

# QUID?

## FRIBOURG LAW REVIEW

---

### ARTICLES

The Incorporation of Standard Terms into International Sales Contracts under the  
CISG

*Louise Dobrynski*

Die Haftpflicht für Körperverletzungen im Teamsport – ein Lösungsansatz

*Sven Bucher*

Le mariage forcé selon l'art. 181a CP – La solution aux problèmes ou une simple  
illusion ?

*Pascal Betticher*

Verfassungsgerichtsbarkeit und Massgeblichkeitsgebot – mögliche Ansätze zur  
Stärkung der Rechtsstaatlichkeit

*Lorenz Tobler*

Le noeud du litige quant à la prescription des créances en restitution des  
rétrocessions : le rapport de durée

*Marc Fiorellino*

### CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Dr. Aurelia Frick, Regierungsrätin des Fürstentums Liechtenstein



Editors	Marwan Douihou Raja-Marie Achermann Bérénice Billotte Johann-Jakob Chervet Frédéric Lazeyras Simon Mazidi Eva Müller Louis Muskens Alexandra Rayroux Kim Wegmann
Faculty Advisors	Prof. Samantha Besson Prof. Thomas Probst
Honorary Members	Prof. Benoît Chappuis Nadja Al Kanawati, Krisztina Balogh, Hélène Bruderer, Barnabas Denes, Philippe Florinetti, Matthias Lanzoni, Louis Muskens
Sponsors	Fachschaft Jus/AGEF Fondation pour le droit suisse de la circulation routière Helmuth M. Merlin Stiftung Institut pour le droit suisse et international de la construction Law Faculty of the University of Fribourg Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung
Contact	Quid? Fribourg Law Review Case postale 51, Miséricorde, Avenue de l'Europe 20, 1700 Fribourg <a href="http://www.unifr.ch/ius/quid">www.unifr.ch/ius/quid</a> <a href="mailto:fribourglawreview@unifr.ch">fribourglawreview@unifr.ch</a>
Printing	Europ'imprim Swiss, Bevaix (NE) ISSN 2297-1106
Layouting	Johann-Jakob Chervet

Proposition de citation pour QUID? FRIBOURG LAW REVIEW : QFLR  
Vorgeschlagene Zitierweise für QUID? FRIBOURG LAW REVIEW: QFLR



## EDITORIAL 4

## ARTICLES

The Incorporation of Standard Terms into International Sales Contracts under the CISG 6

*Louise Dobrynski*

Die Haftpflicht für Körperverletzungen im Teamsport – ein Lösungsansatz 10

*Sven Bucher*

Le mariage forcé selon l'art. 181a CP – La solution aux problèmes ou une simple illusion ? 14

*Pascal Betticher*

Verfassungsgerichtsbarkeit und Massgeblichkeitsgebot – mögliche Ansätze zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit 19

*Lorenz Tobler*

Le noeud du litige quant à la prescription des créances en restitution des rétrocessions : le rapport de durée 23

*Marc Fiorellino*

## PHD CANDIDATE

Der mediale Service public 27

*Silvan Zemp*

## CAREER SPOTLIGHT

Interview mit Dr. Aurelia Frick, Regierungsrätin des Fürstentums Liechtenstein 29

LEADING CASES 33

Chères lectrices, chers lecteurs,

Vous voici en possession de la neuvième édition de QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW. C'est avec une grande satisfaction que nous vous présentons une fois de plus une sélection d'articles écrits en trois langues ayant retenu, par leur qualité, une attention toute particulière à nos yeux.

Au moment où vous lisez ces lignes, chers lectrices et lecteurs, un cap important pour la revue est sur le point d'être franchi : la numérisation du journal. En plus du nouveau site internet où vous retrouverez – entre autres – toutes les anciennes éditions de QUID ? en format PDF, l'intégralité des articles qui ont composé les éditions de la revue sera prochainement disponible sur les plateformes *Swisslex* et *Rero Explore*. Cela permettra de garantir une bonne visibilité à QUID ? dans toute la Suisse, et, pourquoi pas, à un de nos contributeurs de voir un jour son article cité dans un arrêt du Tribunal fédéral ! Gageons que cette perspective convaincra les plus indécis à nous faire parvenir leur article pour une future édition. Le comité de rédaction saisit ici l'occasion de remercier chaudement ces organismes pour l'opportunité qu'ils nous offrent.

Ce numéro vous propose une sélection d'articles de qualité et polyvalents, à commencer par une contribution de LOUISE DOBRYNSKI sur l'insertion de clauses préformulées dans les contrats de vente internationale et la problématique de la bataille des formes. Dans le deuxième article que nous vous proposons, SVEN BUCHER analyse les questions de responsabilité pour les dommages corporels dans le sport d'équipe et présente une solution. PASCAL BETTICHER aborde ensuite le problème du mariage forcé et montre dans quelle mesure le droit pénal suisse n'a jusqu'à présent proposé que des approches inadéquates dans ce domaine. Entre-temps, l'article de LORENZ TOBLER traite des effets de l'immunité des lois fédérales dans le contexte du contrôle de la constitutionnalité. Enfin, MARC FIORELLINO analyse une décision récente du Tribunal fédéral concernant le délai applicable aux créances en restitution des rétrocessions.

Nous avons ensuite le plaisir de présenter un aperçu du travail de thèse de SILVAN ZEMP, qui effectue son doctorat auprès de la Chaire de droit constitutionnel et administratif III dirigée par le Prof. Bernhard Waldmann. Cette rubrique *PhD Candidate* vous offrira donc une esquisse de son mémoire qui présente

Liebe Leserin, lieber Leser,

In Ihren Händen halten Sie die neunte Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW. Mit grosser Freude stellen wir Ihnen einmal mehr eine Auswahl von Artikeln in drei Sprachen vor, die unserer Meinung nach dank ihrer Qualität eine besondere Aufmerksamkeit verdienen.

Im Moment, in dem Sie diese Zeilen lesen, findet ein wichtiger Kurswechsel für QUID? statt: die Digitalisierung der Zeitschrift. Neben der neuen Homepage, auf der Sie unter anderem alle Ausgaben des QUID? in PDF-Form finden, werden die einzelnen Artikel in Kürze auf den Plattformen *Swisslex* und *Rero Explore* verfügbar sein. Dadurch wird die Präsenz von QUID? in der ganzen Schweiz erhöht und wer weiss, vielleicht wird eines Tages einer unserer Autoren oder Autorinnen in einem Entscheid des Bundesgerichtes zitiert! Wir sind uns sicher, dass diese Aussicht auch Unentschlossene überzeugt, uns ihre Artikel für künftige Ausgaben einzusenden. Das Redaktionskomitee möchte sich an dieser Stelle bei den besagten Organisationen herzlich für diese Möglichkeit bedanken.

Die vorliegende Ausgabe bietet Ihnen eine Auswahl an hochwertigen und vielseitigen Artikeln, angefangen mit einem Beitrag von LOUISE DOBRYNSKI über das Einfügen von vorformulierten Klauseln in internationalen Kaufverträgen und die hochaktuelle Problematik der battle of forms. Im zweiten Beitrag, den wir Ihnen vorschlagen, analysiert SVEN BUCHER Fragen der Haftpflicht für Körperverletzungen im Teamsport und präsentiert einen möglichen Lösungsansatz. PASCAL BETTICHER behandelt anschliessend die Problematik der Zwangsheirat und zeigt auf, inwiefern das schweizerische Strafrecht bisher nur unzureichende Ansätze in diesem Bereich bietet. Der Artikel von LORENZ TOBLER befasst sich derweil mit den Auswirkungen des Massgeblichkeitsgebots im Kontext der nationalen Normenhierarchie. MARC FIORELLINO analysiert schliesslich einen kürzlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts bezüglich der Verjährung von Forderungen betreffend der Herausgabe von Retrozessionen.

Anschliessend haben wir die Freude, Ihnen einen Einblick in die Dissertation von SILVAN ZEMP zu geben, der seine Doktorarbeit am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht III unter der Leitung von Prof. Bernhard Waldmann verfasst. In der Rubrik *PhD Candidate* wird seine Arbeit, welche sich mit den

les défis juridiques, économiques et politiques auxquels les médias de service public doivent faire face.

Vous poursuivrez votre lecture par la rubrique *Career Spotlight*, avec le traditionnel interview d'un ancien étudiant de la Faculté de droit de l'Université de Fribourg. Pour cette édition, QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW s'est entretenu avec AURELIA FRICK, ministre des affaires étrangères, de la justice et de la culture de la Principauté du Liechtenstein depuis 2009, qui nous a confié une partie de ses souvenirs à l'Université de Fribourg, et exposé le parcours professionnel qui l'a conduit à exercer le poste de ministre. Nous aimerions lui adresser nos sincères remerciements pour le temps qu'elle a consacré à cet interview.

Cette neuvième édition est complétée par les *Leading Cases*, qui vous proposent une sélection de quelques cas issus de la jurisprudence récente. Nous remercions ici LawInside, plateforme spécialisée en résumé de jurisprudence de droit suisse lancée par d'anciens étudiants de l'Université de Fribourg, pour nous avoir préparé cette sélection.

Nous tenons à remercier chaleureusement nos *Faculty Advisors*, la Prof. Samantha Besson et le Prof. Thomas Probst, ainsi que nos membres parrains, pour le soutien apporté à QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW.

La publication de cette édition n'aurait pas été possible sans nos sponsors. Nos remerciements vont donc également à la Faculté de droit de l'Université de Fribourg, la Fachschaft de droit, la Fondation pour le droit suisse de la construction, la Fondation pour le droit de la circulation routière, la Helmuth M. Merlin Stiftung et la Fondation Peter Jäggi, qui fournissent une précieuse contribution au succès et à la pérennité de QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW.

Nous vous souhaitons une lecture intéressante et nous réjouissons de vos retours et impressions sur la neuvième édition de QUID ? FRIBOURG LAW REVIEW.

Le comité de rédaction

rechtlichen, wirtschaftlichen und politischen Herausforderungen des medialen Service public befasst, umrissen.

Die weitere Lektüre bringt Sie zur Rubrik *Career Spotlight* mit dem traditionellen Interview einer Alumna oder eines Alumnus der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg. Für diese Ausgabe hat sich QUID? FRIBOURG LAW REVIEW mit AURELIA FRICK, seit 2009 Ministerin für Äusseres, Justiz und Kultur des Fürstentums Liechtenstein, unterhalten, die mit uns einige Erinnerungen an die Studienzeit an der Universität Freiburg sowie ihren professionellen Werdegang bis zur Ministerin geteilt hat. Wir danken ihr auf diesem Weg herzlich für die Zeit, die sie sich genommen hat, um unsere Fragen zu beantworten.

Diese neunte Ausgabe wird schliesslich durch die Rubrik *Leading Cases* abgerundet, welche eine Auswahl von Fällen der jüngsten Rechtsprechung vorstellt. Wir danken an dieser Stelle LawInside – einer Plattform, die sich auf die Analyse von schweizerischen Urteilen konzentriert und von Studenten der Universität Freiburg ins Leben gerufen wurde – für die Aufbereitung der Fälle.

Wir möchten uns ausserdem bei unseren *Faculty Advisors*, Prof. Samantha Besson und Prof. Thomas Probst, sowie unseren Ehrenmitgliedern für die unermüdliche Unterstützung der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW bedanken.

Die Publikation dieser neunten Ausgabe wäre nicht möglich ohne unsere Sponsoren. Unser wärmster Dank geht an die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg, die Fachschaft Jus, die Stiftung für Schweizerisches Baurecht, die Stiftung für Verkehrsrecht, die Helmuth M. Merlin Stiftung sowie die Peter-Jäggi-Gedächtnisstiftung für ihre wertvollen Beiträge an den Erfolg und den Fortbestand der Zeitschrift.

Wir wünschen Ihnen eine interessante und bereichernde Lektüre und freuen uns auf Ihre Eindrücke und Rückmeldungen zu dieser neunten Ausgabe der QUID? FRIBOURG LAW REVIEW.

Das Redaktionskomitee

# The Incorporation of Standard Terms into International Sales Contracts under the CISG

Louise Dobrynski (Master Student, University of Fribourg)

In this article, the author deals with the specific question of standard terms in international sales and in which manner they should be incorporated in contracts. Furthermore, she examines the situation where two parties to a contract rely on their standard terms and the different theories trying to solve this matter: “the battle of forms”. The author supports the knock-out theory which favours the common standard terms and excludes the rest from the contract.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## Introduction

Standard terms are provisions that are prepared in advance and elaborated unilaterally by one party, without negotiations with the other party<sup>1</sup>. It is frequent in international sales contracts that parties to a contract try to incorporate their respective standard terms<sup>2</sup>. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) which is the law governing international sales contracts, does not specifically regulate the incorporation of standard terms<sup>3</sup>. Specific rules were deemed unnecessary as the CISG already provided rules for the interpretation of the contract<sup>4</sup>. Therefore, the incorporation of standard terms must be analysed pursuant to the general rules of the CISG on formation and interpretation of contracts, namely Art. 14 *et seq* and Art. 8 CISG<sup>5</sup>. Firstly, this study will analyse the conditions for the

incorporation of standard terms (*infra* I). Secondly, the questions in relation with the “battle of forms” will be covered (*infra* II).

## I. The Conditions for the Incorporation of Standard Terms

The doctrine and the case-law developed conditions for the incorporation of standard terms. According to them, a reasonable person in the same circumstances according to Art. 8 CISG must understand that the person sought to incorporate her standard terms. In order to achieve this, two conditions must be fulfilled. First, she must show her intent to incorporate her standard terms (*infra* A) and second, she must make them available to the offeree in a reasonable manner (*infra* B)<sup>6</sup>.

### A. The Intent of the Offeror to Incorporate his or her Standard Terms

The offeror must refer to his or her standard terms and emphasize that these form part of the contract<sup>7</sup>. The decisive criteria is that the reference to the standard terms must be clear so that a reasonable person according to Art. 8(2) CISG would understand that the person sought to incorporate her standard terms<sup>8</sup>. The CISG does not set out specific requirements in relation with the form of the reference, *e.g.* that the reference must be in bold<sup>9</sup>. Rather, authors consider that the reference should not be hidden<sup>10</sup>.

Furthermore, the reference to the incorporation of standard terms must not necessarily figure in the offer. Indeed, it can also be made at an earlier stage, such as during the negotiations according to Art. 8(3) CISG<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> CISG ADVISORY COUNCIL, Opinion no 13, *Inclusion of standard terms under the CISG*, Villanova 2013, n° 1 ; SCHROETER U., in Schlechtriem / Schwenzler (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford 2016, Art. 14 n° 39; SCHWENZLER I. / HACHEM P. / KEE C., *Global Sales and Contract Law*, Oxford 2012, n° 12.01.

<sup>2</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 1; SCHROETER (n 1), Art. 19, n° 31.

<sup>3</sup> HUBER P., *Standard Terms under the CISG* (2009) *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 13, p. 123.

<sup>4</sup> KRUISINGA S., *Incorporation of Standard Terms under the CISG and Electronic Communication*, in Schwenzler / Spagnolo (eds), *Towards Uniformity The Hague* 2011, p. 70.

<sup>5</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 1.1-1.2; FERRARI F., in Kröll / Mistelis / Perales Viscasillas (eds), *Commentary on the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Munich 2011, Art. 14, n°s 38-39; KRUISINGA (n 4), p. 71; SCHROETER (n 1), Art. 14, n° 40.

<sup>6</sup> SCHMIDT-KESSEL M./ MEYER L., *Allgemeine Geschäftsbedingungen und UN-Kaufrecht* (2008) *Internationales Handelsrecht* 5, p. 178; SCHROETER (n 1), Art. 14 n° 43.

<sup>7</sup> MAGNUS U., *Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG*, in Andersen / Schroeter (eds), *Sharing International Commercial Law across National Boundaries*, London 2008, p. 315; SCHROETER (n 1), Art. 14 n° 43.

<sup>8</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 5.1; SCHROETER (n 1), Art. 14 n° 44.

<sup>9</sup> SCHROETER (n 1), Art. 14 n° 44.

<sup>10</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 5.1.

<sup>11</sup> Machinery Case, Germany, Bundesgerichtshof, 31 October 2001, VIII ZR 60/01.

## B. The Offeree's Awareness of the Standard Terms

In order to make the offeree aware of the standard terms, the offeror must fulfill the "making available" test<sup>12</sup>. This test was elaborated by the German Supreme Court in the *Machinery Case*. In its decision, the Court held that the CISG "requires the user of general terms and conditions to transmit the text or make it available in another way"<sup>13</sup>. Therefore, it is the offeror's duty to make the terms available to the offeree and not the offeree's obligation to investigate in order to find the standard terms<sup>14</sup>. In addition, it is accepted by the doctrine that the terms must not necessarily be transmitted<sup>15</sup>. Rather, a mere reference to the standard terms can suffice<sup>16</sup>.

With the development of the internet and commercial contracting via electronic communications, a recent and controversial question arising is how standard terms can be made available in electronic communications. It is generally admitted that standard terms attached to an e-mail suffice for their incorporation<sup>17</sup>.

The majority of authors considers that a link to a general website is not sufficient to raise the awareness of the other party of the standard terms<sup>18</sup>. The burden is on the party trying to rely on its standard terms<sup>19</sup>; problems that may arise are the possibility that there are several sets of standard terms on the website or that the company decides to change the standard terms in the meanwhile<sup>20</sup>. However, some authors have recently supported another stance, namely by supporting that a reference on a general website can be enough for the incorporation<sup>21</sup>. The internet has become in-

creasingly important over the past years. Thus, it can be assumed that businesses have access to it<sup>22</sup>. In addition, the CISG Advisory Council considered that "the other party has a reasonable opportunity to take notice of those terms if they are generally accessible over the internet at the time of contracting"<sup>23</sup>. This position is easier to admit where the contract is concluded via the website or when the negotiations and conclusion of the contract occurred over the internet<sup>24</sup>. We consider that, in the future, as contracts will increasingly be concluded via electronic communications, a clear theory should be developed as to what extent a reference can be enough. It is our opinion that a specific link to the standard terms should be deemed sufficient. In relation with a general link, many problems may arise. Therefore, if the party wants to be certain that the "making available" test is fulfilled, it should attach a pdf version of its standard terms to its e-mail or include a specific link to the standard terms.

