

Das Schweizerische im Schweizer Recht

Abschiedsvorlesung¹ vom 9. Mai 2007

von Prof. Dr. Christian Brückner, Basel

Erschienen in BJM 2007 S. 153-168

1. Was ist das Schweizerische?

Gar manches wäre zu sagen. *Ein* Merkmal sei hier herausgegriffen: unser *genossenschaftliches Staatsverständnis*. Der Schweizer² versteht den Staat als eine Selbsthilfeorganisation. In gemeinsamer Selbsthilfe sorgen die Schweizer für Ordnung, Gerechtigkeit und Wohlfahrt. Der Name "*Schweizerische Eidgenossenschaft*" meint, was er sagt. Die Schweizer erwarten von ihrem Staat nicht mehr und nichts Anderes, als was sie in gemeinsamer Selbsthilfe selber tun können. Steuersenkungen, die dem Staat die Mittel wegnehmen, die er braucht, haben beim Stimmbürger keine Chance. Das mag historisch begründet sein durch die Staatswerdung. Von berglandwirtschaftlichen Dorfgenossenschaften wurde der schweizerische Staatsgedanke ausgerollt, hinab in die Städte des Flachlands, anders als überall sonst, wo urbane Fürsten den Arm ihrer Macht ins gebirgige Hinterland hochgereckt haben.

Der Geist der Genossenschaftlichkeit lebt auch heute. So wurde nach dem grossen Regen vom August 2005 aus Engelberg berichtet, wie sehr die von der Aussenwelt abgeschnittenen ausländischen Feriengäste beeindruckt waren, nicht vom Wasser, sondern von den Einheimischen: Vom Gemeindearbeiter bis zum Kurdirektor standen sie mit Gummistiefeln in der Landschaft, schichteten Sandsäcke und nagelten Bretterstege. Das war schweizerisch. Auf Trümmern zu jammern wäre es nicht gewesen.

Die Genossenschaft des schweizerischen Zivilrechts ist gekennzeichnet durch das Kopfstimmrecht - ein geradezu stures Gleichheitsprinzip (Art. 885 OR). Die zivilrechtliche Regelung reflektiert einen Teil unserer Staatsideologie, nämlich das Kopfstimmrecht der Kantone im Ständerat. Auch der offene Mitgliederkreis der Genossenschaft (Art. 839 OR) ist typisch für den Staat. Wer sich genossenschaftlich integrieren kann, wird akzeptiert. Die Schweiz hat kein Staatsvolk mit ethnischer, sprachlicher oder religiöser Identität. Die genossenschaftliche Staatsidee ist alles, was die Schweizer zusammenhält. Ohne diese Idee könnten sich die verschiedenen Sprachgruppen den Nachbarländern anschliessen, deren Fernsehunterhaltung sie ohnehin täglich konsumieren. Es bräuchte keine Schweiz.

Die Schweiz ist in erster Linie Genossenschaft, nur in zweiter Linie Demokratie und Rechtsstaat. Weil sich die Schweizer ihrer Genossenschaftlichkeit so sicher sind, glauben sie, sich manche Demokratie- und Rechtsstaats-Defizite leisten zu können.

¹ Der Abschied gilt der Lehrtätigkeit an der Basler Juristischen Fakultät zufolge der neuerdings mit Ernst gehandhabten akademischen Altersgrenze, nicht jedoch der Wissenschaft und den weiteren Tätigkeiten bei VISCHER, Rechtsanwälte und Notare sowie in Privatwirtschaft und öffentlichen Ämtern.

² Nicht von den Frauen und von den Männern im Lande ist hier die Rede, nicht also von den Schweizerinnen und den Schweizern, sondern von den Menschen. Sie werden im Folgenden als Schweizer bezeichnet.

