wenn sie um den Mangel an Vernunft wüssten und den Suizid trotzdem förderten, was den Rahmen möglicher Strafbarkeit insgesamt bedenklich erweiterte. Es fragt sich umgekehrt allerdings auch, warum es erlaubt sein sollte, zu einem solchen Suizid anzuhalten bzw. diesen zu fördern und ob nicht eine Pflicht naheliegender wäre, zumindest den Versuch zu unternehmen, einen erkennbar unvernünftigen Suizid abzuwenden, wenn dies den Umständen nach zumutbar ist.

Dass Urteilsfähigkeit und sogar Ernsthaftigkeit im Sinne von Entschlossenheit einen übereilten Suizid nicht ausschliessen, wurde in Deutschland unter anderem in die Debatte um die Strafbarkeit von Garanten eingebracht. So hat sich Herzberg, wenngleich erfolglos, bereits in den 1970er Jahren für eine Strafbarkeit wegen Tötung auf Verlangen durch Unterlassen stark gemacht, wenn beispielsweise Eltern den aus akutem Liebeskummer begangen Suizid ihrer jungen erwachsenen Tochter nicht verhindern: «Ihr Selbstmordentschluß mag als freiverantwortlich zu werten sein, aber er ist in einer Lebenslage gefasst, die nicht hoffnungs- und ausweglos ist.»[36] Wegen einer möglichen Sperrwirkung des Art. 115 StGB wird diese Form der Unterlassungsstrafbarkeit allerdings auch in der schweizerischen Literatur überwiegend abgelehnt.[37] Das Obergericht Obwalden verhält sich zu dieser Frage insofern, als eine etwaige Unterlassungsstrafbarkeit seiner Ansicht nach jedenfalls voraussetzt, «dass das Opfer unfrei handelt, was allenfalls bei Jugendlichen oder (geistig) Kranken denkbar ist.»[38]

Demgegenüber spielt Herzberg auf das trotz Urteilsfähigkeit verbleibende Element an Unvernunft an, das auch bei Erwachsenen alltäglich zum Tragen kommen kann, wenn sie beispielsweise auf Helm oder Gurt im Strassenverkehr verzichten. Zwar gehören auch unvernünftige Entscheidungen unbestreitbar zum Selbstbestimmungsrecht, allerdings besteht schon bei der Übertragung von Grundeigentum, der Errichtung einer Stiftung sowie für Ehe- und Erbverträge das Erfordernis der öffentlichen Beurkundung, welches auch den mündigen Bürger vor übereilten Entscheidungen schützen soll. Auch bei gravierenden körperlichen Veränderungswünschen wird von Medizinern sogar dann Zurückhaltung erwartet, wenn ihre Patienten erwachsen und urteilsfähig sind. So werden die Kosten für eine Geschlechtsumwandlung von der Schweizerischen Grundversicherung beispielsweise nur dann übernommen, wenn sich der Patient zuvor zwei Jahre lang hat kontrollieren und behandeln lassen.[39] Es ist mithin alles an-

36 Rolf Dietrich Herzberg, Zur Strafbarkeit der Beteiligung am frei gewählten Selbstmord, dargestellt am Beispiel des Gefangenensuizids und der strafrechtlichen Verantwortung, ZStW 91 (1979), S. 553–589, S. 565.

37 Schwarzenegger (Fn. 31), Art. 114 N 3 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

38 OGer OW, 15.4.1992, SJZ 1996, S. 214, S. 215.

39 Olivier Bauquis, François Pralong und Friedrich Stiefel, Operative Geschlechtsumwandlung bei Störung der Geschlechtsidentität, Schweiz Med Forum 4/2011, S. 58–64, S. 59.

dere als selbsterklärend, dass bei lebensbeendenden Entscheidungen kein Übereilungsschutz existiert.

Zu erörtern bliebe dann freilich, ob derart erhöhte Anforderungen eine gesetzliche Grundlage finden. Denn im Gegensatz zu Art. 114 StGB enthält Art. 115 StGB gerade nicht das Merkmal der Ernsthaftigkeit, das sich im Sinne eines «vernünftigen» Sterbewunsches verstehen liesse (näher dazu unter C II 1).

b. Beim Behandlungsabbruch und -verzicht

Rechtlich unproblematisch ist regelmässig (wenngleich nicht immer, dazu unter C II 1a) die Entscheidung eines urteilsfähigen Patienten gegen weitere lebenserhaltende Massnahmen – selbst dann, wenn dieser Verzicht unvernünftig erscheint. Wird durch ein *aktives* Beenden einer ärztlichen Massnahme wie dem Abschalten eines Respirators aber der Tod des Patienten herbeigeführt, weil die lebensnotwendige Versorgung mit Sauerstoff ausbleibt, wirft dies die Frage der Vereinbarkeit dieser Handlung mit Art. 114 StGB auf. Der urteilsfähige Patient verlangt schliesslich von den zuständigen Ärzten nichts anderes, als seinen Tod aktiv herbeizuführen.

Noch drängender werden die Zweifel, wenn der Patient nicht mehr urteilsfähig ist. Für diese Fälle kann nach dem neuen Erwachsenschutzrecht seit dem Jahr 2013 eine Patientenverfügung aufgesetzt werden: «Eine urteilsfähige Person kann in einer Patientenverfügung festlegen, welchen medizinischen Massnahmen sie im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit zustimmt oder nicht zustimmt» (Art. 370 Abs. 1 ZGB). Der Behandlungsabbruch kann aber auch auf der Grundlage des mutmasslichen Patientenwillens erfolgen: «Fehlen in einer Patientenverfügung Weisungen, so entscheidet die vertretungsberechtigte Person nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person» (Art 378 Abs. 3 ZGB).

Ist der Patient nicht mehr urteilsfähig, sind Patientenverfügung und mutmasslicher Wille jedoch ein «Weniger» an Legitimation als ein eindringliches und ernsthaftes Verlangen. Der Widerspruch zu Art. 114 StGB, den der Behandlungsabbruch bereits mit Blick auf den urteilsfähigen Patienten aufwirft, müsste hier also erst recht bedenklich sein. Besonders deutlich wird der Lebensschutz des Patienten auch dadurch infrage gestellt, dass im Fall einer Vorsorgevollmacht nach Art. 370 Abs. 2 ZGB von einem Vertreter die Frage beantwortet werden darf, ob der Patient weiterleben oder sterben darf. Zur Klarstellung der Diskrepanz: Während die Gabe von letalen Medikamenten an urteilsfähige Sterbewillige überaus umstritten und gesetzlich bislang nicht geregelt ist, ist die Entscheidung eines bevollmächtigten Dritten über einen tödlichen Behandlungsabbruch ausdrücklich gesetzlich erlaubt.

Zwar dürfte eine im Konsens mit Ärzten getroffene Entscheidung zum Behandlungsabbruch oftmals als einzig vernünftige Lösung erscheinen – manchmal kann sie aber ebenfalls vorschnell getroffen sein. Zu nennen ist der Fall des kürzlich verstorbenen Stephen Hawking, als er 43-jährig auf einer Reise nach

Genf eine so schwere Lungenentzündung bekam, dass die Ärzte seiner damaligen Frau – wohl auch in Anbetracht der bereits fortgeschrittenen ALS-Erkrankung des Patienten – empfahlen, die lebenserhaltenden Beatmungsgeräte abzuschalten.[40] Wäre seine Frau seinerzeit dem Rat der Ärzte gefolgt, hätte Hawkings nicht weitere 33 Jahre leben und wirken können. Zurück in seiner Heimatstadt Cambridge bekam Hawking einen Luftröhrenschnitt und verlor dadurch zwar seine Sprache, konnte mithilfe von Hilfsmitteln aber weiterhin eingeschränkt kommunizieren. Die beim Abbruch lebenserhaltender Massnahmen angelegten wesentlich geringeren Massstäbe gegenüber der Suizidhilfe, sind also zumindest diskussionswürdig.

Auch wenn der Behandlungsabbruch in einer Patientenverfügung vom Patienten selbst erklärt wurde, können Unklarheiten verbleiben. Dies verdeutlicht der Beispielsfall 4, in dem ein Patient gegen seinen schriftlich fixierten Willen künstlich beatmet wurde (näher dazu unter C II 2a). In Fällen wie im Beispiel 5 wird juristisch gestritten, ob der Patientenverfügung Folge zu leisten ist. Da selbst bei älteren, nicht mehr urteilsfähigen Patienten oftmals Nahrungssonden gelegt werden, um eine ausreichende Nahrungsaufnahme insbesondere bei altersbedingt einsetzenden Schluckstörungen sicherzustellen, wird ihnen ein natürliches Sterben durch Nahrungsverzicht auch dann unmöglich, wenn sie weder Hunger noch Durst verspüren. Diese künstliche Lebensverlängerung wird von Teilen der Gesellschaft insbesondere dann als Zumutung empfunden, wenn der Patient nicht mehr aktiv am Leben teilnehmen kann. Immer mehr Menschen lehnen deshalb mittels Patientenverfügung vorsorglich jede Form künstlicher Lebensverlängerung für den Zustand der Urteilsunfähigkeit ab. Dies kann, wenn man ein Leben mit Demenz für sich als würdelos ansieht, so weit gehen, dass schon die Gabe von Medikamenten wie einem Antibiotikum bei einer behandelbaren Entzündung untersagt wird, damit der Tod nicht verzögert wird – mit der Konsequenz, dass der demente Patient eine «Sterbehilfe» erhält, die ihm nicht einmal bewusst ist. Auch dieser Problematik werden wir uns daher eingehender zuwenden (unter C II 2b).

Schliesslich wirft auch eine dauernde Bewusstlosigkeit, wie sie bei einem Wachkoma eintreten kann, durchaus schwierige Probleme mit Blick auf den Lebensschutz der Patienten auf. Sterbehilfe durch Behandlungsabbruch – in der Regel das Einstellen der künstlichen Ernährung – ist in diesen Fällen gesetzlich nicht nur erlaubt, sondern geboten, soweit dies dem mutmasslichen Patientenwillen entspricht oder in einer Patientenverfügung niedergeschrieben wurde. Dies entspricht auch der Auffassung des EGMR, der zuerst in einem obiter dictum ausführte, dass Konventionsstaaten dafür Sorge tragen müssten, die

40 Jens-Peter Marquardt, Er tauchte ins Universum. Zum Tod von Stephen Hawking, Deutschlandfunk Kultur vom 14.3.2018, abrufbar unter: ‹http://www.deutschlandfunkkultur.de/zum-tod-von-stephen-hawking-er-tauchte-ins-universum.2165.de.html?dram:article_id=412950› (letzter Zugriff am 25.03.2018).

körperliche Integrität ihrer Bürger gegen Eingriffe durch medizinische Behandlung auch dann zu schützen, wenn diese ohne Einwilligung des erwachsenen, geistig gesunden Patienten oder des rechtlichen Vertreters eines nicht einwilligungsfähigen Patienten erfolgten.[41]

In jüngerer Zeit hat der EGMR diese Ansicht im Fall des französischen Wachkomapatienten Vincent Lambert bekräftigt, bei dem sich die Familienmitglieder uneins bezüglich des Behandlungsabbruchs waren. Der EGMR stellte klar, dass der Verzicht eines Patienten auf eine aussichtslose Behandlung auch dann keine (aktive) Sterbehilfe sei und eine Schutzpflicht des Staates auslöse, wenn der Behandlungsabbruch zum Versterben des Patienten führe. Vielmehr werde auf diese Weise dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus Art. 8 EMRK Rechnung getragen. Bei nicht mehr einwilligungsfähigen Patienten müsse deren Lebensqualität mit Blick auf Art. 8 der EMRK insoweit berücksichtigt werden, als eine Weiterbehandlung trotz hohen Alters, geistiger Degeneration und Gebrechlichkeit Vorstellungen vom Selbst und der eigenen Identität widersprechen könne.[42] Vor allem aber stellt der EGMR auch auf die Aussichtlosigkeit der Behandlung ab, deren Beurteilung die Mitgliedstaaten den behandelnden Ärzten überlassen dürften.[43] Daher durfte die Behandlung im Fall des englischen Kleinkindes Charles («Charlie») Gard, das mit einer schweren, sein Gehirn stark schädigenden pathologischen Veränderung der Mitochondrien geboren wurde, auch gegen den Willen der sorgeberechtigten Eltern eingestellt werden.[44]

Es könnte allerdings einen Unterschied machen, ob die Ärzte, wie im Fall Gard, annehmen, der Patient leide noch unter der Behandlung, oder ob sie, wie im Fall Lambert, davon ausgehen, dass der Patient seit dem auslösenden Ereignis (in diesem Fall ein Verkehrsunfall) nichts mehr empfindet. Erlebt der Patient seine Existenz dauerhaft nicht mehr, kann dies die Weiterbehandlung sinnlos machen; es könnte sie aber auch ausnahmsweise ohne Einwilligung ermöglichen, weil der Patient durch die Weiterbehandlung nicht mehr subjektiv verletzt wird. Auf das spezielle Problem der Legitimation eines Behandlungsabbruchs bei schwerst zerebral geschädigten Patienten soll daher in einem eigenen Abschnitt eingegangen werden (unter C III).

41 EGMR, Ada Rossi u.a. versus Italien vom 16. Dezember 2008 – 55185/08, abrufbar unter ‹hudoc.echr.coe.int›.

42 EGMR, Lambert u.a. versus Frankreich vom 5. Juni 2015 – 46043/14, N 142, abrufbar unter ‹hudoc.echr.coe.int›.

43 EGMR (Fn. 42), N 121.

44 EGMR, Gard u.a. versus Vereintes Königreich vom 27. Juni 2017 – 39793/17, abrufbar unter ‹hudoc.echr.coe.int›.

2. *Verlust der Handlungsfähigkeit*

Ein Verlust der Handlungsfähigkeit kann wie in den Beispielsfällen 1 und 8 bei einer den gesamten Körper betreffenden Lähmung infolge eines Locked-In Syndroms eintreten oder durch progressivem Muskelabbau hervorgerufen werden etwa infolge einer Multiplen Sklerose (MS) oder einer Amyothrophen Lateralsklerose (ALS). Auch eine Querschnittslähmung vom Hals abwärts wie im Beispielsfall 7 kann zu einer Lähmung aller Gliedmassen führen (sog. Tetraplegie), die einen Menschen weitgehend seiner Handlungsfreiheit beraubt. Bekanntestes Beispiel für letzteres ist das Schicksal des galicischen Seemannes Ramón Sampedro Camean, wie es von Alejandro Amenábar in dem Film «Mar Adentro» («Das Meer in mir») nachgezeichnet wurde. Ramón Sampedro war 25-jährig in zu flaches Wasser gesprungen und hatte sich dabei das Genick gebrochen. Er empfand sein Leben anschliessend als entwürdigend und beendete es 30 Jahre später vor laufender Kamera mithilfe heimlicher Unterstützung von Freunden durch Zyankali, nachdem spanische Gerichte das Verbot jeglicher Teilnahme am Suizid bestätigt hatten. Das so bewirkte Sterben Sampedros war überaus qualvoll.

a. *Krankheitsbedingte Lähmung*

Im Fall einer fortschreitenden Verschlechterung ihrer Handlungsfähigkeit können sich die Betroffenen dagegen meist auf den Verlauf der Krankheit vorbereiten und insbesondere darüber entscheiden, ob sie eine künstliche Beatmung wünschen, wenn die Atemmuskulatur aussetzt. Wird invasiv mittels Tracheostoma beatmet, das über einen Luftröhrenschnitt den Patienten mit Sauerstoff versorgt, sind die Betroffenen auf Augenkontakt oder Hilfsmittel zur Verständigung angewiesen. Da die Krankheit allerdings weiter voranschreitet, werden auch nicht-verbale Kommunikationswege irgendwann abgeschnitten. Insbesondere bei einer ALS kann die Krankheit auch rasch voranschreiten und frühzeitig auch die Atemmuskulatur betreffen. So war eine Patientin erst etwa 20 Jahre alt, als sie die Diagnose einer ALS erhielt, und bereits ein halbes Jahr später nurmehr fähig, über Augenbewegungen zu kommunizieren. Zwei Jahre nach der Diagnose war infolge Kontrollverlusts auch über die Augen keinerlei verlässliche Kommunikation mehr möglich.[45]

Neben dem fortschreitenden Verlust der Handlungsfähigkeit kann es auch zu einem plötzlichen Verlust jeglicher Handlungsfähigkeit durch eine fast vollständige Lähmung kommen. Dies kann durch einen Unfall geschehen, wie im Fall von Ramón Sampedro, oder aufgrund einer plötzlichen Erkrankung wie bei dem französischen Redakteur Jean-Dominique Bauby, der 43-jährig infolge eines Hirnschlags gelähmt wurde. Bei diesem Phänomen, das als Locked-In-

45 Ujwal Chaudhary, Bin Xia, Stefano Silvoni, Leonardo G. Cohen und Niels Birbaumer, Brain–Computer Interface–Based Communication in the Completely Locked-In State, PLoS Biol 1/2017: e1002593, S. 16/25.

Syndrom bezeichnet wird, fallen die Funktionen des Hirnstamms vorübergehend oder dauerhaft aus. Die Betroffenen sind bei einem klassischen Locked-In-Syndrom nurmehr fähig, ihre Augen zu bewegen, verfügen aber meist über eine intakte Wahrnehmungsfähigkeit. Bauby verfasste in diesem Zustand mithilfe einer Logopädin das Buch «Le scaphandre et le papillon» (deutsche Übersetzung: «Schmetterling und Taucherglocke»). Da Bauby kurz nach dem Erscheinen seines Buches an einer Lungenentzündung verstarb, erlebte er dessen Verfilmung nicht mehr.

Das Dilemma hinsichtlich einer etwaigen Suizid- oder Sterbehilfe ist offensichtlich: Ist der Betroffene so gelähmt, dass ihm noch die Fähigkeit verbleibt, eigenständig zu schlucken, dann ist er auf Hilfe angewiesen, um sich selbst das Leben zu nehmen. Ohne einen entsprechenden rechtlichen Anspruch kann ihm diese Hilfe aber verwehrt werden. Ist auch ein eigenständiges Schlucken nicht mehr möglich, dann ist der Betroffene zur Realisierung seines Sterbewunsches darauf angewiesen, durch die Hände Dritter getötet zu werden – sei es auch «nur» durch das Ausschalten eines Beatmungsgeräts. Würde auch dieser Form der Tötung Art. 114 StGB entgegenstehen, wäre ein Patient im Fall fortschreitenden Muskelabbaus gehalten, seinem Leben solange ein Ende zu setzen, wie er dies noch aus eigener Kraft könnte. Das Recht nötigte ihn dann unter Umständen, sein Leben zu einem früheren Zeitpunkt zu beenden, als er dies tun würde, wenn er auf die Umsetzung seines Sterbewunsches durch andere vertrauen dürfte.

Wer nach einem Hirnschlag plötzlich bewegungsunfähig geworden ist, dem steht nicht einmal diese Option offen. Da er sein Leben nicht aus eigener Kraft beenden kann, bleibt ihm rechtlich nur die Möglichkeit, die medizinische Behandlung abzubrechen. Er verstirbt dann durch Ersticken oder Verdursten, wobei die dadurch auftretenden Beschwerden nach geltendem Recht palliativmedizinisch zwar gemildert, nicht jedoch durch eine den Tod beschleunigende Sedierung abgewendet werden dürfen. Auf diese Problematik werden wir anhand der Beispielsfälle 7 und 8 zurückkommen (unter C II 3b und c).

b. Faktische Handlungsunfähigkeit (Notsituation)

Schliesslich kann in medizinischen Kontexten neben der physiologischen auch die faktische Handlungsunfähigkeit bedeutsam werden. Exemplarisch hierfür sind Patienten, die in eine Notsituation geraten, in der sie zu einem Suizid nicht mehr in der Lage sind, obwohl sie ihn umsetzen würden, wenn sie könnten. Wer mit Herzberg bereit ist, in lebensbedrohlichen Situationen dem Patienten einen Sterbewillen zuzuschreiben,[46] der muss Fallgestaltungen wie im Beispiel 6 als Problem der Handlungsunfähigkeit, nicht der Urteilsunfähigkeit einordnen und entsprechend anders diskutieren (unter C II 3c).

46 Rolf Dietrich Herzberg, Strafbare Tötung oder straflose Mitwirkung am Suizid?, ZIS 7/2016, S. 440–449, S. 447, näher dazu bei und in Fn. 152.

3. Rechtliche Grenzen: Verbot der Tötung auf Verlangen

Ist ein Patient sowohl urteils- als auch handlungsfähig, dann darf ihm bei einem Suizid durch Verschreibung oder Übergabe eines tödlichen Medikaments grundsätzlich geholfen werden. Um keinen Anwendungsfall für eine Tötung auf Verlangen zu schaffen, muss der Patient die Tatherrschaft bis zum letzten Augenblick behalten. Deshalb soll der Patient die letzte Willenshandlung nur selbst ausführen dürfen, d.h. das Medikament darf ihm zwar vom Arzt zugeführt werden, schlucken muss es der Patient aber selber. Die Körpergrenze dürfen tödliche Medikamente also nur durch einen willentlichen Akt des Patienten überwinden. Diese Einschränkung der Patientenautonomie ist indes alles andere als selbstverständlich, denn prinzipiell ist es dem Staat verwehrt, sich dort einzumischen, wo keine Rechtsgutsverletzung droht, weil der Inhaber mit dem Eingriff einverstanden ist. Die Legitimität der Strafandrohung bei einer Tötung auf Verlangen wird daher seit Langem bezweifelt. Eine Darstellung der wesentlichen Argumente ist in unserem Kontext angezeigt, um neben dem Autonomiegedanken auch den Aspekt staatlicher Schutzpflicht genauer zu beleuchten und dadurch den Blick für die noch immer aktuellen Konflikte zwischen beiden zu schärfen. Grob lässt sich dafür zwischen drei möglichen Zwecken des Verbots unterscheiden: dem Schutz des Lebens im Individualinteresse, dem Schutz des Lebens im Interesse der Allgemeinheit und dem Schutz anderer allgemeiner Interessen.

a. Schutz des individuellen Interesses am Rechtsgut Leben?

Der Tatbestand des Art. 114 StGB setzt die selbstbestimmte Entscheidung des Sterbewilligen voraus und schränkt die Autonomie des Sterbewilligen insoweit ein, als er verbietet, dass sich dieser seinen Wunsch von Dritten umsetzen lässt. Erklärungsbedürftig ist dies deshalb, weil es zu einem Recht normalerweise dazu gehört, dass man beliebig mit dem entsprechenden Rechtsgut verfahren darf, solange nicht die Rechte Dritter verletzt werden. Wer beispielsweise Eigentum an einer Sache erwirbt, darf diese nicht nur pfleglich behandeln; er darf sie grundsätzlich auch zerstören, wenn er sie nicht mehr behalten will. Andernfalls würde sich das Recht in eine Pflicht verkehren, für die es jedoch besonderer Gründe bedarf, die dann ausserhalb der Disponibilität des Einzelnen liegen. So darf man zwar sein Sofa mutwillig zerstören, nicht aber seinen Hund, weil diesem über das Tierschutzgesetz ein zusätzlicher und für den Eigentümer nicht in Abrede zu stellender Schutz zukommt.