## II. The "Battle of Forms"

A "battle of forms" occurs when both parties to the contract seek to impose their respective standard terms<sup>25</sup>. As each party's attempt to incorporate its own standard terms amounts to a counter-offer according to Art. 19 CISG, the formation of the contract is prevented<sup>26</sup>. In order to redress this issue, scholars and courts have developed different theories<sup>27</sup>. In the following, the two prevailing theories will be analysed, namely the last-shot theory (*infra* A) and the knock-out theory (*infra* B).

### A. The Last-Shot Theory

The last-shot theory provides that the standard terms that will govern the contract are the last ones not ob-

<sup>12</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 2.2.

<sup>13</sup> *Machinery Case* (n 11).

<sup>14</sup> HUBER (n 3), p. 127 ; KRUISINGA (n 4), p. 72.

<sup>15</sup> HUBER (n 3), p. 128.

<sup>16</sup> *Id.*, p. 127.

<sup>17</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 3.4; KRUISINGA (n 4), p. 76; MAGNUS, *Incorporation* (n 7), p. 323.

<sup>18</sup> FERRARI (n 5), Art. 14, n° 40 ; HUBER (n 3), p. 133 ; KRUISINGA (n 4), pp. 76-77; MAGNUS, *Incorporation* (n 7), p. 323; SCHROETER (n 1), Art. 14, n° 57.

<sup>19</sup> HUBER (n 3), p. 127 ; KRUISINGA (n 4), pp. 76-77 ; MAGNUS, *Incorporation* (n 7), p. 320 ; SCHROETER (n 1), Art. 14, n° 57.

<sup>20</sup> KRUISINGA (n 4), p. 77.

<sup>21</sup> LAUTENSCHLAGER F., *Current Problems regarding the Interpretation of Statements and Party Conduct under the CISG – The Reasonable Third Person, Language Problems and Standard Terms and Conditions* (2007) *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* 11, p. 282; STIEGELE A./ HALTER R., *Nochmals : Ein-beziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN-Kaufrechts – Zugänglichmachung im Internet* (2003) *IHR* 4, p. 169.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 3.4.

<sup>24</sup> *Ibid.*

<sup>25</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 10.1; MAGNUS U., *Last Shot vs. Knock Out – Still Battle over the Battle of Forms Under the CISG*, in Cranston / Ramberg / Ziegele (eds) *Commercial Law Challenges in the 21st Century*, Stockholm 2007, p. 185; PERALES VISCASILLAS M., *Battle of the Forms, Modification of Contract, Commercial Letter of Confirmation : Comparison of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) with the Principles of European Contract Law (PECL)* (2002) *Pace International Law Review* 14, p. 156; PILTZ B., *AGB in UN-Kaufverträgen* (2004) *IHR* 4, p. 136; SCHROETER (n 1), Art. 19, n° 31.

<sup>26</sup> SCHWENZER / HACHEM / KEE (n 1), n° 12.28; VENTSCH V. / KLUTH P., *Die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN-Kaufrechts* (2003) *IHR* 3, p. 64.

<sup>27</sup> HUBER (n 3), p. 129 ; *Milk Powder Case*, Germany, Bundesgerichtshof, 9 January 2002, VIII ZR 304/00.

jected to by the other party<sup>28</sup>. This embodies a strict application of Art. 19 CISG, which states that a reply to an offer containing modifications constitutes a rejection of the offer and a counter-offer<sup>29</sup>.

This approach has the advantage that it is in accordance with the rules of the CISG<sup>30</sup>, which provides legal certainty<sup>31</sup>. However, it is rejected by the majority of authors. Indeed, it leads to arbitrary results, because the result can be random, unfair and unforeseeable for the parties<sup>32</sup>. In addition, it neither complies with the parties' intent nor with commercial reality<sup>33</sup>.

## B. The Knock-Out Theory

As the last-shot theory is not satisfactory, scholars and courts have developed the knock-out theory, prevailing on an international level<sup>34</sup>. According to this theory, the contract will be composed of the essential terms of the contract and all the standard terms that are common in substance. Accordingly, the conflicting standard terms will be knocked out, *i.e.* excluded from the contract<sup>35</sup>. In regard with the rules of the CISG, it is considered that the parties agreed to depart from Art. 19 CISG, which they are allowed to according to Art. 6 CISG, that provides for the party's autonomy<sup>36</sup>.

The reasoning behind this theory is that, in general, the parties' intent to enter into a contract despite the use of conflicting standard terms is more important than the prevalence of their standard terms<sup>37</sup>. This intent can particularly be deduced from the performance of the contract by the parties<sup>38</sup>.

Criticism to the knock-out theory have equally been developed by the doctrine. The fact that the parties decided to derogate from the CISG rules is a mere fiction and is based on the hypothetical intent of the parties, rather than the real intent<sup>39</sup>.

## Conclusion

As the CISG does not specifically rule the question of the incorporation of standard terms, it is a subject that is mainly discussed by scholars and case-law. On the one hand, many questions are unresolved or uncertain. In relation with the conditions for the incorporation, it still remains arguable to what extent a person must make her standard terms reasonably available to the offeree. In particular, the question of the internet, that has significant importance nowadays, has not been solved. In relation to the question of the "battle of forms", the two main theories that have been developed, the last-shot theory and the knock-out theory, contain imperfections. We would favour the knock-out theory, as it seems to be the closest option to the parties' intent, which is crucial to interpret a contract in accordance with Art. 8 CISG.

On the other hand, this question is open for argumentation. In particular, the incorporation of the standard terms must be analysed on a case-by-case basis by considering the circumstances and the facts. This leaves room for interpretation and solutions that particularly fit to a particular case.

<sup>39</sup> LAUTENSCHLAGER (n 21), p. 288.

<sup>28</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 10.5 ; HUBER (n 3), p. 129 ; SCHROETER (n 1), Art. 19, n° 35.

<sup>29</sup> HUBER (n 3), p. 129.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 130.

<sup>31</sup> LAUTENSCHLAGER (n 21), p. 285.

<sup>32</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 10.6.

<sup>33</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 10.6; LAUTENSCHLAGER (n 21), p. 285; PILTZ (n 25), p. 137; SCHROETER (n 1), Art. 19, n° 35; VENTSCH / KLUTH (n 26), p. 64.

<sup>34</sup> CISG-AC Op. 13 (n 1), n° 10.6; LAUTENSCHLAGER (n 21), p. 285; MAGNUS, *Battle of Forms* (n 25), p. 194; PERALES VISCASILLAS (n 25), p. 157; SCHROETER (n 1), Art. 19, n° 36 *et seq.*; VENTSCH / KLUTH (n 26), p. 64.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> HUBER (n 3), p. 130.

<sup>37</sup> HUBER (n 3), p. 130 ; SCHROETER (n 1), Art. 19, n° 41 ; SCHWENZER / HACHEM / KEE (n 1), n° 12.33.

<sup>38</sup> LAUTENSCHLAGER (n 21), p. 287; MAGNUS, *Battle of Forms* (n 25), pp. 195-196 ; SCHROETER (n 1), Art. 19, n° 44 ; VENTSCH / KLUTH (n 26), p. 63 ; Milk Powder Case (n 27).



A woman and a man in business suits are shown in profile, looking out of a car window. The woman is on the left, and the man is on the right. They are both looking towards the left side of the frame. The background is slightly blurred, suggesting they are in a moving vehicle.

**The laws related to  
specialist industries  
demand one thing.  
A specialist lawyer.**

---

**LENZ & STAEHELIN**

**The world's Swiss law firm**

[www.lenzstaehein.com](http://www.lenzstaehein.com)

# Die Haftpflicht für Körperverletzungen im Teamsport – ein Lösungsansatz

Sven Bucher (Master-Student, Universität Freiburg)

L'auteur se penche sur la problématique de la responsabilité civile dans le cas de blessures intervenant dans les sports d'équipe. Dans un premier temps il s'attarde sur les notions d'illicéité et de culpabilité en lien avec les art. 41 ss CO. La question se pose ici de savoir dans quelle mesure le consentement à pratiquer un sport justifie une exclusion de la responsabilité. L'auteur nous explique ensuite que le degré de diligence requis est influencé par plusieurs aspects comme le respect des règles du jeu, le risque normal d'un sport donné et le comportement dangereux qu'ont les différents acteurs. Il arrive à la conclusion que le fait de dépasser les risques normaux d'un sport donné – mesurés par comparaison au comportement d'un « reasonable sportsman » – représente une violation du devoir de diligence. Par contre, chaque sportif supporte lui-même le risque restant.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## Einführung

Bei der Ausübung von Teamsportarten<sup>1</sup> steht der Kampf um den Spielball im Mittelpunkt, womit es unausweichlich zu Körperkontakt zwischen den Gegenspielern kommt: Den sportimmanenten Zweikämpfen.<sup>2</sup> Verletzt sich dabei einer der Kontrahenten, kann dies haftungsrechtliche Fragen aufwerfen. Die Schweiz kennt kein eigentliches Sportgesetz.<sup>3</sup> Gleichwohl steht der Sport nicht in einem rechtsfreien Raum, denn das zwingende staatliche Recht gilt sowohl für die Sportvereine als auch für die Sportler.<sup>4</sup> So kommen bei Haftungsfragen die Rechtsgrundla-

gen nach Art. 41 ff. OR zur Anwendung.<sup>5</sup>

Während die Voraussetzungen Schaden und Kausalität bei fremdverursachten Sportverletzungen grundsätzlich leicht bejaht werden können, bergen die Widerrechtlichkeit und das Verschulden grössere Tücken. Im vorliegenden Artikel werden daher lediglich die Problematik mit der Widerrechtlichkeit und der das Verschulden beeinflussende Sorgfaltsmassstab erläutert.<sup>6</sup>

## I. Problematik mit der Widerrechtlichkeit

### A. Einwilligung als Haftungsbefreiung

#### 1. Einwilligung im Allgemeinen

Die Widerrechtlichkeit entfällt gemäss dem Grundsatz „volenti non fit in iuria“, wenn die geschädigte Person gültig in die Handlung eingewilligt hat.<sup>7</sup>

Das Einverständnis des Betroffenen muss sich auf eine konkrete Verletzungshandlung sowie auch auf einen konkreten Verletzungserfolg beziehen. Wäre bereits das Einverständnis in eine konkrete Handlung genügend, so würde in jede denkbare Verletzung, die aus der bewilligten Handlung entspringe, eingewilligt. Umgekehrt würde in jede Handlung eingewilligt, die zur erlaubten Verletzung führt.<sup>8</sup> Da dies nicht dem Zweck der Einwilligung entsprechen kann, muss sich die gültige Einwilligung sowohl auf die Handlung als auch auf den Erfolg beziehen.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Zum Ganzen und m.w.H.: THALER (Fn 1), S. 63 ff.; HÜGI THOMAS, Sportrecht, Bern 2015, § 24 N 6.

<sup>6</sup> Für weitere Hinweise sei auf die dem Artikel zu Grunde liegende Arbeit verwiesen.

<sup>7</sup> BREHM ROLAND, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Berner Kommentar), Band VI/1/3/1: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen (Art. 41 - 61), 4. Auflage, Bern 2013, N 6 zu Art. 44 OR.

<sup>8</sup> ZEDER MARIANNE, Haftungsbefreiung durch Einwilligung des Geschädigten, Eine rechtsvergleichende Betrachtung unter Einschluss des Handelns auf eigenen Gefahr im Bereich des Sports, Diss. Basel 1999 (Schriftenreihe zum Obligationenrecht Band 62), S. 20; THALER (Fn 1), S. 128.

<sup>9</sup> Vgl. dazu das einleuchtende Beispiel bei NOLL PETER, Übersetzliche Rechtfertigungsgründe, Im Besonderen die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955, S. 122: „Wer sich einschläfern lassen will, wünscht nicht mit einem Hammer, sondern auf harmlosere Art betäubt zu werden.“

<sup>1</sup> Teamsportarten zeichnen sich dadurch aus, dass sie in Teams zu mindestens zwei Personen gegeneinander ausgetragen werden. Im Mittelpunkt steht in der Regel ein Spielball, der je nach Ausgestaltung der Spielregeln errungen und in einer vorgegebenen Markierung platziert werden muss. Vgl. THALER DANIEL, Haftung zwischen Wettkampfsportlern, Insbesondere beim Sportunfall und Dopingmissbrauch, Diss. Zürich 2002 (Zürcher Studien zum Privatrecht, Band 232), S. 12.

<sup>2</sup> Zum Ganzen: THALER (Fn 1), S. 12.

<sup>3</sup> THALER (Fn 1), S. 17.

<sup>4</sup> THALER DANIEL, Sportregeln und zivilrechtliche Haftung, in: Arter Oliver (Hrsg.), Sport und Recht, Bern 2003, S. 129 - 172, S. 135.

## 2. Einwilligung in Körperverletzungen im Teamsport in der Literatur

In der Literatur weit verbreitet ist die Meinung, die Teilnahme an einem sportlichen Wettkampf sei eine konkludente Einwilligung in spielregelkonforme Eingriffe in die körperliche Integrität.<sup>10</sup> Ähnlich ist die Ansicht, der Sportler werde unter Berücksichtigung der Spielregeln in rechtmässiger Weise geschädigt. Erst die Überschreitung der Spielregeln macht die Schädigung rechtswidrig.<sup>11</sup>

## 3. Stellungnahme

Eine gültige Einwilligung setzt wie gezeigt die Kenntnis der Verletzungshandlung und des Verletzungserfolges voraus.<sup>12</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass der an einem Wettkampf teilnehmende Sportler von den konkreten sportarttypischen Gefahrenpotentialen weiss. Die durch die Spieldynamik beherrschte Unberechenbarkeit des Spiels lässt bei Teamsportarten jedoch keinen zuverlässigen Schluss auf zukünftig eintretende Verletzungshandlungen zu. Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass dieses notwendige Wissen von vornherein bekannt ist.

Der Sportler kennt zwar die Risiken, hofft aber darauf, dass sie sich nicht bei ihm auswirken. Vielmehr wird sich der vernünftige Sportler mit allen Mitteln gegen den Eintritt des Verletzungserfolgs zu wehren versuchen.<sup>13</sup> Würde die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bejaht, so hätte dies im Umkehrschluss zur Konsequenz, dass diejenigen, die nicht in eine Verletzung einwilligen wollen, nichts anderes übrig bliebe, als dem sportlichen Teamwettkampf fernzubleiben. Zudem lässt sich eine allgemeine Zustimmungsfiktion mit der Rechtsfigur der Einwilligung nicht vereinbaren. So kommt wohl kaum jemand auf den Gedanken, der Arztbesuch beinhalte eine konkludente Einwilligung in Eingriffe in die körperliche Integrität. Die Befürwortung der Einwilligungstheorie erweist sich daher auch im Sport als lebensfremd.

Die Anwendung der Einwilligungstheorie auf die

Sportlerhaftpflicht als haftungsausschliessende Rechtfertigung überzeugt daher entgegen einer weiten Verbreitung in der Literatur nicht.

## B. Handeln auf eigene Gefahr

### 1. Im Allgemeinen und sportrechtliche Einordnung

Ebenfalls weit verbreitet ist die Auffassung, die Teilnahme an einem sportlichen Wettkampf stelle ein Handeln auf eigene Gefahr dar.<sup>14</sup> Dabei wird das akzeptierte Risiko von den Autoren verschieden breit abgesteckt. Die akzeptierte Gefahrenlage kann zufallsbedingte oder durch leichtes Verschulden des Mit- oder Gegenspielers herbeigeführte Verletzungen umfassen.<sup>15</sup> Eine weitere Auffassung nimmt eine Einwilligung in die Gefahrenlage soweit an, als dass durch die schädigende Handlung keine Regeln verletzt werden, die den Sportler vor Körperverletzungen schützen sollen.<sup>16</sup> In eine ähnliche Richtung geht der Ansatz, wonach Sportler mit allen Verletzungen rechnen müssen, die aufgrund eines regelkonformen Spiels möglich sind.<sup>17</sup>

Nach allgemeiner Auffassung bedeutet der Begriff ‚Handeln auf eigene Gefahr‘, dass der Betroffene sich einer bewussten Gefahr absichtlich oder fahrlässig aussetzt, oder sich die Gefahr durch sein Verhalten erhöht.<sup>18</sup> Daraus eine Einwilligung in hieraus folgende Verletzungen abzuleiten wird jedoch verneint. Der vernünftige Mensch, der eine Gefahr eingeht, hofft dennoch, dass sich diese Gefahr bei ihm nicht verwirklicht.<sup>19</sup> Auch der Sportler verzichtet durch die Teilnahme an einem Wettkampf nicht auf seine körperliche Integrität.<sup>20</sup>

### 2. Stellungnahme

Die Konzeption des Handelns auf eigene Gefahr beschreibt den Umstand, dass der Sportler um die seiner Sportart innewohnenden Gefahrenpotentialen weiss

<sup>10</sup> Anstelle vieler: KESSLER MARTIN A., Kommentar zu Art. 41 - 61 OR, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 6. Auflage, Basel 2015, N 21 zu Art. 52 OR.

<sup>11</sup> Anstelle vieler: SCHNYDER ANTON K./PORTMANN WOLFGANG/MÜLLER-CHEN MARKUS, Aussservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Nr. 195.

<sup>12</sup> ZEDER (Fn 8), S. 20.

<sup>13</sup> Vgl. STARK EMIL W., Das sogenannte Handeln auf eigene Gefahr, in: SJZ 1954, S. 21 - 26 und S. 40 - 43, S. 25.

<sup>14</sup> Anstelle vieler: HÜGI (Fn 5), § 24 N 11 f.

<sup>15</sup> BREHM (Fn 6), N 11 zu Art. 44 OR.

<sup>16</sup> KESSLER (Fn 10), N 21 zu Art. 52 OR.

<sup>17</sup> Anstelle vieler: HÜGI (Fn 5), § 24 N 13. Zum Stellenwert der Spielregeln sogleich in II.

<sup>18</sup> BGE 97 II 221 ff. (E. 6); ZEDER (Fn 8), S. 61.

<sup>19</sup> BREHM (Fn 6), N 9 zu Art. 44 OR. Dazu STARK, Handeln auf eigene Gefahr (Fn 12), S. 24, der das anschauliche Beispiel eines Boxers aufzeigt, der obwohl er sich in den Ring begibt, mit allen Mitteln verhindern will, dass er verletzt wird.