Anders ist es in unseren grossen benachbarten Demokratien. Sie sind die Erben alter Monarchien, sind also Staaten, deren oberste Behörden sich damals schon und heute noch als Herrscher, die Bürger sich als Untertanen empfinden. In diesen mittlerweile demokratisch legitimierten Herrschaftsstrukturen wird mehr als in der Schweiz das Bedürfnis empfunden, die demokratischen Spielregeln pünktlich durchzuexerzieren. Das geht hinab bis in das leicht unterschiedliche Gruppenverhalten von Sportvereinen und Schülertheatern. In der Schweiz organisieren sich solche Gruppen informell, gewissermassen zwischen Tür und Angel. Im demokratischen Ausland werden zu solchen Zwecken oftmals Versammlungen abgehalten und Abstimmungen durchgeführt. Dem Schweizer geht das Abstimmen im privaten Kreis gegen den Strich. Das Gespür für vorherrschende Meinungen und das Konkordanzbedürfnis führen meist zum informellen Konsens. Abgestimmt werden muss erst, wenn Feuer im Dach ist - mit einem vorwurfsvollen Seufzer an die Adresse der Minderheiter, die sich nicht dem Konsens angeschlossen haben.

2. Identifikation des Bürgers mit dem Staat

Die Genossenschaftlichkeit des schweizerischen Sozialverhaltens führt zu einer hohen Identifikation mit dem Staat. Im Vergleich zum Ausland ist sie einzigartig. "*Wir sind der Staat*", ist die Devise der Schweizer. Der Staat ist, wie gesagt, kein Herrschaftsinstrument, sondern eine Selbsthilfeorganisation. Die Behörden sind nicht Herrschende, sondern Chargierte. Es wundert niemanden, Bundesminister im öffentlichen Verkehrsmittel anzutreffen. Der Schweizer ist nicht Untertan, sondern *Mitglied* seines Staates. Hierin gründet das *Urvertrauen* des Schweizer in seinen Staat und dessen Behörden und das partnerschaftliche Verhältnis der Behörden zu den Bürgern. Unzählige Ausnahmen bestätigen die Regel.

Staatsidentifikation und gegenseitiges Vertrauen äussern sich mannigfaltig. Die quartalsweisen Abstimmungen zu Sachfragen halten das Bewusstsein des Schweizer wach, dass die öffentliche Sache *seine* Sache ist. Die Armee-Waffe samt Munition im Privathaushalt zeigt, dass der Staat vor seinen Bürgern keine Angst hat, sondern von ihnen Schutz und Unterstützung erwartet. (Wenn heute eine Mehrheit von Umfrageteilnehmern die Sturmgewehre lieber ins Zeughaus zurückbrächten, so zeigt dies nur, dass die Angst vor ganz seltenen Amokläufern grösser ist als diejenige vor fehlgeleiteter Staatsgewalt. Auch ist die politische Bedeutung dieser Gewehre geschwunden in einer Zeit, in der Strassengewalt mit Gummischrot, militärische Gewalt mit Panzern und Raketen bekämpft wird).

a) Ausprägung der hohen Staatsidentifikation im Recht

Aus der Staatsidentifikation fliesst der verbreitete Wille zur loyalen Rechtsausübung. Zu den Steuerbeamten in Kantonen und Gemeinden besteht weitherum ein partnerschaftliches Verhältnis, im Gegensatz zu geradezu feindseligen Verhaltensmustern in anderen europäischen Ländern. Die Polizei ist in der Schweiz ausgesprochen populär. Sie ist nicht nur in ihrer Eigenwerbung, sondern auch im Empfinden der Bürger vorwiegend Freund und Helfer im Alltag, nicht Exponentin staatlicher Macht.

Das bestehende Vertrauen erlaubt es in der Schweiz, Gesetze und Verträge kurz zu halten. Juristische Texte können und sollen nicht alle Eventualitäten regeln. Über das ungeschriebene Bleibende werden sich die Rechtsanwender zu gegebener Zeit verständigen können. Sie sind ja aus gleichem Holz. Notfalls weiss der Richter das Richtige. Auch er ist aus dem gleichen Holz.