Soweit das Leben jedoch nicht aus besonderen Erwägungen gegen den Willen seines Inhabers zu schützen wäre, stünde es diesem grundsätzlich frei, ob er es sich selbst nimmt oder sich dazu der Hilfe Dritter bedient. Denn wer auf den Schutz seiner Rechtsgüter verzichten darf, dem geschieht auch durch das Han-

deln Dritter kein Unrecht (volenti non fit injuria).[47] Sofern das Beenden des eigenen Lebens also keine sonstigen Rechte verletzt, geht es den Staat nichts an, ob man sich selbst tötet oder die eigene Tötung Dritten überlässt. Ist der Zweck der Handlung auf das Ende des eigenen Lebens begrenzt, so ist, mit JAKOBS gesprochen, *«der einzige Unterschied zwischen Selbsttötung und Tötung auf Verlangen derjenige zwischen eigenhändiger und arbeitsteiliger Zweckverfolgung.»*[48]

Allerdings könnte ein Verbot fremdhändiger Tötung die Gefahr einzudämmen geeignet sein, dass der Sterbewillige sich im letzten Augenblick umentscheidet, weshalb es unabdingbar sein könnte, dass nur er die letzte Handlung vornehmen darf. Insbesondere im medizinischen Kontext kann der Sterbewillige sein Verlangen aber grundsätzlich jederzeit widerrufen und den Arzt zum Abbruch einer letalen Injektion auffordern. Wem dies nicht genügt, der müsste nicht nur die terminale Sedierung generell ablehnen; er müsste auch fordern, dass der Patient sich möglicherweise tödliche Schmerzmittel selbst zuführt oder zumindest einen Behandlungsabbruch eigenhändig vornimmt, sofern er urteilsfähig ist. Gefordert wird dies bislang aber von niemandem. Aus dem individuellen Lebensinteresse lässt sich das Verbot der Tötung auf Verlangen somit nicht herleiten.

b. Schutz eines allgemeinen Interesses am Rechtsgut Leben?

Neben dem Schutz individueller Interessen wird beim Lebensschutz auch eine ausnahmslose Geltung diskutiert. Im Gegensatz zum Wirbeltierschutz, wonach nur die qualvolle, mutwillige oder durch Veranstaltung eines Tierkampfs herbeigeführte Tötung unter Strafe steht (vgl. Art. 26 Abs. 1 lit. b und c TSchG) – im Umkehrschluss also grundsätzlich jede nicht mutwillige Tötung erlaubt ist –, soll es beim Menschenschutz *keinerlei* Gründe geben, die eine Tötung erlauben würden. Soweit dies als ausserhalb der individuellen Verfügbarkeit liegender «absoluter» Rechtsgüterschutz verstanden wird, ist diese These indes starken Einwänden ausgesetzt, denn weder ist der Suizidversuch mit Strafe bedroht noch die Teilnahme daran, solange sie nicht aus selbstsüchtiger Motivation geschieht. Auch die indirekte Sterbehilfe wird jedenfalls faktisch nicht verfolgt, obwohl sie dem Tatbestand des Art. 114 StGB unschwer subsumiert werden kann. Es liegt also offenbar nicht im allgemeinen Interesse, das biologische Leben grundsätzlich auch gegen den Willen seines Inhabers zu schützen.[49]

---

47 Dazu auch STEFAN TRECHSEL, PETER NOLL und MARK PIETH, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 7. Aufl. Schulthess, Zürich 2017, S. 138.

48 GÜNTHER JAKOBS, Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem, München 1998, S. 16 – Hervorhebung im Original.

49 Soweit man diese Ausnahmen vom Lebens*schutz* geläufig damit begründet, dass aus dem Recht auf Leben keine Pflicht zum Leben folge, s. AXEL TSCHENTSCHER, in: Bernhard Waldmann, Eva Maria Belser und Astrid Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015,

Aber nicht nur der Schutz des Lebens im Sinne einer positiven Pflicht des Staates, auch das viel zentralere *Recht* auf Leben, dem die negative Pflicht des Staates gegenübersteht, Eingriffe zu unterlassen, wird in einigen Kontexten infrage gestellt: Insbesondere die Erlaubnis zur Tötung unschuldiger Zivilisten im Kriegsfall (womit nicht einmal die Verteidigung eigener Landesgrenzen gemeint ist) verträgt sich nicht mit einem «absoluten» Lebensrecht. Aber auch die Tötung ungeborenen Lebens und die Entnahme funktionierender Organe nach der Feststellung des Hirntods relativieren dieses Recht zumindest. Das Leben dürfte daher im Ergebnis nicht prinzipiell anders geschützt sein als andere Rechte, was sich auch daraus ableiten lässt, dass es vom Gesetzesvorbehalt (Art. 36 Abs. 1 BV) nicht ausgenommen ist.

Weil das Leben andererseits biologische Voraussetzung aller denkbaren individuellen Fähigkeiten und Interessen ist, die mit dem Tod ad infinitum verloren gehen, ist die Tötung eines Menschen, wie auch Horster betont, «einzigartig gravierend» und «absolut irreversibel».[50] Daher könnte immerhin die abstrakte Gefahr fehlerhafter Entscheidung durch ein besonderes Verbot eingefangen werden.

Dahingehend argumentiert Jakobs, wenn er geltend macht, der Sterbewillige müsse mit der Tötung seinen *eigenen* «vollzugsreifen» Entschluss umsetzen. Bei einer fremdhändigen Tötung verbleibe dem Dritten aber zwangsläufig Raum für eigene Interpretation, mehr noch: Der Sterbewillige könnte den Begründungszusammenhang für die Tötung dem Anderen auch ganz überlassen. Dann erfolgte die Tötung aber auf Grundlage *fremder* Zwecksetzung. Jakobs zufolge ist es dem Gesetzgeber deshalb nicht verwehrt, durch ein Verbot fremdhändiger Tötung sicherzustellen, dass der Sterbewillige mit seiner Tötung wirklich eigene Zwecke verfolgt.[51]

Insbesondere im medizinischen Kontext scheint diese von Jakobs beschriebene Gefahr sogar in besonderem Masse gegeben, weil Ärzten oftmals ein überlegenes Wissen hinsichtlich des Zeitpunktes zugeschrieben wird, ab dem eine lebensverlängernde Behandlung sinnlos und die Vorbereitung auf den Tod notwendig wird. Dabei hängt die Frage medizinischer Indikation nicht zuletzt auch davon ab, was ein Patient für sich noch als sinnvoll erachtet und was nicht. Patienten wünschen sich jedoch häufig ein initial vom Arzt ausgehendes Gespräch über lebensbeendende Entscheidungen und ein «shared-decision-making».[52] Da Jakobs jedoch nicht die psychologische Seite der Entscheidung, sondern deren normative Zurechnung im Blick hat, soll es ihm zufolge gerade

---

Art. 10 N 9, wird diese Überlegung bislang gleichwohl nicht auf diejenigen ausgeweitet, die sich nicht mehr selbst das Leben nehmen können.

50 Norbert Hoerster, Sterbehilfe im säkularen Staat, Frankfurt am Main 1998, S. 30.

51 Jakobs (Fn. 48), S. 21 f.

52 Katja Mehlis und Eva C. Winkler: Ethische Analyse lebensverlängernder Behandlungen. Zum Schutz der Selbstbestimmung und zum Schutz vor Übertherapie, Der Onkologe 11/2016, S. 844–851, S. 846.

dann keinen Zweifel geben, wenn die Entscheidung des Sterbewilligen objektiv vernünftig im Sinne eines allgemein anerkannten Standards sei. – Eben dies zeige sich an der Straflosigkeit der indirekten Sterbehilfe und des Behandlungsabbruchs, wobei dieser Standard auch für Einwilligungsunfähige gelten müsse.[53] Die abstrakte Gefahr fehlerhafter Zwecksetzung, der grundsätzlich mit dem Verbot der Tötung auf Verlangen sinnvoll begegnet werden kann, entfällt also ausnahmsweise, wenn sich der Begründungszusammenhang aus einem allgemeinen Massstab herleiten lässt. Nach JAKOBS' Ansicht, die sich allerdings nicht hat durchsetzen können, stellen diese Handlungen eine erlaubte arbeitsteilige Selbsttötung dar, die den Straftatbestand nicht verwirklicht.[54]

Da auch die ärztliche Suizidhilfe grundsätzlich nur in Fällen stattfinden soll, die allgemein als vernünftig erscheinen, wäre mit dem Gedanken JAKOBS' wohl in all diesen Fällen stattdessen auch eine letale Injektion erlaubt. Es ist aber überaus zweifelhaft, in welchen Fällen das Verschreiben von Pentobarbital bereits Standard ist und in welchen nicht oder evtl. auch nicht mehr, weil neue Heilungsmethoden gefunden wurden. Unklar ist auch, was in Fällen gelten soll, die einen neuen Standard einleiten könnten: Sie wären nur deshalb tatbestandsmässig, weil sie ihrer Zeit voraus sind.[55] Da ohne diese Fälle aber kein Standard entstehen kann, müssten zwangsläufig sehr viele bestraft werden, um dem neuen Standard zur Durchsetzung zu verhelfen. Dies ist in Anbetracht der vielen zwar objektiv vernünftigen, aber (noch) nicht allgemein anerkannten lebensbeendenden Entscheidungen, die derzeit verhandelt werden,[56] keine rechtlich zufriedenstellende Lösung, auch wenn es eine plausible Beschreibung der Rechtsentwicklung sein mag. Ausserdem würde man mit diesem Ansatz die vom deutschen Recht nicht grundsätzlich verschiedene Systematik des schweizerischen StGB insoweit ignorieren, als die Beteiligung an einem Suizid danach nur *ausnahmsweise* strafbewehrt ist, die Tötung auf Verlangen dagegen *immer*. Daraus aber folgt offensichtlich ein Primat der Hilfe bei der eigenhändigen Tötung gegenüber einer fremdhändigen Tötung. Für diesen Primat spricht auch ein von ROXIN in die Diskussion eingebrachtes Argument, das dem von JAKOBS zwar nicht unähnlich, aber weniger rechtstheoretisch begründet ist.

---

53 JAKOBS (Fn. 48) S. 26 ff.; abl. MATTHIAS CONRADI, Der Arzt an den Grenzen seines Behandlungsauftrags. Eine Untersuchung zu Fragen der Sterbehilfe im Zeitalter der Intensivmedizin, Frankfurt am Main 2002, S. 320 ff., der allerdings nicht erklärt, warum die indirekte Sterbehilfe über § 34 dStGB (entspricht Art. 17 StGB) gerechtfertigt sein soll (S. 471), die direkte aktive Sterbehilfe hingegen nicht.

54 JAKOBS (Fn. 48) S. 29 f.

55 So beschreibt auch der Protagonist Rodion Raskolnikoff seine Misere, nachdem er eine Tat gestanden hat, die für ihn nur nach den Buchstaben des Gesetzes ein Verbrechen war, s. FJODOR M. DOSTOJEWSKI, Rodion Raskolnikoff. Schuld und Sühne, 14. Aufl., München/Zürich 1984, S. 732.

56 Etwa in dem vom EGMR unlängst entschiedenen Fall des Charlie Gard (Fn. 44). Hier wurde die Behandlung eines schwerstkranken Kleinkindes gegen den Willen der Eltern abgebrochen, die ihre Hoffnung auf eine experimentelle Behandlungsmethode in den USA gesetzt hatten.

Roxin hat darauf hingewiesen, dass es bei einer Tötung auf Verlangen trotz ernsthaften und eindringlichen Verlangens an der letzten Entschlossenheit fehlen kann, deren es für einen Suizid bedarf: «Denn viele haben sich einen Revolver an die Schläfe gesetzt, aber nur wenige haben ihn abgedrückt.»[57] Und viele, so möchte man ergänzen, bitten ihren Arzt um Erlösung, ohne aber, entsprechend mit Medikamenten ausgestattet, selbst diesen Weg zu gehen. Diese Diskrepanz zwischen Wunsch und Wille wird in der deutschen Literatur geläufig unter dem Begriff der «Ernstlichkeitslehre» diskutiert,[58] was mit Blick auf Art. 114 StGB (und den entsprechenden § 216 des deutschen StGB) leider missverständlich ist: Auch ein «ernsthaftes» im Sinne eines nicht nur dahingesagten[59] oder aus einer vorübergehenden Stimmung entspringenden[60] Verlangens, das zumindest die Kriterien einer rechtfertigenden Einwilligung erfüllt,[61] kann vorliegen, ohne dass der Betreffende seinen Entschluss immer auch selbst umsetzen würde, wenn er könnte. Umgekehrt kann man bei einem in die Tat umgesetzten Sterbewillen kaum die Ernsthaftigkeit in Abrede stellen, wohl aber die Abgewogenheit des Entschlusses. Der Begriff der Ernsthaftigkeit lässt sich also sowohl als Entschlossenheit (zur Umsetzung) verstehen als auch als Reflektiertheit und Beständigkeit des Entschlusses.

In Anbetracht des Umstands, dass die Suizidhilfe im Gegensatz zur fremdhändigen Sterbehilfe immerhin geeignet ist, diese letzte Entschlossenheit oder, mit Jakobs, die Vollzugsreife des Sterbewunsches sicherzustellen, und, wie Donatsch betont, auch nicht als «würdeloser» eingestuft werden kann, als eine letale Injektion,[62] kommt der vom Gesetzgeber vorgenommenen Abstufung eine nachvollziehbare Relevanz zu. Allerdings kann auch in Anbetracht dieser Überlegungen kaum eine *ausnahmslose* Geltung des Verbots fremdhändiger Tötung überzeugen, weil dann zumindest handlungsunfähige Patienten in ihrem Selbstbestimmungsrecht unverhältnismässig eingeschränkt und diskriminiert würden.[63]

c. Schutz anderer allgemeiner Interessen?

Es werden indes auch weitere allgemeine Interessen genannt, die durch Art. 114 StGB geschützt sein könnten. Darunter fällt die Abwendung später möglicher-

57 Claus Roxin, Tötung auf Verlangen und Suizidteilnahme, GA 2013, S. 313–327, S. 318 f.; vgl. bereits ders., Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NStZ 1987, S. 345–350, S. 348.

58 S. dazu Wilfried Bottke, Suizid und Strafrecht, Berlin 1982, S. 102 ff.

59 Schwarzenegger (Fn. 31), Art. 114 N 9 m.w.N.

60 Martin Schubarth, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 1. Bd.: Delikte gegen Leib und Leben, Bern 1982, Art. 144 N 8.

61 Günter Stratenwerth, Guido Jenny und Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern 2010, § 1 N 40.

62 Donatsch (Fn. 30), S. 146.

63 Zu erwarten ist allerdings, dass dieses Problem schon bald mithilfe von Roboterarmen gelöst werden kann.

weise auftretender Beweisschwierigkeiten durch ein absolutes Verbot. Schutzbehauptungen lassen sich allerdings auch bei der derzeitigen Rechtslage nicht ausschliessen und können zu einer (unberechtigten) Privilegierung nach Art. 114 StGB führen. Wollte man zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten die Tötungsumstände den privilegierenden Voraussetzungen des Art. 114 StGB oder denjenigen des Art. 111 StGB eindeutiger subsumieren, wäre es daher naheliegender, formale Hürden für die Tötung auf Verlangen zu schaffen, anstatt sie generell zu verbieten.[64]

Schliesslich ist auch die Annahme, dass Art. 114 StGB zwar nicht unmittelbar das Rechtsgut Leben schützt, aber das Fremdtötungstabu bekräftigt, aufgrund der bereits genannten Durchbrechungen dieses Tabus Einwänden ausgesetzt. Dass strafrechtliche Verbote nicht notwendig dem Rechtsgüterschutz dienen, sondern manchmal «nur» Wertvorstellungen untermauern können, zeigt sich wiederum im Bereich des Tierschutzes: Hier existiert das strafbewehrte Verbot der Tierquälerei nach Art. 26 TSchG nicht, um Wirbeltiere als Individual- oder Kollektivrechtsgüter zu schützen, sondern um dem Umgang mit empfindungsfähigen Lebewesen dort eine Grenze zu setzen, wo er mit heutigen Wertvorstellungen nicht mehr vereinbar ist.[65]

Art. 114 StGB könnte entsprechend sicherstellen, dass im normalen Umgang der Bürger keine Zweifel an der allgemeinen Geltung des Tötungsverbots als zentraler Norm des Strafrechts aufkommen, womit zugleich die Achtung der Menschenwürde betont würde. Immerhin finden die genannten Durchbrechungen der negativen Staatspflichten nicht im täglichen Miteinander,[66] sondern im Kriegsfall oder in den besonderen Situationen noch nicht geborener oder hirntoter Menschen statt. Inzwischen existieren allerdings auch Erosionen des Tötungsverbots in der Arzt-Patienten-Beziehung, die das Lebensrecht zwar nicht unmittelbar tangieren (sofern der Patient die Tötung selber will), die aber geeignet scheinen, das Fremdtötungstabu des Art. 114 StGB in Frage zu stellen und dadurch mittelbar auch den Schutz derjenigen Patienten aufweichen könnten, die nicht getötet werden wollen.

---

64 So auch Breitenmoser (Fn. 14) mit Blick auf die bereits erlaubten Formen der Sterbehilfe, S. 211.

65 Von Immanuel Kant wurde argumentiert, es werde um der Menschenwürde willen durch den Tierschutz der «Verrohung» der Menschen entgegengewirkt, s. Die Metaphysik der Sitten (1797), Akademieausgabe, Bd. VI, Königlich Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, S. 443. Es ist aber zweifelhaft, ob dies heute noch so gesehen wird oder nicht vielmehr Wirbeltiere als empfindungsfähige Lebewesen Schutz um ihrer selbst willen geniessen.

66 Das Notwehrrecht, das auch im Verhältnis normaler Bürger untereinander Anwendung findet, aber auch das Recht der Polizei zum «finalen Rettungsschuss» verletzt das Lebensrecht des Angreifers hingegen nicht, weil ihm die zur Abwehr erforderliche Handlung als eigene zugerechnet werden kann; anders wohl Aline Lüthi, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext. Behandlungsbegrenzungen und Leidenslinderung. Ein strafrechtlicher Regelungsvorschlag, Diss. Zürich 2014, S. 16.

4. Erosionen des Fremdtötungstabus im Rahmen ärztlicher Sterbehilfe

Zu diesen Erosionen gehören die indirekte Sterbehilfe, die terminale Sedierung und der Behandlungsabbruch, die im Folgenden eingehender beschrieben werden, um Gemeinsamkeiten und Unterschiede sowie deren jeweilige Relevanz für das Fremdtötungstabu hervorzuheben. Im Anschluss daran wird ein Versuch ihrer rechtsdogmatischen Einordnung unternommen.

a. «Indirekte» Sterbehilfe

Insbesondere Krebspatienten benötigen häufig hoch dosiertes Morphium oder chemische Verwandte, um ihre Schmerzen zu bekämpfen. Als Goldstandard in der Schmerzbehandlung gelten Opiate, zu denen auch das Morphium gehört. Eine mögliche Nebenfolge des Opiats ist jedoch die sog. Atemdepression, die auch bei niedriger Dosierung zum Tod des Patienten durch Atemstillstand führen kann. Chronische Schmerzen und kontinuierliche Gewöhnung an Opiate bewirken allerdings, dass diese unerwünschte Folge sogar seltener bei Schwerstkranken zu befürchten ist als bei Patienten mit geringen Schmerzen ohne Gewöhnung.[67]

Bei chronisch Kranken kann es angezeigt sein, ihnen selbst die Dosierung und damit das Medikament zu überlassen, um über längere Zeiträume sicherzustellen, dass der Patient auch vor plötzlich stärker werdenden Schmerzen geschützt ist. Kommt es dabei zu einer versehentlichen oder beabsichtigten Überdosierung durch den Patienten, ist der Arzt grundsätzlich nicht strafbar, wenn er vor den Gefahren zuvor gewarnt hat und kein Behandlungsfehler vorliegt. Andernfalls kommt eine fahrlässige Tötung in Betracht. Wird das Mittel hingegen vom Arzt unter billigender Inkaufnahme des Todes seines Patienten injiziert und verstirbt der Patient daran, verwirklicht dies alle Voraussetzungen einer strafbewehrten Tötung.[68]

Auch bei einer nur bedingt vorsätzlichen Lebensverkürzung eines Sterbenden sind die Tötungsdelikte einschlägig, denn «vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt» (Art. 12 Abs. 2 S. 2 StGB).[69] Die auf Verringerung des Leids gerichtete Motivation des Handelnden, die dieser aktiven Sterbehilfe den Zusatz «indirekt» eingebracht hat, vermag daran so wenig zu ändern wie die Einwilligung des Patienten, was durch Art. 114 StGB nachdrücklich belegt wird. Gleichwohl ist man sich einig darin, dass die indirekte Sterbehilfe in engen Grenzen zulässig ist. Zu diesen engen Grenzen hat bisher die Anwendung bei sterbenden Patienten gehört,

67 Entsprechend hoch ist derzeit die Todesrate durch falschen Gebrauch in den USA, wo die Nebenwirkungen offenbar lange Zeit unterschätzt und Opiate entsprechend häufig auch bei leichteren Schmerzen verschrieben wurden.

68 So auch Günther Jakobs: Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem: Öffentlicher Vortrag vom 2. Februar 1998, München 1998, S. 29 f.

69 Vgl. auch Donatsch (Fn. 30), S. 144.

denn zweifelsfrei gibt es gute Gründe, einen Menschen nicht bei vollem Bewusstsein das Kollabieren seines Körpers miterleben zu lassen. Der Begriff des Sterbenden ist aber nicht auf den unmittelbar bevorstehenden Tod beschränkt, sondern umfasst zumindest Zeiträume von bis zu zwei Wochen, wenn nicht sogar mehreren Monaten.[70]

Inzwischen wird die indirekte Sterbehilfe aber ohnehin nicht mehr nur bei Sterbenden angewandt. Wegen der generell unklaren rechtsdogmatischen Einordnung der indirekten Sterbehilfe[71] wird jedoch auch unabhängig davon schon seit längerem eine gesetzliche Regelung gefordert.[72] Diese ist auch deshalb unumgänglich, weil dem Erfordernis der Eigenhändigkeit zugeschriebene Schutzfunktionen des Art. 114 StGB wie jederzeitige Möglichkeit der Abstandnahme und Sicherstellung eines autonomen Patientenwillens nicht einmal ansatzweise durch besondere Verfahrensvorschriften aufgefangen werden.

b. Terminale Sedierung

Neben der indirekten Sterbehilfe durch Opiate hat sich in der medizinischen Praxis die sog. palliative oder terminale Sedierung eines sterbenden Patienten etabliert. Der Begriff «terminal» knüpft eigentlich an das terminale Stadium der Erkrankung an, nicht hingegen daran, ob die Sedierung über einen längeren Zeitraum bis zum Tod erfolgt («deep continuous sedation until death») oder mittels Überdosierung den Tod herbeiführt.[73]

Lassen sich schwere Leiden mit Medikamenten nicht mehr wirkungsvoll bekämpfen, ist die Bewusstseinstrübung oder -ausschaltung oft der einzige Weg, um Patienten ein Sterben ohne Leid zu ermöglichen. Im Gegensatz zum natürlichen Tod ist dies allerdings mit dem Nachteil behaftet, dass der Patient mit der überkommenden Ansicht zur Abgrenzung von Selbst- und Fremdtötung durch seinen Arzt aktiv getötet wird. Diesen Einwänden begegnet jede kontinuierliche Sedierung, wenn der Patient ohne diese länger leben würde.

Wird die Sedierung eines Patienten hingegen so eingesetzt, dass eine Lebensverkürzung durch das injizierte Medikament sicher ausgeschlossen werden kann oder der Arzt in Anbetracht der Dosierung und eines minimalen Risikos darauf vertrauen darf, dass ein verfrühter Todeseintritt nicht zu erwarten ist, dann wird durch das Medikament selbst kein vorsätzlicher Todeserfolg herbeigeführt. Das bei bestimmten Medikamenten immer bestehende, aber geringe Risiko der Todesverursachung macht die Verwendung des Medikaments also

70 Kritisch auch Donatsch (Fn. 30), S. 142 f.

71 Eine Übersicht über die verschiedenen Modelle findet sich bei Lüthi (Fn. 66), S. 132 ff., und Zahn (Fn. 2), S. 120 ff.

72 Donatsch (Fn. 30), S. 144; Lüthi, (Fn. 66), S. 147; vgl. auch Jürgen Baumann u.a., Alternativentwurf eines Gesetzes über Sterbehilfe (AE-Sterbehilfe). Entwurf eines Arbeitskreises von Professoren des Strafrechts und der Medizin sowie ihrer Mitarbeiter, Stuttgart 1986, S. 34.