<sup>20</sup> BREHM (Fn 6), N 10 zu Art. 44 OR.

und sich ihnen trotz dieses Wissens bewusst aussetzt. Es hat insofern also eine Risikozuteilungsfunktion. Die Risikozuteilung bestimmt, welchen Schaden der Betroffene übernehmen muss, ohne auf einen Haftpflichtigen greifen zu können. Die Risikoannahme bei Teamsportarten ist allerdings immer wechselseitig. Es ist zuweilen meist dem Zufall überlassen, wer als Schädiger und wer als Geschädigter aus einem Zweikampf hervorgeht.<sup>21</sup> Wegen dieses Umstands muss es im Interesse aller Sportler sein, dass das Handeln auf eigene Gefahr niemanden davon befreit, seine Sorgfaltspflichten einzuhalten. Im sportrechtlichen Haftungsfall rechtfertigt es sich deshalb, das Handeln auf eigene Gefahr primär als Teil des akzeptierten Risikos bei der Beurteilung des Sorgfaltsmassstabes einzuordnen.<sup>22</sup>

## II. Sportrechtlicher Sorgfaltsmassstab

### A. Spielregelverstoss als Sorgfaltsmassstab?

Die Ausgangslage präsentiert sich gemäss überwiegender schweizerischer Lehre und Rechtsprechung wie folgt: Haftpflichtig wird, wer in Missachtung von Spielregeln, die (auch) den Schutz der Sportler bezwecken, seinen Konkurrenten verletzt und sich der Gefährlichkeit der Handlung bewusst ist oder sein müsste.<sup>23</sup>

In den meisten Regelverstössen liegt häufig kein haftpflichtrechtlich relevantes Verschulden. Den Teamsportarten ist inhärent, dass die Sportler sich teils bewusst für Regelverstösse entscheiden. THALER weist richtigerweise darauf hin, dass es in Teamsportarten sehr viel häufiger zu bewussten Regelverstössen kommt, als es in rechtswissenschaftlichen Abhandlungen den Anschein machen könnte.<sup>24</sup> Ein vorsätzlich begangenes „taktisches Foul“ wird beispielsweise kaum je eine zu missbilligende Abweichung vom Durchschnittsverhalten darstellen.<sup>25</sup> In spieltypischen und somit üblichen Spielregelübertretungen, die im Eifer des Gefechts unvermeidlich und mit dem Spielfluss vereinbar sind, findet sich nicht zwingend ein Schuldvorwurf.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> Zum Ganzen: THALER (Fn 1), S. 143.

<sup>22</sup> Gl. M. THALER (Fn 1), S. 145.

<sup>23</sup> BGE 117 II 547 ff. (E. 3b); anstelle vieler: KESSLER (Fn 9), N 21 zu Art. 52 OR.

<sup>24</sup> THALER (Fn 1), S. 209.

<sup>25</sup> THALER (Fn 1), S. 190.

<sup>26</sup> THALER (Fn 1), S. 190 f.; GRUNSKY WOLFGANG, Haftungsrechtliche Probleme der Sportregeln, Heidelberg/Karlsruhe, 1979, S. 22 f.; vgl. auch BGH NJW 1976, 2161.

Das soll auch bei schweren Regelverletzungen, wie der Notbremse gelten.<sup>27</sup> Sie wird in der Regel mit einem Platzverweis geahndet.<sup>28</sup> Trotz des schweren Vergehens im Wettkampf ist eine haftpflichtrechtliche Missbilligung des Verhaltens aufgrund der sporttypischen Verhaltensweise nicht zwingend. So kann die gleiche vorsätzliche oder grobfahrlässige schwere Regelverletzung durch verschiedene Verhaltensweisen geschehen. Entscheidend für die haftungsrechtliche Betrachtungsweise soll sein, dass die Regelverletzung nicht in unverhältnismässiger, das sporttypische Verletzungsrisiko erhöhender Weise eingesetzt wird.<sup>29</sup> Dies wäre dann der Fall, wenn sich der Regelverstoss durch ein qualifiziert schweres Verhalten auszeichnet. Als solches gilt unter anderem brutales, hochgradig unfaires oder gesundheitsgefährdendes Spiel.<sup>30</sup>

### B. Zwischenfazit

Nicht jeder Spielregelverstoss mit Körperverletzungsfolgen muss eine zivilrechtliche Haftung nach sich ziehen. Entscheidend ist, ob das Verhalten des Verletzers in der konkreten Spielsituation das spieltypische und zu erwartende Mass an Sorgfalt unterschreitet und das sportarttypische Verletzungsrisiko dadurch erhöht wird. So kann ein sorgfältiger Einsatz, der eine schwere Verletzung nach sich zieht, zivilrechtlich unbeachtlich bleiben, während eine leichte Verletzung, aufgrund einer erheblichen Sorgfaltswidrigkeit, haftpflichtrechtliche Folgen haben kann.<sup>31</sup>

Dementsprechend kann die Schwere der verletzten Spielregel oder die Missachtung ebendieser nicht als alleiniges Kriterium für die Festlegung des Sorgfaltsmassstabes im Sport gelten. Dem Richter sollen Spielregeln aber immerhin als Orientierungshilfe dienen.<sup>32</sup>

### C. Reasonable sportsman

Zur Lösung kann daher der muster- und gewissenhafte Sportler, der „*reasonable sportsman*“, als Grund-

<sup>27</sup> Im Fussball ist eine Notbremse laut FIFA-Regel 12 das „*Vereiteln einer offensichtlichen Torchance für einen Gegner, dessen Gesamtbewegung auf das Tor des Täters ausgerichtet ist, durch ein Vergehen, das mit Freistoss zu ahnden ist.*“.

<sup>28</sup> Seit dem 1. Juni 2016 hat der Schiedsrichter die Möglichkeit, den Spieler nur zu verwarnen. Vgl. FIFA-Regel 12.

<sup>29</sup> THALER (Fn 1), S. 191.

<sup>30</sup> THALER (Fn 1), S. 192. Um wieder ein Beispiel aus dem Fussball zu nennen: eine Grätsche von hinten in die Beine.

<sup>31</sup> GRUNSKY (Fn 26), S. 32.

<sup>32</sup> Gl. M. THALER (Fn 1), S. 192.

lage zur Sorgfaltsbemessung herangezogen werden.<sup>33</sup> So handelt derjenige Sportler unsorgfältig, der nicht die durchschnittliche Sorgfalt anwendet, die in der gleichen Spielsituation und unter den konkreten Umständen vom tüchtigen und gewissenhaften Sportler aufgewandt worden wäre.<sup>34</sup> Dabei kommt es nicht auf die in der konkreten Situation übliche, sondern auf die erforderliche Sorgfalt an.<sup>35</sup>

#### D. Handeln auf eigene Gefahr und Sorgfaltspflichtmassstab

Die Teilnahme an einem sportlichen Wettkampf geht mit der Übernahme eines gewissen sportarttypischen Risikos einher, welches die Sportler allerdings nicht davon befreit, die Sorgfaltspflichten zu beachten. Im Grundsatz ist das Risikoakzept reziprok. Neben dem Wissen selbst verletzt werden zu können, nimmt jeder Sportler für sich in Anspruch, nicht haftpflichtig zu werden, wenn er innerhalb des akzeptierten Risikos Handlungen mit potentiellen Verletzungsfolgen begeht.<sup>36</sup> Das akzeptierte Risiko richtet sich nach der konkreten Sportcharakteristik. Ein an einem Wettkampf teilnehmender Rugbyspieler übernimmt und akzeptiert beispielsweise mehr Risiko als jemand, der auf dem Pausenhof eine Partie Fussball spielt.

#### E. Unsorgfältiges Verhalten

Es stellt sich nun die Frage, nach welchen Kriterien das erlaubte und akzeptierte Risiko festzulegen ist. Es kann vorderhand nicht entscheidend sein, ob die Verletzung durch eine fahrlässige oder vorsätzliche Regelverletzung hervorgerufen wurde.<sup>37</sup> Immerhin ist der Regelverstoss ein Indiz für verletzte Sorgfaltspflichten. Keinen Einfluss dürfen aber weder die Schwere noch die Häufigkeit der Verletzung haben, da dies nichts über die Pflichtwidrigkeit und Gefährlichkeit der Verletzungshandlung aussagt.<sup>38</sup>

Neben der Indizwirkung des Regelverstosses kommt

die Normalität und Vorhersehbarkeit des Risikos in der fraglichen Sportart hinzu. Der Basis des Sorgfaltsmassstabes wird daher die Charakteristik des Sports zu Grunde gelegt.<sup>39</sup> Grundsätzlich haftet, wer das erlaubte und akzeptierte Risiko mittels ungewöhnlichem Wettkampfverhalten überschreitet.<sup>40</sup> Mit anderen Worten wird haftbar, wer durch seine Verhaltensweise das für die Sportart typische und sportkonzeptionell unvermeidliche Risiko erheblich vergrössert. Zudem wird verlangt, dass die so geschaffene Schädigungsgefahr vom Schädiger erkannt wird oder zumindest erkennbar ist.<sup>41</sup>

#### Fazit

Mit dem einzelfallgerechten und sporttypischen Grundrisiko als Sorgfaltsmassstab kann dem Spannungsfeld zwischen der Eigenverantwortung und der Sorgfaltspflicht besser Rechnung getragen werden als mit einer starren Betrachtung des Spielregelverstosses.

Das sporttypische Grundrisiko setzt sich zusammen aus einer Kombination der sportarttypischen Grundgefahr, dem vom Verkehrskreise akzeptierten Risiko und dem durch das Spielregelwerk vorgegebene erlaubte Risiko. Für die massgebende Sorgfaltspflicht wird das sporttypische Grundrisiko am Verhalten eines „reasonable sportsman“ gemessen. Dafür sollen die Umstände des Einzelfalls in die Bewertung miteinfließen. Weicht die schädigende Handlung vom Verhalten eines „reasonable sportsman“ ab und wird dadurch das sporttypische Grundrisiko erhöht, so liegt eine Sorgfaltswidrigkeit vor. Ob das schädigende Verhalten noch durch das sportliche Grundrisiko gedeckt oder bereits sorgfaltswidrig ist, ist eine komplexe Angelegenheit. Die *ex post* Betrachtung eröffnet dem Gericht daher einen erheblichen Ermessensspielraum. Jeder Teamsportler hat das sporttypische Restrisiko einer Körperverletzung jedoch selber zu tragen.<sup>42</sup>

<sup>33</sup> Urteil des Obergerichts Zürich SB150038-O/U/cwo vom 20. Juli 2016, E. 4.3; SCHERRER DOROTHE/SCHERRER URS, „Achtung fliegende Golfbälle!“ – Haftungsfragen rund um den Golfplatz, in: Festschrift für Willi Fischer zum 65. Geburtstag, Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Zürich 2016, S. 431 - 446, S. 437.

<sup>34</sup> THALER (Fn 1), S. 203.

<sup>35</sup> THALER (Fn 1), S. 204 f.

<sup>36</sup> Zum Ganzen: THALER (Fn 1), S. 206 f.

<sup>37</sup> DALLÈVES LOUIS, Responsabilité civile en matière d'accidents de sport spécialement en cas d'accident de haute montagne, in: Dallèves Louis/Baddeley Margareta (Hrsg.), Chapitres choisis du droit du sport, Genf 1993, S. 91 - 114, S. 96 f., THALER (Fn 1), S. 208.

<sup>38</sup> THALER (Fn 1), S. 208 ff.

<sup>39</sup> Im Zusammenhang mit Sportunfällen unterscheidet das BGer zur Frage der Gewöhnlichkeit physischer Einwirkungen ebenfalls zwischen den Sportarten: i.c. die Unterscheidung zwischen Fussball und Eishockey. BGer vom 16. August 2005, U 127/05, E. 3.4.

<sup>40</sup> BREHM (Fn 7), N 221 zu Art. 41 OR.

<sup>41</sup> Zum Ganzen: SCHERRER/SCHERRER (Fn 33), S. 437 f.

<sup>42</sup> Vgl. THALER (Fn 1), S. 229.

## Le mariage forcé selon l'art. 181a CP - La solution aux problèmes ou une simple illusion ?

Pascal Betticher (MLaw, Université de Fribourg)

Der Autor befasst sich mit der Problematik der Zwangsheirat und der Effektivität von Art. 181a StGB, der seit 2013 in Kraft ist. Dazu erklärt er in einem ersten Schritt die Entstehung und die Ziele dieser Norm. Daraufhin erläutert der Autor was unter dem Begriff der « Heirat » zu verstehen ist und behandelt die Frage, ob erzwungene aber ungültige Ehen im Sinne des ZGB auch strafbar sind. Er beendet seine Analyse mit der Erkenntnis, dass Art. 181a StGB nur selten angewendet wird und die eigentlichen Ziele der Norm deshalb nicht erreicht werden.

*Abstract provided by the Editorial Board*

### Introduction

Huriye a 14 ans lorsqu'elle immigré en Suisse avec ses parents. Comme le veut la tradition, elle reste à la maison et aide sa mère dans l'accomplissement des tâches ménagères, tout en suivant des cours de langue et d'intégration. Elle apprend avec joie que ses parents l'emmènent en vacances en Turquie afin de rendre visite à la famille restée au pays. Arrivée en Turquie, le père d'Huriye lui remet un formulaire qu'il l'oblige à signer, pour lui annoncer ensuite qu'elle est désormais mariée à son cousin et qu'elle devra respecter ses obligations familiales. De retour en Suisse avec son époux qui s'avère irrespectueux et violent, Huriye se réfugie dans un foyer pour femmes où elle sera protégée et soutenue par des professionnels<sup>1</sup>.

Huriye n'est pas la seule à devoir vivre cette situation. En effet, une étude du secrétariat des migrations estime à plus de 400 les cas de mariages forcés en Suisse durant les années 2009 et 2010<sup>2</sup>. Les femmes sont concernées dans plus de 85% des cas<sup>3</sup>. D'autre part, plus de 27% des cas impliquent des mineurs<sup>4</sup>. Finalement, plus de 81% des victimes de mariages forcés

sont d'une nationalité étrangère<sup>5</sup>. Cette étude le démontre : le mariage forcé est une réelle problématique touchant surtout un milieu socio-culturel différent de celui que connaissent les Suisses. De plus, il concerne surtout des filles mineures ou des jeunes femmes.

La Suisse a adopté un paquet de mesures en juillet 2013 afin de lutter contre ce phénomène par des mesures préventives et répressives. Le nouvel art. 181a CP entré en vigueur dans le cadre de ces mesures, incrimine désormais en tant qu'infraction autonome le fait de forcer une personne à conclure un mariage ou un partenariat enregistré<sup>6</sup>.

Malgré le nombre important de mariages forcés en Suisse, seules deux personnes ont été condamnées par le biais de l'art. 181a CP jusqu'à ce jour<sup>7</sup>. Par conséquent, la question se pose de savoir si cette disposition est bel et bien efficace dans la lutte contre le mariage forcé ou si elle est dépassée par l'ampleur de la problématique.

Il s'agira de répondre à cette question en structurant cet article en trois parties. Premièrement, l'art. 181a CP sera discuté de manière générale avant de parler, deuxièmement, de l'élément objectif du mariage plus spécifiquement et de la problématique qui s'en suit. Finalement, il conviendra de tirer un bilan.

### I. Le mariage forcé selon l'art. 181a CP

L'art. 181a CP est le fruit de la révision du droit civil et du droit des étrangers et s'inscrit dans le cadre d'un paquet de mesures afin de lutter contre le mariage forcé<sup>8</sup>. Ces mesures contiennent différentes modifications de lois suisses du droit des étrangers, du CC, du

<sup>1</sup> Cf. «<http://www.zwangsheirat.ch/de/worum-es-geht/erfahrungsberichte/#schweiz>», (07.03.2018).

<sup>2</sup> A. NEUBAUER / J. DAHINDEN, *Zwangsheiraten in der Schweiz – Ursachen, Formen, Ausmass, in Bundesamt für Migration* (édit.), Berne 2012, p. 35.

<sup>3</sup> NEUBAUER / DAHINDEN (n. 2), p. 40.

<sup>4</sup> NEUBAUER / DAHINDEN (n. 2), p. 44 : Dans 63% des cas, les victimes ont entre 18 et 25 ans et dans 10% plus que 25 ans.

<sup>5</sup> NEUBAUER / DAHINDEN (n. 2), p. 45.

<sup>6</sup> Malgré le fait que l'art. 181a CP incrimine aussi l'acte de forcer une personne de conclure un partenariat forcé, le présent article se concentrera pour des raisons de pertinence sur le mariage forcé.

<sup>7</sup> «<https://www.blick.ch/news/schweiz/ostschweiz/zum-ersten-mal-in-der-schweiz-eltern-wegen-zwangsehe-verurteilt-id6342831.html>», (07.03.2018).

<sup>8</sup> M. DUPUIS ET AL. (édit.), *Petit Commentaire - Code Pénal*, ad. art. 181-181a CP, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2017, n° 1.

CP ou de la loi sur le droit international privé<sup>9</sup>.

L'objectif de ces mesures est de se conformer au droit international en vigueur, car le mariage forcé est formellement réglementé par le droit international. En effet, celui-ci contient différentes conventions ayant pour but de faire respecter les femmes et leurs droits dans un contexte international et national. L'objectif des conventions internationales telle que la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple, est le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous et sans distinction de sexe<sup>10</sup>.

Selon l'art. 181a al. 1 CP, « quiconque, en usant de violence envers une personne ou en la menaçant d'un dommage sérieux ou en l'entravant de quelque autre manière dans sa liberté d'action, l'oblige à conclure un mariage ou un partenariat enregistré est puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire ». L'al. 2 prévoit que l'acte commis à l'étranger est aussi punissable si la personne se trouve en Suisse et n'est pas extradée. Est ainsi statué le principe de compétence universelle<sup>11</sup>. L'art. 181a al. 1 CP constitue une forme qualifiée de contrainte au sens de l'art. 181 CP<sup>12</sup>. L'augmentation de la peine maximale à cinq ans de privation de liberté fait passer cette infraction à un crime selon l'art. 10 al. 2 CP.