Der Mut zur Lücke kommt schon im Ingress zum Zivilgesetzbuch zum Ausdruck. In Art. 1 Abs. 2 ist nachzulesen, dass der Richter, wenn er im Gesetz keine Antwort findet, nach der Regel zu entscheiden hat, die er selber als Gesetzgeber aufstellen würde. Im nächsten Artikel wird dem Richter verboten, den offenbaren Missbrauch von Rechten zu schützen: Ist die dem Buchstaben von Gesetz und Vertrag konforme Rechtsanwendung im Ergebnis krass daneben, dann darf und soll der Richter sich über das geschriebene Recht hinwegsetzen. Entsprechend gross ist im schweizerischen Gesetzesrecht die Zahl von unbestimmten Begriffen, die den anwendenden Behörden Ermessensspielräume offenlassen.

b) Ein Beispiel: Die Steuerumgehungspraxis

Ein Musterbeispiel für das Gesagte ist die schweizerische Steuerumgehungspraxis. Sie ist in der schweizerischen Ausprägung wohl nirgends im Ausland denkbar. Auch unsere Steuergesetze sind kurz, mindestens im Vergleich zu entsprechenden ausländischen Erlassen, und also voller Lücken. Das schadet nichts, denn es gilt der ungeschriebene Grundsatz, dass jedes missbräuchliche Ausnutzen von Gesetzeslücken - jede juristische Schlaumeierei zur Steuerersparnis - für den Fiskus unbeachtlich ist. Hierzu zwei Beispiele:

Dividendenausschüttungen schweizerischer Aktiengesellschaften unterliegen bekanntlich der Verrechnungssteuer von 35%. Ausländische Aktionäre können diese Steuer zuweilen nicht zurückfordern. So mag der ausländische Inhaber einer schweizerischen Einmann-AG auf die schlaue Idee kommen, seine Gesellschaft vorwiegend mit verzinslichen Darlehen statt mit Aktienkapital zu finanzieren. Die Zinsen nämlich fliessen verrechnungssteuerfrei. - Steuern werden dadurch aber nicht gespart. Der schweizerische Fiskus legt nach eigenem Ermessen fest, wie eine sachgerechte Finanzierung der Gesellschaft aussehen müsste und welcher Anteil der Unternehmensgewinne demgemäss als Kapitaldividende der Verrechnungssteuer unterliegt, unabhängig von ihrer rechtlichen Darstellung als Darlehenszins.

Das Beispiel ist banal. Die Steuerumgehungspraxis erklimmt zuweilen aber auch Höhen argumentativen Scharfsinns, die weit oberhalb solcher Banalität liegen: Da hatte ein ausländischer Konzern eine Verkaufsgesellschaft in der Schweiz etabliert, hier Jahr für Jahr Verluste eingefahren und diese Verluste mit Konzerndarlehen abgedeckt. Nach dem fünften Jahr betrug der Verlustvortrag auf der Aktivseite und das Konzerndarlehen auf der Passivseite der Tochter-Bilanz je eine Million Franken. Anfangs des sechsten Jahres kam die Veranlagung einer eidgenössischen Verrechnungssteuerforderung für 350'000 Franken mit der Begründung, es liege eine verdeckte Gewinnausschüttung in der Höhe des Verlustvortrages vor.

Eine ausländische Konzernmutter, die jedes Jahr nur Geld in die Schweiz geschickt hat, vermag auf Anhieb schwer zu begreifen, dass sie verdeckte Gewinne bezogen und damit die schweizerische Verrechnungssteuer auf Dividendenausschüttungen umgangen haben soll. Aber der Umgehungsvorwurf ist begründet, die Steuer zu bezahlen. Kein vernünftiger Geschäftsmann finanziert während fünf Jahren in Folge die Verluste einer unrentablen Tochtergesellschaft. Die Durchhaltestrategie des Konzerns dokumentiert vielmehr, dass die schweizerische Tochter dem Konzern einen Nutzen brachte und bringt, und zwar einen Nutzen, für den die Tochter offensichtlich vom Konzern nicht gebührend honoriert wird. Die Leistung dieses Nutzens entspricht, soweit sie nicht entschädigt wird, einer Gewinnausschüttung, rechnerisch in der Grösse des darlehensweise finanzierten Verlustvortrages. Hierauf ist die Verrechnungssteuer zu bezahlen. Das typisch Schweizerische besteht darin, dass die Steuerforderung auch in einem solchen Falle keiner anderen rechtlichen Grundlage bedarf als eben des Verbots der Steuerumgehung.