73 Zu den Begrifflichkeiten Zahn (Fn. 2), S. 42; Alt-Epping (Fn. 12), S. 543 f.; sowie Müller-Busch (Fn. 1), S. 129.

nicht zu einer unerlaubten Gefahrschaffung durch den Arzt. Er darf vielmehr bei sorgfältiger Handhabe und Abklärung etwaiger Risikofaktoren darauf vertrauen, dass sich das Risiko nicht verwirklichen wird.

Die Injektion kann jedoch eine Tötungshandlung darstellen, wenn der Patient infolge der Bewusstlosigkeit oder Bewusstseinstrübung lebenserhaltende Handlungen wie Essen und Trinken nicht mehr ausführen kann. Ist dies allerdings nicht möglich, etwa weil der Patient dazu auch ohne Sedierung nicht mehr im Stande ist, und würde der Patient daher etwa zeitgleich auch ohne die Sedierung infolge Nahrungs- und Flüssigkeitsentzugs versterben, dann ist die Sedierung nicht kausal für den Todeseintritt. Sie verwirklicht also nicht den Tatbestand eines Tötungsdelikts, auch wenn man es durchaus als ethisch problematisch ansehen mag, dass das «bewusste Leben» des Patienten verkürzt wird.[74]

Rechtlich problematisch wird die Sedierung also erst, wenn es dem Patienten dadurch nicht mehr möglich ist, lebenserhaltende Handlungen wie Essen und Trinken auszuführen, oder das dem Medikament immanente allgemeine Risiko zum Beispiel durch die Höhe der Dosierung heraufgesetzt wird und der Arzt daher nicht mehr auf das Ausbleiben eines verfrühten Todeseintritts vertrauen kann. Hält der Arzt die Sedierung dann in dem Wissen aufrecht, dass der Patient dadurch versterben wird, tötet er ihn (ggfs. auf Verlangen).

Dies mag man bei sterbenden Patienten aus denselben Gründen befürworten, wie sie bei der indirekten Sterbehilfe zum Tragen kommen. Inzwischen wird die kontinuierliche Sedierung aber auch bei nicht terminal erkrankten Patienten angewendet, wenn ein Einsatz von Opiaten mangels extremer Schmerzen nicht in Betracht kommt. Dies geschieht wie beim Einsatz von Opiaten zum Teil auch dann, wenn der Tod des Patienten dadurch *sicher* verfrüht eintritt. Ein authentisches Beispiel dafür ist das folgende: «Ein 61-jähriger selbständiger Patient, alleinlebend und beruflich erfolgreicher Unternehmer, mit der Erstdiagnose eines inkurabel metastasierten Krebsleidens der Bauchspeicheldrüse und erheblicher Übelkeit, die auf keine der gängigen Medikamente anspricht, fordert seinen Stationsarzt auf, ihm Medikamente zu geben, die ihn schlafen lassen bis zum Tode.»[75] Da auch diese Sedierungen als «early terminal sedation» bezeichnet werden,[76] und jedenfalls landläufig unter einer terminalen Sedierung vor allem die kontinuierliche Sedierung bis zum Tod, unabhängig vom Krankheitsstadium verstanden werden dürfte, soll der Begriff auch hier in diesem weiteren Sinne verwendet werden.

Sedierungen können mittels Sedativa wie Midazolam erfolgen, was zu einer Bewusstseinstrübung (sog. Somnolenz) des Patienten führt; sie können aber

74 Bossard/De Stoutz/Bär (Fn. 6), S. 121 f.

75 Alt-Epping (Fn. 12), S. 543.

76 Victor Cellarius, ‹Early terminal sedation› is a distinct entity, Bioethics 25/2011, S. 46–54, S. 48 ff.

auch mittels Narkotika wie Phenobarbital erfolgen, was eine Bewusstseinsausschaltung zur Folge hat. Möglich ist auch ein kombinierter Einsatz von Sedativa, Opiaten und Narkosemitteln, insbesondere wenn eine todesbeschleunigende Wirkung bei Schmerzpatienten angestrebt wird. Die sedierende oder narkotisierende Wirkung hat jedoch *immer* zur Folge, dass der Patient seine Entscheidung allenfalls dann noch revidieren kann, wenn er zwischendurch aufgeweckt, also die Sedierung unterbrochen wird. Dies ist aber regelmässig nicht gewollt, um dem Patienten unnötiges Leid zu ersparen. Da andererseits die Sicherstellung jederzeitiger Abstandnahme aber massgebliches Argument für das Erfordernis eigenhändiger Tötung ist, überrascht es, dass das Übergehen dieser zentralen Schutzfunktion bei der terminalen Sedierung offenbar kaum wahrgenommen wird. Entscheidet sich ein Patient beispielsweise für einen Behandlungsabbruch und lässt sich zuvor sedieren, um sein Sterben nicht zu erleben, kann er sich nicht mehr umentscheiden.

Im Kontext von Behandlungsabbrüchen – und wohl nicht nur dann – finden auch unmittelbar todesbeschleunigende Sedierungen statt. Wird beispielsweise der Tod eines beatmeten Patienten beschleunigt, weil die Atemreflexe medikamentös unterdrückt werden, um Angehörigen diesen Anblick zu ersparen,[77] ist dies, soweit die Dosierung *erforderlich* ist, nichts anderes als eine indirekte Sterbehilfe und begegnet daher derselben Akzeptanz, aber auch denselben rechtlichen Vorbehalten.[78]

Ein gesetzlicher Regelungsbedarf besteht auch deshalb, weil sich insbesondere chronisch kranke Patienten oft «Erlösung» von ihren Leiden oder dauernden Schmerzen wünschen, ohne dass dies eine möglicherweise tödliche Dosierung rechtfertigen würde. Es liegt aber durchaus nahe, dass in der Schmerz- und Betäubungsmedikation wohl immer schon bewusst und auch gewollt ein Weg gesehen wurde, das Leid unheilbar chronisch kranker Patienten in Extremsituation zu beenden:[79] Zum einen fällt auf, dass Ärzte ausserhalb der terminalen Phase die Risiken von Sedativa und Opiaten offenbar problemlos beherrschen – zumindest wurde ein entsprechender Haftungsausschluss mit Blick auf das offenbar hohe Todes- und damit auch Haftungsrisiko in der Vergangenheit nicht thematisiert. Zum anderen scheinen auch Zweifel berechtigt, ob es die *möglicherweise* tödliche Sedierung überhaupt gibt. Der chronisch kranke Patient verstirbt bei einer leichten Überdosis jedenfalls nicht sofort, sondern stellt lang-

77 Vgl. dazu Alt-Epping (Fn. 12), S. 545; Reimer Riessen und Michael Haap, Entscheidungskonflikte beim Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen aus intensivmedizinischer Sicht, in: Franz-Josef Bormann (Hrsg.), Lebensbeendende Handlungen. Ethik, Medizin und Recht zur Grenze von ‹Töten› und ‹Sterbenlassen›, Berlin 2017, S. 483–488, S. 486 f.

78 Vgl. dazu bereits Peter Singer, Voluntary euthanasia: A utilitarian perspective, in: Bioethics 17/2003, S. 526–541, S. 537; Gunnar Duttge, Der Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung (AE-StB) 2005. Ziel erreicht oder bloße Etappe auf dem langen Weg zu einer Gesamtregelung?, GA 2006, S. 573–586, S. 579.

79 So im Ergebnis auch Schwarzenegger (Fn. 31), Vor Art. 111 N 63.

sam das Atmen ein. Es bliebe also Zeit, die Dosierung anzupassen[80] oder Gegenmassnahmen einzuleiten, wenn der Tod des Patienten tatsächlich unerwünscht wäre.

Werden diese Fälle ohne Formvorschriften einfach der medizinischen Praxis überlassen, besteht die eingangs angesprochene Gefahr, dass sich ein Verhaltenskodex etabliert, der mit dem Selbstbestimmungsrecht der Patienten, aber auch mit ihrem Lebensschutz nicht mehr kompatibel ist. Diese Gefahr scheint sogar umso eher zu bestehen, je restriktiver ein Land Fragen der Sterbehilfe handhabt. Immerhin wird eine lebensbeendende Entscheidung bei kompetenten Patienten in den Niederlanden in 92% der Fälle zuvor mit dem Patienten besprochen, gefolgt von der Schweiz mit immerhin noch 78%, während die Entscheidung in Schweden und Italien nur in etwa 40% der Fälle mit den Patienten besprochen wird.[81] So ist es derzeit überaus problematisch, einem Patienten in einem Aufklärungsgespräch anzubieten, ihn notfalls, wenn er also nicht mehr handlungsfähig ist, mit einer Injektion so zu sedieren, dass er nichts mehr erleben, aber auch nicht mehr erwachen wird. Was angeboten wird, ist de lege lata eine strafbewehrte Tötung, sofern der Patient infolge der Sedierung verfrüht verstirbt. Steht der Tod des Patienten aber erst einmal unmittelbar bevor, wird es ungleich schwieriger, ein Aufklärungsgespräch zu führen, so dass auch eine etwaige Privilegierung nach Art. 114 StGB nicht mehr in Betracht käme.

Prinzipiell denkbar wäre es zwar, bei einer solchen Konstellation eine Rechtfertigung wegen Notstands zu erwägen;[82] da besondere Qualen des Opfers aber nicht einmal eine Tötung auf Verlangen rechtfertigen sollen, gilt dies für andere Mitleidstötungen freilich erst recht. Dass es kaum entsprechende Ermittlungen der Staatsanwaltschaft gibt, mag daran liegen, dass diese Tötungen, soweit sie in Kliniken erfolgen, kaum nachweisbar sind, es kann aber auch daran liegen, dass es Ärzten einfach überlassen wird, das «Richtige» zu tun, weil der politische Wille, den gesetzlichen Rahmen zu verändern, offensichtlich fehlt. Will man das Tötungsverbot nicht aushöhlen, ist Klärung aber auch und insbesondere hier dringend notwendig.

---

80 Michael Zens, Der Einsatz von Morphium: Zwischen Pflicht und Strafe, Dtsch Ärztebl 12/2011, A-641/B-518/C-518, ‹https://www.aerzteblatt.de/archiv/81691/Der-Einsatz-von-Morphium-Zwischen-Pflicht-und-Strafe›; ders. in Susanne Donner, Die letzte Option gegen ein qualvolles Ende, vom 8.9.2014, ‹https://www.welt.de/gesundheit/article 132007456/Die-letzte-Option-gegen-ein-qualvolles-Ende.html› (letzter Zugriff am 25.03.2018).

81 Agnes Van Der Heide, Luc Deliens, Karin Faisst, Tore Nilstun, Michael Norup, Eugenio Paci, Gerrit Van Der Wal and Paul J. Van Der Maas, End-of-life decision-making in six European countries: descriptive study, The Lancet 362/2003, S. 345–350, S. 348.

82 Schwarzenegger/Manzoni/Studer/Leanza (Fn. 20), S. 210, verweisen auf das unveröffentlichte Urteil eines Einzelrichters aus Boudry in Neuenburg, in dem dieser Weg eingeschlagen wurde.

c. Behandlungsabbruch

Unter einem Behandlungs*verzicht* wird das Unterlassen (weiterer) lebensverlängernder Massnahmen verstanden, während ein Behandlungsabbruch auch das aktive Beenden bereits eingeleiteter lebensverlängernder Massnahmen umfasst. Dass der Behandlungsabbruch in der Schweiz eine besondere Relevanz hat, zeigt eine Erhebung zwischen den Jahren 2000 und 2003. Danach wird in der Schweiz, verglichen mit den Niederlanden, Dänemark, Belgien, Schweden und Italien, mit 41 % der höchste Anteil an Behandlungsabbrüchen in Relation zu allen Todesfällen erreicht. Die Niederlande folgen mit 30 %, während in Italien nur 6 % der Todesfälle auf einem Behandlungsabbruch beruhen.[83]

Behandlungsverzicht und -abbruch werden oft als «passive» Sterbehilfe bezeichnet und wurden von der Strafrechtswissenschaft in Deutschland zumindest bis zum Juni 2010 ganz überwiegend als strafloses Unterlassen verstanden. Diese Überlegungen sollten nach verbreiteter Ansicht jedoch keine Anwendung finden, wenn Dritte wie etwa Angehörige den Behandlungsabbruch vornehmen.[84] Im Juni 2010 hat der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) in einem hinsichtlich der Begründung zwar umstritten, im Ergebnis aber ganz überwiegend begrüssten Urteil den Unterlassungskonstruktionen der Lehre pauschal eine Absage erteilt. Dies vielleicht auch deshalb, weil es um die Rechtmässigkeit eines von der Tochter der Patientin durchgeführten Behandlungsabbruchs ging, für den auch mit der herrschenden Lehre kein Tatbestandausschluss möglich gewesen wäre. Stattdessen hat der BGH den Behandlungsabbruch zu einer Art eigenständiger Rechtsfigur erklärt, die ärztliches Handeln in Übereinstimmung mit dem Patientenwillen erlaubt, wenn ein Zustand (wieder-)hergestellt wird, «der einem bereits begonnenen Krankheitsprozess seinen Lauf lässt, indem zwar Leiden gelindert, die Krankheit aber nicht (mehr) behandelt wird, so dass der Patient letztlich dem Sterben überlassen wird.»[85] Dies entspricht im Wesentlichen auch der Begründung, die in der Schweiz von einem Teil der Lehre angeführt wird, um ein Unterlassen zu begründen.[86]

Damit einem Krankheitsverlauf als bereits bestehender Gefahr für das Leben des Patienten sein blosser Lauf gelassen wird, dürften die Ärzte allerdings keine eigenständige Gefahr für das Leben des Patienten schaffen. Denn nur, wer eine bereits existierende Gefahr lediglich verringert, indem er beispielsweise den tödlichen Schuss eines Dritten auf das Herz des Opfers so ablenkt, dass der Schuss nur das Bein des Opfers trifft, schafft keine eigenständige Gefahr und verwirklicht folgerichtig auch nicht den Tatbestand einer Körperverletzung.[87]

---

83 Bossard/Fischer/Faisst (Fn. 5), S. 800.

84 So z.B. Ralf Ingelfinger, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots. Das Menschenleben als Schutzobjekt des Strafrechts, Köln 2004, S. 311: Rechtfertigung über § 34 dStGB (entspricht Art. 17 StGB).

85 BGH, Urteil vom 25. Juni 2010 – 2 StR 454/09, N 35 (juris), abgedruckt u.a. in BGHSt 55, 191–206.

86 Petermann (Fn. 28), S. 35.

87 Vgl. Trechsel/Noll/Pieth (Fn. 47), S. 84.

Wer hingegen seine Kinder aus dem Fenster eines brennenden Hauses wirft, um ihr Leben zu retten, der schafft eine von den Flammen unabhängige, mithin eigenständige Gefahr für die Kinder. Verletzen sie sich bei dem Sturz, ist deshalb der Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht (die Tat ist jedoch wegen Notstands gerechtfertigt). Die Beschreibung des BGH oder vielmehr seine Zurechnung des Todeserfolgs zu einem «natürlichen Krankheitsverlauf», vermag also nur dann zu überzeugen, wenn sich der Patient bereits in einer Gefahrenlage befindet, denn nur in einem solchen Fall ist der Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen bzw. deren Abbruch keine weitere, *eigenständige* Gefahr für sein Leben, sondern lässt einer *bereits bestehenden* Gefahr ihren Lauf: Wer die vom einem Besucher zuvor mutwillig geöffnete Raubtierkäfigtür nach der Sicherung der Tiere wieder öffnet, der lässt keiner bereits bestehenden Gefahr ihren natürlichen Lauf, sondern schafft eine neue Lebensgefahr.

In vielen Fällen lebenserhaltender ärztlicher Behandlung – und auch dem, der dem BGH zugrunde lag – befinden sich die Patienten allerdings gegenwärtig nicht in Lebensgefahr. Die Gefahr des Erstickens ist durch die künstliche Beatmung, die Gefahr des Verhungerns und Verdurstens durch die künstliche Ernährung vielmehr sicher abgewendet. Der Patient befindet sich in einem stabilen Zustand und kann mithilfe der künstlichen Versorgung oftmals Jahre, zum Teil Jahrzehnte überleben. Beendet er selber in dieser Situation die Behandlung, schafft er keine unerlaubte Gefahr. Jeder andere allerdings, der dies tut, lässt durch sein Handeln eine Gefahr wiederaufleben, die bereits gebannt war. Das ist aber nichts anderes, als eine neue Gefahr zu schaffen. Zwar bleibt unbenommen, dass ein Arzt nicht haftbar wird, wenn er eine bereits bestehende Lebensgefahr nicht abwenden kann. Darauf, dass es aus diesem Grunde auch Behandlungsabbrüche gibt, für die der Verweis auf das Fehlen unerlaubter Gefahrschaffung durchaus plausibel ist, wird zurückzukommen sein (unter C III 1). Hat der Arzt die Gefahr aber einmal abgewendet und lässt sie wiederaufleben, dann schafft sein Handeln eine neue Gefahr für den Patienten. Auch die Begründung des deutschen Bundesgerichtshofs vermag daher nicht zu überzeugen, zumal sie nur eine Umformulierung dessen ist, was die Literatur mit Unterlassen meint, nämlich das Unterlassen weiterer Sicherung vor dem natürlichen Krankheitsverlauf.

In der Schweiz ist die normativ begründete Unterlassungsansicht schon wegen der hier herrschenden Subsidiaritätstheorie schwieriger zu begründen und wird zumindest von einem Teil der Literatur abgelehnt.[88] Dem Subsidiaritätsprinzip zufolge kommt die Prüfung eines Unterlassens nur dann in Betracht, wenn keine Strafbarkeit wegen aktiven Tuns angenommen werden kann.[89] SCHWARZENEGGER sieht im Behandlungsabbruch konsequenterweise einen

88 SCHWARZENEGGER (Fn. 31), Vor Art. 111 N 59 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

89 BGE 115 IV 199 E 2; KURT SEELMANN, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Basel 2012, S. 104; TRECHSEL/NOLL/PIETH (Fn. 47), S. 236.

«Spezialfall der direkten aktiven Sterbehilfe», bei dem das Selbstbestimmungsrecht des Patienten und seine Menschenwürde gewichtiger sind als die staatliche Verpflichtung zum Lebensschutz.[90] Um dieses Überwiegen rechtsdogmatisch einzuordnen, stellt SCHWARZENEGGER auf einen übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund ab.[91] Überzeugen kann dies jedenfalls heute nicht mehr, weil der Behandlungsabbruch seit dem Jahr 2013 explizit im ZGB geregelt und damit nicht «übergesetzlich» ist. Ohnehin ist ein handlungsverpflichtender Normbefehl, wie ihn das ZGB enthält, kaum als blosser Rechtfertigungsgrund interpretierbar, denn wer zu einem Verhalten gesetzlich *verpflichtet* ist, verwirklicht schon nicht den Tatbestand eines Delikts. Entsprechend tendieren neuere Lösungsansätze in der deutschen Lehre dazu, eine unerlaubte Gefahrschaffung durch den Arzt abzulehnen[92] oder die Tötungstatbestände teleologisch zu reduzieren.[93] Damit wird aber zugleich das Fremdtötungstabu infrage gestellt.

5. Zwischenergebnis

Im Arzt-Patienten-Verhältnis haben sich Formen der Sterbehilfe etabliert, die nicht nur schwer mit dem Verbot der Tötung auf Verlangen in Einklang zu bringen sind, sondern auch das dem Fremdtötungsverbot zugrundeliegende Prinzip des Lebensschutzes auszuhöhlen geeignet sind. Ohne ein präzises Verständnis der Bedingungen, unter denen Sterbehilfe geleistet werden muss oder nur zur Disposition des Arztes steht bzw. gerade nicht, kann sich daher prinzipiell eine medizinische Praxis wie in den Niederlanden etablieren, die dem Primat eigenhändiger Selbsttötung keine Bedeutung mehr beimisst.[94] Insbesondere die terminale Sedierung, verknüpft mit der Idee blosser Leidminderung zum einen und rein «passiver» Suizidhilfe zum anderen, ist geeignet, das Fremdtötungsverbot schlicht zu unterwandern. Die folgenden Überlegungen sollen daher unter Berücksichtigung der längst anerkannten und auch sinnvollen «Systembrüche» methodische Ansätze zur Einordnung verbotener, erlaubter und gebotener Sterbehilfe aufzeigen.

---

90 SCHWARZENEGGER (Fn. 31), Vor Art. 111 N 60; zust. LÜTHI (Fn. 66), S. 175 f.; kritisch zur Unterlassungskonstruktion auch MARK PIETH, Strafrecht Besonderer Teil, Basel 2014, S. 23.

91 SCHWARZENEGGER (Fn. 31), Vor Art. 111 N 61.

92 RUTH RISSING-VAN SAAN, Strafrechtliche Aspekte der aktiven Sterbehilfe. Nach dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH v. 25.6.2010 – 2 StR 454/09, ZIS 2011, S. 544–551, S. 550; ARMIN ENGLÄNDER, Von der passiven Sterbehilfe zum Behandlungsabbruch. Zur Revision der Sterbehilfedogmatik durch den 2. Strafsenat des BGH, JZ 2011, S. 513–520, S. 517.

93 TONIO WALTER, Sterbehilfe: Teleologische Reduktion des § 216 StGB statt Einwilligung! Oder: Vom Nutzen der Dogmatik, ZIS 2011, S. 76–82, S. 82.

94 Während die absoluten Zahlen der Suizidhilfe dort weitgehend unverändert bei etwa 200 liegen, ist die Zahl der Sterbehilfe auf Verlangen inzwischen auf über 6000 Fälle angestiegen.

C. Tatherrschaft bei ärztlicher Sterbehilfe

Behandlungsabbruch und -verzicht sowie die Sterbehilfe durch Schmerz- oder Betäubungsmittel setzen voraus, dass der Patient über die Möglichkeit bzw. Wahrscheinlichkeit seines Todes informiert ist und sich gleichwohl für die Vornahme oder den Verzicht der Massnahme entschieden hat. Der Patient billigt also zumindest seinen Tod oder beabsichtigt ihn sogar, wenngleich sein mutmasslicher Wille dafür ausreichen soll. Gäbe es nicht das Verbot der Tötung auf Verlangen, liessen sich fremdhändige Tötungen also durchaus als Selbsttötungen des Patienten begreifen (näher dazu unter B III 3a). Art. 114 StGB macht allerdings eine Abgrenzung zu Art. 115 StGB erforderlich, die sich massgeblich an der Tatherrschaft des Sterbewilligen orientiert.

I. Tatherrschaft bei fremdhändiger Tötung

An der Tatherrschaft eines Sterbewilligen soll es der strafrechtlichen Literatur zufolge[95] und nach den vom Bundesgericht unwidersprochenen Richtlinien der SAMW betreffend die Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende mangeln, wenn «der letzte Akt der zum Tode führenden Handlung» nicht vom Patienten selbst vorgenommen wurde.[96] «Eigenhändigkeit» ist allerdings keine Voraussetzung für Tatherrschaft. Mit Tatherrschaft ist vielmehr eine normative, also gerade nicht naturalistisch-phänomenologische Zuschreibung der Tatverantwortung gemeint. Deshalb ist als Ausnahme vom Prinzip der Eigenhändigkeit auch allgemein anerkannt, dass der vom Betroffenen selbst geleerte Becher Gift eine (Fremd-)Tötung darstellen kann, wenn dem Handelnden bestimmte Kompetenzen fehlen. In diesem Kontext hebt das Bundesgericht die Urteilsfähigkeit des Handelnden als massgebliches Kriterium hervor: «Anstiftung und Gehilfenschaft können nur vorliegen, wenn der Betroffene, der zum Selbstmord angestiftet oder welchem dabei Hilfe geleistet wird, der Sache nach ‹Täter› ist. Das ist beispielsweise nicht der Fall, wenn der Betroffene in Bezug auf die konkrete Selbsttötungshandlung urteilsunfähig ist. Die Anwendung von Art. 115 StGB betreffend Verleitung und Beihilfe zum Selbstmord fällt somit unter anderem dann ausser Betracht, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, die Bedeutung der Selbsttötungshandlung und des zum Tod führenden Geschehensablaufs zu verstehen, wenn er mithin in diesem Sinne nicht urteilsfähig ist. In diesem Fall ist der Betroffene nicht ‹Täter› seiner eigenen

95 Schwarzenegger (Fn. 31), Art. 115 N 11; ders. (Fn. 28), S. 90; Petermann (Fn. 28), S. 38; Gunther Arzt, Für Sterbehilfe relevante standesärztliche Bestimmungen im Lichte der Gesamtrechtsordnung, in: Frank Th. Petermann (Hrsg.), Sterbehilfe. Grundsätzliche und praktische Fragen. Ein interdisziplinärer Diskurs, St. Gallen 2006, S. 69–98, S. 74 f.; Schubarth (Fn. 60), Art. 115 N 14; Stratenwerth/Jenny/Bommer (Fn. 61), § 1 N 51; Pieth, (Fn. 90), S. 20.