La nouvelle infraction est quasi identique à la contrainte de l'art. 181 CP<sup>13</sup>. En effet, seul l'élément objectif du « mariage » et l'al. 2 de l'art. 181a CP se distinguent de l'art. 181 CP. Pour le reste, il est dès lors

possible de se référer aux éléments de l'art. 181 CP<sup>14</sup>. Il s'agit à présent de discuter la notion de « mariage forcé » qui semble poser problème en ce qui concerne l'applicabilité de ladite infraction.

## II. L'élément objectif du « mariage » selon l'art. 181a CP

### A. La notion du « mariage »

Différents auteurs se réfèrent pour ce qui est de la notion de « mariage » à la notion définie dans le CC, comme c'est le cas pour d'autres infractions du CP contenant la notion de mariage en tant qu'élément de l'infraction. Tel est par exemple le cas de l'art. 215 CP, qui traite de la pluralité de mariages ou de partenariats enregistrés<sup>15</sup>.

Les changements effectués dans le cadre du paquet de mesures adopté dans le droit civil et le droit international privé ont une grande influence sur la notion du mariage. En effet, le nouvel article 105 ch. 6 CC prévoit que le mariage doit être déclaré nul d'office lorsqu'un des époux est mineur<sup>16</sup>. Le but de cette modification dans le droit civil est de lutter contre les mariages forcés impliquant des mineurs, également lorsque le mariage a été célébré à l'étranger et que les époux veulent le faire reconnaître en Suisse<sup>17</sup>. Il est dès lors nécessaire de remplir les conditions du droit suisse pour que le mariage soit reconnu<sup>18</sup>. Celui-ci ne sera légitime que s'il remplit les exigences de l'art. 94 ss CC. Il est ainsi nécessaire que la personne soit majeure avec

<sup>9</sup> Cf. Communiqué du DFJP du 14.11.2007; Rapport du Conseil fédéral « Répression des mariages forcés et des mariages arrangés en exécution du postulat 05.3477 du 9.9.2005 de la Commission des institutions politiques du Conseil national » du 14.11.2007, p. 67; Communiqué du DFJP du 05.11.2008.

<sup>10</sup> Peuvent notamment aussi être cités les pactes I et II de l'ONU, la Convention relative aux droits des personnes handicapés, la Convention européenne des droits de l'homme ou les mesures au sein du Conseil de l'Europe ; S. GROSBON, *Splendeur et misère de la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, in : D. ROMAN. (édit.), *la Convention pour l'élimination des discriminations à l'égard des femmes*, Paris 2014, p. 14.

<sup>11</sup> A. DONATSCH, ad. art. 181a CP, in: A. Donatsch (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch Kommentar*, 20<sup>ème</sup> éd., Zurich 2018, n° 2.

<sup>12</sup> Message du 23 février 2011 relatif à une loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés, p. 2045 ss, p. 2071 (cité ci-après « FF 2011 »).

<sup>13</sup> Y. MEIER, *Zwangsheirat – Rechtslage in der Schweiz*, thèse Zurich, Berne 2010, p. 200.

<sup>14</sup> Concernant les éléments objectifs et subjectifs de l'art. 181 CP, cf. V. DELNON / B. RÜDY, ad. art. 181 CP, in: M. A. Niggli / H. Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II (Art. 111-192 StGB)*, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2013; S. TRECHSEL / T. FINGERHUTH, ad. art. 181 CP, in: S. Trechsel / M. Pieth (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Praxiskommentar*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich / Saint-Gall 2013.

<sup>15</sup> MEIER (n. 13), p. 200; A. DONATSCH, *Strafrecht III – Delikte gegen den Einzelnen*, 10<sup>ème</sup> éd., Zurich / Bâle / Genève 2010, p. 443 (ci-après « DONATSCH III »); A. ECKERT, ad. art. 215 CP, in: M. A. Niggli / H. Wiprächtiger (édit.), *Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II (Art. 111-192 StGB)*, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2013, n° 4 ss.

<sup>16</sup> M. PFAFFINGER / D. HOFSTETTER, *Umsetzung von Art. 16 in der Schweiz*, in: E. Schläppi / S. Ulrich / J. Wyttebach (édit.), *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich*, Berne 2015, p. 1242.

<sup>17</sup> FF 2011 p. 2067.

<sup>18</sup> FF 2011 p. 2067; M. SCHWANDER, *Bekämpfung von Gewalt: Umsetzung der Verpflichtungen in der Schweiz*, in: E. Schläppi / S. Ulrich / J. Wyttebach (édit.), *Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau, Allgemeine Kommentierung – Umsetzung in der Schweiz – Umsetzung in Österreich*, Berne 2015, p. 1314.

capacité de discernement, même s'il s'agit d'un mariage déjà valablement conclu sous un droit étranger, ceux-ci prévoyant parfois d'autres conditions, tels que notamment des limites d'âge inférieures<sup>19</sup>.

## B. Problématique

Ceci pose une question importante : qu'en est-il des « mariages » qui ne remplissent pas les conditions de notre ordre juridique, comme par exemple les mariages entre deux mineurs ou les mariages uniquement religieux ou de culte? Si ces derniers ne tombent pas dans le champ d'application de l'art. 105 ch. 6 CC, est-ce que le fait de forcer sa fille mineure à conclure un mariage sous un droit civil étranger ou de nature religieuse devrait être malgré tout punissable selon l'art. 181a CP ?

Le message du CF ne thématise pas ce sujet et ne discute pas l'élément objectif du « mariage » de l'art. 181a CP. MEIER est d'avis que la notion de « mariage » comprend toutes les formes de mariages valables selon le droit civil Suisse<sup>20</sup>. Un mariage civil ne pouvant être reconnu que s'il remplit les conditions de l'ordre juridique suisse selon le nouveau droit en vigueur, un mariage étranger ayant d'autres conditions que le nôtre ne représente plus un mariage civil au sens de notre droit.<sup>21</sup> Ceci signifierait que d'éventuels mariages forcés religieux ou entre mineurs admis selon le droit d'un état étranger ne tomberaient pas sous le coup de l'art. 181a CP, mais seraient alors une contrainte au sens de l'art. 181 CP<sup>22</sup>. Si cette problématique est à peine thématisée en Suisse, la doctrine allemande quant à elle, soutient qu'il serait possible d'affirmer une tentative invalide de l'infraction en question, ce qui selon l'art. 22 CP amènerait à une éventuelle atténuation de la peine par le juge<sup>23</sup>.

Ceci est d'autant plus étonnant que le but de l'infraction

est précisément de réprimer les mariages avec mineurs ou des mariages forcés conclus à l'étranger, raison pour laquelle le législateur prévoit dans l'art. 181a al. 2 CP que l'acte est aussi punissable s'il est commis à l'étranger<sup>24</sup>. De plus, certaines cultures admettent les mariages religieux ou de cultes, revêtant parfois pour une communauté plus d'importance qu'un simple mariage civil<sup>25</sup>.

## C. Une solution

Un éloignement de la notion du « mariage civil » et une définition du mariage de manière plus large pourrait être efficace. En effet, il paraît logique d'étendre la notion de mariage dans le contexte pénal à tout mariage prévu dans un ordre juridique étranger, le but étant de protéger les victimes potentielles d'une liaison involontaire et juridique<sup>26</sup>. Dans ce sens, la définition de la notion du mariage de PROGIN-THEUERKAUF/OUSMANE selon laquelle le mariage est un « acte solennel par lequel deux personnes établissent entre elles une union dont les conditions, les effets et la dissolution sont régis par les dispositions légales dans chaque pays » paraît pertinente et sensée mais aussi problématique à la lumière des principes fondamentaux du Code pénal<sup>27</sup>.

Même si le mariage est déclaré nul en Suisse en raison du nouveau droit civil en vigueur, il semble conforme au but du législateur et des différentes conventions internationales d'incriminer le comportement, en raison des traumatismes et souffrances causés aux victimes du mariage forcé. En effet, la Convention d'Istanbul, qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2018, oblige à son article 37 al. 1 les Etats parties à incriminer les mariages forcés de personnes adultes et mineurs de manière autonome.

## III. Bilan

### A. L'art. 181a CP est-il efficace ?

L'art. 181a CP repose sur de bonnes intentions. En effet, le législateur a voulu en l'introduisant dans le cadre des mesures adoptées en 2013, combattre la problématique des mariages forcés en Suisse et par le biais de cet article rendre une certaine visibilité à cette

<sup>19</sup> Cf. DONATSCH (n. 15), *Strafrecht* III, p. 440; R. KALTHEGENER, *Strafrechtliche Ahndung der Zwangsverheiratung: Rechtslage – Praxiserfahrung – Reformdiskussion*, in: Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (édit.), *Zwangsverheiratung in Deutschland*, Berlin 2007, p. 211 ss, p. 213.

<sup>20</sup> MEIER (n. 13), p. 200 s.

<sup>21</sup> KALTHEGENER (n. 19), p. 213.

<sup>22</sup> MEIER (n. 13), p. 201; mais aussi KALTHEGENER (n. 19), p. 213, qui soutient le fait que les mariages conclus à l'étranger et qui peuvent être reconnus en Allemagne remplissent les conditions du mariage civil allemand.

<sup>23</sup> B. WIECK-NOODT, ad. § 237 CP-D, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 4 §§ 185-262 StGB*, 2<sup>ème</sup> éd., Munich 2012, n° 26; G. WOLTERS, ad. § 237 CP-D, in: *SK-StGB, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band IV §§ 212-266b StGB*, 8<sup>ème</sup> éd., Cologne 2012, n° 7.

<sup>24</sup> FF 2011 p. 2046.

<sup>25</sup> WOLTERS (n. 23), ad. § 237 CP-D, n° 6.

<sup>26</sup> WOLTERS (n. 23), ad. § 237 CP-D, n° 6 s.

<sup>27</sup> S. PROGIN-THEUERKAUF / S. OUSMANE, *Mariages forcés – Situation juridique et défis actuels*, in : *FamPra.ch* 14 (2013), p. 324 ss; p. 325 s.



problématique encore trop peu considérée<sup>28</sup>. On peut cependant se questionner quant à l'efficacité de ladite disposition pénale. En effet, en 4 ans, l'art. 181a CP n'a été appliqué que deux fois, un chiffre très faible en regard du grand nombre de mariages forcés en Suisse selon l'estimation de l'étude du Secrétariat d'Etat aux migrations<sup>29</sup>. Ceci s'explique par le fait que l'auteur est souvent très proche de la victime, étant soit un membre de sa famille ou de sa communauté religieuse et culturelle<sup>30</sup>. La victime aura de la peine à faire une déclaration en procédure contre ses parents ou ses proches. Il est compréhensible que la peur d'être exclue de la famille ou de la communauté puisse empêcher une victime de témoigner à l'encontre des auteurs de l'acte. Ces circonstances rendent par conséquent l'application de l'art. 181a CP difficile en pratique.

### B. Le but de l'art. 181a CP est-il atteint ?

Des parents forçant leur fille mineure à se marier à l'étranger, où le mariage en question est permis selon le droit de l'état étranger, ne sont pas punissables selon l'art. 181a CP, en vertu des modifications apportées dans le CC et le droit international privé. Ces modifications ne permettent plus de faire reconnaître de tels mariages en Suisse et ne sont dès lors plus des mariages civils selon notre ordre juridique. Ceci est très étonnant, car un des buts des mesures entrées en force en 2013 est justement de protéger les personnes mineures des mariages forcés. De plus, l'al. 2 de l'art. 181a CP étend l'application de ce dernier en prévoyant une compétence universelle afin de permettre la condamnation des personnes ayant commis l'acte à l'étranger et ainsi éviter une double incrimination autrement nécessaire. A cela s'ajoute le fait que l'art. 181a CP ne semble pas remplir les exigences de la Convention d'Istanbul, celle-ci obligeant les Etats parties à incriminer les mariages forcés impliquant des adultes

<sup>28</sup> W. WOHLERS, *Zwangsehen in strafrechtlicher Sicht*, in: FamPra.ch 8 (2007), p. 752 ss, p. 763 s.

<sup>29</sup> NEUBAUER / DAHINDEN (n. 2), p. 35.

<sup>30</sup> Cf. PROGIN-THEUERKAUF / OUSMANE (n. 27), p. 344.

ou des mineurs. Le CF a cependant assuré, dans son message concernant la ratification de ladite Convention d'Istanbul, et ceci semble quelque peu étonnant, que l'art. 181a CP lui était parfaitement conforme<sup>31</sup>. Nous pouvons ainsi répondre à la question concernant la réalisation des buts visés par l'art. 181a CP par la négative.

### C. Un élargissement de la notion de « mariage » en tant que solution ?

Une solution présentée en doctrine<sup>32</sup> serait d'élargir la notion de « mariage » telle qu'actuellement utilisée dans le droit pénal et dans le cadre de l'art. 181a CP afin de permettre à cet article de remplir les buts fixés du législateur et suffire aux exigences internationales. Il faut cependant relever qu'une interprétation plus large est problématique à la lumière du principe de légalité « *nulla poena sine lege* » prévu à l'art. 1 du CP, raison pour laquelle un simple élargissement n'est pas une solution satisfaisante.

### Conclusion

Les mariages forcés sont un réel problème dans notre société. Il semble que le droit pénal ne soit pas la solution idéale pour empêcher ces pratiques en vertu d'une définition difficile du mariage. En revanche, des mesures préventives pour améliorer l'intégration des communautés étrangères dans notre société telles qu'un travail de délégitimation de tels actes auprès des populations concernées ou la création de lignes téléphoniques et de foyers d'accueil semblent être des moyens plus judicieux et efficaces pour protéger les personnes telles qu'Huriye du cauchemar du mariage forcé.

<sup>31</sup> Message du 2 décembre 2016 concernant l'approbation de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (convention d'Istanbul), p. 163 ss, p. 216 s.

<sup>32</sup> Cf. PROGIN-THEUERKAUF / OUSMANE (n. 27), p. 325.



Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Universität Freiburg Schweiz  
Stiftung für Juristische Weiterbildung Zürich

Institut pour le droit suisse et international de la construction  
Université de Fribourg, Suisse  
Fondation du droit de la construction

# VERGABETAGUNG MARCHÉS PUBLICS

**FREITAG, 22. JUNI 2018**

**VOLKSHAUS,  
STAUFFACHERSTRASSE 60,  
ZÜRICH**

Neue Themen, neue Urteile

Zwei Jahrzehnte Vergabe-Rechtsprechung:  
Wurden die Ziele erreicht?

Bietergemeinschaften und Subunternehmer

Die Bewertung des Preises

Änderungen im Vergabeverfahren

Freie Diskussion

Podiumsdiskussion: Die Revision des  
Vergaberechts

**Anmeldung unter  
[www.unifr.ch/ius/baurecht](http://www.unifr.ch/ius/baurecht)**



Direkt zur  
Anmeldung

**MERCREDI, 20 JUIN 2018**

**AULA MAGNA,  
UNIVERSITÉ MISÉRICORDE,  
FRIBOURG**

Les grandes nouveautés

Le nouveau droit: état de la situation,  
solutions acquises et influences immédiates

Offre et contrat: vérification, épuration,  
rectification et négociation

Le juge saisi par les marchés publics

La jurisprudence récente: présentation et  
discussion (table ronde)

**Inscriptions sur  
[www.unifr.ch/ius/droitconstruction](http://www.unifr.ch/ius/droitconstruction)**



Accès direct  
à l'inscription

Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht  
Institut pour le droit suisse et international de la construction

Av. Beauregard 13, CH-1700 Freiburg Tel. 026 300 80 40 Fax 026 300 97 20  
[www.unifr.ch/baurecht](http://www.unifr.ch/baurecht) [baurecht@unifr.ch](mailto:baurecht@unifr.ch) [droitconstruction@unifr.ch](mailto:droitconstruction@unifr.ch)

# Verfassungsgerichtsbarkeit und Massgeblichkeitsgebot - mögliche Ansätze zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit

Lorenz Tobler (Bachelor-Student, Universität Freiburg)

Le présent article traite du contrôle de la constitutionnalité des lois fédérales et de l'immunité dont elles jouissent à travers l'art. 190 Cst. L'auteur commence par nous rappeler l'étendue de cette immunité et les critiques doctrinales de la jurisprudence. Il nous propose ensuite deux approches tendant à renforcer l'Etat de droit dans ce domaine. La première, une suppression pure et simple de l'art. 190 Cst. et les conséquences de politisation de la justice qu'elle pourrait avoir. La seconde, une adaptation de l'article allant dans le sens d'un élargissement du contrôle, du moins pour les droits fondamentaux.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## Einleitung

Die Normenhierarchie in der Schweiz scheint klar: Die Bundesverfassung steht an höchster Stelle, alle weiteren Erlasse müssen mit ihr vereinbar sein.<sup>1</sup> In der Theorie ist dies kein kontroverses Thema, von praktischer Relevanz ist aber primär die rechtliche Überprüfbarkeit von allfälligen Verfassungswidrigkeiten in Gesetzen und Verordnungen. Es mag noch so unbestritten sein, dass Verfassungsrecht durch keine anderen Erlasse gebrochen werden kann, ohne Mittel zur Durchsetzung bleibt der Rang an der Spitze der Normenpyramide toter Buchstabe.

In der Schweiz gibt es, im Unterschied zu vielen anderen Ländern, kein Verfassungsgericht, welches über Widersprüche in der Normenhierarchie richten kann.<sup>2</sup> Dies heisst indes nicht, dass es *keine* eidgenössische Verfassungsrechtspflege gäbe – vielmehr wird sie durch verschiedene Mechanismen gewährleistet, wobei das Bundesgericht teilweise als Verfassungsgericht auftritt.<sup>3</sup> Besonders in Bezug auf Erlasse der eidgenössischen Räte eröffnet sich jedoch ein Spannungsfeld zwischen demokratischer Gesetzgebung

und rechtsstaatlichem Schutz der Verfassung.<sup>4</sup> Dieser Artikel beschäftigt sich demzufolge ausschliesslich mit der Einschränkung der konkreten Normenkontrolle durch das in Art. 190 BV verankerte Massgeblichkeitsgebot und möglichen Ansätzen, die Rechtsstaatlichkeit in diesem Bereich zu stärken.