c) Zweites Beispiel: Der Gewährsartikel im Bankengesetz

Ein ähnlicher Vertrauensbeweis zwischen Bürger und Staat findet sich in Art. 3 des Bankengesetzes. Die Banken in der Schweiz bedürfen für ihren Geschäftsbetrieb einer Bewilligung der eidgenössischen Bankenkommision (EBK). Die Bewilligung wird nur erteilt, wenn *"die mit der Verwaltung und Geschäftsführung der Bank betrauten Personen ... Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten."* Dieser sogenannte Gewährsartikel erlaubt es der EBK, einer Bank die Lizenz zu entziehen, wenn ein Kadermitglied nach Meinung der EBK keine Gewähr für einwandfreie Geschäftsführung mehr bietet.

Längst hat die EBK ihrer Gewährspraxis ausgeweitet über jenen Gläubigerschutz hinaus, der das Ziel des Bankengesetzes ist. Auch Bankenkader, die in ihrem Geschäftsgebaren die Gläubigerinteressen ihrer Kundschaft hervorragend wahren, müssen allenfalls den Hut nehmen, wenn sie sich in andern Lebensbereichen straffällig gemacht haben oder - nach Meinung der EBK - für die Würde und Reputation des schweizerischen Bankenplatzes ein Problem sein könnten. Eine Aufforderung seitens der EBK an die betreffende Bank, das Direktionsmitglied aus seiner Funktion zu entfernen, genügt. Verfügungsadressatin ist die Bank, nicht das Direktionsmitglied. Die Sanktion ist der Entzug der Lizenz gegenüber der Bank, nichts mehr und nichts weniger. Banken lieben es nicht, über ihre Lizenz mit der EBK zu diskutieren oder gar einen Rekurs zu machen. Das von der EBK abgeschossene Direktionsmitglied muss nicht nur seinen Hut nehmen, sondern seinen Beruf wechseln. Denn auch bei anderen Banken in der Schweiz ist fortan kein Unterkommen mehr.

Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten sind dergleichen Amtsbefugnisse ein Horror. Auf der soliden Grundlage des schweizerischen Urvertrauens in den Staat und seine Behörden haben sie nichts Anstössiges. Die Mitglieder der EBK sind Menschen aus dem gleichen Holz wie die übrigen Schweizer und finden in aller Regel das richtige Mass.

d) Defizite an Rechtsstaatlichkeit als Kehrseite

So wundert es wenig, dass gerade die Schweiz Probleme mit der EMRK bekam. Der Haftrichter wurde uns von Strassburg her aufgezwungen - nach unserer Meinung unnötigerweise. Auch Staatsanwälte sind aus unserem Holz und kennen das richtige Mass allermeist. Dass jeder Untersuchungsgefangene spätestens nach 48 Stunden einem Haftrichter vorgeführt werden muss, ist für das schweizerische Staatsverständnis nicht zwingend.

Überhaupt ist der Schweizer von geringer Sensibilität, ja geradezu dickhäutig gegenüber Interessenkonflikten. Hat ein erstinstanzlicher Richter das Kostenerlassgesuch des Klägers mit der dezidierten Begründung abgewiesen, die Klage sei chancenlos, und kriegt dieser Richter alsdann vom Obergericht aufs Dach bezüglich des verweigerten Kostenerlasses, so gilt er bei der anschliessenden materiellen Beurteilung der Klage nicht als befangen. Ein solcher Richter, findet das Bundesgericht, wisse doch wohl die unterschiedlichen Rollen auseinander zu halten, wenn er die Klage das erste Mal im Zusammenhang mit dem Kostenerlass, das zweite Mal ohne diesen Zusammenhang beurteilt. Und überhaupt, sagt das Bundesgericht, sind unsere Gerichtsorganisationen und deren Personalbestände so klein, dass man nicht nach jeder Vorbefassung das Pferd wechseln kann. BGE 131 I 113.