96 SAMW (Fn. 19), S. 18; vgl. auch BGE 133 I 58 E. 6.3.4.

Tötung und seine Handlung kein ‹Selbstmord› im Sinne von Art. 115 StGB. Ist der Betroffene mangels Urteilsfähigkeit nicht ‹Täter›, so ist die Hilfeleistung als – vorsätzliche oder fahrlässige – Tötung in mittelbarer Täterschaft unter Verwendung des Opfers als schuldloses Tatwerkzeug anzusehen.»[97]

1. Selbsttötung durch einen Anderen

Obgleich die mittelbare Täterschaft oder «Willensherrschaft» im schweizerischen Strafgesetzbuch keinen Niederschlag gefunden hat, ist sie doch eine allgemein anerkannte Rechtsfigur zur normativen Zurechnung von Handlungen. Sie findet immer dann Anwendung, wenn der unmittelbar Handelnde («Tatmittler») ein Verantwortungsdefizit etwa in Form eines Wissens- oder Willensdefizits aufweist und ein anderer, der mittelbar Handelnde («mittelbarer Täter»), dieses Defizit für sich ausnutzt, indem er beispielsweise den Handelnden nötigt oder bei ihm einen vorsatzausschliessenden Irrtum hervorruft.[98] In diesen Fällen handelt der Täter «durch» einen anderen, mit der rechtlichen Konsequenz, dass nicht dem Tatmittler, sondern dem mittelbaren Täter die Tat zugerechnet wird. Tatherrschaft bedeutet also gerade nicht, einen eigenen Tatbeitrag zu leisten; der mittelbare Täter kann vielmehr auch ganz ohne eigenen Tatbeitrag ein Delikt begehen.

Bei der Abgrenzung einer Selbsttötung von einer Fremdtötung werden die Grundsätze normativer Tatherrschaft insoweit ignoriert, als nur die letzte Handlung in den Blick genommen wird. Hat der Getötete die unmittelbar tödliche Handlung selbst vorgenommen, wird bei Beteiligung eines Dritten die Frage sehr differenziert beantwortet, ob dem Getöteten seine Handlung gleichwohl zugerechnet werden kann.[99] Prinzipiell ist indes auch bei fremdhändigem Handeln zu prüfen, ob dadurch die Voraussetzungen für eine Täterschaft im Sinne der Art. 111 ff. StGB erfüllt werden. Davon kann zwar regelmässig ausgegangen werden, wenn der Arzt phänomenologisch betrachtet einen anderen tötet und dieser somit nicht sich selbst; aber auch der Arzt kann natürlich einem Irrtum unterliegen oder genötigt sein. Injiziert er seinem Patienten beispielsweise ein letales Medikament, obwohl er davon ausgeht, dass es sich um harmlose Vitaminpräparate handelt, dann tötet er diesen nicht vorsätzlich. Hat der Patient selbst die Spritzen so vertauscht, dass es dem Arzt nicht auffallen konnte, dann hat er sich selbst durch seinen Arzt getötet. Er hat den Arzt also als blosses Werkzeug zu einer Selbsttötung benutzt.

---

97 BGer, StrA, 11.6.2009, 6B_48/2009, E. 2.1. Was fehlt ist allerdings der Zusatz, dass sich der mittelbare Täter der Urteilsunfähigkeit des Sterbewilligen bewusst gewesen sein und diese zudem ausgenutzt haben muss. Ansonsten existiert keine dem Verantwortlichkeitsdefizit korrespondierende Überlegenheit des «Täters» (dazu auch gleich im Text).

98 Marc Forster in: Marcel Alexander Niggli und Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar (BSK) Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, Vor Art. 24 N 28.

99 Vgl. Schubarth (Fn. 60) Art. 115 N 14 ff.

In spezifischen Situationen, wie sie der indirekten Sterbehilfe und dem Behandlungsabbruch zugrunde liegen, ist bei näherer Betrachtung ebenfalls eine Zurechnungsproblematik im Spiel: Der Arzt handelt nicht, weil er will – zumindest kommt es darauf nicht an –, sondern weil er zum Handeln *verpflichtet* ist. Diese Verpflichtung beruht zwar auf einer vergleichsweise neueren gesellschaftlichen Entwicklung, deren konkrete rechtliche Grenzen noch nicht scharf umrissen sind; in vielen Fällen steht jedoch schon jetzt ausser Zweifel, dass der Arzt nicht nur auf eine bestimmte Weise handeln *darf*, sondern sogar *muss*, weil er sich andernfalls strafbar macht.

Wird er aber unabhängig von seinem eigenen Willen gesetzlich zum Handeln gezwungen, dann muss dies zu einer anderen Bewertung des Handelns führen. Primärer Grund dafür ist natürlich, dass ein Handeln nicht einerseits erlaubt und andererseits strafbewehrt sein kann. Das eröffnet allerdings verschiedene tatbestands- wie unrechtsausschliessende Lösungsansätze, die allesamt Konsistenzprobleme mit Blick auf Art. 114 StGB aufwerfen. Hinsichtlich der Tatherrschaft macht es allerdings keinen Unterschied, ob der Arzt von einem Patienten mittels vorgehaltener Pistole zum Handeln gezwungen wird oder ob ein Rechtsbefehl ihn nötigt: Jeweils fehlt ihm die Willensherrschaft und damit eine Voraussetzung der Täterschaft. Dem Arzt kann die Tötung eines anderen also nicht als *eigene* Handlung zugerechnet werden, wenn er durch Rechtsbefehl zum Handeln genötigt wird. Er ist allenfalls ausführendes Werkzeug der Tat eines anderen.

Als anderer kommt freilich nur der Patient in Betracht. Liegt mithin die Entscheidung über den Behandlungsabbruch oder die möglicherweise tödliche Dosis Morphium nicht beim Arzt, sondern beim Patienten, so «steht und fällt» die Tötung auch dann mit seiner Entscheidung, wenn er nicht eigenhändig den «letzten Akt» vollzieht. Dass der Patient wie ein mittelbarer Täter «durch» den Arzt die Tötung begeht, bedeutet aber normativ dasselbe wie eigenes Handeln des Patienten. Behandlungsabbruch und indirekte Sterbehilfe sind normativ betrachtet mithin Selbsttötungen, sofern sie sich innerhalb eines den Arzt zur Handlung verpflichtenden Rahmens bewegen.

Das Heranziehen der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft ist zugegebenermassen eigenwillig, weil der Arzt nicht *rechtswidrig* genötigt wird. Das schliesst aber nicht aus, dass ihm mit einer möglichen Strafe ein empfindliches Übel droht, sollte er sich gegen die Sterbehilfe entscheiden. Die Sozialadäquanz einer Drohung verstärkt sogar den Nötigungseffekt, weil es nicht mehr darauf ankommt, ob ein besonnener Arzt hätte Stand halten müssen. Die Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft wird im Übrigen auch an anderer Stelle, allerdings zur Begründung der Strafbarkeit, nicht der Straflosigkeit herangezogen. So soll die Handlung eines Schuldunfähigen ihm gleichwohl zugerechnet werden können, wenn er sich vorsätzlich selbst in den schuldlosen Zustand versetzt hat (sog. actio libera in causa). Kann man sich demnach selbst «zum Werkzeug machen», dann einen anderen per Rechtsbefehl wohl allemal.

Man mag ausserdem einwenden, die Konstruktion einer mittelbaren Täterschaft im Arzt-Patienten-Verhältnis unterlaufe die Einwilligungslösung, denn immerhin werden Ärzte auch in anderen Kontexten zum Handeln verpflichtet, in denen aber der Einwilligung des Patienten oberste Priorität zukomme und nicht dem Rechtsbefehl; mehr noch: Der Rechtsbefehl entsteht sogar erst durch die Einwilligung des (kompetenten) Patienten. Allerdings greift die Einwilligungslösung eben auch nur bei Verletzungen der körperlichen Integrität und anderen disponiblen Rechtsgütern. Bei den hier diskutierten Tötungshandlungen findet sie hingegen gerade keine Anwendung (vgl. Art. 114 StGB). Es bedarf daher mehr als nur einer Einwilligung des Patienten, um zu einer anderen Bewertung der Tat zu gelangen.

Eine durch aktives Handeln des Arztes bewirkte Lebensbeendigung lässt sich daher mithilfe der Rechtsfigur der mittelbaren Täterschaft dem Patienten zuzurechnen, sofern der Arzt rechtlich genötigt ist, weil er seiner Verpflichtung zum Schutz der körperlichen Integrität und des Selbstbestimmungsrechts des Patienten nicht anders nachkommen kann. Nach den Prinzipien normativer Tatherrschaft ist der Arzt dann lediglich Ausführender der Selbsttötung eines Sterbewilligen. Da bei einer *erlaubten* fremdhändigen Tötung dem Patientenwillen erst durch den Normbefehl Geltung verschafft wird, ist indes klärungsbedürftig, welche Qualität der Patientenwille aufweisen muss.

2. Bestimmender Patientenwille

Voraussetzung für eine selbstbestimmte Entscheidung des Patienten ist normalerweise eine sorgfaltsgemässe Aufklärung durch den behandelnden Arzt, soweit nicht der Patient selbst fachkundig ist. Die rechtliche Bindungswirkung von Patientenverfügungen zeigt jedoch, dass lebensbeendende Entscheidungen eines Patienten grundsätzlich auch dann umzusetzen sind, wenn dem Verfassen der Verfügung kein Aufklärungsgespräch vorangegangen ist, denn ein solches wird gesetzlich gerade nicht vorausgesetzt. Der Patientenwille mit Blick auf lebensbeendende Massnahmen ist also auch dann massgeblich, wenn der Patient nicht detaillierte Kenntnis dessen hat, was er entscheidet. Als Korrektiv nennt das Gesetz allerdings den mutmasslichen Willen des urteilsunfähigen Patienten, soweit er dem in der Verfügung niedergelegten Willen entgegenstehen könnte. Um ärztliche Aufklärungsmängel nachträglich aufzufangen, ist diese Möglichkeit jedoch schon deshalb nicht geeignet, weil ansonsten die Verbindlichkeit von Patientenverfügung generell infrage gestellt würde. Die Möglichkeiten des Rückgriffs auf den mutmasslichen Patientenwillen wie auch auf die Entscheidung eines rechtlichen Vertreters zeigen ausserdem, dass bei einem zugrundeliegenden Rechtsbefehl kein Verlangen des Sterbewilligen im Sinne des Art. 114 StGB vorausgesetzt ist.

Ist der Patientenwille dementsprechend auch ohne ärztliche Aufklärung zumindest dann verbindlich, wenn er einfache Sachverhalte betrifft, legt dies die

Frage nahe, ob ein ärztliches Aufklärungsgespräch über eine lebensbeendende Entscheidung den Entschluss eines Patienten nicht sogar «unfrei» machen könnte. Immerhin muss das zum Abbruch einer Behandlung oder auch zu einer möglicherweise tödlichen Dosierung von Medikamenten führende Interesse ein solches des Patienten selbst sein – sei es auch nur mutmasslich oder unter Wahrung der Interessen des Patienten vertreten vom Vorsorgebevollmächtigten.

Ein Hervorrufen des Entschlusses zur (möglichen) Lebensbeendigung beispielsweise dadurch, dass der weitere Verlauf der Erkrankung dem Patienten vor Augen geführt wird, verlagert grundsätzlich jedoch nicht die Zuschreibung der Entscheidung vom Patienten auf den Arzt. Ein Gespräch über den konkreten Verlauf der Lebensbeendigung unter Einbeziehung von Umständen, die dem Patienten seine Angst nehmen könnten, wie etwa palliative Versorgung, ändert also nichts an der Freiwilligkeit einer Einwilligung. Andernfalls wären ärztlich aufgeklärte Patienten ganz generell unfrei in ihren Entscheidungen. Das Gegenteil ist jedoch der Fall: Normalerweise führt erst die ärztliche Aufklärung dazu, dass ein Patient eine selbstbestimmte Entscheidung zu treffen vermag. Ein Arzt, der seinem Patienten den Verlauf seiner Krankheit verschweigen würde, um ihn nicht auf die Idee zu bringen, sein Leben zu beenden, käme seiner Verpflichtung nicht nach, dem Patienten die medizinischen und palliativen Möglichkeiten darzulegen, um *diesem* eine Entscheidung zu ermöglichen. Die Erörterung der Option eines Behandlungsabbruchs oder -verzichts gehört also auch dann zum Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, wenn ein Patient erst dadurch zur Umsetzung «verleitet» wird. Hinsichtlich der Möglichkeit und Durchführung eines Behandlungsabbruchs und einer indirekten Sterbehilfe muss der Arzt einen urteilsfähigen Patienten also ebenso fachlich beraten, wie bei einer Weiterbehandlung auch.

Daraus folgt, dass man eine selbstbestimmte keineswegs als unbeeinflusste Entscheidung verstehen darf. Die Entscheidung, sein Leben zu beenden, bleibt aber schon deshalb eine des Patienten, weil ein Arzt nur *medizinisch* beraten kann und darf. So muss ein Arzt zwar Angaben zum möglichen Therapienutzen und zur Belastung durch die Therapie machen, er kann diese Positionen aber nicht für seinen Patienten in ein Verhältnis setzen. Stellt der Arzt daher richtigerweise klar, dass der Sinn einer weiteren Lebensverlängerung keine medizinisch zu beantwortende Frage ist, sondern eine Entscheidung, die jeder Mensch nur für sich selbst treffen kann, dann ist eine Entscheidung des Patienten für eine möglicherweise oder sicher tödliche Handlung des Arztes eine selbstbestimmte.

Orientiert sich die medizinische Beratung des Arztes hingegen daran, was er selbst in der Situation des Patienten machen würde, ist ihm dieser Perspektivenwechsel grundsätzlich verwehrt bei der Frage, ob eine weitere Behandlung noch im Interesse eines Patienten ist oder nicht. Auch ein «shared decision making», also eine gemeinsame Entscheidung mit dem Arzt, wie sie von Patienten am Lebensende häufig gewünscht wird, ist vielleicht noch für den reinen Be-

handlungsverzicht geeignet, nicht aber für aktiv lebensbeendende Massnahmen. Beim reinen Behandlungsverzicht ist aber ohnehin erstmal dafür Sorge zu tragen, dass Patienten überhaupt in die Entscheidung einbezogen werden. Einer Vergleichsstudie zufolge liegt der Anteil der Patienten, die in der Schweiz in eine Entscheidung zum Verzicht auf Wiederbelebungsmassnahmen bei vorhersehbarem Tod einbezogen wurden, mit 73 % zwar im Vergleich über dem anderer europäischer Länder, trotzdem sind 27 % nicht befragte Patienten (wenn keine andere Entscheidung zum Lebensende vorausging, sogar 35 %) immer noch ein viel zu hoher Anteil.[100]

Ein Eigeninteresse des Behandelnden am Tod seines Patienten, etwa weil der Arzt die Weiterbehandlung selbst als zu belastend oder zu wenig lukrativ empfindet, kann die Entscheidungsfreiheit des Patienten zwar beeinflussen; es macht den Arzt aber nicht automatisch zum Täter (dazu unter C II 3). Kämen mit Blick auf unzulässige Beeinflussungen Bedenken auf, müssten Patienten oder deren Vertreter gegebenenfalls von einem weiteren, unabhängigen Arzt beraten werden, bevor ein Entschluss zur Lebensbeendigung umgesetzt werden dürfte. Dies zu klären, wäre aber vornehmlich Sache des Gesetzgebers. Im Folgenden sollen zunächst die Grundsätze für eine etwaige Verpflichtung des Arztes zu einer lebensbeendenden Handlung erläutert werden, bevor im Anschluss daran deren Reichweite näher eingegrenzt werden soll.

3. Ärztliche Pflicht, nicht zu verletzen (Behandlungsabbruch und -verzicht)

Die Befugnis des urteilsfähigen Patienten zum Verzicht auf (weitere) medizinische Massnahmen ist heute als Ausfluss des Rechts auf Selbstbestimmung und körperliche Unversehrtheit (Art. 10 Abs. 2 BV) anerkannt: Ein Handeln gegen den Willen des Patienten würde diesem eine Behandlung und damit einen körperlichen Eingriff aufzwingen, was den inzwischen etablierten Standards zur Patientenautonomie widerspräche. Im Gegensatz zu einer Tötung auf Verlangen stehen Behandlungsabbruch und -verzicht im Kontext mit medizinischen Massnahmen, die in die körperliche Integrität eingreifen und berühren damit *immer* das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit. «Ärztliche Eingriffe», so das Bundesgericht, «erfüllen, auch wenn sie medizinisch indiziert und kunstgerecht durchgeführt worden sind, jedenfalls insoweit den objektiven Tatbestand der Körperverletzung, als sie entweder in die Körpersubstanz eingreifen (z.B. bei Amputationen) oder mindestens vorübergehend die körperliche Leistungsfähigkeit oder das körperliche Wohlbefinden des Patienten nicht nur unerheblich beeinträchtigen oder verschlechtern.»[101] Daraus folgt zum einen die Einwilli-

100 Johannes J. M. Van Delden, Rurik Löfmark, Luc Deliens; Georg Bosshard, Michael Norup, Riccardo Cecioni und Agnes Van Der Heide, Do-not-resuscitate decisions in six European countries, CritCareMed 6/2006, S. 1686–1690, S. 1688.

101 BGE 124 IV 258.

gungsbedürftigkeit medizinischer Eingriffe,[102] zum anderen die Pflicht zum Beenden medizinischer Eingriffe, wenn die Einwilligung des Patienten nicht mehr besteht.[103]

Auch Nahrungssonden stellen einen körperlichen Eingriff dar, der einer Einwilligung des Patienten bedarf. Dies wird zwar mit Blick auf die bloss versorgende Funktion der Sonden zum Teil angezweifelt,[104] aufgezwungene Pflegemassnahmen erfüllen aber ihrerseits den Tatbestand der Nötigung und sind daher grundsätzlich ebenfalls rechtswidrig. Soweit ein Patient der Weiterbehandlung also nicht mehr zustimmt, ist denn auch juristisch unstreitig, dass sein Begehren umzusetzen ist. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass der Gesetzgeber in Art. 370 Abs. 1 und Art. 378 Abs. 3 ZGB auch den Behandlungsabbruch mittels Patientenverfügung und mutmasslichen Willens geregelt hat. Kann sogar der nicht mehr urteilsfähige Patient darüber bestimmen, welchen medizinischen Massnahmen er zustimmt und welchen nicht, dann gilt dies für den noch urteilsfähigen Patienten erst recht.

Muss sich der Arzt dem so gefassten Patientenwillen beugen, weil er sich andernfalls strafbar macht, liegt die Entscheidung zum Verzicht auf lebenserhaltende Massnahmen jedoch nicht beim Arzt. Dies zeigt sich besonders deutlich daran, dass *jeder* behandelnde Arzt grundsätzlich verpflichtet ist, eine lebenserhaltende Massnahme auch *aktiv* zu beenden, wenn der Patient mit dem Eingriff nicht mehr einverstanden ist. Selbst ein Arzt, der eine dieserart bewirkte Lebensverkürzung seines Patienten ablehnen sollte, wäre gleichwohl gesetzlich verpflichtet. Dies markiert einen wesentlichen Unterschied zur Suizidhilfe, die bislang als freiwillige Hilfe eines Arztes verstanden wird. Dazu heisst es im Richtlinienentwurf der SAMW: «Es gehört weder zu ihren [der Ärztin] Aufgaben, von sich aus Suizidhilfe anzubieten, noch ist sie verpflichtet, diese zu leisten und muss dies auch nicht begründen. Suizidhilfe ist keine medizinische Handlung, auf die Patienten einen Anspruch erheben könnten.»[105] Der beim eigenhändigen Suizid helfende Arzt weist entsprechend kein Verantwortungsdefizit auf und kommt damit als Täter oder Teilnehmer infrage. Erst der Ausschluss seiner Freiwilligkeit erlaubt die Zurechnung seiner Handlung zum Patienten und damit auch direkte und aktive lebensverkürzende Massnahmen wie das Ausschalten einer Beatmungsmaschine.

---

102 Dazu Schwarzenegger (Fn. 31), Vor Art. 111 N 14, 20 u. 50.

103 Arzt (Fn. 95), S. 72; Christopher Geth in: Stefan Trechsel und Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2018, Vor Art. 111 N 6.

104 Peter Schmidt und Madea Burkhard, Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht am Ende des Lebens, MedR 1998, S. 406–409, S. 408; Matthias Nagel, Passive Euthanasie. Probleme beim Behandlungsabbruch bei Patienten mit apallischem Syndrom, Frankfurt am Main 2002, S. 54 f.

105 SAMW (Fn. 7), S. 17 – Einfügung in eckigen Klammern von mir.

4. Ärztliche Pflicht zur Leid- und Schmerzlinderung

Aber auch eine vom Arzt verabreichte Opiatgabe, bei der eine mögliche Lebensverkürzung in Kauf genommen wird, stellt nach allgemeiner Ansicht keine Tötungshandlung des Arztes dar, wenn für die Verabreichung eine Indikation wegen extremer Schmerzen gegeben war. Gemäss Art. 2 der Standesordnung der FMH (Foederatio Medicorum Helveticorum) ist es zwar «Aufgabe des Arztes und der Ärztin, menschliches Leben zu schützen, Gesundheit zu fördern und zu erhalten, Krankheiten zu behandeln», aber auch «Leiden zu lindern und Sterbenden beizustehen.» Stehen keine weniger belastenden Massnahmen zur Schmerzbekämpfung zur Verfügung, wird über die dogmatische Einordnung einer solchen Schmerzbehandlung Sterbender in Anbetracht des Tötungsverbots zwar rege gestritten,[106] man ist sich indes einig darin, dass die Gabe lebensverkürzender Medikamente in einer solchen Situation nicht nur allgemein akzeptiert, sondern sogar obligatorisch für Ärzte ist.[107] Verweigert der behandelnde Arzt die Gabe lebensverkürzender, aber schmerzreduzierender Mittel bei einem schwerstkranken Patienten, handelt er mithin rechtswidrig.

Das Strafgesetzbuch hält mit der Körperverletzung durch Unterlassen wiederum einen Tatbestand bereit, dem *jeder* Arzt unterworfen würde, der seinen Patienten gegen dessen Willen starke Schmerzen zumuten würde, um jedwede Lebensverkürzung auszuschliessen. Entsprechend sehen auch die Richtlinien der SAMW zur Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende vor, dass die Reduktion der Schmerzen des Patienten Vorrang hat vor dem Schutz einer möglichst langen Lebensspanne: «Der Arzt ist verpflichtet, Schmerzen und Leiden zu lindern, auch wenn dies in einzelnen Fällen zu einer Beeinflussung (Verkürzung oder Verlängerung) der Lebensdauer führen sollte.»[108]

Zwar obliegt es grundsätzlich nicht dem Patienten, sondern seinem Arzt, darüber zu entscheiden, welches Schmerzpräparat er in welcher Dosierung anwenden will, was mit Blick auf die in den USA um sich greifende Opiumabhängigkeit von Schmerzpatienten auch sinnvoll ist. Allerdings entscheidet der Arzt im Fall extremer Schmerzen infolge schwerster Krankheit schon deshalb

106 Ein Überblick findet sich bei Heinz Schöch, Torsten Verrel u.a. im Alternativ-Entwurf Sterbebegleitung, ‹http://sterberecht.homepage.t-online.de/AE-Sterbebegleitung.pdf›, S. 24.