## I. Konkrete Normenkontrolle: Einschränkung durch Massgeblichkeitsgebot

Die konkrete Normenkontrolle kommt im Gegensatz zu anderen Formen der Verfassungsgerichtsbarkeit immer anhand eines vorliegenden Einzelfalls zur Anwendung.<sup>5</sup> Im Rahmen der Anfechtung eines individuellen Entscheides wird dabei vorfrageweise überprüft, ob dieser sich auf eine rechtswidrige Norm stützt.<sup>6</sup> Die konkrete Normenkontrolle ist nicht ausdrücklich in einem Rechtssatz vorgesehen, die Rechtsprechung leitet die Rechtsgrundlage der konkreten Normenkontrolle jedoch aus dem Legalitätsprinzip ab.<sup>7</sup> Als Entscheid i.S.v. Art. 82 lit. a BGG gilt jede Art der Rechtsanwendung einer Behörde.<sup>8</sup>

Der Art. 190 BV schliesst die Verfassungsgerichtsbarkeit für Bundesgesetze gegenüber sämtlichen rechtsanwendenden Behörden aus.<sup>9</sup> Damit sind nicht nur Judikativ– sondern auch Exekutiv– und Legislativbehörden erfasst, falls sie Recht anwenden.<sup>10</sup> Statuiert wird gemäss neuerer Lehre aber nur ein Anwen-

<sup>4</sup> So etwa bereits KALIN WALTER, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie, Bern 1987, S. 77 ff.

<sup>5</sup> RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Basel 2016, Rz. 705 ff.

<sup>6</sup> AEMISEGGER HEINZ/SCHERRER REBER KARIN, Kommentar zu Art. 82 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/UEBERSAX PETER/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, Rz. 25.

<sup>7</sup> HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHEER DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016, Rz. 2073.

<sup>8</sup> BUSER DENISE, Kantonales Staatsrecht, 2. Auflage, Basel 2011, Rz. 565.

<sup>9</sup> EPINEY ASTRID, Kommentar zu Art. 190 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015, Rz. 9.

<sup>10</sup> EPINEY, (Fn 9), Rz. 25 f.

<sup>1</sup> TSCHANNEN PIERRE, Staatsrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Auflage, Bern 2016, § 8 Rz. 1 ff.

<sup>2</sup> BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD/WIEDERKEHR RENÉ, Staatsorganisationsrecht, Zürich/Basel/Genf 2017, S. 344.

<sup>3</sup> MAHON PASCAL, Droit constitutionnel, 3. Auflage, Basel/Neuenburg 2014, S. 324 ff.

dungsgebot, kein Überprüfungsverbot.<sup>11</sup> Demzufolge kann das Bundesgericht zwar - wie bei einer konkreten Normenkontrolle - die Verfassungswidrigkeit einer Norm feststellen, der darauf gestützte Entscheid bleibt aber rechtskräftig.<sup>12</sup>

Die Pflicht des Gesetzgebers, höherrangiges Recht zu beachten, bleibt durch Art. 190 BV unangetastet.<sup>13</sup> Allerdings werden auch bewusste Verstösse gegen die Verfassung oder völkerrechtliche Verträge (vgl. Schubert-Praxis)<sup>14</sup> von einer gerichtlichen Überprüfung ausgenommen, was die genannte Verpflichtung relativiert.<sup>15</sup> Anders als teilweise von der Lehre gefordert,<sup>16</sup> verweigert sich das Bundesgericht bisher einem Prüfungsgebot und beruft sich regelmässig auf die Massgeblichkeits-Regelung, um keine Normenkontrolle durchführen zu müssen.<sup>17</sup> Ebenso äusserte sich das Bundesgericht bis anhin nicht zur Frage, wie eine später erlassene, unmittelbar anwendbare Verfassungsbestimmung im Verhältnis zu entgegenstehenden Bundesgesetzen zu beurteilen ist, obwohl die Lehre fordert, dass in diesem Fall die Verfassungsbestimmung Vorrang hat.<sup>18</sup>

Durch die verfassungskonforme Auslegung, die bei Bundesgesetzen als zusätzliches Auslegungselement hinzugezogen werden kann, hat die Judikatur zusätzlich die Möglichkeit, Bundesgesetze in einer der Verfassung entsprechenden Art und Weise anzuwenden.<sup>19</sup> Besonders in Fällen, in denen durch Auslegung die

Achtung rechtsstaatlicher Grundsätze oder des grundrechtlichen Kerngehalts gewährleistet werden kann, bietet sich die verfassungskonforme Auslegung an.<sup>20</sup> Allerdings hat sie im Rahmen des pragmatischen Methodenpluralismus keinen generellen Vorrang gegenüber anderen Auslegungselementen und ist so auch an den Normsinn gebunden.<sup>21</sup>

Bundesgesetze, welche die EMRK verletzen, können nicht durchgesetzt werden, da das Bundesgericht die Urteile des EGMR als Revisionsgrund ohnehin zu beachten hat.<sup>22</sup> Eine konkrete Normenkontrolle macht in diesem Fall also aus prozessökonomischer Sicht Sinn. Dies führt zu einer Teilung des Grundrechtsschutzes in zwei Kategorien: in Grundrechte, die (auch) von der EMRK gewährleistet werden und damit jener indirekten Verfassungsgerichtsbarkeit zugänglich sind, und in solche, bei denen dies aufgrund fehlender EMRK-Deckung bzw. Nicht-Ratifikation nicht möglich ist.<sup>23</sup> Diese Kategorisierung wird von der Lehre oft als stossend kritisiert.<sup>24</sup> Es kommt zudem vor, dass das Bundesgericht eine derartige EMRK-Überprüfung zwar vornimmt, aber nicht konsequent anwendet, was die Frage aufwirft, ob nicht eine Pflicht zur Anwendung der EMRK bestünde.<sup>25</sup>

Das Massgeblichkeitsgebot von Art. 190 BV betrifft nur die von der Bundesversammlung in der Form eines Bundesgesetzes erlassenen Rechtsakte, es wird folglich auch eine Selektion formeller Art vorgenommen.<sup>26</sup> Alle übrigen Bundeserlasse sind demzufolge der konkreten Normenkontrolle zugänglich, soweit sie sich dazu eignen.<sup>27</sup> Allerdings muss beachtet werden, dass auch der Inhalt dieser übrigen Bundeserlasse immunisiert ist, soweit er durch ein Bundesgesetz gedeckt ist.<sup>28</sup>

<sup>11</sup> HÄFELIN ET AL., (Fn 7), Rz. 2089; gl. M. BGE 136 I 65, S. 70 E. 3.2; a.M. etwa noch GIACOMETTI ZACCARIA, Die Verfassungsgerichtsbarkeit des schweizerischen Bundesgerichtes, Zürich 1933, S. 85 ff.

<sup>12</sup> TSCHANNEN, (Fn 1), § 11 Rz. 38.

<sup>13</sup> Vgl. Art 5 Abs. 1 und 4 BV; EPINEY, (Fn 9), Rz. 22.

<sup>14</sup> Die Schubert-Praxis bezeichnet jene umstrittene Haltung des Bundesgerichts, wonach ein nachträglicher, vorsätzlicher Verstoss gegen einen älteren völkerrechtlichen Vertrag der Schweiz durch den Gesetzgeber dem Vorrang des Völkerrechts vorgeht; vgl. BAUMANN ROBERT, Die Tragweite der Schubert-Praxis, in: Aktuelle juristische Praxis 2010, S. 1009-1019.

<sup>15</sup> HANGARTNER YVO/LOOSER MARTIN E., Kommentar zu Art. 190 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die schweizerische Bundesverfassung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 190 BV, Rz. 10.

<sup>16</sup> So beispielsweise in AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELLIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, 3. Auflage, Bern 2013, Rz. 1941.

<sup>17</sup> HANGARTNER/LOOSER, (Fn 15), Rz. 11 m. Verw. u. a. auf BGE 136 I 49, S. 57 E. 4.1.

<sup>18</sup> EPINEY, (Fn 9), Rz. 34; a.M. TSCHANNEN, (Fn 1), § 8 Rz. 10.

<sup>19</sup> RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Auflage, Basel 2016, Rz. 2857.

<sup>20</sup> Die Anwendung eines Bundesgesetzes wäre in einem solchen Fall rechtsmissbräuchlich; EPINEY, (Fn 9), Rz. 37.

<sup>21</sup> LOOSER MARTIN E., Verfassungsgerichtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2011, § 8 Rz. 8 ff.

<sup>22</sup> HANGARTNER/LOOSER, (Fn 15), Rz. 38; vgl. Art. 122 BGG.

<sup>23</sup> Nicht überprüfbar bleiben z.B. der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV) oder die Eigentumsgarantie (Art. 26 BV); vgl. RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, (Fn 19), Rz. 2864.

<sup>24</sup> So etwa von RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, (Fn 19), Rz. 2864.

<sup>25</sup> EPINEY, (Fn 9), Rz. 41.

<sup>26</sup> HANGARTNER/LOOSER, (Fn 15), Rz. 15.

<sup>27</sup> RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, (Fn 19), Rz. 2856.

<sup>28</sup> HÄFELIN ET AL., (Fn 7), Rz. 2093.

## II. Lösungsansätze

### A. Streichung des Art. 190 BV

Die Rechtskommission des Nationalrats beantragte, gestützt auf mehrere Parlamentarische Initiativen, 2011 die ersatzlose Streichung von Art. 190 BV und damit die Aufhebung der bisherigen Einschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit.<sup>29</sup> Auch der Bundesrat unterstützte die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf Bundesgesetze (und die darauf gestützten Verordnungen und kantonalen Gesetze) in einem diffusen System.<sup>30</sup> In der Folge verweigerten allerdings sowohl der Ständerat als auch der Nationalrat der Vorlage die Unterstützung, vornehmlich aus Angst einer Politisierung der Judikatur.<sup>31</sup> Nicht thematisiert wurde die Frage, ob allenfalls ein zentralisiertes Verfahren beim Bundesgericht die bessere Lösung wäre.<sup>32</sup>

Ein grosser Kritikpunkt an der ersatzlosen Streichung von Art. 190 BV war der drohende Einzug der Politik in die Gerichte. In der Beratung des Geschäftes im Ständerat vom 6. Juni 2012 befürchtete etwa Ständerätin KELLER-SUTTER eine Verpolitisierung der Justiz und zog dabei in Erwägung, dass Richter in Zukunft nach politischer Ausrichtung statt nach fachlicher Qualität bestimmt werden könnten.<sup>33</sup> Diese Bedenken sind sicherlich berechtigt, vor allem auch in Anbetracht der Möglichkeit einer „Abstrafung“ anlässlich der Wiederwahl von Bundesrichtern.<sup>34</sup> Sie müssen allerdings dahingehend relativiert werden, dass bereits heute eine weitgehende Verfassungsgerichtsbarkeit besteht, welche nicht merklich zu einer Politisierung der Gerichte führte.<sup>35</sup> Zudem muss erkannt werden, dass bei Rechtssetzung und Rechtsprechung gewisse Überschneidungen systemimmanent sind.<sup>36</sup>

Ausserdem wird die demokratisch mangelhafte Wahl von Richtern als Grund angeführt, ihnen nicht allzu

<sup>29</sup> BBl 2011, 7271 ff.

<sup>30</sup> BBl 2011, 7271, S. 7595 ff.

<sup>31</sup> HÄFELIN ET AL., (Fn 7), Rz. 2092b.

<sup>32</sup> Es kann daher davon ausgegangen werden, dass das diffuse System bevorzugt wird, was auch aus dem Vernehmlassungsverfahren hervorging; BBl 2011 7271, S. 7279 f.

<sup>33</sup> AB 2012 S. 442 f.

<sup>34</sup> Richter müssen jeweils für eine Amtsdauer von 6 Jahren von der Bundesversammlung wiedergewählt werden; vgl. Art. 5 Abs. 1 BGG im Zusammenhang mit Art. 9 Abs. 1 BGG.

<sup>35</sup> Vgl. hierzu auch das Votum von Bundesrätin SOMMARUGA anlässlich der Debatte im Ständerat; AB 2012 S. 443 ff.

<sup>36</sup> KOLLER HEINRICH, Kommentar zu Art. 1 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/UEBERSAX Peter/WIPRÄCHTIGER Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage, Basel 2011, Rz. 18.

viele Kompetenzen zuzuweisen. Ständerat SCHWALLER legte anlässlich der Beratungen im Ständerat dar: „Ich will keinen Richterstaat; ich will nicht, dass die Richter faktisch zum Bundesgesetzgeber werden. Warum soll ich fünf Richtern mehr zumuten und vertrauen als 246 Parlamentariern und Parlamentarierinnen, wenn diese ihre Arbeit gründlich machen?“<sup>37</sup> Hier werden m.E. in unzulässiger Weise die Legitimität zur Gesetzgebung und Rechtsprechung vermischt. Während die Parlamentarier dem demokratischen Wählerwillen stark verpflichtet sind, müssen die Gerichte eine gewisse Distanz und Unabhängigkeit aufweisen, um das Recht objektiv anwenden zu können.<sup>38</sup> Anzumerken ist ferner, dass Gerichte durchaus demokratisch legitimiert sind: Die Mitglieder der Gerichte des Bundes indirekt durch die Wahl der Bundesversammlung,<sup>39</sup> die Mitglieder der Vorinstanzen oft sogar durch Volkswahl.<sup>40</sup>

Falls verfassungsrechtliche Bedenken an einem Bundesgesetz bestünden, könne die Bevölkerung jederzeit das Referendum ergreifen, war ebenfalls ein viel gehörtes Argument in den Räten.<sup>41</sup> Ob dies tatsächlich so umgesetzt wird bzw. umgesetzt werden wird, ist allerdings zweifelhaft; einerseits ist das Referendum dafür wohl ein etwas zu sperriges Instrument und andererseits interessieren Fragen der Verfassungskonformität generell keine breite Öffentlichkeit.<sup>42</sup> Ebenfalls muss betont werden, dass Verfassungsnormen über ein doppeltes Mehr verfügen, welches auch in fakultativen Referenden angenommenen Gesetzen fehlt.<sup>43</sup>

### B. Anpassung des Art. 190 BV

Wie bereits beschrieben, ist bisher noch nicht gere-

<sup>37</sup> AB 2012 S. 440.

<sup>38</sup> Diese Unabhängigkeit wird denn auch durch die Verfassung explizit garantiert; vgl. Art. 30 sowie Art. 191c BV; vgl. HALLER, Demokratie kommt vor Rechtsstaatlichkeit, S. 30.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 5 BGG, Art. 5 VGG, Art. 5 SGG.

<sup>40</sup> Einzig in einigen Westschweizer Kantonen gibt es keine Möglichkeit, Richter per Volkswahl zu bestimmen; BUSER, (Fn 8), Rz. 521.

<sup>41</sup> Vgl. etwa die Wortmeldung von Nationalrat STAMM anlässlich der Differenzvereinbarung; AB 2012 N 1971 f.

<sup>42</sup> In der jüngsten Vergangenheit ergab sich mit dem Umsetzungsgesetz zur Masseneinwanderungsinitiative eine Ausnahme: Hier war die fehlende Verfassungsmässigkeit der Grund für ein (erfolgloses) Referendum; vgl. GEMPERLI SIMON, Ein Referendum als Win-win-Situation, <<http://www.nzz.ch/schweiz/inlaender-vorrang-light-ein-referendum-als-win-win-situation-ld.137923>>, Stand 4. Januar 2017, besucht am 06. April 2018.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu Art. 139 Abs. 5 und Art. 140 Abs. 1 lit. a BV mit Art. 141 Abs. 1 lit. a BV.

gelt, in welchem Verhältnis Bundesgesetze zu später erlassenen, unmittelbar anwendbarem Verfassungsrecht stehen. Der Vorrang des Verfassungsrechts wird in einem solchen Fall von der Lehre mehrheitlich bereits angenommen, ist aber noch unklar.<sup>44</sup> Eine Kodifizierung könnte hier Klarheit schaffen.

Die Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit wird nicht in Bezug auf alle Verfassungsbestimmungen in gleichem Masse kritisch beurteilt. So befürworteten denn auch im Rahmen der Vernehmlassung zur Streichung des Art. 190 BV mehrere Kantone und Parteien eine partielle Erweiterung der rechtlichen Überprüfung auf sämtliche Grundrechte bzw. auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen.<sup>45</sup> Bereits angedacht ist ebenfalls die Idee, Konflikte zwischen obersten Bundesbehörden der Gerichtsbarkeit zugänglich zu machen.<sup>46</sup> Eine solche teil- oder schrittweise Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit ist m.E. zu prüfen, und es wäre vorstellbar, dass so beispielweise eine Ausweitung der Verfassungsgerichtsbarkeit zumindest auf alle Grundrechte oder zugunsten der Kantone im Klageverfahren gemäss Art. 120 BGG eine realistische Chance hätten.

Um Kritik an der mangelnden Legitimität der Verfassungsgerichte vorzubeugen, wäre auch denkbar, die Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit auf jene Vielzahl von Bundesgesetzen zu beschränken, welche mangels Ergreifung eines Gesetzesreferendums keine demokratische Bestätigung erfuhren. Eine ähnliche Lösung propagierte bereits 1936 eine Volksinitiative zur Wahrung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger.<sup>47</sup> In der Tat besteht im Fakt, dass ein nach langjährigen politischen und gesellschaftlichen Diskussionen gefällter politischer Konsens durch ein Gericht für nichtig erklärt werden könnte, ein gewisses Defizit einer umfassenden konkreten Normenkontrolle.<sup>48</sup> Dies könnte mit genannter eingeschränkter Erweiterung auf simple Weise verhindert werden.

### C. Beibehaltung der heutigen Rechtslage

Die heutige Einschränkung der Verfassungsgerichts-

<sup>44</sup> Art. 2 der Übergangsbestimmungen zur aBV enthielt jedoch eine Kollisionsregel zugunsten des neueren Verfassungsrechts; LOOSER, (Fn 21), § 8 Rz. 402.

<sup>45</sup> BBl 2011 7271, S. 7279 f.

<sup>46</sup> HANGARTNER YVO, Zwischenhalt in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Aktuelle Juristische Praxis 2012, S. 1219 f.

<sup>47</sup> LOOSER, (Fn 21), § 7 Rz. 95 ff.