Daran ist fast alles richtig. Bloss der Kläger mag einen Moment lang daran gezweifelt haben, ob er einen fairen Prozess bekam, mindestens in erster Instanz.

Unempfindlichkeit gegen Doppelrollen prägt die Rechtssprechung in der Schweiz generell: Unsere Gerichte, das Bundesgericht voran, lieben es, Urteile mit oft recht fragmentarischen Sachverhaltsangaben zu publizieren, die rechtlichen Erörterungen aber anzureichern mit zahlreichen *dicta* und *obiter dicta*, die sich mangels klaren Sachverhaltsbezugs nicht nur wie generell-abstrakte Normen lesen, sondern auch so gemeint sind. Damit übernehmen die Gerichte gesetzgeberische Funktionen. Für die in den angelsächsischen Ländern gepflegte Disziplin, Gerichtsurteile aufgrund ihrer Sachverhalte zu interpretieren und *obiter dicta* als juristischen Schrott zu betrachten, besteht in der Schweiz kein Verständnis, weder seitens der Gerichte noch seitens der Doktrin. Wer es in der Schweiz unternähme, *dicta* und *obiter dicta* bezüglich ihrer präjudiziellen Geltungskraft zu unterscheiden, wäre ein Prediger in der Wüste. Es ereignen sich hierzulande ja auch zu wenig Streitfälle, als dass sich aus der blossen Beurteilung konkreter Sachverhalte eine Judikatur entwickeln liesse, welche für zukünftige Streitfälle etwas hergibt.

3. Pragmatismus

Aus der berglandwirtschaftlich-genossenschaftlichen Herkunft der Schweiz lässt sich unsere Vorliebe für pragmatische Lösungen herleiten. Der Schweizer liebt einfache, übersichtliche und währschafte Problemlösungen. Prinzipientreue, Logik und Systematik sind daneben eher sekundär. Dies gilt insbesondere im Umgang mit dem Recht und mit der demokratischen Verfassung.

Ein Walliser Batallionskommandant soll nach dem Erhalt eines Regimentsbefehls zuerst auf das Papier, dann in die Runde seiner Offiziere geblickt und dezidiert geäussert haben: "*Das mache wier nit!*". - Dem schweizerischen Pragmatismus ist es vorbehalten, solches nicht als staatsgefährdende Befehlsverweigerung, sondern als das wahrzunehmen, was es in einem schweizerischen Umfeld tatsächlich ist: Bessere Erkenntnis des Untergebenen, der in patriotischer Eigenmacht seinen Vorgesetzten vor einem Fehler bewahrt.

Der Walliser Patriotismus - "*das mache wier nit*" oder, je nach den Umständen "*das machen wir trotzdem*" - ist nicht die Regel. Normalerweise ist der Schweizer diszipliniert. Aber die Eigenmacht aus besserer Erkenntnis ist auch nicht derart selten, dass man sie als Element des schweizerischen Staatsverständnisses völlig ignorieren dürfte. Man erinnert sich an die Volksabstimmung über die Sommerzeit. Das Volk wollte nicht. Der Bundesrat hat die Sommerzeit trotzdem eingeführt. Oder an das schweizerische EU-Beitritts-gesuch. Niemand hätte deswegen den Rücktritt des Bundesrats gefordert.