107 Gunnar Duttge, Rechtliche Typenbildung: Aktive und passive, direkte und indirekte Sterbehilfe, in: Dietrich Kettler, Alfred Simon, Reiner Anselm, Volker Lipp und Gunnar Duttge (Hrsg.), Selbstbestimmung am Lebensende. Ringvorlesung im Wintersemester 2005/06, Göttingen 2006, S. 36–68, S. 52.

108 SAMW (Fn. 19), S. 7; in der Sache ebenso SAMW (Fn. 7), S. 15: «Eine allfällige Verkürzung der Lebensdauer wird dabei in Kauf genommen.» Vgl. auch den Bericht der Arbeitsgruppe Sterbehilfe an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, März 1999, ‹https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/sterbehilfe/b-bericht-d.pdf› (letzter Zugriff am 25.03.2018), S. 44: «[D]ie indirekte aktive Sterbehilfe [stellt] zwar eine typische Tötungshandlung dar, die aber durch die Berufspflicht des Arztes, die Leiden seiner Patienten zu mildern, gerechtfertigt wird.» – Einfügungen in eckigen Klammern von mir.

nicht mehr darüber, was für seinen Patienten erträglich ist, weil nur der Patient selbst das Ausmass seiner Schmerzen beurteilen kann.

Wie beim Behandlungsabbruch besteht also auch hier eine zwar dogmatisch, nicht aber in der Sache umstrittene Verpflichtung des Arztes zur Lebensverkürzung, wenn der Patient ein möglicherweise tödliches Medikament zur Schmerzlinderung benötigt. Damit fehlt dem Arzt aber auch in den Fällen der indirekten Sterbehilfe die Tatherrschaft. Wie dem Arzt mag es auch dem Patienten nicht darum gehen, sein Leben zu verkürzen, sondern es erträglich zu machen. Das ändert aber nichts an der verpflichtenden Wirkung der Patientenentscheidung. Denn weiss der Patient um die möglicherweise lebensverkürzende Wirkung eines Schmerzmittels, billigt er ferner diese Wirkung, um möglichst schmerzfrei zu sein, und verlangt dessen Gabe von seinem Arzt, dann sind alle Voraussetzungen eines selbstbestimmten Patientenwillens erfüllt.

Verkürzt der urteilsfähige Patient also sein Leben durch eine eigenhändige Handlung, indem er seinem Körper bewusst eine möglicherweise tödlich wirkende Substanz zuführt, dann tötet er sich aktiv selbst. Dies muss aber auch dann gelten, wenn seine Entscheidung das Geschehen *bestimmt*, weil dadurch ein Arzt rechtlich zur Umsetzung *verpflichtet* wird. Neben dem Willen des Patienten ist allerdings Voraussetzung für eine derartige Verpflichtung, dass die Medikamentengabe trotz der damit zusammenhängenden Gefahren indiziert ist. Dies setzt eine notstandsähnliche Lage des Patienten voraus, d.h. eine ohne Medikation bestehende Gefahr extremer Schmerzen.

Ähnlich ist die Situation bei bestimmten Anwendungen terminaler Sedierung. Eine Selbsttötung in mittelbarer Täterschaft lässt sich ebenfalls nur begründen, sofern die Sedierung verpflichtend ist. Die SAMW spricht in ihrem Entwurf zum Umgang mit Sterben und Tod insoweit von einem Einsatz bei therapierefraktären Symptomen Sterbender,[109] erkennt also offenbar in gleichem Umfang wie bei der Sterbehilfe mit Schmerzmedikamenten eine Verpflichtung an, wenn sich andere Leiden als Schmerzen, die von ihrem Ausmass und der Beeinträchtigung der Lebensqualität aber entsprechend sind, nicht anders lindern lassen. Dies ist der Sache nach denn auch nichts anderes als eine indirekte Sterbehilfe (dazu oben unter B III 4b). Ob man andere, insbesondere Formen der kontinuierlichen terminalen Sedierung auch als blosse Hilfen zu einer passiven Selbsttötung werten kann, wird ebenso noch zu klären sein wie die Frage, ob der Rahmen rechtlicher Verpflichtung, der derzeit bei der Leidminderung anerkannt wird, nicht zu eng gefasst ist.

5. Zwischenergebnis

Ziel der vorangegangenen Überlegungen war es, die normative Bedeutung, die der überkommenden Unterscheidung zwischen eigenhändiger und fremdhändi-

109 SAMW (Fn. 7), S. 13 u. 15.

ger Tötung beigemessen wird, kritisch zu hinterfragen. Zwar hat das Primat eigenhändiger Selbsttötung eine Berechtigung insoweit, als es geeignet scheint, die Entschlossenheit des Sterbewilligen gegen jeden Zweifel abzusichern. In Anbetracht etablierter fremdhändiger Sterbehilfeformen wie Behandlungsabbruch und indirekter Sterbehilfe drängt sich allerdings eine plausiblere Zuschreibung der jeweiligen Handlungen nach den Grundsätzen der normativen Tatherrschaft auf. Dabei gilt: Was nach allgemeinem Konsens nicht strafwürdig ist, kann auch rechtlich nicht verboten sein. Das gilt für Handlungs*pflichten* natürlich erst recht, denn ein Rechtsstaat darf nicht Anstifter oder Gehilfe verbotener Handlungen sein. Das wäre aber seine Rolle, wenn er Tötungen auf Verlangen nicht verfolgte oder gar dazu anhalten würde.

Da der Gesetzgeber nur zwei Formen der Sterbehilfe geregelt hat, nämlich die ausnahmslos verbotene Tötung auf Verlangen und die grundsätzlich erlaubte Beteiligung an einer Selbsttötung, können passive und indirekte Sterbehilfe eigentlich nur als Gehilfenschaft an einem Suizid verstanden werden. Gehilfenschaft setzt allerdings ein freiwilliges Handeln des Sterbehelfers voraus, das den Behandlungsabbruch und die indirekte Sterbehilfe gerade nicht kennzeichnet. Der Arzt wird vielmehr zu (möglicherweise) lebensbeendendem Verhalten per Patientenwille und Strafandrohung verpflichtet, während er Suizidhilfe zwar leisten darf, aber nicht muss. Die Konstellation beim Behandlungsabbruch und bei der indirekten Sterbehilfe sind deshalb einer mittelbaren Täterschaft wesentlich ähnlicher als einer Gehilfenschaft.

Der Rechtsgedanke der mittelbaren Täterschaft – Zuschreibung des Handelns des Tatmittlers zum «Hintermann» – erlaubt auch zu erklären, warum tödliche Handlungen von Ärzten ausnahmsweise nicht tatbestandsmässig sind, obwohl der Sterbewillige seinen Tod nicht eigenhändig herbeiführt. Der Rechtsbefehl liegt in diesen Fällen gleich einer Pistole in der Hand des Patienten und an der Schläfe des Arztes und verleiht dem Patienten dadurch die Willensherrschaft über das Tötungsgeschehen. Liegt mithin eine (rechtmässige) Nötigung des Arztes vor, wird der letzte tödliche Akt dem Patienten zugerechnet.

In Fällen rechtlich gebotener Sterbehilfe «beherrscht» der Patient das Geschehen jedoch nicht allein durch seinen Willen – zumal diesem bei einer Tötung auf Verlangen gerade keine unrechtsausschliessende Wirkung zukommt. Vielmehr müssen dem gesamten Geschehen Voraussetzungen zugrunde liegen, die den Rechtsbefehl des neminem laedere (verletze niemanden) so aktivieren, dass er dem Patienten die Sterbehilfe durch den Arzt garantiert.

II. Reichweite und Grenzen einer «mittelbaren Selbsttötung»

Ganz unabhängig davon, ob man Formen ärztlicher Sterbehilfe wie den Behandlungsabbruch und die indirekte Sterbehilfe dem Patienten über den Rechtsgedanken der mittelbaren Täterschaft als Selbsttötung zurechnet oder

auf andere dogmatische Modelle zurückgreift, ist klärungsbedürftig, wo die Grenzen des Erlaubten liegen. Versteht man, wie hier, verpflichtende Arten der Sterbehilfe als Selbsttötung des Patienten in mittelbarer Täterschaft, dann stellt sich darüber hinaus die Frage, wo gebotenes Handeln aufhört und bloss erlaubtes Handeln beginnt. Letzteres kann als Beteiligung an einem Suizid ebenfalls straflos sein. Beide Formen der Sterbehilfe haben jedoch gemeinsame Voraussetzungen, die sich zum Teil aus dem Gesetz selbst, zum Teil aber auch aus der Schutzpflicht des Staates ableiten lassen und auf die nun anhand der eingangs aufgeführten Fallbeispiele einzugehen sein wird.

1. Übereilungsschutz und Gewähr letzter Entschlossenheit

Besondere Schwierigkeiten bereitet nicht nur die Frage, wann ein Sterbewilliger urteilsfähig genug ist, um eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen, sondern auch die, ob es weiterer oder sogar relevanterer Voraussetzungen bedarf, damit seine Entscheidung von anderen zu respektieren ist (einleitend dazu oben unter B III 1a). Davon zeugt schon das Ringen darum, in welchen Situationen Ärzte Hilfe zum Suizid anbieten dürfen.[110] Dabei wird um Kriterien wie somatische oder psychische Krankheit, Alter oder Todesnähe gestritten. Es gibt verständlicherweise aber keine Diskussion darum, Beihilfe zum Suizid anzubieten, wenn dieser aus einer akuten Verzweiflung heraus etwa wegen Liebeskummers oder Prüfungsstresses begangen würde (sog. Affektsuizide). Dabei ist die Urteilsfähigkeit auch in diesen Situationen regelmässig erhalten. Zur Straffreiheit des Beteiligten ist also offenbar mehr zu fordern als blosse Urteilsfähigkeit: Zu respektieren sei nur ein Sterbewunsch, so das Bundesgericht, «der auf einem selbst bestimmten, wohlerwogenen und dauerhaften Entscheid der urteilsfähigen Person beruht (‹Bilanzsuizid›).»[111]

Dies wird vom Tatbestand des Art. 115 StGB aber zumindest nicht in gleicher Weise vorausgesetzt wie bei der Tötung auf Verlangen. Es könnte daher ein Verstoss gegen den Bestimmtheitsgrundsatz (nulla poena sine lege certa) sein, für die Straffreiheit einer Suizidhilfe mehr zu verlangen als gesetzlich vorgesehen. Wie sich das Erfordernis eines «vernünftigen» Selbsttötungswillens auch ohne Verstoss gegen das Gesetzlichkeitsprinzip einordnen lässt, sei daher kurz skizziert: Nimmt ein Beteiligter in Kauf, dass sich der Suizident aus einer akut als ausweglos empfundenen Situation heraus tötet, dann legt dies die Frage nahe, warum der Andere ihn hierzu verleitet oder ihn unterstützt, wenn nicht aus *selbst*süchtigen Beweggründen – und sei es nur der pure Voyeurismus oder die Befriedigung anderer niederer Instinkte. Zum Wohle des Suizidenten ist die Förderung seines Affektsuizids allenfalls in ganz besonderen Konstellationen.

110 Vgl. dazu Rippe/Schwarzenegger/Bosshard/Kiesewetter (Fn. 32), S. 88 ff.

111 BGE 133 I 58 E 6.3.5.1; Donatsch (Fn. 26), S. 21; Rippe/Schwarzenegger/Bosshard/Kiesewetter (Fn. 32), S. 59.

Ob dies auch Garanten zu Unterlassungstätern macht, wenn sie nichts zur Verhinderung unternehmen, hängt davon ab, ob man Art. 115 StGB eine entsprechende Sperrwirkung zuschreibt, also die Strafbarkeit auf solche Personen begrenzen will, die einen Affektsuizid *fördern*, d.h. etwas dazu beitragen, dass sich ein anderer überstürzt das Leben nimmt. Dazu wären beispielsweise Passanten zu rechnen, die einen Suizidenten auffordern, sich in die Tiefe zu stürzen. Wer einem solchen Geschehen bloss gleichgültig gegenüberstünde, unternähme nichts, um die Verwirklichung voranzutreiben. Was immer diese Menschen also dazu veranlassen mag, es ist jedenfalls ein *eigenes* Interesse am Suizid des anderen. Zur Selbst*sucht* avanciert dieses Eigeninteresse, wenn es dem Leben eines verzweifelten Menschen übergeordnet wird, obwohl es objektiv vergleichsweise nichtig ist (strafbar dann unter Umständen – je nachdem, welche Beziehung zwischen Gehilfenbeitrag und Erfolg man verlangt – nur als versuchte Verleitung zur Selbsttötung, da sich die Kausalität des einzelnen Beitrags nicht wird nachweisen lassen, aber Eventualvorsatz hinsichtlich aller objektiven Merkmale besteht).

Das Merkmal der Selbstsucht wäre so besehen ein gemischt objektiv-subjektives Tatbestandsmerkmal, das objektiv die Beteiligung an einem Affektsuizid voraussetzt und subjektiv diesbezüglich billigende Inkaufnahme sowie keine besonderen Ausschlussgründe, die ausnahmsweise eine Selbstsucht auszuschliessen vermögen. An eine solche Ausnahme wäre beispielsweise dann zu denken, wenn der Beteiligte Schlimmeres vom Suizidenten abwenden will oder wenn ein Doppelsuizid in einer akut belastenden Situation geplant ist, bei dem zunächst einer dem anderen beim Suizid hilft, um sich im Anschluss selbst das Leben zu nehmen. Grundsätzlich dürfte eine Beteiligung an einem Affektsuizid indes Ausdruck von Selbstsucht sein und lässt sich damit auch ohne eine spezifisch «böse» Gesinnung als strafwürdiges Verhalten erfassen (zur Problematik der Gesinnungsstrafbarkeit näher unter C II 3).

Erfasst Art. 115 StGB allerdings die Beteiligung an einem «Affektsuizid», dann liegt es nahe, dass auch lebensbeendende Handlungen von Ärzten grundsätzlich unter dem Vorbehalt einer wohlerwogenen und beständigen Entscheidung des Patienten stehen sollten.[112]

a. Diskussion 1: Locked-In

Im Beispiel 1 fordert ein Patient das Beenden seiner Behandlung, der erst vor kurzem mit der Diagnose eines klassischen Locked-In Syndroms konfrontiert wurde (zum Begriff oben unter B III 2a). Obwohl ein Leben mit fast vollständiger Lähmung Aussenstehenden spontan als unerträglich erscheinen mag, lässt

112 So auch Brigitte Tag, Die Sterbehilfe unter der Lupe – die große Herausforderung verlangt nach Regeln, in: Hans Wehrli, Bernahrd Sutter und Peter Kaufmann (Hrsg.), Der organisierte Tod. Sterbehilfe und Selbstbestimmung am Lebensende. Pro und Contra. Zürich, S. 48–56, S. 54.

sich die Lebensqualität von Menschen mit Locked-In Syndrom nicht verallgemeinern.[113] Zudem erholen sich viele Patienten wieder und erhalten weitergehende oder vollständige Bewegungsfähigkeit zurück.

Trotz Urteilsfähigkeit befindet sich ein Patient mit der Diagnose eines Locked-In Syndroms zunächst jedoch in einer ungewohnten und beängstigenden Situation. Wer in einer solchen Situation allein auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten abstellte, müsste die Behandlung jedoch umgehend beenden, denn vom Selbstbestimmungsrecht sind grundsätzlich auch unvernünftige Entscheidungen umfasst.[114] So kann beispielsweise eine lebensrettende Bluttransfusion aufgrund religiöser Zugehörigkeit vom Patienten abgelehnt werden. Der Unterschied zum hier diskutierten Fall besteht aber darin, dass die religiöse Zugehörigkeit mit ihren Konsequenzen zum Leben eines Patienten bereits dazugehört. Bestätigt der Patient in einer akuten Notsituation seine bereits vorab getroffene Entscheidung, mag diese zwar einer breiten Mehrheit weiterhin als unvernünftig erscheinen; übereilt ist sie aber nicht. Anders ist es im vorliegenden Fall, weshalb ein Behandlungsabbruch auch *vorübergehend* verwehrt werden sollte.

Was passiert, wenn Patienten in diesen Situationen keinerlei Ausweg angeboten wird, belegt anschaulich der Fall des Briten Tony Nicklinson, der 58-jährig im Jahr 2012 vor dem High Court in London durchzusetzen versuchte, dass ihm beim Sterben geholfen wird. Nicklinson hatte ein Locked-In Syndrom, musste aber nicht beatmet werden. Sechs Jahre nach dem auslösenden Hirnschlag hatte Nicklinson sein Leben als «dull, miserable, demeaning, undignified and intolerable» bezeichnet. Eine Woche nachdem seine Klage abgewiesen wurde, verstarb er, der zuvor für den Fall eines gerichtlichen Unterliegens angekündigt hatte, sich zu Tode zu hungern und Antibiotika zu verweigern.[115]

Bei einer Entscheidung wie im Beispielsfall 1 ist das Selbstbestimmungsrecht des Patienten also nicht generell infrage zu stellen. Ihm darf vielmehr nur so lange widersprochen werden, als sich sein Entschluss noch nicht als konstant

113 Vgl. dazu die Studien von Craig Anderson, Catherine Dillon und Richard Burns, Life-sustaining treatment and locked-in syndrome, The Lancet 1993, S. 342, S. 867–868; Marie-Aurélie Bruno, Jan L. Bernheim, Didier Ledoux, Frédéric Pellas, Athena Demertzi und Steven Laureys, A survey on self-assessed well-being in a cohort of chronic locked-in syndrome patients: happy majority, miserable minority, BMJ Open v. 24.2.2011 ‹http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/94343/1/Bruno_BMJ_2011.pdf› (letzter Zugriff am 25.03.2018).

114 Thomas Geiser, Selbstbestimmungsrecht des Patienten aus juristischer Sicht, in: Felix Haffner, Kurt Seelmann und Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Schulthess Zürich 2014, S. 3–21 S. 6.

115 Cathy Gordon, Locked-in man Tony Nicklinson ‹condemned to suffer›, The Independent v. 19.6.2012, ‹http://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/lockedin-man-tony-nicklinson-condemned-to-suffer-7865905.html?origin=internalSearch› (letzter Zugriff am 25.03.2018); Katie Razzall, Nicklinsons right to die case goes before the high court, Channel4 News vom 19.6.2012, ‹http://www.channel4.com/news/tony-nicklinson-takes-right-to-die-case-to-high-court› (letzter Zugriff am 25.03.2018).

erweist. Um diese Voraussetzung zu erfüllen, sollte ein Zeitfenster von wenigen Monaten mit dem Patienten erörtert werden, in dem ihm mit therapeutischer Begleitung Gelegenheit gegeben wird, mit seiner Erkrankung umzugehen bzw. seine Beweglichkeit zurück zu erhalten. Wichtig bleibt es, nach Möglichkeit das Einverständnis des Patienten für ein solches Zeitfenster zu erhalten, welches gleichzeitig auch eine Selbstverpflichtung begründet, die Behandlung des Patienten abzubrechen, wenn er dies anschliessend weiterhin wünschen sollte.

Kommt keine Verständigung mit dem Patienten zustande, muss eine gerichtliche Eilentscheidung herbeigeführt werden, ob dem Patientenwillen auch in Anbetracht der Ausnahmesituation entsprochen werden darf, etwa weil der Patient gute Gründe dafür geltend machen kann, dass sich seine Entscheidung nicht verändern wird. Unter Umständen muss dem Patienten die Weiterbehandlung mit gerichtlichem Beschluss aber auch gegen seinen Willen zumindest für einen begrenzten Zeitraum zugemutet werden. Dies ist freilich nur deshalb akzeptabel, weil der Patient eine Unterstützungsleistung benötigt, die auch für diejenigen vertretbar sein muss, die sie ausführen. Ist das erste Zeitfenster abgelaufen, können zusätzliche mit dem Patienten vereinbart werden, um beispielsweise weitere Verbesserungen des Gesundheitszustands abzuwarten. Eine Verweigerung des Behandlungsabbruchs gegen den nun konstanten Patientenwillen ist dann allerdings ausgeschlossen, denn mit fortschreitender Zeit besteht keine akut belastende Situation mehr. Wird ein weiterer Zeitrahmen vereinbart, kann der Patient diese Vereinbarung mithin jederzeit einseitig «widerrufen» und den Abbruch seiner Behandlung verlangen.

Es geht folglich nicht darum, sich einem Sterbewunsch generell zu verweigern. Nimmt der Arzt bei seiner Handlung allerdings billigend in Kauf, dass er einer übereilten Entscheidung des Patienten nachkommt, auch wenn diese eindringlich kommuniziert wird, so wird ihm die Tatherrschaft mangels Handlungsverpflichtung zugerechnet.[116]

b. Diskussion 2: Herzschrittmacher

Im Beispiel 2 soll es sich nicht um den Wunsch auf einen Behandlungsabbruch aus einer akut belastenden Situation heraus handeln. Vielmehr begehrt der Patient die Entfernung seines Herzschrittmachers als Ausdruck einer abgewogenen und konstanten Entscheidung. Mit dem Lebensentwurf des Patienten mag man zwar nicht übereinstimmen, die Frage ist jedoch, ob man ihm deshalb den Abbruch der Behandlung verweigern darf. Die SAMW macht in ihrem aktuellen Richtlinien-Entwurf keinen Unterschied, ob Beatmung oder Ernährung beendet werden oder ein Herzschrittmacher entfernt wird. Als Erklärung für diesen weitreichenden Eingriff führt die SAMW an: «Vom Arzt wird nicht verlangt,

116 Auch Donatsch (Fn. 30), S. 146, hat mit Blick auf Art. 115 StGB zu bedenken gegeben, dass im Falle einer Straflosigkeit der Tötung auf Verlangen (de lege ferenda) die Straffreiheit jedenfalls auch vom Ausschluss eigennütziger Motive abhängig zu machen wäre.

dass er die Intention des Patienten, seinen Tod herbeizuführen, unterstützt, sondern nur, dass er eine medizinische Massnahme beendet, in die der urteilsfähige Patient nicht länger einzuwilligen bereit ist.»[117]

Der Behandlungsabbruch, um den gestritten wird, ist aber so wenig nur der Abbruch einer Behandlung wie ein Schwangerschaftsabbruch nur der Abbruch einer Schwangerschaft ist. Ansonsten müsste jede Einleitung einer frühzeitigen Geburt mit wehenfördernden Mitteln, wie sie beispielsweise bei einer Mehrlingsgeburt zum Einsatz kommen können, dem Tatbestand des Schwangerschaftsabbruchs subsumiert werden. Diese Handlungen verwirklichen jedoch nicht den Tatbestand, was sich damit erklären lässt, dass tatbestandsmässige Handlungen im Sinne des Art. 118 Abs. 1 StGB nur solche sind, die auf die Tötung eines ungeborenen Kindes gerichtet sind. Der Schwangerschaftsabbruch zielt also nicht darauf ab, eine Schwangerschaft zu beenden, sondern eine Leibesfrucht zu töten. Entsprechend erschöpft sich aber auch der Behandlungsabbruch nicht im Unterlassen medizinischer Massnahmen, sondern soll den baldigen Tod des Patienten herbeiführen. Nur deshalb und nur dann gibt es überhaupt Anlass, ihn zu diskutieren. Weil aber im Gegensatz zum Schwangerschaftsabbruch nur die Rechtsgüter *einer* Person betroffen sind, kommt ihrem Selbstbestimmungsrecht ein ungleich stärkeres Gewicht als dem der Schwangeren zu.