<sup>48</sup> Dahingehend z.B. auch das Votum von Nationalrat VOGLER anlässlich der Differenzvereinigung; AB 2012 N 1970.

barkeit darf nicht überschätzt werden; so greift das Massgeblichkeitsgebot nur bei einem eindeutigen Normsinn und - dank weitgehenden Überschneidungen mit der EMRK - auch nur bei wenigen klassischen Grundrechten.<sup>49</sup> Gleichwohl ist aus juristischer Perspektive die erhebliche Einschränkung des Rechtsstaatsprinzips zugunsten der Bundesversammlung zu bedauern.<sup>50</sup> Problematisch erscheint insbesondere, dass durch die andauernde Verschiebung von Kompetenzen der Kantone zum Bund je länger je weniger verfassungsrechtliche Kontrolle des Gesetzgebers besteht.<sup>51</sup>

### Fazit

Die Verfassungsgerichtsbarkeit ist in der Schweiz ein Thema, welches die Gemüter seit der Gründung des Bundesstaats bewegt. Die generelle Skepsis der Schweiz gegenüber rechtsstaatlichen Mechanismen zeigt sich hier exemplarisch. Das Normengefüge in der Schweiz ist fein austariert, und auch die Normenkontrolle geht insbesondere durch verfassungskonforme Auslegung sowie der Beachtung der von der Schweiz ratifizierten EMRK-Grundrechte weiter als noch vor einigen Jahrzehnten. Eine weitere Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit mittels konkreter Normenkontrolle könnte allerdings den Rechtsstaat sowie den individuellen Rechtsschutz stärken, ohne das Parlament oder die demokratischen Rechte der Bürger empfindlich zu beschneiden. Aus parteipolitischer Perspektive mag es verlockend sein, bei der Umsetzungsgesetzgebung eine gewisse Narrenfreiheit zu geniessen, der Kohärenz der Rechtsordnung dient es nicht. Daher ist es m.E. nur konsequent, auch Bundesgesetze, die den Verfassungstext oft nur ansatzweise umsetzen, einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich zu machen. Persönlich erachte ich hierfür eine Erweiterung des Art. 190 BV um einen weiteren, ausführenden Absatz, als Ideallösung.

Durch die intensivierete Nutzung der Volksrechte in den vergangenen Jahren werden zudem viele neue Verfassungsbestimmungen entstehen, die mit einem Umsetzungsgesetz zu konkretisieren sind. Es wird interessant sein, zu sehen, inwiefern dadurch die Gesetzgebung und damit auch das Massgeblichkeitsgebot in den Fokus der Öffentlichkeit geraten werden.

<sup>49</sup> LOOSER, (Fn 21), § 13 Rz. 4 f.

<sup>50</sup> HÄFELIN ET AL., (Fn 7), Rz. 2090.

<sup>51</sup> LOOSER, (Fn 21), § 13 Rz. 2; BBl 2011 7274.

# Le nœud du litige quant à la prescription des créances en restitution des rétrocessions : le rapport de durée

Marc Fiorellino (étudiant en Bachelor, Université de Fribourg)

Dieser Beitrag befasst sich mit einem kürzlich ergangenen Entscheid des Bundesgerichts, das – entgegen der Auffassung der herrschenden Lehre – die Verjährung von Forderungen betreffend die Herausgabe von Retrozessionen der allgemeinen 10-jährigen Frist von Art. 127 OR unterstellt. Nach einer ausführlichen Analyse des Urteils schliesst sich der Autor den Schlussfolgerungen des BGer an. Die Begründung schliesst seiner Auffassung nach die Möglichkeit aus, die Forderungen als periodische Leistungen im Sinne von Art. 128 Ziff. 1 OR zu betrachten, da keine Dauerschuld vorliegt. Dennoch wird die ratio legis mit den Überlegungen des Bundesgerichts gewährleistet. Der Autor hebt die Bedeutung dieses Entscheids hervor, der zu einer neuen Begrenzung der Gewährung von Retrozessionen in der Bankbranche führt.

*Abstract provided by the Editorial Board*

## Introduction

Le versement de rétrocessions – avantages qu'un mandataire reçoit d'un tiers dans le cadre de l'exécution de son mandat – a longtemps été pratique courante, dans le cadre du mandat de gestion de fortune notamment. Toutefois, l'ATF 138 III 755 a fondé l'obligation du mandataire de restituer ces rétrocessions au mandant. Ainsi, le TF a bousculé une pratique répandue et a beaucoup contrarié le milieu bancaire.

Par la suite, il incombait au TF, dans son arrêt du 16 juin 2017, 4A\_508/2016<sup>1</sup>, de déterminer lequel du délai de prescription général de dix ans de l'art. 127 CO ou du délai de cinq ans de l'art. 128 ch. 1 CO s'appliquait aux créances en restitution des rétrocessions du mandataire. L'intérêt suscité par cette question est double : d'une part, le raisonnement logique donne lieu à argumentation et la doctrine n'était pas unanime quant à la solution à adopter. D'autre part, l'impact concret est important car les rétrocessions étaient largement pratiquées avant l'ATF 138 III 755.

Ainsi, une prescription courte limiterait déjà de manière conséquente les prétentions en restitution des rétrocessions. Le TF a eu l'occasion d'affirmer son autorité face à une part de la doctrine : il n'y a pas lieu de déroger à la règle de l'art. 127 CO. Toutefois, l'argumentation du TF n'est pas étoffée alors que la doctrine était divisée. Ainsi, cet arrêt fait grand bruit et le but du développement qui suit est de tenter d'amener un peu de lumière sur la question.

## I. Arrêt du TF, 4A\_508/2016

### A. Bref résumé des faits et question juridique soulevée

Z. (mandant) et A. (mandataire) ont conclu un contrat de mandat de gestion. Dans le cadre de ce mandat, A. reçoit des rétrocessions de la part d'un tiers. Ces rétrocessions ont été cachées au mandant et se montent à un total d'environ 46 millions d'euros. Lorsque Z. en prend connaissance, il met fin au contrat et demande la restitution de l'entier de ces rétrocessions, en application de l'art. 400 al. 1 CO. A. invoque pour sa part la prescription en vertu de l'art. 128 ch. 1 CO.

La question soulevée est la qualification des créances en restitution des rétrocessions. Il s'agit de déterminer si ce sont des redevances périodiques au sens de l'art. 128 ch. 1 CO, lesquelles bénéficient d'une prescription raccourcie à cinq ans, ou pas. Dans la négative, c'est le délai général de l'art. 127 CO qui s'applique.

### B. Solution apportée par l'arrêt

Le TF conclut au rejet du délai de l'art. 128 ch. 1 CO et applique le délai général de dix ans de l'art. 127 CO. Le choix tient à la nature des prestations, lesquelles ne rentrent pas dans le champ d'application de l'art. 128 ch. 1 CO.

De jurisprudence constante<sup>2</sup>, le TF définit les redevances périodiques comme « des prestations dont le débiteur est tenu à époques régulières en vertu d'un même rapport juridique »<sup>3</sup> et qui « prennent naissance de façon nouvelle et indépendante au cours de cette

<sup>1</sup> L'arrêt fait l'objet d'une publication à l'ATF 143 III 348, ultérieure à la rédaction du présent travail.

<sup>2</sup> V. not. ATF 139 III 263, c. 1.1 ; 124 III 370, c. 3c ; 78 II 145, c. 3.a.

<sup>3</sup> TF, arrêt du 16 juin 2017, 4A\_508/2016, c. 5.2.1.

période [le même rapport juridique] »<sup>4</sup>. Le TF considère donc que trois conditions sont nécessaires afin de qualifier une prestation de redevance périodique au sens de l'art. 128 ch. 1 CO : premièrement, il faut que les prestations soient issues d'un même rapport juridique ; deuxièmement, il est nécessaire que ce rapport soit de durée ; et troisièmement, le débiteur doit être tenu à époque régulière et de manière indépendante<sup>5</sup>. Le critère de la régularité est un critère large. En effet, il n'est pas nécessaire que l'importance, le montant et l'échéance soient identiques entre les diverses prestations issues du même rapport juridique. De plus, la nécessité d'un même rapport juridique cache en réalité l'obligation d'un rapport de durée (*Dauerschuld*)<sup>6</sup>. Or, le TF conclut que le fondement juridique de l'obligation de restituer les rétrocessions au sens de l'art. 400 al. 1 CO repose sur le simple fait que le mandataire a reçu des rétrocessions, et non sur un rapport de durée. Ainsi chaque réception par le mandataire d'une rétrocession constitue en un fondement séparé du devoir de restitution de l'art. 400 al. 1 CO<sup>7</sup>.

## II. Nœuds juridiques

### A. Absence de rapport de durée

En tranchant en faveur du délai général de dix ans de l'art. 127 CO, le TF se joint à GAUCH notamment<sup>8</sup>, seul auteur cité dans son argumentation<sup>9</sup>. GAUCH propose l'utilisation du délai de dix ans de l'art. 127 CO car il estime que chaque réception par le mandataire d'un avantage d'un tiers fonde une obligation de restituer

propre. En d'autres termes, il refuse d'attribuer un rapport de durée à l'obligation de restitution des rétrocessions de l'art. 400 al. 1 CO<sup>10</sup>.

Avant d'entamer à proprement parler l'étude du rapport de durée, il nous semble utile de le distinguer du mandat de durée. Le mandat de durée est un contrat de mandat ordinaire dont l'objet est une activité rendue avec diligence durant une certaine durée, déterminée ou non. Ainsi, le rapport de durée est la caractéristique du mandat de durée : il constitue son fondement juridique et tient au fait que l'exécution du contrat n'entraîne pas son extinction<sup>11</sup>. L'objet du rapport de durée n'est pas un comportement continu mais plutôt la production d'un élément périodique<sup>12</sup>.

Dans l'arrêt étudié, il s'agit d'apprécier si le versement de rétrocessions dans le cadre d'un contrat de mandat de gestion (donc d'un mandat de durée<sup>13</sup>) possède un rapport de durée. Ceci dans l'optique de déterminer si leur restitution au mandataire sur la base de l'art. 400 al. 1 CO est soumise à l'art. 128 ch. 1 CO.

GAUCH estime qu'aucun rapport de durée n'est présent<sup>14</sup>. L'art. 128 ch. 1 CO étant à lire en lien avec l'art. 131 CO, les redevances périodiques de l'un correspondent aux prestations périodiques de l'autre<sup>15</sup>. De plus, l'art. 131 al. 1 CO dispose que les créances périodiques ont un « droit d'en disposer le tout » (*Forderungsrecht im Ganzen*). Le « droit de disposer du tout » constitue le droit découlant du rapport de base liant toutes les prestations périodiques<sup>16</sup>. Ce droit est, selon l'auteur, une créance en elle-même (prescriptible par dix ans dès le jour de l'exigibilité du premier terme impayé<sup>17</sup>) et pas un rapport global d'obligation, en raison de la lettre de la disposition et de la nature des prestations périodiques<sup>18</sup>. Cette idée corrobore également la systématique de la loi, qui veut que l'art. 128 ch. 1 CO est une exception à l'art. 127 CO et qu'elle doit être interprétée étroitement<sup>19</sup>. En outre, la superposition de deux délais (art. 128 ch. 1 CO pour

<sup>4</sup> TF, arrêt du 16 juin 2017, 4A\_508/2016, c. 5.2.1.

<sup>5</sup> V. not. ATF 78 II 145, c. 3.a.

<sup>6</sup> BERTI, ad art. 128 CO, in : Schönenberger / Gauch / Schmid (édit.), *Zürcher Kommentar OR – Art. 127-142 OR*, 3<sup>e</sup> éd., Zurich 2002, n° 5 ; DÄPPEN, ad art. 128 CO, in : Honsell / Vogt / Wiegand (édit.), *Basler Kommentar – Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR)*, 6<sup>e</sup> éd., Bâle 2015, n° 2 (cité : DÄPPEN-BAK) ; GAUCH, *Periodisch geschuldete Leistungen : Gedanken zur Verjährungsbestimmung des Art. 128 Ziff. 1 OR*, in : PJA 2014, p. 285 ss, p. 289 ; PICHONNAZ, ad art. art. 128 CO, in : Thévenoz / Werro (édit.), *Commentaire romand – Code des obligations I (art. 1 – 529 CO)*, 2<sup>e</sup> éd., Bâle 2012, n° 5 (cité : PICHONNAZ-CR).

<sup>7</sup> TF, arrêt du 16 juin 2017, 4A\_508/2016, c. 5.2.1 qui reprend l'idée de GAUCH (n. 6), p. 292.

<sup>8</sup> Avant l'ATF 138 III 755, JdT 2014 II 241 (trad.) : THÉVENOZ/EMMENEGER, *Das schweizerisches Bankprivatrecht 2011-2012*, in : RSDA 2012, p. 323 ; SCHÄREN, *Anforderungen an den vorgängigen Verzicht auf Herausgabe von Retrozessionen*, in : GesKR 2011, p. 557 ; après l'ATF 138 III 755 : GAUCH (n. 7), p. 291 ; TERCIER et al., *Les contrats spéciaux*, 5<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, n° 4495. *Contra* : v. notamment PICHONNAZ/WERRO/HÜRNI, *La prescription de la créance en restitution des commissions d'état (art. 400 al. 1 CO) après l'ATF 138 III 755*, in : PJA 2013, p. 887ss, p. 902.

<sup>9</sup> TF, arrêt du 16 juin 2017, 4A\_508/2016, c. 5.2.1 et 5.3.2.

<sup>10</sup> GAUCH (n. 6), p. 291 s.

<sup>11</sup> GAUCH (n. 6), p. 287.

<sup>12</sup> GAUCH (n. 6), p. 287 : l'auteur s'éloigne ainsi de la conception traditionnelle allemande, v. CARRON, *Le mandat de durée*, thèse, Fribourg 2018, n° 155.

<sup>13</sup> CARRON, (n. 12), n° 269.

<sup>14</sup> GAUCH (n. 6), p. 291.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 288 s.

<sup>16</sup> PICHONNAZ-CR (n. 6), art. 131, n° 6.

<sup>17</sup> ATF 139 III 263, c. 2.3 ; PICHONNAZ-CR (n. 6), art. 131, n° 4 *if*.

<sup>18</sup> ATF 124 III 449, c. 3.b ; GAUCH (n. 7), p. 288.

<sup>19</sup> ATF 132 III 61, c. 6.1 ; DÄPPEN-BAK (n. 6), Art. 128, n° 1 ; GAUCH (n. 6), p. 289 ; KRAUSKOPF, *Präjudizienbuch OR, die Rechtsprechung des Bundesgerichts (1875 – 2015)*, Art. 128, n° 1.



les prestations périodiques ; art. 127 et 131 CO pour le droit d'en réclamer le tout, basé sur le rapport juridique de base (*Stammrecht*)<sup>20</sup> n'est pas gênante dans la mesure où il y a deux natures et donc deux protections<sup>21</sup>.

Ainsi, pour GAUCH, le fondement de l'obligation de restitution de l'art. 400 al. 1 CO n'est pas un rapport de durée, mais la simple obtention d'avantages<sup>22</sup>, à l'aune du devoir de fidélité de l'art. 398 CO. De ce fait, le devoir de restitution ne naît pas et n'est pas exigible de façon périodique ; il est également dépourvu du « droit d'en restituer l'ensemble » (*Forderungsrecht im Ganzen*) de l'art. 131 CO<sup>23</sup>. Autrement dit, lorsque le fondement de la périodicité réside en la récurrence des obtentions d'avantages perçus d'un tiers, celle-ci ne substitue pas le rapport de durée<sup>24</sup>.

En revanche, PICHONNAZ, WERRO et HÜRNI notamment, estiment que le *contrat de mandat* constitue le fondement juridique unique justifiant l'exigibilité périodique des rétrocessions, et qu'ainsi cette condition « ne soulève aucune difficulté<sup>25</sup> ». Il y a ainsi confusion du cadre et du fondement de l'obligation. De plus, alors que les auteurs prônent l'application de l'art. 128 ch. 1 CO, ils ne font aucune référence à l'art. 131 CO, lequel est intimement lié à l'art. 128 CO.

## B. Ratio legis de l'art. 128 ch. 1 CO

La raison d'être du délai raccourci de l'art. 128 ch. 1 CO est de protéger le débiteur inexpérimenté contre une accumulation de dettes non-prescrites<sup>26</sup>. Pour cela, la prescription quinquennale incite le créancier à agir rapidement, au fur et à mesure que ses créances deviennent exigibles<sup>27</sup>. C'est donc au créancier de supporter les conséquences de son inaction. La *ratio legis* ne s'oppose ainsi pas à la thèse selon laquelle un rapport de durée est nécessaire à l'existence des redevances périodiques<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> ATF 124 III 449, c. 3.b.

<sup>21</sup> GAUCH (n. 6), p. 289 s.

<sup>22</sup> *Idem*, p. 291.

<sup>23</sup> *Ibidem* ; PICHONNAZ-CR, (n. 6), art. 131, n° 2 *if*.

<sup>24</sup> GAUCH (n. 6), p. 292.

<sup>25</sup> PICHONNAZ/WERRO/HÜRNI (n. 8), p. 895.

<sup>26</sup> DÄPPEN-BAK (n. 6), Art. 128, n° 1 ; PICHONNAZ-CR (n. 6), art. 128, n° 2.

<sup>27</sup> V. not. PICHONNAZ-CR (n. 6), art. 131, n° 2.

<sup>28</sup> GAUCH (n. 6), p. 290 s.

## III. Conséquences et avis personnel

### A. Conséquences doctrinales et pratiques

Un détail peut avoir de grandes conséquences. Ainsi, par la détermination du fondement juridique de l'obligation du mandataire de restituer les avantages reçus d'un tiers, il découle une absence de rapport de durée. Ceci nous empêche de satisfaire les conditions nécessaires à l'application de l'art. 128 ch. 1 CO, et impose le respect du délai général de l'art. 127 CO.

L'impact doctrinal de cette jurisprudence est important, car beaucoup d'auteurs s'étaient prononcés en faveur de l'art. 128 ch. 1 CO<sup>29</sup>. Le TF marque ainsi fermement son autorité et envoie un message fort en ne mentionnant même pas la controverse doctrinale.

La solution donnée a également un grand impact en pratique. En effet, cet arrêt impose aux parties d'être claires quant à l'utilisation des rétrocessions. De façon générale, il ajoute un frein à la pratique usuelle des gérants de fortune, tant les rétrocessions constituaient, jusqu'à l'ATF 138 III 755, une pratique courante du milieu bancaire. En effet, on peut imaginer que l'obligation de restitution avait déjà fortement diminué la pratique des rétrocessions, celles-ci perdant grandement en intérêt pour le mandataire (lequel ne respectait apparemment jusqu'alors pas vraiment son devoir de fidélité envers le mandant, comme l'impose l'art. 398 CO).