Regierungsmitglieder dürfen Fehler bekennen und zurückbuchstabieren. Das wird nicht übel genommen. Bloss lügen dürfen sie nicht. Was sich diesbezüglich einzelne ausländischen Staats-Chefs immer wieder leisten, hätte in schweizerischen Regierungskollegien ganz kurze Beine.

a) Pragmatismus in der Rechtssetzung: Die Bundessteuern als Beispiel

Die Geschichte der Rechtssetzung in der Schweiz liefert manche Beispiele für den schweizerischen Pragmatismus. So wurde 1874 zwischen Bund und Kantonen ausgehandelt, dass den Kantonen alle direkten Steuern gehören sollten, wogegen der Bund mit den indirekten Steuern vorlieb nehmen musste. Haupteinnahmequelle des Bundes waren fortan die Zölle. Natürlich reichten die indirekten Steuern dem Bund für seine kontinuierlich wachsenden Aufgaben auf die Dauer nicht aus. Nach ersten schüchternen Versuchen in der Zwischenkriegszeit, in die

kantonale Domäne der direkten Steuern überzugreifen, war es dann der Schock des deutschen Überfalls auf Frankreich vom Sommer 1940, der die Wende brachte. Nach dem deutschen Blitzkrieg gegen Frankreich von wenigen Wochen war die Schweiz ringsum von den Achsenmächten umklammert. Kleinmut machte sich breit. Nur unser aufrechter General und die Armee gaben Hoffnung. Der Bundesrat ergriff die Gelegenheit. Im Dezember 1940 führte er, gestützt auf nichts weiter als seine Kriegsvollmachten, die direkte Bundessteuer ein, mit welcher er fortan einen Drittel des direkten Steueraufkommens abschöpfte. Die Kantone und Gemeinden wurden auf zwei Drittel zurückgedrängt. Rechtsgrundlage war ein dringlicher Bundesratsbeschluss. Erst 1950 wurde eine verfassungsmässige Grundlage nachgeschoben, das entsprechende Bundesgesetz genau ein halbes Jahrhundert später, am 14. Dezember 1990, nachdem der ursprüngliche Bundesratsbeschluss bis dahin alle vier Jahre pflichtgemäss verlängert worden war - jedesmal im Dringlichkeitsverfahren wohlverstanden.

Nachdem es 1940 mit der direkten Bundessteuer so gut geklappt hatte, führte der Bundesrat ein halbes Jahr später, im Juli 1941, auch die eidgenössische Warenumsatzsteuer im Rahmen seiner Kriegsvollmachten ein, kurz darauf noch die Verrechnungssteuer. Auch für diese Steuern wurde die verfassungsmässige Grundlage erst nach dem Krieg geschaffen. Die Warenumsatzsteuer blieb, solange es sie gab, ohne gesetzliche Grundlage. Erst bei ihrer Ablösung durch die Mehrwertsteuer tauchte die Idee einer gesetzlichen Grundlage am Horizont auf. Aber auch die Mehrwertsteuer wurde zunächst nur in ihren Grundzügen in der Verfassung festgelegt, und zwar in der Meinung, dass der Bundesrat die Einzelheiten vorerst auf der Verordnungsstufe regeln solle. Erst nach einer Angewöhnungszeit von fünf Jahren erhielt auch die Mehrwertsteuer die gesetzliche Grundlage.

Die Legislaturgeschichte der mittlerweile wichtigsten Bundessteuern illustriert den pragmatischen Umgang des Schweizers mit seiner Demokratie. Wo die Gesetzgebung und das damit verknüpfte Volksreferendum zu ablehnenden Volksmehrheiten zu führen drohen, wird die Umgehung des Gesetzgebungsverfahrens als sachgerecht empfunden.

b) Pragmatismus in der Rechtsanwendung: Der Verjährungsverzicht als Beispiel (Art. 129 und 141 OR)

Ein weiteres Beispiel für diesen Pragmatismus ist die Praxis des Verjährungsverzichts. Liest man die Artikel 129 und 141 OR unvoreingenommen, dann muss man wohl zum Schluss gelangen, dass Verjährungsfristen von den Parteien nicht geändert, nicht verlängert und also auf die Erhebung der Verjährungseinrede auch nicht über den bevorstehenden Firstablauf hinaus verzichtet werden kann.