Grundsätzlich kann daher auch die Verweigerung der Entfernung eines Herzschrittmachers eine Körperverletzung verwirklichen, wenn der Patient verlangt, das Gerät zu entfernen. Dies liegt daran, dass eine medizinische Behandlung Gesundheit oder Wohlbefinden des Patienten verbessern soll. Erreicht sie dieses Ziel nicht und führt stattdessen zu einer Belastung, oder erreicht sie zwar ihr Ziel, belastet den Patienten aber gleichwohl, dann wäre es unbillig, den Patienten darauf zu verweisen, dass er sich damit abfinden müsse, wie mit einer unheilbaren Krankheit.[118] Im Regelfall sollte ein Arzt eine Behandlung mit negativen Auswirkungen daher, soweit möglich, zurücknehmen, auch wenn er nicht für medizinische Erfolge haftet und der Patient in das Risiko vorher eingewilligt hat. Danach wäre auch ein Herzschrittmacher zu entfernen, wenn der Patient unter dem Implantat leidet. Sogar ein transplantiertes Herz müsste in diesem Fall wieder entnommen werden. Entnehmen die Ärzte dem Körper des Patienten ein transplantiertes Herz, ist an ein Unterlassen allerdings kaum mehr zu denken, dennoch ist auch dies ein Behandlungsabbruch, den ein Patient grundsätzlich verlangen kann.[119]

Im Beispiel 2 geht es allerdings nicht um negative Auswirkungen einer Behandlung, vielmehr will der Patient den Herzschrittmacher entnommen haben,

117 SAMW (Fn. 7), S. 14, Fn. 13.

118 Jakobs (Fn. 68), S. 30.

119 Daher lässt sich der Behandlungsabbruch auch nicht deshalb als Unterlassen verstehen, weil er gerade nicht in den Körper eines Patienten eingreift; anders Volker Haas, Das (nicht mehr ganz) neue Institut des Behandlungsabbruchs. Eine Nachbetrachtung zu BGHSt 55, 191 ff., JZ 2016, S. 714–723, S. 720.

um eine psychische Belastung ganz anderer Ursache durch seinen Tod zu beenden. Würde man mit der SAMW die Rücknahme der Einwilligung des Patienten genügen lassen, dann bedeutete das beispielsweise auch, dass ein Arzt eine Gebärende mit geöffneten Bauch liegen lassen müsste, wenn sie verlangt, dass die Wunde des Kaiserschnitts nicht vernäht wird. Das Bundesgericht hat daher im Anschluss an ein Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zu Recht auch eine gründliche Prüfung der «medizinischen Begründetheit» bei einer Suizidhilfe gefordert.[120]

Allerdings dürfte in diesen Fällen nicht nur häufig der Zusammenhang zwischen Behandlung und Leidursache fehlen, sondern auch die nötige Sicherheit, dass der Patient die verlangte Tötungshandlung auch eigenhändig herbeiführen würde, sein Todeswunsch also die «letzte Entschlossenheit» aufweist (dazu oben, unter B III 3b). Weil hinsichtlich dieser letzten Entschlossenheit fast immer ein Unsicherheitsfaktor bleibt, spricht einiges dafür, Tötungshandlungen prinzipiell nicht zu delegieren. Man könnte deshalb erwägen, ob ein Behandlungsabbruch nicht grundsätzlich die subsidiäre Massnahme gegenüber einem eigenhändigen Suizid des Patienten sein sollte. Mit anderen Worten, ob nicht dort, wo ein Behandlungsabbruch zulässig ist, eine Beihilfe zum Suizid bei einem urteilsfähigen Patienten *immer* vorzugswürdig wäre.

«Normale» Fälle des Behandlungsabbruchs bei Urteilsfähigen zeichnen sich allerdings dadurch aus, dass die Situation für den Betroffenen aufgrund der Behandlung selbst oder der dadurch bewirkten Lebensverlängerung in Anbetracht ohnehin schweren Leids nachvollziehbar unerträglich ist. Oftmals sind die Patienten körperlich bereits so sehr beeinträchtigt, dass sie nicht in der Lage wären, sich selbst das Leben zu nehmen. Dies kennzeichnet insbesondere die Situation von Patienten mit progressiven neurologischen Erkrankungen wie MS oder ALS, auf die noch einzugehen sein wird (unter C II 3b und c). Diese Patienten darauf zu verweisen, sich selbst das Leben zu nehmen, solange sie dazu noch eigenhändig in der Lage sind, stünde ihrem Lebensschutz offensichtlich diametral entgegen. Schon deshalb muss die Option eines Behandlungsabbruchs zumindest für diese Fälle offenbleiben. Auch bei Patienten mit künstlicher Ernährung dürfte die Möglichkeit des eigenhändigen Suizids aus naheliegenden Gründen entweder überhaupt nicht bestehen oder zumindest mit grossen Unsicherheiten der Durchführbarkeit behaftet sein.

Der Patient im Beispiel 2 ist von einer solchen Situation jedoch weit entfernt. Es erscheint daher auch wenig wahrscheinlich, dass er in der Schweiz mit dem Begehren eines tödlichen Medikaments Gehör fände. Will man an der restriktiven Handhabung der Suizidhilfe festhalten,[121] dann kann man den Unglücklichen nur darauf verweisen, dass er abwarten müsse, bis die Batterie sei-

120 BGE 133 I 58 E 6.3.4.

121 Kritisch Frank Th. Petermann, Selbstbestimmungsrecht als Ausgangspunkt, NZZ vom 20.11.2004, ‹https://www.nzz.ch/articleA00ZX-1.337068› (letzter Zugriff am 25.03.2018).

nes Herzschrittmachers erschöpft ist. Denn auch wenn er in dieser Situation keinen Anspruch auf einen Behandlungsabbruch hat, so kann er doch *immer* auf eine Behandlung wie den Austausch des Schrittmachers verzichten.

c. Diskussion 3: Querschnittslähmung

Im Beispiel 3 hat der Patient eine schriftliche Behandlungsverfügung aufgesetzt, wonach für den Fall einer pflegebedürftigen Gehbehinderung nach einem Unfall auf weitere Behandlung verzichtet und der Patient dem Sterben überlassen werden soll. Die Formulierung im Beispielsfall ist angelehnt an einen Vordruck für eine Patientenverfügung der FMH. Dort heisst es: «Wenn sich nach initialer Stabilisierung meines Zustands zeigt, dass eine Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit wenig wahrscheinlich und die Gefahr einer länger dauernden Pflegebedürftigkeit hoch ist, möchte ich, dass auf weitere lebenserhaltende Massnahmen verzichtet wird.»[122]

Patient U im Beispielfall will einen Behandlungsverzicht zwar bereits bei weniger gravierenden Folgen, fraglich ist aber, ob sich dadurch etwas Prinzipielles am Grundsatz ändert, der in Art. 372 Abs. 2 ZGB verankert ist: «Die Ärztin oder der Arzt entspricht der Patientenverfügung, ausser wenn diese gegen gesetzliche Vorschriften verstösst oder wenn begründete Zweifel bestehen, dass sie auf freiem Willen beruht oder noch dem mutmasslichen Willen der Patientin oder des Patienten entspricht.»

Laut der Botschaft zum Erwachsenschutzrecht wird der hier beschriebene Fall jedenfalls vom Anwendungsbereich einer Patientenverfügung erfasst «Die Möglichkeit, eine Patientenverfügung zu errichten, besteht für alle Fälle, in denen die betroffene Person nicht mehr urteilsfähig ist, sei es aufgrund einer psychischen Erkrankung, einer fortschreitenden Altersdemenz oder weil eine Person beispielsweise nach einem Unfall das Bewusstsein verloren hat.»[123] Die Botschaft spricht sich, abgesehen vom Fall einer «direkten aktiven Sterbehilfe» (gemeint ist offenbar nur die letale Injektion), auch klar dafür aus, den Patientenwillen zu beachten. Es dürfe «nicht übersehen werden, dass bei einer Beschränkung der Wirksamkeit der Patientenverfügung an Stelle von Selbstbestimmung Fremdbestimmung tritt. Dritte ignorieren die Verfügung und lassen an deren Stelle ihre Überzeugungen und Wertungen treten, die sie dann auch durchzusetzen vermögen, weil die betroffene Person keine wirkungsvollen Widerspruchsmöglichkeiten hat.»[124]

Für den Fall *dauernder* Urteilsfähigkeit kann diesen Ausführungen uneingeschränkt zugestimmt werden, denn ein Leben, ohne die Fähigkeit zur Selbstbestimmung wiederzuerlangen, ist ein fremdbestimmtes. Aber gilt dies auch für

122 Abrufbar unter: ‹https://www.fmh.ch/files/pdf16/FMH_PV_KV_2015_d.pdf› (letzter Zugriff am 25.03.2018).
123 Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7030.
124 Ebd., S. 7033.

Fälle nur vorübergehender Urteilsunfähigkeit, wenn auch die von älteren oder kranken Menschen oftmals zu Recht befürchtete Gefahr einer «Übertherapie» nicht besteht – die medizinische Massnahme also objektiv zweifelsfrei vernünftig ist? Wesentliche Erwägungen, die dagegensprechen, sind bereits ausgeführt worden: Der Patient befindet sich nicht mehr in einer lebensbedrohlichen Krise, sondern in einem stabilen Zustand. Die behandelnden Ärzte schüfen daher eine eigenständige Gefahr für das Leben des Patienten, wenn sie die lebenserhaltenden Behandlungen abbrächen. Dazu sind sie allerdings unter bestimmten Voraussetzungen verpflichtet, wozu grundsätzlich ein wohlerwogener Patientenwille gehört.

Zwar ist anzunehmen, dass der in einer schriftlichen Verfügung niedergeschriebene Patientenwille gut überlegt ist, jedoch zumeist ohne Kenntnis der tatsächlichen Umstände. Im Falle einer dauernden Bewusstlosigkeit kann dies schon deshalb nicht relevant sein, weil es darüber aus der Betroffenenperspektive nichts zu wissen gibt. Richtig ist auch, wie von der Botschaft hervorgehoben, dass «eine Patientin oder ein Patient etwa nach entsprechender Erfahrung bei schubweise auftretender Erkrankung genau wissen [kann], welche Behandlung auf sie oder ihn zukommt.»[125] Damit ist aber nichts über diejenigen Patienten gesagt, die überhaupt nicht wissen, was auf sie zukommt. Wer dies für gänzlich irrelevant hält und jeder rationalen Abwägung seitens des Arztes eine Absage erteilt, der müsste auch den gewünschten Abbruch einer lebensrettenden Behandlung befürworten, wenn ein Nasenbeinbruch aufträte oder nur eine Narbe im Gesicht entstehen würde. Das ist aber falsch verstandene Patientenautonomie und steht zudem in einem unübersehbaren Widerspruch zu den Debatten um die Verschreibung tödlicher Medikamente. Dass sich hier wie dort ein Arzt an der tödlichen Handlung beteiligt – im Fall eines Behandlungsabbruchs sogar ganz unmittelbar –, kann schon deshalb nicht einfach ignoriert werden. So merkt auch Stratenwerth kritisch an, «dass nämlich auch Patientenverfügungen dem Arzt die letzte Verantwortung für den Abbruch lebenserhaltender Massnahmen nicht völlig abnehmen.»[126]

Wieder ist darauf zu verweisen, dass eine Selbsttötung grundsätzlich eigenhändig erfolgen sollte. Bei nur vorübergehender Urteilsunfähigkeit haben Ärzte gleichwohl lebensrettende Behandlungen immer dann zu unterlassen, wenn schon eine Reanimation abgelehnt wird (weil in diesem Fall tatsächlich nur der natürliche Verlauf nicht aufgehalten wird) oder der Patient aus eigener Krankheitserfahrung oder fest verwurzelter Überzeugung weitere Behandlungen ablehnt. Eine Querschnittslähmung ist zwar ein gravierender Einschnitt ins Leben, steht aber auch bei einem passionierten Läufer nicht zwangsläufig für den Verlust künftiger Lebensqualität. Was der Patient verlangt, ist also weder objek-

125 Ebd. S. 7033.

126 Günther Stratenwerth, Rechtliche Aspekte der Sterbehilfe, in: Matthias Mettner (Hrsg.), Wie menschenwürdig sterben? Zur Debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung, Zürich 2000, S. 111–119, S. 116.

tiv vernünftig noch geht die Auseinandersetzung mit der Krankheit über eine rein theoretisch-abstrakte Vorstellung hinaus. Schliesslich verbleibt ihm die Möglichkeit, sich bei fortbestehendem Sterbewunsch selbst das Leben zu nehmen. Für die Umsetzung von Patientenverfügungen gilt also prinzipiell nichts anderes als für jeden anderen Suizidwunsch auch.

d. Zusammenfassung

Obwohl ein Behandlungsabbruch wegen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten grundsätzlich nicht vorenthalten werden darf, ist er doch eine gezielte Verursachung des Todes, die weder übereilt noch bei prinzipiell gesunden Menschen oder unabhängig von der Leidensursache vollzogen werden sollte. Zwar kann es im Einzelfall zu Abgrenzungsfragen kommen, wann ein objektiv unvernünftiger Behandlungswille mit Blick auf das Selbstbestimmungsrecht des Patienten dennoch zu beachten ist; meist kann in diesen Fällen jedoch eine richterliche Entscheidung so rechtzeitig eingeholt werden, dass der Staat seiner Verpflichtung zum Lebensschutz genüge tun kann, ohne die Patientenautonomie unangemessen einzuschränken. Ist dies, wie im folgenden Beispielsfall, nicht möglich, gibt es gleichwohl weitere Kriterien zur Orientierung.

2. Schutz vor «Übertherapie»

Eine nur vermeintliche Orientierungshilfe wäre indes ein Prinzip, wonach in dubio pro vitam entschieden werden müsse. In Anbetracht des heute zum Lebenserhalt Möglichen hat sich ja gerade gezeigt, dass ein Ausschöpfen des Machbaren das Vertrauen vieler Patienten in die Medizin eher unterminiert, anstatt es zu fördern. Im Zweifel würden sich daher viele Patienten eher vorzeitig das Leben nehmen, als ihre Urteils- oder Handlungsunfähigkeit abzuwarten. Ausserdem können sich infolge einer sog. Übertherapie Entscheidungsfenster schliessen, Angehörige wie Patienten können belastet werden, und insbesondere Reanimationen können künftiges Leid erst hervorrufen.[127] Die folgenden Fälle sollen daher dazu dienen, den Raum zwischen Übertherapie einerseits und Lebensschutz andererseits etwas näher auszuleuchten.

a. Diskussion 4: Mutmasslicher Wille

Im Beispielsfall 4 leidet Patient V bereits seit Längerem an einer schweren Atemwegserkrankung. Soweit er bezüglich etwaiger Behandlungen Verfügungen getroffen hat, sind diese deshalb grundsätzlich beachtlich. Gleichwohl haben sich die Ärzte gleich mehrfach über den Willen des V hinweggesetzt: In der Notaufnahme wurde sein ausdrücklich ablehnender Wille gegen die künstliche

127 Ralf Jox, End-of-life dicision making concerning patients with disorders of consciousness, in: Res Cogitans 2011, S. 43–61, S. 58.

Beatmung mittels Atemmaske nicht beachtet. Als V bewusstlos war, wurde er entgegen seinem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen wieder künstlich beatmet und schliesslich wurde ihm noch eine Trachealkanüle gelegt. Da er am Ende jedoch ohne expliziten Sterbewunsch weiterlebt, könnten all diese Massnahmen richtig gewesen sein, um sein Leben zu retten.

Dass sich Ärzte in der Notambulanz über den eindeutig ablehnenden Ausdruck eines Patienten gegenüber einer Behandlung hinwegsetzen, ist weder eine Seltenheit noch ist es zwingend rechtswidrig. Notfallmedizinern ist es in lebensbedrohlichen Situationen meist unmöglich zu klären, ob der Patient urteilsfähig ist oder nicht. Da es aber urteilsunfähige Menschen gibt, die lebenserhaltende Massnahmen vehement ablehnen – und sei es nur die Spritze mit Insulin –, wird man die Sedierung und Anbringung der Atemmaske nicht vorwerfen können, auch wenn die Ärzte nur irrtümlich davon ausgingen, dass V nicht urteilsfähig war. Nachdem die akute Lebensgefahr jedoch abgewendet war und die Ärzte informiert wurden, dass V die künstliche Beatmung ablehnt, ändert sich die Sach- und Rechtslage. Es stellt sich in dieser Situation die Frage, ob der Patientenverfügung hätte entsprochen werden müssen oder ob aus den Schilderungen der Ehefrau geschlossen werden durfte, dass V mutmasslich mit der Legung eines Trachealkatheders einverstanden wäre. Der Wille der vorsorgebevollmächtigten Ehefrau ist nämlich nur insoweit beachtlich, als er dem Willen des urteilsunfähigen Patienten nicht entgegensteht (vgl. Art. 365 Abs. 2 und 3 ZGB). Da Patientenverfügungen nur dann für den Arzt beachtlich sind, wenn keine begründeten Zweifel bestehen, dass sie noch dem mutmasslichen Willen des Patienten entsprechen (vgl. Art. 372 Abs. 2 ZGB), erscheint das Handeln der Ärzte prima facie vertretbar.

Dieses Ergebnis liesse aber unberücksichtigt, dass es einen ausdrücklichen Patientenwillen gibt, der nicht einfach übergangen werden darf, sobald der Patient seine Urteilsfähigkeit verliert. Der Patient hat seinen Behandlungsverzicht nicht nur in der Notaufnahme ausdrücklich erklärt, sondern auch nachdem sich sein Zustand vorübergehend stabilisiert hatte. Die Ärzte hatten daher keine Einwilligung des Patienten für eine künstliche Beatmung und auch keinen begründeten Zweifel, dass dieser Wille während der Bewusstlosigkeit plötzlich in sein Gegenteil umgeschlagen wäre. Eine mutmassliche Einwilligung ist immer nur subsidiär gegenüber einer ausdrücklichen und darf daher nur angenommen werden, wenn eine ausdrückliche Einwilligung nicht eingeholt werden kann. Dies lässt sich auch nicht umgehen, indem einfach der Augenblick der Bewusstlosigkeit abgewartet wird und nun das Gegenteil dessen angenommen wird, was zuvor ausdrücklich abgelehnt wurde. In diese Richtung hat in den 1980er Jahren noch der deutsche Bundesgerichtshof votiert, indem er mit dem Eintritt der Bewusstlosigkeit eines Suizidenten die Verantwortung für die Nichtabwendung des Todes auf anwesende Dritte hat übergehen lassen.[128] Nicht nur von

128 BGHSt 32, 367; kürzlich wieder aufgelebt ist diese Ansicht im sog. Luminol-Fall vor dem Kammergericht Berlin (Beschl. v. 12. 12. 2016 – 3 Ws 637/16, N 11, abrufbar auf juris).

der deutschen Literatur, auch von der schweizerischen Lehre wird eine solche Garantenhaftung indes überwiegend abgelehnt (dazu unter B III 1a).

Ist der Sterbewille beachtlich, weil er vor dem Hintergrund der Krankheitsgeschichte nachvollziehbar und wohl erwogen ist, so ist er daher grundsätzlich auch dann noch zu beachten, wenn der Suizident seine Urteilsfähigkeit verliert. Allerdings gibt es auch hier Ausnahmen von der Regel, wie der folgende Beispielsfall aufzeigen soll.

b. Diskussion 5: Wille-Wohl-Konflikt

Patient W hat sich festgelegt: Indem er auch die vorübergehende künstliche Ernährung für den Fall seiner Urteilsunfähigkeit ausgeschlossen hat, sind Ärzten grundsätzlich auch dann die Hände gebunden, wenn der infolge einer Demenz urteilsunfähige, aber nicht unter seiner Krankheit leidende Patient Freude am Leben zeigt. Zwar darf der Arzt auch für den Fall einer eindeutig entgegenstehenden Patientenverfügung Behandlungen vornehmen, wenn er aufgrund begründeter Zweifel davon ausgehen darf, dass der Inhalt der Verfügung dem mutmasslichen Willen des Patienten nicht mehr entspricht. Als relevante Gründe hierfür nennt die Botschaft aber nur die Entwicklung neuer medizinischer Möglichkeiten oder eine geäusserte Meinungsänderung des Patienten gegenüber der vor längerer Zeit verfassten Verfügung.[129] Es ist deshalb überaus zweifelhaft, ob damit ein Handlungsspielraum für den Arzt eröffnet ist, sich zwischen der Verfügung des noch urteilsfähigen Patienten zu entscheiden und dem, was der Arzt selber in Anbetracht des aktuellen Wohls und natürlichen Willens des urteilsunfähigen Patienten für das medizinisch Gebotene hält.

Wie anfangs ausgeführt (unter B), sind gerade Ernährungssonden dadurch in Verruf geraten, dass sie auch in Fällen gelegt werden, in denen ein Mensch wegen hohen Alters oder Gebrechens keine oder zu wenig Nahrung oder Flüssigkeit zu sich nimmt. Anstatt dies als natürliches Lebensende zu akzeptieren, wird das Leben mit Nahrungssonden nicht selten künstlich verlängert, auch wenn der Betroffene keine Anteilnahme mehr am Leben zeigt. Dieses Schicksal wird auch Demenzerkrankten häufig schon deshalb zuteil, weil sie schlicht vergessen können, was Nahrung ist oder wie man sie zu sich nimmt, und bei fortgeschrittener Erkrankung nicht selten Schluckstörungen hinzukommen, die eine natürliche Nahrungsaufnahme unmöglich machen. Da bei Fortschreiten der Demenz sich ausserdem die Persönlichkeit stark verändern und die Erinnerung auch an nahe Angehörige schwinden kann, wird diese Krankheit nicht grundlos gefürchtet.

Eine für diesen Fall aufgesetzte Patientenverfügung kann jedoch gerade deshalb auch zur Folge haben, dass sich der urteilsunfähige Patient mit der Person,

129 Botschaft Erwachsenenschutzrecht, S. 7033.

die über sein Schicksal verfügt hat, nicht identifizieren und auch nicht verstehen kann, was mit ihm geschieht. Dadurch kann eine Patientenverfügung den Charakter einer Selbstversklavung annehmen, was es nahelegt, den Bedürfnissen des urteilsunfähigen Patienten einen Vorrang gegenüber den Festlegungen in der Verfügung einzuräumen.[130] Hat sich der Patient beim Verfassen der Patientenverfügung aber explizit auch damit auseinandergesetzt, dass sein Leben durchaus lebenswert erscheinen könne, und lehnt er gleichwohl eine bestimmte medizinische Massnahme ab, lässt sich allerdings nur schwer argumentieren, dass die Massnahme dennoch seinem mutmasslichen Willen entspricht. Offenbar verhält sich der Arzt also richtig, indem er W verhungern lässt.

Legt man jedoch zugrunde, dass es eben auch und sogar primär um eine das Leben beendende Entscheidung geht, dann müsste auch Folgendes möglich sein:

Der demente Patient R hat die künstliche Ernährung ebenfalls in einer Patientenverfügung ausgeschlossen. Da er beim Verfassen der Patientenverfügung jedoch antizipiert hat, dass er dann einen leidvollen Hungertod sterben könnte, hat er zusätzlich verfügt, man möge ihm für diesen Fall einen schnellen und angenehmen Tod ermöglichen. Dafür solle man ihm ein tödliches Medikament geben, solange er dies noch zu sich nehmen könne; alternativ sei er auch zufrieden, wenn man ihn bis zu seinem Tod sediere, damit das Hungergefühl unterdrückt werde. Da er verfügen könne, im Zustand der Urteilsunfähigkeit seinen Tod durch den Verzicht auf künstliche Ernährung herbeizuführen, müsste es aus Gründen der Humanität auch möglich sein, dass ihm ein leidvoller Sterbeprozess erspart bleibe.

Diese Abwandlung dient dazu, ein Problem im Kontext mit dem Verzicht auf medizinische Massnahmen sichtbar zu machen: Zwar akzeptiert das derzeitige Recht den Tod durch Verhungern- und Verdurstenlassen infolge einer entsprechenden Verfügung. Was es aber nicht akzeptiert, ist der verfügte Wunsch einer Hilfe zum Suizid,[131] denn mangels Urteilsfähigkeit ist der demente Patient zu einem selbstbestimmten Suizid nicht mehr fähig. Dabei wird aber ausgeblendet, dass auch das Verhungern eines dementen Patienten kein frei gewähltes Sterben ist. Was verfügt wurde, ist indes nichts anderes, als durch einen *passiven* Suizid, d.h. durch den Verzicht auf lebensrettende Massnahmen zu sterben. Für einen passiven Suizid fehlt die Freiverantwortlichkeit aber nicht weniger als für den aktiven. Vollkommen abwegig wäre es daher, wenn der nicht mehr urteilsfähige Patient sediert werden dürfte, damit er sein natürliches Hungergefühl nicht mehr erlebt. Dies wäre schlicht die Tötung eines urteils-

130 So auch Jürg Müller-Stähelin, Selbstbestimmung Urteilsunfähiger, in: Felix Haffner, Kurt Seelmann und Corinne Widmer Lüchinger (Hrsg.), Selbstbestimmung an der Schwelle zwischen Leben und Tod, Schulthess Zürich 2014, S. 133–150 S. 139; Erwin Bernat, Bioethische Entscheidungskonflikte im Spiegel der Judikatur. 50 Fälle mit Anmerkungen und Fragen, Wien 2003, S. 384 f.