### B. Avis personnel

Nous nous rattachons à l'avis du TF. À nos yeux, bien que les rétrocessions soient des avantages intrinsèquement liés à la gestion (objet du mandat), elles ne remplissent pas les conditions nécessaires pour en faire des redevances périodiques au sens de l'art. 128 ch. 1 CO – faute de rapport de durée. La discussion que le choix du délai de prescription engendre n'est pas qu'un problème logique, mais aussi une question de justice matérielle : il s'agit de respecter la *ratio legis* de l'art. 128 ch. 1 CO. Certes, elle vise une réaction rapide et régulière du créancier, mais la restitution de rétrocessions à hauteur de plusieurs dizaines de

<sup>29</sup> V. not. GALLIANO/MOLO, *Les rétrocessions dans le domaine de la gestion patrimoniale*, in : PJA 2012, p. 1766 ss, p. 1774 ; NOBEL, *Das Bundesgericht zu den Bestandespflegekommissionen*, in : Jusletter du 19 novembre 2012, p. 6 ; PICHONNAZ/WERRO/HÜRNI (n. 6), p. 902 ; ROMERIO/BAZZANI, *Verjährung des Anspruchs auf Herausgabe von Bestandespflegekommissionen*, in : GesKR 2013, p. 57.

millions CHF n'est de toute évidence pas l'hypothèse imaginée par le législateur. Ainsi, il ne se justifie pas, à nos yeux, de tordre le raisonnement logique tant le résultat ne correspond pas à l'esprit de la norme. La protection dont bénéficierait le mandataire nous paraît clairement indue.

## Conclusion

Le résultat de cette analyse est simple : l'art. 128 ch. 1 CO ne trouve pas application lorsque le mandataire reçoit des avantages de tiers et doit les restituer au mandant. Le fait que ces avantages naissent et deviennent exigibles à divers intervalles de temps n'y change rien, faute de rapport de durée. Ainsi, l'arrêt discuté tranche la question du délai de prescription des créances en restitution des rétrocessions, et clôt le

débat doctrinal<sup>30</sup>.

Enfin, l'intérêt de l'arrêt 4A\_508/2016 est double. Premièrement, cet arrêt incite à se pencher sur une question doctrinale intéressante : la fixation du délai de prescription nécessite effectivement dans le cas présent un effort d'abstraction et de logique captivant. Secondement, il tranche une question très politisée. En raison de l'impact important sur la pratique bancaire de l'obligation de restituer les rétrocessions, la fixation du délai de prescription de l'art. 128 ch. 1 CO avait un intérêt tout particulier pour les mandataires ayant reçu des rétrocessions. Ainsi, la double nature de cet arrêt en fait un bel objet de réflexion sur la création du droit prétorien et sur les fins qu'il poursuit.

<sup>30</sup> La doctrine récente ne remet pas en question le délai de prescription de ladite obligation de restitution : HONSELL, *Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil*, 10<sup>e</sup> éd., Zurich 2017, p. 356.

Qualitätsbewusst –  
Lösungsorientiert

Authentisch

Partner-  
schaftlich

Effizient

Innovativ aus  
Erfahrung

Den Überblick  
während

## NIEDERER KRAFT & FREY

Niederer Kraft & Frey leads excellence and innovation in Swiss law. Named 2017 European Law Firm of the Year and Swiss Law Firm of the Year for 2016 and 2017, we always look to the future. That means you.

Join our conversation at  
[www.your-nkf.ch](http://www.your-nkf.ch)

YOUR  
NKF

## Der mediale Service public

*Silvan Zemp (Doktorant und dipl. Assistent am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht III (Prof. Bernhard Waldmann), Universität Freiburg)*

Der Service public in der Schweiz hat sich nicht zuletzt durch die Diskussion über die «No Billag»-Initiative zu einem zentralen medienpolitischen Thema entwickelt. «Service public» bezeichnet üblicherweise die Gesamtheit aller Dienstleistungen, welche der Staat gegenüber der Allgemeinheit zu erbringen hat und umfasst etwa die Post oder den öffentlichen Verkehr. Aber auch im Zusammenhang mit den Medien findet der Begriff Verwendung, muss sich aber einer zunehmenden öffentlichen Kritik aussetzen. Die Medienkonvergenz, ausgelöst durch die Digitalisierung der traditionellen Medien und der Etablierung des Internets, führt zur Entbindung des Service public vom klassischen Rundfunk hin zu nicht mehr spezifischen Medienformen und macht die Begründung einer neuen Medienordnung unausweichlich.

Die gegenwärtige Legitimation für einen medialen Service public stammt aus den frühen Achtzigerjahren, einer Zeit noch vor der Digitalisierung und der Konvergenz der Medien, jedoch mit der damaligen Absicht einer umfassenden verfassungsrechtlichen Verpflichtung von Radio und Fernsehen auf bestimmte, im Interesse der Allgemeinheit liegende Inhalte. Nach Art. 93 Abs. 2 BV tragen auf diese Weise Radio und Fernsehen zur Bildung und kulturellen Entfaltung, zur freien Meinungsbildung und zur Unterhaltung bei. Sie berücksichtigen dabei die Besonderheiten des Landes und die Bedürfnisse der Kantone, stellen die Ereignisse sachgerecht dar und bringen die Vielfalt der Ansichten angemessen zum Ausdruck.

Demzufolge wird der mediale Service public durch die Verfassung vorgegeben, der grundsätzlich die Presse und das Internet nicht erfasst, jedoch eine staatliche Regulierung der verfassungsrechtlich festgelegten Ziele und Werte beim Rundfunk vorsieht. Weil durch die privaten Medien diese Vorgaben nicht hinreichend erbracht wurden, musste mit der SRG die damals einzig relevante Rundfunkveranstalterin zur Gewährleistung dieses Leistungsauftrags verpflichtet werden. Da die Vermutung bestand, Radio und Fernsehen beeinflussen die politische Meinungsbildung viel mehr als die Presse, war dieser Entscheidung den Rundfunk umfassend zu regulieren, auch aus demokratiepolitischen Gründen bedeutsam.

Diese Ansicht ist mittlerweile veraltet und durch die Digitalisierung verliert die Rundfunkordnung zunehmend an Wirksamkeit. Zugleich nimmt der Nutzen einer Rundfunkregulierung ab, da die Mediennutzung immer weniger bei Radio und Fernsehen stattfindet. Das traditionelle Modell des Service public ist allmählich überholt.

Die SRG hat dieses Problem schon früh erkannt und deshalb ihre Online-Präsenz erheblich ausgedehnt, obwohl diese Plattform nicht durch den Service public von Radio und Fernsehen in der Verfassung gedeckt ist. Damit tritt die SRG in direkte Konkurrenz zu den privaten Medien, ohne dass eine hinreichende verfassungsmässige Legitimation bestünde. Auch der Bundesrat nimmt sich der Herausforderung der technologischen Entwicklungen sowie der veränderten Mediennutzung an und will mittelfristig das Radio- und Fernsehgesetz (RTVG), welches die Verfassungsbestimmung über den Rundfunk konkretisiert, durch ein Gesetz über elektronische Medien (GeM) ablösen. Die grundsätzliche Frage stellt sich auch hier, ob die Verfassung dem Bund die Kompetenz über die Online-Medien überträgt.

Dieser Umstand macht deutlich, dass der Verfassungsartikel sich nur auf Radio- und Fernsehen bezieht und daher keine Grundlage für eine allgemeine Medienpolitik bieten kann. Folglich ist der Service-public-Diskurs auch als Verfassungsdiskussion zu führen, will man die Herausforderungen in der Medienregulierung ernsthaft angehen.

Die Dissertation möchte sich diesem Problemfeld annehmen und Überlegungen zu einem Konzept für eine neue Medienordnung anstellen. Eine Auseinandersetzung mit den bisherigen und aktuellen politischen Entwicklungen, das Darlegen von Lösungsansätzen in Lehre, Politik und Wirtschaft sowie ein Vergleich ausgewählter ausländischer Medienordnungen sollen zur Gesamtlösung einer zeitgemässen Medienregulierung beitragen.

# JOURNEE DU DROIT DE LA CIRCULATION ROUTIÈRE 2018

Vendredi, 22 juin 2018

UNIVERSITE DE FRIBOURG

## **La rencontre des responsabilités en droit de la circulation routière : nouvelles perspectives**

Franz Werro, professeur à l'Université de  
Fribourg et Georgetown University Law  
Center, Washington DC

## **Le véhicule automobile comme banque de données : l'état de la technique**

Eric Silva, Robust and Safe Systems Center  
Fribourg (ROSAS)

## **Table ronde : La protection des données dans la circulation routière – Quo vadis ?**

Avec la participation de Jean-Philippe Walter,  
préposé fédéral suppléant, Préposé fédéral à  
la protection des données et à la  
Transparence.

Discussion entre les intervenants et le public

## **La responsabilité du détenteur de véhicule automobile pour les infractions du conducteur non identifié**

Alain Macaluso, professeur à l'Université de  
Lausanne, avocat à Genève

## **L'actualité jurisprudentielle**

Franz Werro, professeur à l'Université de  
Fribourg et Georgetown University Law  
Center, Washington DC

Vincent Brulhart, professeur à l'Université de  
Lausanne

Benoît Carron, avocat à Genève et professeur  
titulaire à l'Université de Fribourg

Ghislaine Frésard, ancienne directrice de la  
division juridique de la SUVA, avocate,  
chargée de cours aux Universités de Fribourg  
et Lausanne

## **La révision de la LCA**

Vincent Brulhart, professeur à l'Université de  
Lausanne

## **Débat: L'industrie automobile a- t-elle perdu la confiance de sa clientèle?**

Avec la participation de:

Florence Bettschart, responsable Politique et  
Droit, avocate, Fédération romande des  
consommateurs

Olivier Raemy, lic. iur., avocat, juriste à  
l'Office fédéral des routes OFROU  
N.N.

(Représentants de l'industrie automobile/  
Astra/protection des consommateurs)

Renseignements et inscription online

Tél. 026 300 73 38 ou [www.unifr.ch/formcont](http://www.unifr.ch/formcont)

## Interview mit Dr. Aurelia Frick

Regierungsrätin des Fürstentums Liechtenstein, zuständig für Äusseres, Justiz und Kultur

Geburtsdatum: 19. September 1975  
Wohnhaft in 9490 Vaduz

1995 - 1999 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Fribourg i.Ue.  
2001-2003 Auditorin am Bezirksgericht Zürich  
2004 Anwaltsexamen des Kantons Zürich  
2004-2005 Rechtsanwältin bei Haymann & Baldi in Zürich  
2005 Doktorat der Rechtswissenschaften an der Universität Basel  
2005-2006 Direktorin der Rechtsabteilung von K2 HCS Ltd. in London  
2006-2007 Associate bei Dr. Bjørn Johansson Associates AG in Zürich  
2008-2009 Selbständige Tätigkeit im Bereich Management Consulting  
seit 2009 Mitglied der Regierung des Fürstentums Liechtenstein:  
zuständig für Äusseres, Justiz und Kultur (2009 - 2013)  
zuständig für Äusseres, Bildung und Kultur (2013 - 2017)  
zuständig für Äusseres, Justiz und Kultur (seit 30.03.2017)



Peter Gauch hat mich geprägt, er ist fachlich aber auch menschlich ein grosses Vorbild.

### STUDIUM UND BERUFLICHER WERDEGANG

#### **F: Weshalb haben Sie sich für das Studium der Rechtswissenschaften entschieden?**

A: Ich erinnere mich, dass ich schon als Kind meine Eltern unaufhörlich fragte, warum Dinge passieren. Ich wollte immer ganz genau wissen, warum „Unrecht“ passiert. Ich hatte schon immer ein starkes Rechtsempfinden.

#### **F: Was hat Sie dazu bewogen, Ihr Studium an der Universität Freiburg zu machen?**

A: Ich wollte mein Studium in einer zweisprachigen Stadt in der Schweiz absolvieren. Die Universität Freiburg hatte schon damals einen exzellenten Ruf.

#### **F: Haben Sie während Ihres Studiums in Freiburg bereits berufliche Erfahrung gesammelt (Praktika etc.)?**

A: Meine Schwester und ich hatten ein gemeinsames Projekt. Mit einer speziellen Maschine entfernten wir Kaugummis von öffentlichen Plätzen. Wir hatten recht viel Erfolg damit – und wir hatten viel zu tun.

#### **F: Welchen Karriereweg hatten Sie während des Studiums im Kopf?**

A: Ich wollte Rechtsanwältin werden und hatte das Bild ziemlich genau im Kopf.

Ich wollte immer ganz genau wissen, warum „Unrecht“ passiert. Ich hatte schon immer ein starkes Rechtsempfinden.

**F: Wie haben Ihre nächsten Schritte nach dem Studium ausgesehen?**

A: Nach dem Studium machte ich dann auch das Anwaltsexamen des Kantons Zürich. Ich promovierte anschliessend an der Universität Basel und arbeitete in Kanzleien in Zürich und London.

**F: Bevor Sie Regierungsrätin wurden, haben Sie in verschiedenen Funktionen und auch in verschiedenen Städten gearbeitet. Was nehmen Sie aus dieser Zeit mit?**

A: Das Leben da draussen ist kein „Zuckerschleck“. Wer aber hart arbeitet und dabei seine Ehrlichkeit auch zu sich selbst nicht verliert und seinen Prinzipien treu bleibt, hat Erfolg. Ich habe in dieser Zeit sehr viel gelernt, auch, dass man Menschen mitziehen kann, wenn man selbst positiv und begeisterungsfähig ist.

**F: Würden Sie die gleichen Entscheidungen wieder treffen?**

A: Ja.

## AKTUELLE SITUATION

**F: Sie sind Regierungsrätin des Fürstentums Liechtenstein. Können Sie uns erzählen, wie Sie dort gelandet sind?**

A: Kurz nachdem ich mich im Bereich Management Consulting selbstständig gemacht hatte, hatte ich einen Vortrag am Business Forum für Frauen in Vaduz. Einige Wochen nach dem Vortrag wurde ich von Parteifunktionären zum Mittagessen eingeladen und gefragt, ob ich mir vorstellen könnte, als Kandidatin für die neue Regierung im Wahlkampf dabei zu sein. Nach einer kurzen Bedenkzeit sagte ich ja.

**F: Woher rührt Ihr Interesse für die Politik? Haben Sie sich bereits vorher in der Politik engagiert?**

A: Ich komme aus einer politischen Familie. Wir haben zu Hause sehr oft und gern politisiert – mein Vater, meine Mutter. Vor allem aber hat mich eine Grosstante inspiriert. Sie hat sich Zeit ihres Lebens für die Rechte der Frauen in Liechtenstein eingesetzt.

**F: Welche Aufgaben beinhaltet Ihre Funktion als Regierungsrätin?**

A: Wollen Sie die ganze Liste? Ich glaube, dann werden wir es nicht bis zur letzten Frage schaffen (lacht). Die Schwerpunkte meiner Tätigkeit betreffen meine drei Ressorts: Äusseres, Justiz und Kultur. In jedem der Ressorts fallen sehr viele Aufgaben an.

**F: Wie sieht ein normaler Arbeitstag einer Regierungsrätin aus?**

A: Durchgeplant.

**F: Mit welchen Schwierigkeiten sehen Sie sich konfrontiert?**

A: Kein Tag ist wie der andere. Was auf der einen Seite wunderbar und sehr spannend ist, ist auf der anderen Seite auch anspruchsvoll und anstrengend. So etwas wie Routine kenne ich nicht.

Vor allem aber hat mich eine Grosstante inspiriert. Sie hat sich Zeit ihres Lebens für die Rechte der Frauen in Liechtenstein eingesetzt.

**F: Gibt es Fähigkeiten, die Sie im Rahmen des Studiums oder der Arbeit als Rechtsanwältin erlangt haben, die für solche Situationen oder Ihre Arbeit als Regierungsrätin im Generellen besonders hilfreich sind?**

A: Ich kann komplexe Sachverhalte in kurzer Zeit erfassen und die richtigen Fragen stellen.

**F: Wo liegen Ihres Erachtens die politischen Prioritäten im Fürstentum Liechtenstein und in Europa?**

Das ist eine grosse Spannweite, die Sie hier ansprechen. Zum Glück gibt es aber Themen, die sowohl für Liechtenstein wie auch für Europa elementar sind, beispielsweise dass wir gute Lösungen für den Brexit finden, damit unsere Wirtschaft weiterhin konkurrenzfähig bleibt.

**F: Wie sehen Sie Ihre Rolle als Regierungsrätin des Fürstentum Liechtensteins im europäischen und internationalen Umfeld?**

A: Wir können und wollen ein zuverlässiger Partner sein.

**F: Worin sehen Sie aktuell die Herausforderungen im Verhältnis zur Europäischen Union und welche Auswirkungen wird der Brexit auf das Fürstentum Liechtenstein haben?**

A: Es ist von grosser Wichtigkeit, dass wir den Anschluss an Europa nicht verlieren. Wir haben die Weichen früh genug gestellt und werden alles dafür tun, dass die Auswirkungen des Brexit auf Liechtenstein eben nicht spürbar sein werden.

**F: Wie kam es dazu, dass sich das Fürstentum Liechtenstein so stark für die Erweiterung der Gerichtsbarkeit des ICC auf den Straftatbestand *Crime of Aggression* einsetzte und was benötigt es, damit man auf internationaler Ebene zu einem solchen erfolgreichen Durchbruch gelangt?**

A: Als Land ohne Militär haben wir uns dort stark gemacht, wo wir konnten. Wir sind Mitglied der UNO und haben wie jedes andere Land auch eine Stimme. Erfolg hat man dann, wenn man seine Interessen glaubhaft vertreten kann. Liechtenstein hat keine Hintergedanken, wir setzen uns einfach ehrlich für die Einhaltung des Völkerrechts ein.

Erfolg hat man dann, wenn man seine Interessen glaubhaft vertreten kann. Liechtenstein hat keine Hintergedanken, wir setzen uns einfach ehrlich für die Einhaltung des Völkerrechts ein.