Gerade dieser Verzicht ist aber in der Praxis oft nötig, ja unumgänglich, wenn eine aussergerichtliche Streiterledigung noch möglich scheint, die Verjährung aber bevorsteht: Um dem Schuldner die Peinlichkeit einer verjährungsunterbrechenden Betreibung zu ersparen, begnügt sich der Gläubiger mit dem meist auf die Dauer eines Jahres erklärten Verjährungsverzicht des Schuldners. Kommt es nach Jahr und Tag dann doch zur Klage, so dokumentiert der Kläger die Unverjährtheit seiner Forderung, Jahre nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist, durch die Vorlage der lückenlosen Sammlung von schuldnerischen Verjährungsverzichtserklärungen. Daran sind unsere Gerichte gewöhnt. So hat es schon immer funktioniert und so muss es weiterhin funktionieren. Falls dem Wortlaut des Obligationenrechts etwas anderes zu entnehmen sein sollte, handelt es sich um einen legislatorischen Lapsus, über den sich die Rechtsgemeinschaft in der Schweiz problemlos hinwegzusetzen in der Lage ist.

Das Bundesgericht hat sich im Urteil 132 III 226 ff. wieder einmal mit dieser Praxis auseinandergesetzt und sie bestätigt. Von akademischer Seite erhob sich wissenschaftlicher Einspruch: Das Bundesgericht verstosse gegen den Wortlaut des Gesetzes! – Das mochte der Fall gewesen sein. Aber wo käme man hin, wenn man die aus unserer Rechtspraxis nicht wegzudenkenden Verjährungsverzichte plötzlich als unwirksam betrachten wollte, bloss weil das Gesetz in diesem Punkt abseits der Bedürfnisse der Praxis steht? - So haben dann bald mehrere andere Autoren ihre Stimme erhoben, sich zur bisherigen Praxis bekannt und dem Bundesgericht Applaus gespendet. Die Kirche steht wieder im Dorf und alles läuft, wie es immer lief.

c) Ein Einzelfall

Als letztes Beispiel für den Pragmatismus in der Rechtsanwendung sei der Fall erwähnt, in welchem ein gut verdienender Industrieller für das denkmalgeschützte Schloss, das seine Familie als Erbstück besass, zu Lebzeiten einen Unterhaltsfonds einrichtete. Eine angemessene Geldsumme sollte die Erben während der ersten Jahre nach dem Erbanfall der Sorge entheben, ob und wer für den kostspieligen Schlossunterhalt verantwortlich war. Eigentlich lag die Errichtung einer Schlossunterhaltsstiftung in der Luft, aber für einen Fonds von einer halben Million Franken erschien die Stiftung als ein übertriebenes Vehikel. Auf Anfrage erklärte sich die Steuerverwaltung des Wohnsitzkantons einverstanden, den Unterhaltsfonds - ein schlichtes Bankkonto, das auf den Namen des Gutsherrn lautete - steuerlich wie eine gemeinnützige Stiftung zu behandeln. Der Liegenschaftskanton zog mit, regte aber an, die Verselbständigung des Bankkontos durch die Zuteilung einer AHV-Nummer zu verdeutlichen. Die AHV-Behörde erteilte dem Bankkonto wie einer natürlichen Person die gewünschte Nummer. Auch noch nach Jahrzehnten, nämlich im Erbgang des Erfinders, hatten die damit befassten Behörden hüben und drüben keine Mühe, die Sache wie ein Stiftungskonto ohne Stiftung zu behandeln. Bloss mussten die Erben unterschreiben, dass auch sie das Geld ausschliesslich für den Schlossunterhalt verwenden würden.