131 So ausdrücklich die Botschaft zum Erwachsenenschutzrecht, S. 7012.

unfähigen Patienten (näher zu den terminalen Sedierungen in den folgenden Beispielsfällen). Der Ansatz zur Lösung dieser Konstellationen muss also ein anderer sein: Er liegt zum einen in der Beachtlichkeit des natürlichen Patientenwillens und zum anderen in einem verantwortungsvollen Einsatz lebensverlängernder medizinischer Massnahmen.

Auch ein dementer Patient kann nicht vergessen, dass er Hunger *empfindet*. Dies ist eine Kompetenz, die auch dann noch vorhanden ist, wenn kognitive Fähigkeiten längst abhandengekommen sind. Sie wird durch die fehlende Urteilsfähigkeit also nicht beeinträchtigt. Dem *Bedürfnis* nach Nahrung und Flüssigkeit ist deshalb immer nachzukommen – notfalls auch dann, wenn dies eine künstliche Ernährung bedeutet. Äussert der Patient hingegen kein entsprechendes Bedürfnis oder wird er so altersschwach, dass auch ohne künstliche Ernährung nicht mehr damit zu rechnen ist, dass der Patient Nahrung aufnehmen würde, dann darf sein Leben durch eine künstliche Ernährung *nicht* verlängert werden. Das Vertrauen in den massvollen Einsatz lebensverlängernder Massnahmen wird man schon wegen vielfältigster Zweifelfälle nicht durch Patientenverfügungen zurückgewinnen können,[132] sondern allein dadurch, dass die Medizin nicht alles, was zum Lebenserhalt möglich ist, auch ausschöpft.

c. Zusammenfassung

Es gibt einen grundlegenden Unterschied zwischen lebensbeendenden Entscheidungen in Situationen, die allgemein nachvollziehbar sind, weil der Patient bereits seit Längerem unter einer schweren Krankheit leidet, altersschwach, gebrechlich oder im fortgeschrittenen Stadium dement ist, und solchen, die trotz Krankheit oder Verlust von Urteilsfähigkeit noch Chancen und Perspektiven bieten. Das Erwachsenenschutzrecht verwässert diesen Unterschied eher, indem es ein umstandsloses Fortwirken autonomer Patientenentscheidungen in den Bereich der Urteilsunfähigkeit hinein suggeriert. Am Ende werden dadurch aber mehr Fragen aufgeworfen, als beseitigt, weil Patientenverfügungen weder geeignet sind, konkrete Symptome verschiedenster Krankheiten vollumfänglich zu erfassen, noch die in Anbetracht der tatsächlich eintretenden Situation vielfältigen medizinischen Handlungsoptionen. An der Verantwortung der Ärzte, in einzelnen Situationen die in Anbetracht der Gesamtumstände «richtigen» Entscheidungen zu treffen, vermögen sie daher nichts zu ändern. Wofür sie indes geeignet wären, ist das Festlegen eines Behandlungswunsches oder -verzichts, der vom Standard abweicht, also etwa eine Reanimationsentscheidung auch bei schwerster Krankheit oder die künstliche Ernährung trotz Appetitlosigkeit und altersbedingter (also nicht krankheitsbedingter) Schluckunfähigkeit. Vorausset-

132 Einen Eindruck gibt ein Fall, den der deutsche Bundesgerichtshof im Jahr 2016 zu verhandeln hatte und der die Beachtlichkeit von Patientenverfügungen aufgrund der Präzisierungsanforderungen des Zivilsenats generell infrage gestellt hat, s. BGH, Beschluss vom 6.7.2016 – XII ZB 61/16, abgedr. u.a. in BGHZ 211, 67–87.

zung dafür ist jedoch, dass sich ein Standard entwickelt, der die potentiell zu einer übermässigen Anwendung führenden Möglichkeiten der Medizin auf ein vernünftiges Mass reduziert.

3. Schmerzfreies und würdevolles Sterben

Ein schmerzfreies und würdevolles Sterben wünschen sich viele, insbesondere schwerkranke Patienten, wenigen ist es allerdings vergönnt. Die Medizin bietet zwar die Möglichkeit, Patienten ein friedliches Sterben zu ermöglichen, aber darf sie auch zu dem Zwecke eingesetzt werden, den Tod verfrüht herbeizuführen, indem sie den Sterbeprozess beschleunigt oder gar direkt bewirkt? Antworten auf diese Fragen zu finden, ist das Ziel der folgenden Erörterungen.

In den Richtlinien der SAMW wird der Intention des Arztes bei der Medikation eine massgebliche Rolle beigemessen: Wer absichtlich Leben verkürze, mache sich strafbar, wer hingegen zur Leidminderung handele und eine mögliche Lebensverkürzung nur billigend in Kauf nehme, bleibe straffrei, wenn die Medikation hierzu erforderlich sei.[133] Dass der Verweis auf die «gute» Intention angesichts der Realitäten kaum plausibel ist, merken allerdings auch Schweizer Ärzte an: «Angesichts der Schmerzen eines nicht unmittelbar vor dem Tod stehenden Patienten würde es kaum akzeptabel erscheinen, wollte ein Arzt den Todeseintritt des Patienten nach der wissentlichen Applikation einer lebensbedrohlichen Opiatdosis als nicht-beabsichtigten, sondern lediglich in Kauf genommenen Effekt rechtfertigen.»[134] Mit einem gewissen Recht fordert man daher seit längerem, die Injektion von Schmerz- und Betäubungsmitteln auch bei nicht-sterbenden Patienten und auch dann offiziell zuzulassen, wenn der Arzt dabei mit dolus directus 2. Grades handelt.[135]

Darauf, dass von der Vorsatzform nicht die Verwirklichung eines Tötungsdelikts abhängt, wurde bereits hingewiesen (unter B III 4a). Aber auch die Motivation des Handelnden ist bei notwendiger Medikation gänzlich irrelevant. Man erwäge dazu den folgenden Fall:

Arzt A ist erfreut, dass sich seine schwerkranke, aber noch geistesgegenwärtige Patientin R endlich entschlossen hat, die künstliche Ernährung zu beenden, um zu sterben. Da R keine Verwandtschaft hat, hat sie testamentarisch verfügt, dass ein Grossteil ihres Vermögens dem A zukommen soll. A würde seine Patientin normalerweise lieber weiterbehandeln, weil sie gut versichert ist und dadurch in den letzten Jahren zur Verbesserung der finanziellen Lage des A beigetragen hat. Auch ist es ihm persönlich egal, ob R weiterhin lebt oder stirbt. Der Zugewinn durch ihren Tod übersteigt allerdings den durch die Weiterbehandlung zu erwartenden Gewinn deutlich. Da A die R immer korrekt auf-

133 SAMW (Fn. 19), S. 11; näher dazu unter C II 4.
134 Bossard/De Stoutz/Bär (Fn. 6), S. 121.
135 Schubarth (Fn. 60), Vor Art. 111 N 41; Arbeitsgruppe Sterbehilfe (Fn. 108), S. 46.

geklärt und behandelt hat, spricht für ihn denn auch nichts dagegen, ihre Behandlung in freudiger Erwartung der anstehenden Erbschaft zu beenden.

As dominanter Beweggrund beim Einstellen der Ernährung ist Habgier. Ihm fehlt daher ein achtenswertes Motiv. *Objektiv* ist A jedoch verpflichtet, medizinische Massnahmen abzubrechen, wenn seine Patientin deren Fortsetzung nicht mehr wünscht. Der Fall gibt auch keinen Anlass, an der objektiven Verpflichtung des A zu zweifeln. Beendet A die Behandlung nicht, macht er sich mangels Einwilligung in die weitere Behandlung einer Körperverletzung und einer Nötigung schuldig.[136] Ausweislich Art. 114 StGB ist eine Tötungshandlung jedoch nur dann privilegiert, wenn der Arzt aus *achtenswerten* Beweggründen wie insbesondere Mitleid handelt. Ist diese subjektive Voraussetzung nicht erfüllt, könnte nicht nur die grundsätzlich bestehende Verpflichtung, sondern auch das Recht zum Behandlungsabbruch entfallen. Denn warum sollte für den Behandlungsabbruch etwas grundsätzlich anderes gelten – zumal auch Art. 115 StGB bei selbstsüchtiger Motivation eine Strafe androht? Dies deutet auch der EGMR im Fall Lambert an: Bei einer Sterbehilfe gehe es darum, einen Menschen zu töten; bei einem Behandlungsabbruch gehe es hingegen darum, dem Patientenwillen zu entsprechen.[137] Und A will jedenfalls auch töten.

Art. 114 und 115 StGB, so liesse einwenden, beträfen aber nicht den Behandlungsabbruch, weshalb ein objektiv erlaubter und sogar gebotener Behandlungsabbruch durch ein verwerfliches Motiv nicht zu einem unerlaubten werden könne. Muss dasselbe aber nicht auch bei einer indirekten Sterbehilfe gelten? Erfüllte diese nur bei einwandfreier, also auf blosse Schmerzbehandlung gerichteter Motivation nicht die Voraussetzungen eines Tötungsdelikts, dann wäre die Folge, dass ein Arzt die *Pflicht* hätte, seinen Patienten leiden zu lassen, sobald er mit Tötungsintention handelte. – Und zwar unabhängig davon, ob sich die Dosierung in einem indizierten Rahmen bewegt oder nicht. Das ist aber ersichtlich nicht rechtens. Objektiv erlaubtes Verhalten mag durch einen unlauteren Beweggrund un*ethisch* werden; *rechts*widrig wird es dadurch nicht.[138]

Ist ein Arzt zur Gabe von Morphium also objektiv verpflichtet, weil er nur auf diese Weise den Schmerzen seines Patienten begegnen kann, dann muss er seiner Handlungspflicht unabhängig davon nachkommen, ob er den Tod seines Patienten nur als unerwünschte Nebenfolge in Kauf nimmt oder ihn sogar beabsichtigt. Solange die Dosierung sich in einem medizinisch vertretbaren Rahmen bewegt, ist das Handeln des Arztes objektiv erlaubt, im Falle notwendiger Schmerzbekämpfung sogar geboten. Ist der eingetretene und zurechenbare Er-

136 Stratenwerth (Fn. 126), S. 113.

137 EGMR (Fn. 42), N 124.

138 Reinhard Merkel, Früheuthanasie. Rechtsethische und strafrechtliche Grundlagen ärztlicher Entscheidungen über Leben und Tod, NOMOS: Baden-Baden, S. 166 ff.; zust. Herzberg (Fn. 46), S. 444.

folg objektiv rechtmässig, kann dem Arzt nicht einmal ein Vorwurf versuchter Tötung, sondern allenfalls ein reiner Gesinnungsvorwurf gemacht werden. Ein Chirurg darf seinen Patienten also auch dann noch Gliedmasse amputieren, wenn ihm dies ein sadistisches Vergnügen bereitet, und ein Gynäkologe darf Frauen behandeln, wenn ihm dies sexuelle Befriedigung verschafft: Solange sie ihre Arbeit objektiv sorgfältig ausführen, wird weder Handlungs- noch Erfolgsunrecht verwirklicht.

Deshalb darf insbesondere Art. 115 StGB nicht als Gesinnungsstrafrecht interpretiert werden: Hat der Arzt ein selbstsüchtiges Motiv, wie ein finanzielles Interesse am Versterben des Patienten, oder handelt er aus Rachsucht, Böswilligkeit und dergleichen,[139] so lassen nicht erst die mangelnde Bestimmtheit und damit Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit den Tatbestand fragwürdig erscheinen.[140] Um ein Gesinnungsstrafrecht auszuschliessen, ist der Tatbestand des Art. 115 StGB vielmehr zwingend entweder dahingehend zu reduzieren, als ihm die selbstsüchtige Beteiligung bei *objektiv erlaubter* Suizidhilfe oder -verleitung nicht subsumiert werden darf, oder das Merkmal der Selbstsucht muss, wie oben dargelegt, zur Strafbegründung einen objektiven Unrechtsgehalt aufweisen (unter C II 1). Ärzte bleiben zur Linderung schweren Leids mithin auch dann rechtlich verpflichtet, wenn die einzig mögliche Option der Leidminderung das Leben des Patienten verkürzt. Ob dies gezielt geschieht, ändert an der objektiven Rechtslage nichts. Allerdings muss in Fällen möglicher Sterbehilfe immer auch erwogen werden, ob dem Lebensschutz noch hinreichend entsprochen wird. Mit dieser Thematik befassen sich die Diskussionen der Beispiele 6 und 7.

Insbesondere in der Sterbephase schwerstkranker Patienten kann es zu Situationen kommen, die nicht nur für den Patienten selbst, sondern auch für Angehörige grauenvoll zu erleben sind. Stirbt ein Patient langsam und qualvoll mit massiven Blutungen oder Erstickungsängsten,[141] dann kommen selbst erfahrene Ärzte in eine Grenzsituation, die sie zum Handeln geradezu nötigt. Auch wenn diese Handlungen derzeit als palliative Sedierungen bezeichnet werden, darf der Begriff nicht darüber hinwegtäuschen, dass mitunter einziges Ziel der Handlung ist, den Tod durch eine Injektion herbeizuführen. Es handelt sich im klassischen Sinne um eine direkte, aktive, und eigentlich verbotene Sterbehilfe, die anhand des Beispielsfalls 8 zu diskutieren sein wird. Zunächst wenden wir uns der Frage erlaubter aktiver Sterbehilfe jedoch anhand etwas weniger dramatischer Situationen zu.

139 Schubarth (Fn. 60), Art. 115 N 28 ff.; Donatsch (Fn. 111), S. 23 f.; Schwarzenegger (Fn. 28), 106 ff.; Stratenwerth/Jenny/Bommer (Fn. 61), § 1 N 59.

140 So aber Schwarzenegger (Fn. 31), Art. 115 N 14 a.E.

141 Müller-Busch (Fn. 1), S. 131.

a. Diskussion 6: Tetraplegie

Die vom Hals abwärts gelähmte Patientin X empfindet ihr Leben in Anbetracht ihrer physischen Verfassung und starker Schmerzen als unerträglich und hat daher den konstanten Wunsch, ihr Leben zu beenden. Ihr Arzt wäre zum Abstellen der künstlichen Beatmung verpflichtet, sofern X dies verlangen sollte. Weil ein Behandlungsabbruch die Situation der X aber noch verschlimmern könnte, ist fraglich, welche Optionen ihrem Arzt in Anbetracht ihres unerträglichen und nicht anders abwendbaren Leidensdrucks offenstehen.

X kann noch selbständig schlucken und daher Nahrung zu sich nehmen oder auch darauf verzichten und sich zu Tode hungern. Letzteres verlöre seinen Schrecken, wenn sie infolge einer kontinuierlichen Sedierung bewusstlos wäre. Die in diesem Fall unter Umständen indizierte künstliche Ernährung könnte X mittels eines eindeutigen (Nicht-) Behandlungswunsches ablehnen. Problematisch ist jedoch, dass die Notwendigkeit der kontinuierlichen Sedierung dann nicht aufgrund der Grunderkrankung gegeben wäre, sondern der Patientin ein sog. «Sterbefasten» erleichtern würde, das aber weder die Folge alters- oder krankheitsbedingter Schluckbeschwerden ist noch auf altersbedingte Appetitlosigkeit zurückzuführen ist. Es liegt somit keine medizinische Indikation für eine kontinuierliche Sedierung vor, weil unerträgliche Beschwerden nur auf diese Weise gelindert werden könnten. Damit wäre die kontinuierliche Sedierung aber mehr als «nur» eine aktive Unterstützung einer passiven Selbsttötung, nämlich eine Tötung auf Verlangen.

Ein Grund, warum sich die terminale Sedierung immer weiter in den Bereich nicht sterbender Patienten ausgedehnt hat, ist die (unausgesprochene) Anerkennung einer besonderen Notstandslage in der sich Patienten mit starken Beschwerden aufgrund von therapierefraktären Symptomen befinden. Also all jene Patienten, die nicht sterbend sind, aber unter einer Krankheit leiden, die mit den Methoden der Medizin nicht so behandelbar ist, dass die Belastungen für den Patienten zumutbar wären. Ist der Patient zudem noch sterbend, erscheint es in Anbetracht des verbleibenden Lebensrests offenbar nicht ganz so vorwerfbar, das Sterben zugunsten eines weniger leidvollen Lebensrests zu beschleunigen. Die Eingrenzung auf Sterbende ist rechtlich aber schwer nachvollziehbar, da die Verkürzung des Lebens von Sterbenden strafrechtlich nicht weniger relevant ist als von Nicht-Sterbenden. Richtig ist zwar, dass man inzwischen zu Recht davon Abstand nimmt, das Leben Sterbender um jeden Preis zu verlängern; das bedeutet aber nicht, dass man ihr Leben auch bedenkenloser verkürzen dürfte als das Nicht-Sterbender. Sterbende sind lebende Menschen und haben daher das gleiche Recht auf Schutz ihres Lebens wie andere auch. Jegliche Ablehnung todesbeschleunigender Medikation vom Patienten muss daher unter *allen* Umständen respektiert werden.

Umgekehrt haben Nicht-Sterbende das gleiche Recht auf Schutz ihrer körperlichen Integrität und Selbstbestimmung wie Sterbende. Lassen sich daher unerträgliche Schmerzen bei Nicht-Sterbenden mit ihrer Einwilligung nur mit

einer tödlichen Dosierung lindern, dann ist zunächst nicht zu sehen, warum ein Arzt von seiner Verpflichtung zur Schmerzbehandlung entbunden sein sollte. Es gibt aber zwei wichtige Gründe, dem Arzt die tödliche Injektion *nicht* zu erlauben: Zum einen das Fremdtötungstabu, dessen Aufrechterhaltung nur gelingt, solange die Sterbehilfe auf wenige, klar umrissene Ausnahmefälle begrenzt bleibt; zum anderen das Sicherstellen der «letzten Entschlossenheit» des Patienten, was es grundsätzlich erforderlich macht, einem Patienten, der unerträglich und unheilbar leidet, primär Suizidhilfe anzubieten.[142] Allenfalls wäre zu erwägen, dem Patienten in Fällen unerträglichen Leids ein diesbezügliches Wahlrecht einzuräumen. Ein gesetzlich fixiertes Wahlrecht würde verdeutlichen, dass nicht der Arzt entscheidet, sondern der Patient. Muss der Arzt eine solche Wahl dokumentieren, schliesst dies eine lebensbeendende Entscheidung ohne Einbezug des urteilsfähigen Patienten und damit einen etwaigen Missbrauch weitgehend aus. Bleibt es jedoch auch künftig «nur» bei der schon jetzt erlaubten Suizidhilfe, dann sollte sie in Fällen dieser Art gesetzlich geregelt und verpflichtend sein.

Sogar das deutsche Bundesverwaltungsgericht hat im Beispielsfall 6 die extreme Notlage der Patientin anerkannt und auf die *Verpflichtung* des Staates hingewiesen, das Selbstbestimmungsrecht der Patientin hinsichtlich ihres Todes zu schützen. Ausnahmsweise muss daher auch in Deutschland neuerdings Pentobarbital in tödlicher Dosierung zur Verfügung gestellt werden.[143] In Anbetracht des wenig vorher in Kraft getretenen Verbots geschäftsmässiger Förderung der Selbsttötung (§ 217 dStGB), ist diese gerichtliche Klarstellung bemerkenswert und könnte als positiven Nebeneffekt auch den Sterbetourismus reduzieren.

b. Diskussion 7: Muskeldystrophie

Patienten mit einem progredienten Muskelabbau aufgrund einer unheilbaren Krankheit wie im Beispiel 7 befinden sich meist in der Situation, bei Fortschreiten ihrer Krankheit nicht nur irgendwann nicht mehr selbständig atmen, sondern auch nicht mehr kommunizieren zu können. Viele Patienten entscheiden sich daher bereits gegen eine künstliche Beatmung, wollen aber – verständlicherweise – auch keinen Erstickungstod sterben.

In Anbetracht des besonderen Leidenszustands und des zu erwartenden vollständigen Verlusts jeglicher Selbstbestimmung seitens des Patienten sowie unter Berücksichtigung des Aspekts letzter Entschlossenheit wäre das Mittel der Wahl eigentlich eine Suizidhilfe, wenn Patient Y noch handlungsfähig wäre. Nach der hier vertretenen Ansicht hätte Y sogar einen Anspruch auf ein tödliches Medikament, um sich selbst das Leben zu nehmen. Da Y noch schlucken

142 Anders Zahn (Fn. 2), S. 239, die auf die Alternative der Suizidhilfe nicht eingeht und die terminale Sedierung für gerechtfertigt hält.

143 BVerwG (Fn. 11), Leitsätze 2–4.

kann, könnte man ihm das Medikament zwar in den Mund legen; allerdings wäre dies mit der geläufigen Unterscheidung am «letzten Akt» keine Selbst-, sondern eine Fremdtötung, da das Medikament, einmal von fremder Hand in den Mund eingeführt, nicht willentlich von Y geschluckt würde, sondern nur sein Schluckreflex dafür sorgte.[144]

Eine letale Injektion ist aus demselben Grunde nach ganz herrschender Ansicht ebenfalls verboten.[145] In einem solchen Fall könnte Y Nahrung und Flüssigkeit verweigern, um zu sterben. Dies könnte im Übrigen auch anderen Sterbewilligen empfohlen werden, die um Suizidhilfe bitten. Es ist aber kaum zu sehen, dass die schweizerischen Ärzte diese Empfehlung würden aussprechen wollen, zumal sie bereits Hilfe bei der Umsetzung eines Sterbewillens leisten dürfen. Wo eine blosse Hilfe wegen Handlungsunfähigkeit des Patienten nicht möglich ist, ist es allerdings nur eine Fortschreibung des Autonomiegedankens, die Handlungsfähigkeit des Patienten wiederherzustellen, indem man ihm die Hände des Arztes als Werkzeug anbietet: Wer nicht laufen kann, bekommt Gehhilfen, wer nicht sehen kann, Sehhilfen, und wer nicht eigenhändig sterben kann, erhält bei unerträglichem Leiden Sterbehilfe.

Das Fremdtötungstabu kann in einer freiheitlichen Gesellschaft schliesslich nur dann verteidigt werden, wenn es nicht gleichzeitig den Suizid ausschliesst. Denn nur so lange der Einzelne sich selbst töten kann, lässt sich das Fremdtötungsverbot nicht als Aufhebung des Selbstbestimmungsrechts verstehen, sondern als blosse Einschränkung zugunsten eines gesamtgesellschaftlichen Interesses rechtfertigen. Verbietet es hingegen mittelbar auch den Suizid, wenn dieser mangels Handlungsfähigkeit unmöglich ist, wird es zu einem hart paternalistischen Verbot, das mit dem Selbstbestimmungsrecht unvereinbar ist.[146]

Es ist auch nicht zu sehen, wie das vom EGMR anerkannte Recht, selbst über die Umstände seines Sterbens zu bestimmen, in diesen Fällen anders umgesetzt werden könnte. Zwar macht der EGMR ausgerechnet bei handlungsunfähigen Patienten eine Ausnahme,[147] das bedeutet aber nicht, dass sich diese Sicht langfristig durchsetzen wird: Zum einen ist es durchaus diskriminierend, ausgerechnet das Selbstbestimmungsrecht der physisch am stärksten beeinträchtigten Mitglieder einer Gesellschaft zu beschränken; zum anderen ist kaum plausibel zu machen, warum ein Arzt zwar eine Beatmungsmaschine ausstellen, die Atmung aber nicht mittels einer letalen Sedierung unterdrücken darf.