**F: Worin sehen Sie die spezifischen Vorteile eines kleineren Landes, sich wirkungsvoll in der internationalen Staatengemeinschaft einzubringen?**

A: Liechtenstein gehört zu den wichtigsten Un-

terstützern des Internationalen Strafgerichtshofs. Multilaterale Diplomatie ist nicht allein den grössten und mächtigsten Staaten vorbehalten. Häufig kommt kleinen Akteuren, die politisch unbelastet und daher auch mit grosser Glaubwürdigkeit auftreten können, eine wichtige Rolle zu.

**F: Aus demokratiepolitischen Überlegungen wurde ein EWR-Beitritt in der Schweiz häufig nur als „Zwischenschritt“ zu einem letztlichen EU-Beitritt gesehen. Gibt es ähnliche Bedenken in Liechtenstein bezüglich der Zukunftsfähigkeit der EWR-Mitgliedschaft des Fürstentums?**

A: Nein gar nicht. Wir haben eine unaufgeregte EWR-Politik. Der EWR hat sich für Liechtenstein als massgeschneidertes Integrationsmodell für Europa erwiesen. Eine Umfrage im Jahr 2015 hat gezeigt, dass 85 Prozent der Bevölkerung den EWR – 20 Jahre nach Liechtensteins Beitritt – positiv bewerten.

Eine Umfrage im Jahr 2015 hat gezeigt, dass 85 Prozent der Bevölkerung den EWR – 20 Jahre nach Liechtensteins Beitritt – positiv bewerten.

**F: Was sind Ihnen persönlich die wichtigsten politischen Anliegen?**

A: In meinem Alltag geht es wie gesagt vor allem um Aussenpolitik, Justiz und Kultur. In diesen Bereichen liegen auch meine wichtigsten politischen Anliegen. Sie fragen aber nach meinem persönlichen Anliegen. Ich bin eine starke Verfechterin der Chancengleichheit von Frau und Mann!

**F: Sie sind mittlerweile seit neun Jahren Mitglied der Regierung. Können Sie uns im Rückblick von einigen Highlights erzählen?**

Sie wollen noch eine Liste? (lacht) Wenn es für Sie in Ordnung ist, möchte ich drei Highlights nennen:

- Ein neues und sehr modernes Kulturgütergesetz. Damit können wir unser kulturelles Erbe achten und auch schützen.

- Gleichzeitig zum 20-Jahr-Jubiläum des Römer Status treten am 17. Juli 2018 die sogenannten Kampala-Zusätze in Kraft. Damit kann erstmals ein internationales Gericht Einzelpersonen zur Verantwortung ziehen, die das Gewaltverbot der Aggression in internationalen Beziehungen verletzen. Unter Liechtensteinischer Leitung konnte nach langjährigen Verhandlungen eine Definition für Aggressionskriege gefunden werden. Ein grosser Erfolg.
- Im Dezember 2016 verabschiedete die UNO-Generalversammlung mit 105 Ja- und 15 Nein-Stimmen eine Resolution zum sogenannten Syrienmechanismus, den Liechtenstein geschrieben hat. Der Syrienmechanismus ermöglicht es, Beweismaterial über die Kriegsverbrechen zu sammeln, die in Syrien seit März 2011 begangen worden sind. Ziel ist die strafrechtliche Verfolgung der Kriegsverbrecher. Ich bin ganz stark der Meinung, dass es keinen wirklichen Frieden ohne Gerechtigkeit gibt. Daher ist mir dieses Thema auch eine Herzensangelegenheit.

Und ach ja, da kommt mir noch in den Sinn, dass wir die Zivilprozessordnung überarbeiten, um Zivilverfahren einfacher, schneller und kostengünstiger zu machen.

**F: Sie sind gleichzeitig erfolgreiche Politikerin und Mutter. Welche Schwierigkeiten entstehen daraus? Wie weit sind wir heute bei der Frage der Vereinbarkeit von Karriere und Familie?**

A: Ich glaube, es ist prinzipiell falsch von „Schwierigkeiten“ zu sprechen. Es gibt keine „Schwierigkeiten“ wenn man gleichzeitig Politikerin oder Berufsfrau und Mutter ist. Es gibt die eine oder andere Herausforderung. Solange die Gesellschaft – ich mache Ihnen keinen Vorwurf – es als „schwierig“ ansieht, dass Frauen mehrere Rollen kompetent und erfolgreich einnehmen können, solange sind wir noch nicht am Ziel, dass es einfach nur selbstverständlich ist, dass eine Frau beides sein kann: Mutter und Berufsfrau!

## DIVERSES

**F: Welche Ratschläge haben Sie an Studenten/-innen, die sich für eine politische Karriere interessieren?**

A: Sagt „Ja“, wenn Ihr die Chance habt, politisch mitzugestalten und mitzuwirken.

**F: Was waren Ihre bevorzugten Lehrveranstaltungen an der Universität Freiburg und gab es Professorinnen und Professoren, die Ihnen besonders im Gedächtnis geblieben sind?**

A: Ob Sie's glauben oder nicht, ich liebte Vorlesungen und habe auch Seminare voller Begeisterung besucht. Ich habe oft und viel diskutiert und mich mit Studenten und Dozenten ausgetauscht. Mir kommt vor allem ein Professor in den Sinn: Peter Gauch. Ich habe mich sehr für Privatrecht interessiert und habe darüber auch meine Dissertation geschrieben. Peter Gauch hat mich geprägt, er ist fachlich aber auch menschlich ein grosses Vorbild.

Ich habe zwei Kinder – ein Junge und ein Mädchen. Wenn sie volljährig werden, das heisst ca. im Jahr 2030 haben sie die gleichen Chancen, um alles im Leben zu erreichen, was sie wollen!

**F: Was ist Ihre beste Erinnerung aus Ihrer Studienzeit in Freiburg?**

A: Ich hatte das Glück, in Fribourg meine drei besten Freundinnen kennen zu lernen. Wir treffen uns heute noch regelmässig.

**F: Haben Sie einen Traum?**

A: Ich habe vielmehr eine Vision: Ich habe zwei Kinder – ein Junge und ein Mädchen. Wenn sie volljährig werden, das heisst ca. im Jahr 2030 haben sie die gleichen Chancen, um alles im Leben zu erreichen, was sie wollen!



# LEADING CASES



LawInside.

Leading Cases is a section compiled by LawInside.ch within the framework of a collaboration with Quid; it updates you with the latest cases from recent Swiss jurisprudence.

## Un arrêt détaillé

### L'action réintégrande : sa nature et ses conditions

*TF, 13.03.2018, 4A\_197/2017\**

#### Faits

Deux fermiers prennent à bail un domaine agricole pour une durée déterminée. Le contrat de bail est conclu entre eux et le propriétaire de l'époque. Il est convenu dans le contrat de bail à ferme que, à l'expiration de la durée du contrat, si le bailleur n'a pas lui-même d'enfant, il s'engage à remettre le bail à un neveu des deux fermiers. En cours de bail, le propriétaire de l'époque vend son domaine à un nouveau propriétaire qui reprend alors le bail à ferme avec les deux fermiers.

Avant l'expiration de la durée de la relation de bail à ferme, les deux fermiers et le bailleur (le nouveau propriétaire) concluent une convention de résiliation du contrat de bail à ferme. Au vu de cette convention, l'autorité foncière cantonale informe le bailleur qu'il n'est plus tenu de conclure une relation de bail à ferme avec un neveu des fermiers. Le bailleur conclut donc un contrat de bail à ferme avec un tiers.

Les deux fermiers et leur neveu mettent en demeure le bailleur de conclure un nouveau contrat de bail à ferme avec le neveu. Les deux fermiers informent par la suite le bailleur du fait qu'ils ont transmis l'exploitation agricole à leur neveu.

Le bailleur introduit alors une action possessoire (réintégrande au sens de l'art. 927 al. 1 CC) contre le neveu, tendant à la restitution du fonds. Faute d'urgence, le Tribunal de première instance rejette l'action possessoire du bailleur. Le Tribunal cantonal fribourgeois rejette l'appel du bailleur au motif que celui-ci n'aurait jamais été possesseur du fonds et que dès lors, il n'est pas titulaire d'une action possessoire.

Le bailleur recourt contre cet arrêt au Tribunal fédéral, lequel est amené à déterminer si le bailleur est ou

non titulaire d'une action possessoire contre le neveu.

#### Droit

Le Tribunal fédéral explique que le demandeur à l'action réintégrande (art. 927 al. 1 CC) doit prouver la réalisation de deux conditions: premièrement, qu'il avait la possession de la chose et, secondement, qu'il en a perdu la possession à la suite d'un acte d'usurpation illicite. Le degré de la preuve exigé par l'art. 927 al. 1 CC est la certitude (voller Beweis) ; la simple vraisemblance (blosses Glaubhaftmachen) ne suffit pas.

Concernant la première de ces conditions (preuve de la possession), le Tribunal fédéral explique que lorsque le propriétaire de l'immeuble loue celui-ci à un locataire (ou fermier), les deux sont possesseurs : le locataire a la possession immédiate (unmittelbarer Besitz) et le propriétaire la possession médiante (mittelbarer Besitz). Si, en tant que moyen de réaction contre une voie de fait apparente, l'action possessoire protège avant tout le possesseur immédiat contre les tiers, elle protège aussi le possesseur médiat, propriétaire de l'immeuble.

Toujours en lien avec cette première condition, le Tribunal fédéral explique que lorsque le propriétaire qui a affermé son immeuble aliène celui-ci, il cède aussi à l'acquéreur la possession médiante qui est la sienne, par délégation de possession (Besitzanweisung), sans que la possession immédiate des fermiers n'en soit affectée (art. 924 al. 1 1ère hypothèse CC), puisque le bail à ferme agricole passe à l'acquéreur (art. 14 LBFA).

Partant, en l'espèce, lorsque le bailleur a acquis la propriété du domaine agricole litigieux de l'ancienne propriétaire, il a également acquis la possession médiante sur l'immeuble. L'instance cantonale est donc tombée dans l'arbitraire en considérant que le bailleur n'a jamais été possesseur du fonds litigieux.

Le Tribunal fédéral considère ainsi que la première condition de l'action réintégrande est remplie. Ce faisant, il admet le recours et renvoie la cause à l'instance cantonale pour qu'elle examine si la seconde condition précitée (l'existence d'un acte d'usurpation) est remplie ou non.

ARNAUD NUSSBAUMER, L'action réintégrande : sa nature et ses conditions, in: [www.lawinside.ch/582/](http://www.lawinside.ch/582/)

## Aperçu de quelques jurisprudences récentes

### **Droit conventionnel, CourEDH, 09.01.2018, Affaire GRA Stiftung gegen Rassismus und Antisemitismus c. Suisse, requête no 18597/13**

#### CAMILLA JACQUEMOUD, **L'interdiction de qualifier un discours politique de « racisme verbal » et la liberté d'expression (CourEDH)**

La Suisse a violé la liberté d'expression (art. 10 CEDH) de la Fondation contre le racisme et l'antisémitisme en lui ordonnant de retirer de son site internet une publication qualifiant de « racisme verbal » les propos tenus par un président de section cantonale d'un parti politique lors d'un discours de campagne, estimant en substance qu'il était temps d'arrêter l'expansion de l'Islam, que la culture de référence suisse, basée sur le Christianisme, ne pouvait pas se permettre d'être remplacée par d'autres cultures et que, dans ce contexte, un signe symbolique comme l'interdiction des minarets représenterait une expression de la préservation de l'identité suisse.

### **Droit public, TF, 07.12.2017, 2C\_206/2016\***

#### CAMILLA JACQUEMOUD, **La gratuité des camps scolaires obligatoires et des cours de langue supplémentaires indispensables**

Les dépenses pour les excursions et les camps font partie des moyens nécessaires et servant immédiatement l'objectif d'enseignement, lorsqu'il existe une obligation d'y participer. Dans ce cas, elles font partie de l'enseignement de base suffisant et gratuit (art. 19 Cst.). Partant, on ne peut facturer aux parents que les frais d'alimentation qu'ils économisent en raison de l'absence de leurs enfants, soit au maximum entre 10 et 16 CHF par jour.

Il n'est pas compatible avec l'égalité des chances garantie par l'art. 19 Cst. de facturer (en partie) l'enseignement linguistique supplémentaire et/ou les services d'interprète indispensables pour que l'enfant reçoive une offre de formation suffisante au sens de l'art. 19 Cst.

### **Droit public, TF, 15.12.2017, 2C\_1054/2016 et 2C\_1059/2016\***

#### ARNAUD NUSSBAUMER, **L'organisation d'une étude d'avocats en société anonyme**

Le fait que des personnes autres que des avocats inscrits dans un registre cantonal détiennent des droits

de participation dans une étude d'avocats, organisée sous forme de personne morale, ou siègent dans son conseil d'administration, n'est pas conciliable avec les garanties d'indépendance et de secret professionnel prévues dans la LLCA.

### **Droit de la filiation, TF, 18.12.2017, 5A\_332/2017\***

#### SIMONE SCHÜRCH, **Le père biologique peut-il faire constater sa paternité en présence du père juridique?**

En cas d'inaction du père juridique marié à la mère de l'enfant, le père biologique ne dispose d'aucun moyen pour faire constater juridiquement son lien de filiation. Cette situation ne porte pas atteinte à sa personnalité, ni en ce qui concerne l'absence d'une action lui permettant de contester la présomption de paternité du mari (art. 256 al. 1 CC), ni en ce qui concerne le fait que celui-ci refuse de contester sa paternité.

### **Droit des successions, ATF 143 III 640**

#### EMILIE JACOT-GUILLARMOD, **Le testament oral**

Pour la validité du testament oral, il n'est pas nécessaire que le testateur exprime verbalement ses dernières volontés, ni qu'il ait eu l'initiative du processus. En tant que telle, la lecture d'une proposition de testament par l'un des témoins ne viole ainsi pas les art. 506 ss CC.

### **Procédure pénale, TF, 13.12.2017, 1B\_366/2017\***

#### MARIE-HÉLÈNE SPIESS, **La surveillance téléphonique et la tromperie des autorités**

Il y a notamment « tromperie » au sens de l'art. 140 CPP lorsque la personne en cause est sciemment induite en erreur par quelqu'un représentant l'autorité. Ce qui est décisif est le fait que la personne se fonde sur un état de fait erroné en raison des explications de l'autorité pénale. La limite entre tromperie et ruse doit être appréciée en fonction des circonstances du cas d'espèce. Un prévenu ne dispose pas d'un droit à ce que les autorités mettent un terme immédiat à ses activités illégales et ne peut donc pas invoquer une tromperie selon l'art. 140 CPP.

\* Arrêt destiné à la publication au recueil officiel.



# POLITIQUE UNIVERSITAIRE

*Liebe Studentinnen, liebe Studenten,*

*Die folgenden Zeilen sollen euch über die letzten universitätspolitischen Ereignisse und unsere letzten Veranstaltungen am Laufenden halten.*

*Viel Spass beim Lesen,*

*Euer Komitee der Fachschaft Jus.*

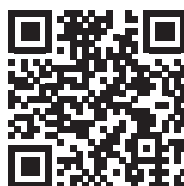
Tout d'abord, la Commission d'élection du Rectorat. Les deux candidates au Rectorat la Prof. Astrid Epiney (actuelle Rectrice, Faculté de droit) et la Prof. Bernadette Charlier Pasquier (Doyenne de la Faculté des Lettres et sciences humaines) se sont présentées lors de la séance d'audience du 20 mars 2018. Lors de cette séance, à l'issue de leurs présentations respectives, différentes questions ont été posées quant à leur méthode de gestion du rectorat et des fonds de l'Université, ainsi qu'en rapport avec l'attractivité de l'Université. L'élection s'est déroulée le 11 avril et nous félicitons la Prof. Astrid Epiney pour sa réélection.

*Ein anderer Punkt ist die Zusammenarbeit zwischen unserer Universität, der Eidgenössischen technischen Hochschule Lausanne (EPFL) und der Hochschule für Technik und Architektur (EIA-FR) im Rahmen des Smart Living Lab. Dabei handelt es sich um Zukunftsfelder wie künstliche Intelligenz, Roboter oder Big-Data-Verarbeitung, welche zahlreiche rechtliche Fragen aufwerfen. Um diese neuen Elemente in den Unterricht einzufügen hat der Fakultätsrat einen Lehrstuhl für Infrastruktur und neue Technologien geschaffen, aus dem theoretische Elemente in die Kurse Einführung ins Recht, im Besonderen in Verbindung mit der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privaten Recht eingebracht werden sollen (für nähere Informationen: [www.smartlivinglab.ch](http://www.smartlivinglab.ch)).*

Finalment, notre cher Prof. Paul-Henri Steinauer prenant sa retraite à la fin de l'année académique 2018, nous avons pris une part active dans le choix de son successeur (via une Commission de structure, puis une Commission de sélection). Le Rectorat a approuvé le choix du Conseil de Faculté, qui lui avait soumis en décembre 2017 la candidature de Maître Maryse Prader-vand-Kernen, de l'Université de Neuchâtel, en primo loco. Nous félicitons chaleureusement notre nouvelle Professeure et nous réjouissons d'ores et déjà de profiter de son enseignement.

*Unter den von der Fachschaft organisierten Veranstaltungen möchten wir besonders das grosse Interesse für den Besuch der Anwaltskanzlei Niederer, Kraft und Frey in Zürich hervorheben, welcher gemeinsam mit dem Komitee von Quid? organisiert wurde. Die Plätze waren im Nu vergeben. Die Möglichkeit mit erfahrenen und auch jungen Anwälten einen Austausch führen zu können ist keine Alltäglichkeit und war deshalb eine sehr bereichernde Erfahrung für alle teilnehmenden Studenten.*

De plus, pour la 6<sup>e</sup> année consécutive, nous avons assisté le Prof. Walter Stoffel dans l'organisation de la série de projection de films « Le Droit dans le cinéma », placée sous le sigle de la vérité. Cette édition a su susciter l'intérêt tant des étudiants que des professeurs, notamment grâce à la présence fréquente des réalisateurs mais surtout à la fine sélection des films projetés. Aussi ravi que nous, le Prof. Stoffel nous a assuré qu'il réitérera cette manifestation l'année prochaine – avec notre soutien, bien évidemment.



[www.facebook.com/fribourglawreview](http://www.facebook.com/fribourglawreview)

@UniFrLawReview