144 Vgl. auch Schwarzenegger (Fn. 28), S. 90

145 Statt vieler Donatsch (Fn. 30), S. 144 u. 146, der allerdings in diesen konkreten Fällen die Wahrung der Menschenwürde für wichtiger als den Lebensschutz hält.

146 Entsprechendes sieht der Gesetzvorschlag «Assisted Dying for the Terminally Ill Bill [HL]» vom Britischen House of Lord aus dem Jahr 2004 vor, der zwei Jahre später vom House of Lords blockiert wurde.

147 Dazu oben, bei und in Fn. 14.

Nehmen wir dazu alternativ an, Y hätte sich für eine künstliche Beatmung entschieden, würde nach einiger Zeit auf diese Weise jedoch nicht mehr weiterleben wollen und bittet deshalb seinen Arzt A, ihn zu sedieren und anschliessend das Beatmungsgerät abzuschalten. Denn berechtigterweise befürchtet Y, dass es bei einer Sauerstoffunterversorgung infolge des Behandlungsabbruchs zu einem qualvollen Erstickungstod kommen kann.

Das Beenden der Beatmung darf als Behandlungsabbruch in einem solchen Fall nicht verweigert werden. Problematisch könnte allerdings die Sedierung sein, weil sie zeitlich *vor* dem Abstellen des Geräts erfolgt. Dass *in* der Sterbephase, also nach dem Abschalten des Geräts Beschwerden gelindert werden dürfen, ist rechtlich nicht umstritten. Solange das Gerät betrieben wird, ist der Patient aber weder sterbend noch leidet er unter Atemnot. Die geläufigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer terminalen Sedierung sind also nicht erfüllt. Rechtlicher Massstab ist allerdings der Schutz vor Leid, nicht die verbleibende Lebensspanne. Insbesondere Patienten mit neurodegenerativer Erkrankung, die ihre künstliche Beatmung beenden möchten, sind auch auf eine Sedierung angewiesen, wollen bzw. sollen sie nicht qualvoll ersticken.

Der Notstandsgedanke des Art. 17 StGB bietet hier eine Orientierungshilfe, weil nicht nur gegenwärtiges, sondern auch bevorstehendes Leid abgewendet werden darf, wenn eine spätere Abwendung unzumutbar wäre.[148] Das Recht erzwingt also nicht die Beeinträchtigung eines Rechtsguts, bevor Massnahmen zur Abwehr getroffen werden dürfen; die Unmittelbarkeit der Gefahr genügt. Ist der Abbruch einer medizinischen Behandlung verpflichtend, dann sind mithin auch Handlungen erlaubt und unter Umständen sogar verpflichtend, die unvermeidbar sind, um ein möglichst schmerz- und leidfreies Sterben sicherzustellen.

Y dürfte mithin terminal sediert werden, bevor die Beatmung ausgestellt wird. Ist Y aber einmal bewusstlos, kann er den weiteren Verlauf nicht mehr beeinflussen. Die Sedierung wird zum lebensentscheidenden Faktor, nicht der Behandlungsabbruch. Dazu sei auf die Diskussion um den versuchten gemeinsamen Suizid verwiesen, bei dem nur einer der Sterbewilligen die Tat ausführt, also etwa derjenige, der das Auto gegen ein Hindernis steuert oder das Gaspedal betätigt, damit Abgase in das Autoinnere strömen können. Stratenwerth bejaht in diesem Fall eine Tatherrschaft bereits dann, «wenn die Herbeiführung des Todes *auch* das Werk des Betroffenen darstellt.»[149] Schwarzenegger stellt hingegen darauf ab, ob dem inaktiv Beteiligten noch ein Ausweg wie das Öffnen der Wagentür verbleibe, nachdem die Handlung des anderen begonnen habe, und bezeichnet dies als «passive Beherrschbarkeit der Situation».[150] Bei einem Bewusstlosen ist der Behandlungsabbruch aber

148 Trechsel/Noll/Pieth (Fn. 47), S. 115.

149 Günther Stratenwerth und Guido Jenny, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil 1: Straftaten gegen Individualinteressen, 6. Aufl., Bern 2003, S. 40 – Hervorhebung im Original.

150 Schwarzenegger (Fn. 31), Art. 114 N 20.

weder dessen Werk noch beherrscht er die Situation in irgendeinem Sinne. Es macht deshalb rechtlich keinen Unterschied, ob ein Patient terminal sediert wird, um anschliessend die lebenserhaltende Versorgung einzustellen, oder ob er sogleich letal sediert wird. Auch Patient Y im Ausgangsfall, der noch nicht künstlich beatmet wird, sich das Leben aber nicht mehr eigenhändig nehmen kann, müsste daher nicht nur Anspruch auf eine kontinuierliche, sondern auch auf eine sofort letale Sedierung haben.

Die letale Sedierung wäre nach dem Gesagten in Ausnahmefällen erlaubt, nämlich immer dann, wenn der Patient sich nicht eigenhändig töten kann, aufgrund der Schwere der Erkrankung und der Ernsthaftigkeit des Sterbewunsches aber eine Notlage anzunehmen ist, die zu einer Suizidhilfe jedenfalls berechtigt. Die Handlungsunfähigkeit des Patienten darf allerdings nicht auf Bewusstlosigkeit beruhen. Mit Blick auf das Autonomieprinzip und Diskriminierungsverbot ist es eigentlich zwingend, die Möglichkeit einer letalen Injektion in diesen Fällen zu eröffnen, um auch schwerstbehinderten Patienten ein selbstbestimmtes Sterben zu ermöglichen.

Ist ein Behandlungsabbruch mit besonderem Leid verbunden, etwa weil der Patient zu ersticken droht, und kann der Patient nur durch eine terminale Sedierung zuverlässig davor geschützt werden, müsste ebenfalls eine letale Sedierung anstelle der *zulässigen* terminalen Sedierung erlaubt sein. Da ein normativer Unterschied mit Blick auf das Fremdtötungstabu nicht festzustellen ist, bei einer Wahlmöglichkeit die Rechte des Patienten aber grundsätzlich eher geschützt werden als ohne, sollte es dem urteilsfähigen Patienten obliegen, über den Ablauf seines Sterbens zu entscheiden. Beides ist derzeit von einem Konsens allerdings weit entfernt, weshalb insbesondere von einer Verpflichtung (noch) keine Rede sein kann.

c. Diskussion 8: Halsschlagader

Der Umgang mit dem verblutenden Patienten Z im Beispiel 8 wird zu einer Art Quadratur des Kreises, wenn man mit der SAMW einerseits eine Pflicht des Arztes zur Leidminderung auch um den Preis der Lebensverkürzung bejaht: «Primär muss eine effiziente Symptomlinderung angestrebt werden. Eine allfällige Verkürzung der Lebensdauer wird dabei in Kauf genommen»;[151] andererseits eine gezielte Tötung aber ablehnt. Denn die einzig in Betracht kommende Massnahme in einer solchen Notlage ist eine gezielte letale Sedierung des Patienten. Ist sie verboten, macht sich ein Arzt, der entsprechend handelt, wegen vorsätzlicher Tötung nach Art. 111 StGB strafbar. Auch die Privilegierung des Art. 114 StGB müsste mangels ernsthaften und eindringlichen Verlangens des Patienten verwehrt bleiben.

151 SAMW (Fn. 7), S. 15. Entsprechend ist die indirekte Sterbehilfe dem deutschen Bundesgerichtshof zufolge ebenfalls nur bei Sterbenden erlaubt, s. BGHSt 42, 301 (305).

Ein offensichtlicher Nachteil dieses Verbots ist, dass auch dann keine rechtlich relevante Einwilligung des Patienten eingeholt bzw. dessen Ablehnung vermerkt werden kann, wenn sich eine solche Situation ankündigt. Selbst eine Patientenverfügung, die dem Arzt die Option einer tödlichen Sedierung einräumt, kann eine *gezielt* tödliche Sedierung nicht legitimieren, denn das Gesetz sieht eine solche Möglichkeit nicht explizit vor, und die Anwendung der Notstandsregeln wird grundsätzlich abgelehnt. Wäre die letale Sedierung in Notfällen dieser Art hingegen erlaubt, bestünde die Möglichkeit, diese Massnahme im Einzelfall per Patientenverfügung oder Vorsorgevollmacht auszuschliessen, so man dies denn wollte. Keinesfalls ginge es darum, Ärzten generell die Möglichkeit gezielter letaler Sedierung bei sterbenden Patienten einzuräumen, sondern ihnen eine Handlungsoption zu eröffnen, wenn sich der Todeskampf eines Patienten als *besonders* leidvoll erweist und der Patient in Anbetracht dieses Umstands nicht mehr fähig ist, sein Leben selbst zu beenden (faktische Handlungsunfähigkeit, dazu unter B III 2b).

Dass auch damit keine abschliessend zufriedenstellende Regelung gefunden wäre, bleibt schon in Anbetracht solcher Fälle unbenommen, in denen eine sichere Abklärung des Patientenwillens nicht möglich ist. Ärzte müssen sich in unvorhersehbaren Notfällen mitunter allein vom Verhalten des Patienten leiten lassen, was zwar keine letzte Sicherheit bietet, wenn sich der Patient im Todeskampf befindet, aber immerhin einen recht verlässlichen Rückschluss auf seinen aktuellen Leidenszustand zulässt. Herzberg formuliert dies so: «Ein grausames Schicksal macht ihn ganz und gar unfrei, er ‹wählt› nicht, er kann nichts anderes wollen als den Tod. Aber der Kamerad, der ihm die Pistole in die Hand drückt, begeht dennoch kein Tötungsdelikt und begeht es in so einem Fall nicht einmal dann, wenn er selbst den Gnadenschuss abfeuert (…).»[152]

Um gleichwohl eine Verfahrens- und Beweissicherheit zu gewährleisten, liesse sich allerdings, falls anwesend, die Einschätzung eines Angehörigen des Patienten oder das Urteil eines zweiten Arztes einholen. Weit weniger zufriedenstellend ist es demgegenüber jedenfalls, wenn Ärzte eine Strafandrohung von nicht unter fünf Jahren für eine Handlung gewärtigen, die schon deshalb nicht als rechtlich verwerflich beschrieben werden kann, weil Ärzte auch und gerade Sterbenden beizustehen haben.

d. Zusammenfassung

Die terminale Sedierung zu diskutieren, erweist sich als besonders schwierig, weil das Fremdtötungstabu dabei am offensivsten infrage gestellt wird. Gleichzeitig ist die Diskussion aber auch besonders notwendig und dringlich, weil das Fremdtötungstabu erodieren wird, wenn erlaubte und verbotene Anwendungen der terminalen Sedierung nicht verhandelt werden. Der neue Entwurf der SAMW tritt einer Erosion des Fremdtötungsverbots immerhin entgegen, indem Ärzten die Suizidhilfe auch bei solchen Patienten ausdrücklich erlaubt wird, die

152 Herzberg (Fn. 46), S. 447: Fall einer wegen Notstands gerechtfertigten Tötung auf Verlangen.

nicht sterbend oder todkrank sind. Das erleichtert den Umgang mit schwer kranken Patienten allemal.[153] Wichtig wäre gleichwohl der Hinweis, dass auch in Fällen extremen Leidens letale Injektionen grundsätzlich nur dann zulässig sind, wenn der Patient sich nicht selbst töten kann. Ist er dazu in der Lage, auch diese Klarstellung wäre nötig, dann gibt es eine ärztliche *Pflicht* und nicht nur ein Recht, bei einem therapierefraktären Syndrom ein entsprechendes Rezept auszustellen. Andere Möglichkeiten wie ein Wahlrecht des Patienten sind verhandelbar, widersprechen aber dem derzeit geltenden Primat der eigenhändigen Selbsttötung, dessen Existenz auch mit Blick auf die Entwicklung in den Niederlanden, eine Berechtigung hat.

III. «Frühe» und «späte» Behandlungsabbrüche

Der vorliegende Beitrag hat den Behandlungsabbruch bislang nur vor dem Hintergrund eines expliziten, sei es mündlich oder schriftlich ausgedrückten Patientenwillens in den Blick genommen. Unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen wie dem Schutz vor übereilten Entscheidungen und dem Primat eigenen Vollzugs zur Sicherstellung letzter Entschlossenheit des Patienten wurde eine aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten abgeleitete Verpflichtung des behandelnden Arztes zum Beenden lebenserhaltender Massnahmen festgestellt, die das Handeln des Arztes mithilfe des Rechtsgedankens der mittelbaren Täterschaft dem Patienten zuschreibt. Die Realität ist aber, dass viele Behandlungsabbrüche nicht durch ein Selbstbestimmungsrecht des Patienten legitimiert sind. Das gilt für «frühe» Behandlungsabbrüche auf den Intensivstationen ebenso wie für «späte» Behandlungsabbrüche bei dauernd bewusstlosen Patienten ohne Aussicht auf Erwachen.

1. Behandlungsabbruch auf der Intensivstation

Nach Riessen und Haap von der Medizinischen Universitätsklinik und Poliklinik Tübingen kommen für den Behandlungsabbruch auf der Intensivstation insbesondere zwei Formen in Betracht: Wird der Blutdruck medikamentös aufrechterhalten (sog. Vasopressorentherapie insb. mittels Noradrenalin), bedeutet das Einstellen dieser Therapie eine Absenkung des Blutdrucks und führt zu einer Minderdurchblutung von Herz und Gehirn in deren Folge der Patient in Minuten bis Stunden verstirbt.[154] Wird die Sauerstoffzufuhr durch Beatmung aufrechterhalten, wird diese durch Extubation oder durch Absenken der Sauerstoffzufuhr beendet. Bei der Entscheidung zur Beendigung der Behandlung waren die Patienten wegen der Schwere ihrer Erkrankung nur zu 9 % in die Ent-

153 https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/standard/sterbehilfe-soll-neuen-standards-folgen/story/25297983 (letzter Zugriff am 25.03.2018).

154 Riessen/Haap (Fn. 77), S. 486 f.

scheidung eingebunden, während der Verzicht weiterer Behandlung mit 27 % der Patienten erörtert werden konnte.[155]

Auch das Bundesamt für Gesundheit (BAG) berichtet: «Die meisten Patientinnen und Patienten auf einer Intensivstation versterben nicht unter voller Therapie. Ist ihr Gesundheitszustand aussichtslos, wird früher oder später ein Therapieabbruch wegen schlechter Prognose beschlossen. Eine Erhebung des Inselspitals Bern für das Jahr 2007 ergab zum Beispiel, dass bei 91 % der Patientinnen und Patienten die Therapie abgebrochen wurde.»[156] Richtigerweise legt trotz der zahlreichen, auf der Intensivstation abgebrochenen oder vorenthaltenen Maßnahmen aber kaum jemand den Maßstab des Art. 111 StGB an, obwohl sie ganz überwiegend nicht auf dem Patientenwillen beruhen. Riessen und Kollegen berichten vielmehr, dass es im Untersuchungszeitraum keine ernsthaften oder unlösbaren Konflikte mit den Angehörigen gegeben habe und weder Beschwerden noch juristische Klagen erfolgten.[157]

Die Grenze zur Strafbarkeit darf schon deshalb nicht zu früh gezogen werden, weil den Intensivmedizinern ein verantwortungsvoller Umgang mit ihren Möglichkeiten, aber auch ihren Ressourcen überantwortet werden muss. Da intensivmedizinische Massnahmen in Akutfällen fast immer zunächst indiziert sind, muss ihr Abbruch grundsätzlich für die grosse Anzahl von Fällen erlaubt sein, in denen die Intensivmedizin zwar die körperliche Existenz zumindest vorübergehend erhalten kann – wie beispielsweise im Fall des Hirntods – darüber hinaus aber nichts bewirkt, wovon der Patient profitieren würde. Insoweit muss dasselbe gelten wie bei der Nichtaufnahme künstlicher Ernährung: Nur dann, wenn auch der Verzicht gestattet ist, kann sich ein vernünftiger allgemeiner Massstab im Umgang mit künstlichem Lebenserhalt bilden, der Patienten die derzeit bestehende Angst vor einer Überversorgung nehmen kann.

Dogmatisch wird in diesen Fällen des Abbruchs intensivmedizinischer Bemühungen – eben weil es bei deren Einsatz nicht um Lebenserhalt (um jeden Preis) gehen darf – keine unerlaubte Gefahr für ein Rechtsgut des Patienten geschaffen: Die Ärzte bemühen sich zwar um Rettung; soweit diese aber wahrscheinlich aussichtslos ist oder die Rettung eines anderen Patienten in Anbetracht begrenzter medizinischer Ressourcen aussichtsreicher wäre, dürfen Ärzte ihre Rettungsbemühungen einstellen, ohne dass ihnen die durch ein *anderes* Ereignis ausgelöste Lebensgefahr, in der sich der Patient befindet, zugerechnet werden dürfte. Ist nach der Aufnahme intensivmedizinischer Behandlung die Wahrscheinlichkeit hingegen hoch, dass der Patient seine Urteilsfähigkeit wiedererlangen könnte, würde der Behandlungsabbruch eine

155 Reimer Riessen, C. Bantlin, U. Wiesing und Michael Haap, Therapiezieländerungen auf einer internistischen Intensivstation. Einfluss von Willensäußerungen der Patienten auf Therapieentscheidungen, in: Medizinische Klinik – Intensivmedizin und Notfallmedizin 5/2013, S. 412–418, S. 415.

156 BAG, Erläuterungen zur Änderung des Transplantationsgesetzes (TxG) vom 29. Juni 2011, S. 15

157 Riessen/Bantlin/Wiesing/Haap (Fn. 155), S. 415 u. 417.

eigenständige Gefahr für das Leben des Patienten schaffen: Der Patient hat einen Anspruch auf weitere Behandlung, die nun nicht mehr mit Blick auf die Rettung anderer oder einen verantwortungsvollen Umgang mit intensivmedizinischen Massnahmen zurückgenommen werden darf.

2. Behandlungsabbruch bei dauernd Bewusstlosen

Entsprechend anders ist der Behandlungsabbruch bei dauernd bewusstlosen Patienten einzuordnen. Zwar legt das Gesetz die Fiktion eines mutmasslichen Patientenwillens auch bei dauernd bewusstlosen Patienten zugrunde. Wer allerdings in den Blick nimmt, dass diese Patienten meist noch längere Zeit in diesem Zustand weiterleben könnten und erst durch das Einstellen der Ernährung getötet werden, dem wird ein mutmasslicher Wille meist unklarer Provenienz nach Monaten oder Jahren der Bewusstlosigkeit kaum als überzeugende Legitimation erscheinen: Auf der einen Seite ein ausnahmsloses Verbot der Tötung trotz ernsthaften und eindringlichen Verlangens (Art. 114 StGB) – auf der anderen Seite die Möglichkeit zum aktiven Abbruch lebenderhaltener Massnahmen auf der Grundlage des *mutmasslichen* Willens eines urteilsunfähigen Patienten (Art. 378 Abs. 3 ZGB).

Es sind wohl eher Zustand und Prognose der Patienten, die den Behandlungsabbruch sinnvoll erscheinen lassen, sofern ein erkennbarer Patientenwille nicht entgegensteht. Die Handlung des Arztes kann dann aber nicht dem Patienten zugerechnet werden. Sie lässt sich bei empfindungslosen Patienten auch nicht mit Notstandsgedanken rechtfertigen. Sie beruht vielmehr wie jede ärztliche Behandlung, die ohne Patientenwillen auskommen muss, auf dem, was die überwiegende Mehrheit der Bevölkerung in einer solchen Situation befürworten würde. In Anbetracht lebenslang fremdbestimmten Daseins eines solchen Patienten ist dies ethisch und rechtlich plausibel herzuleiten.[158] Soweit ein etwaig abweichender Patientenwille Raum für Beachtung findet, wären auch Prinzipien der Patientenautonomie gewahrt.

Man könnte daher die weitere Behandlung grundsätzlich für nicht mehr indiziert erachten und die Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen den Ärzten überlassen. So hat auch der EGMR im Fall Vincent Lambert ausdrücklich gebilligt, dass Frankreich, wie die meisten Mitgliedsstaaten, die Letztentscheidung über den Behandlungsabbruch in den Händen des behandelnden Arztes belässt, wenn eine Weiterbehandlung als «unreasonable obstinacy» (zu Deutsch etwa: unvernünftiger Starrsinn, in diesem Kontext gemeint als Therapie um jeden Preis, franz.: acharnement thérapeutique) erscheint.[159] In einem sol-

158 Dazu Grischa Merkel, Patientenwille und Lebensschutz – Klärungsversuch in einer unwegsamen Debatte. Zugleich eine Besprechung des BGH-Beschlusses vom 6.7.2016 – XII ZB 61/16, MedR 2017, S. 1–8, S. 7.

159 EGMR (Fn. 42), N 53. Code de la santé publique – Art. L1110-5: «Ces dispositions s'appliquent sans préjudice ni de l'obligation de sécurité à laquelle est tenu tout fournisseur de produits de santé ni de l'application du titre II du présent livre.»

chen Fall handle es sich bei einem Behandlungsabbruch nicht um eine gezielte Tötung («euthanasia»),[160] sondern um das Beenden von aussichtslosen ärztlichen Bemühungen, deren Fortsetzung das Leben lediglich künstlich verlängerten.[161]

Gangbar ist aber auch der hiesige Weg, der den Angehörigen die Letztentscheidung einräumt, wenn der Patient sich nicht selbst geäussert hat. Vertretbar ist dies gegenüber dem Patienten allerdings nur, weil er aufgrund der dauernden Bewusstlosigkeit mit dieser Entscheidung nicht mehr subjektiv verletzt wird. Aufgrund der Festlegung einer Reihenfolge der entscheidungsbefugten Angehörigen (vgl. Art. 378 Abs. 1 ZGB) dürfte zudem in den meisten Fällen ein Streit vermieden werden. Kommt es doch einmal dazu, gibt es ohnehin eine Tendenz in der Bevölkerung und den professional befassten Berufsgruppen der Mediziner und Juristen, die Behandlung nicht abzubrechen[162], so dass auch für diesen Fall das Tötuntabu nicht an Geltung verlöre.

D. Schluss

Der vorliegende Beitrag kann nur einen Ausschnitt regelungsbedürftiger Sachverhalte bei lebensbeendenden Entscheidungen im medizinischen Kontext beleuchten. Er sollte aufzeigen, dass Behandlungsabbrüche nicht pauschal zu handhaben sind, weil Ärzte auch hier den Lebensschutz anhand bestimmter Kriterien im Blick behalten müssen. Dazu zählt neben dem Primat eigenhändiger Tötung auch der Übereilungsschutz, weshalb in bestimmten Situationen ein Behandlungsabbruch hinausgeschoben oder ganz verweigert werden darf. Patientenverfügungen vermögen daran nichts zu ändern. Sie sind aber ohnehin nur scheinbar geeignet, klare Grenzen zu ermöglichen und das durch ein Übermass an lebenserhaltenden Therapien entstandene Misstrauen der Gesellschaft wieder einzufangen. Deshalb ist die Ärzteschaft selbst gefordert, zu einem vernünftigen Standard zurückzufinden. Die terminale Sedierung darf kein Ausweg aus diesem Dilemma sein und bedarf ohnehin dringend eines gesetzlichen Rahmens, will man nicht Gefahr laufen, dass ihre Anwendung Fremdtötungen enttabuisiert. Aber auch mit Blick auf die Verschreibung tödlicher Medikamente zum Suizid muss sich der Gesetzgeber einer Klärung der Ansprüche extrem leidender Sterbewilliger stellen. Es sollte deutlich geworden sein, dass Regelungen grundsätzlich möglich sind, die der staatlichen Verpflichtung zum Lebensschutz Rechnung tragen, aber auch der Patientenautonomie am Lebensende genügend Raum sowie Ärzten eine bessere Orientierung geben können.

160 Ebd., N 141.
161 Ebd., N 121.
162 Schwarzenegger/Manzoni/Studer/Leanza (Fn. 20), S. 222.