4. Ablehnung krasser Unvernunft

Urvertrauen und Loyalität hindern den Schweizer daran, rechtliche Möglichkeiten auszunützen, wo dies krass unvernünftig wäre. Die Bürger ausländischer Staaten mit anderem Staatsverständnis haben diesbezüglich weniger Skrupel. Zwei Beispiele sollen das deutlich machen.

a) Erstes Beispiel: Steuerwirksame Abschreibungen in den USA

So ermöglichte das amerikanische Steuerrecht während geraumer Zeit die Tätigkeit steuer-mindernder Abschreibungen auch für natürliche Personen, wenn die Steuerpflichtigen in gewisse Infrastruktur-Einrichtungen investierten. Denn die Tätigkeit von Infrastruktur-Investitionen ist volkswirtschaftlich erwünscht, und das amerikanische Steuerrecht ist voll von derartigen Lenkungsmechanismen. Deren volkswirtschaftlicher Bonus ist allerdings zuweilen kleiner als der Malus der zahlreichen Steuerumgehungsmöglichkeiten, die aufgetan werden. - Mangels ausdrücklicher Beschränkung der erwähnten Abschreibungen auf neue inländische Infrastrukturen (die allein ja gefördert werden sollten) packten viele US-Steuerpflichtige die Gelegenheit beim Schopf und investierten in längst vorhandene, alte Infrastrukturen, indem sie die Objekte ihren Betreibern abkauften und zurück leasen. Das mochten Spitäler, Kraftwerke oder Eisenbahnen sein, und zwar nicht nur in den USA, sondern überall auf der Welt. Da die Leasing-Konditionen günstig waren, profitierten auch ausländische Unternehmen und Staatsbetriebe von der Sache - im brüderlichen Deal mit jenen ameri-

kanischen Filmschauspielern, Star-Chirurgen und Spitzensportlern, die mit ihren Infrastruktur-Investitionen US-Einkommenssteuern sparten.

Im Umgang mit unseren eigenen, schweizerischen Steuergesetzen käme so etwas niemandem in den Sinn, selbst wenn es vom Buchstaben des Gesetzes her möglich wäre. Es wäre eine jener Schlaumeiereien, die durch das Verbot der Steuerumgehung abgeblockt sind, generell und überhaupt.

Im Übrigen sind die schweizerischen Steuergesetzgeber in Bund und Kantonen bis heute wohlthuend immun geblieben gegen die Versuche des politischen Lobbyismus, das Steuerrecht mit wirtschaftlichen, sozialen und umweltschützerischen *Incentives* zu belasten: Eine gute Steuergesetzgebung dient einzig und allein der Mittelbeschaffung des Staates nach den Kriterien der Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit, nicht zugleich auch der Förderung irgendwelcher Branchen- und Partikularinteressen.

b) Zweites Beispiel: Gesamtbeurkundungen in Deutschland

Deutschland verlangt die notarielle Beurkundung für die Übertragung von GmbH-Stammanteilen. Sinn der notariellen Beurkundung ist die Bewusstmachung des Geschäftes mittels einer nochmaligen Vorlesung durch den Notar, bevor sich die Parteien in Anwesenheit des Notars unterschriftlich binden. Man redet vom Übereilungsschutz als einem Hauptzweck der öffentlichen Beurkundung.

Unvernünftig und schwer nachvollziehbar ist die deutsche Regel der *Gesamtbeurkundung*: Wenn in einer komplexen Transaktion eine Stammanteilsübertragung vorkommt, dann muss nicht nur diese, sondern es müssen alle damit zusammenhängenden weiteren Verträge, übergeordnete Rahmenverträge und untergeordnete Ausführungsregelungen samt allen dazugehörigen Beilagen notariell beurkundet, sprich: durch den Notar mit lauter Stimme vorgelesen werden. (Das schweizerische Recht verlangt vernünftigerweise gerade keine Gesamtbeurkundung. Nur jener Akt, der vom Gesetzgeber ausdrücklich als beurkundungsbedürftig erklärt wurde, muss vom Notar verlesen werden.)

Der heutige Trend grosser Rechtsanwaltskanzleien, komplexe Transaktionen in Vertragswerken von hunderten, zuweilen tausenden von Druckseiten darzustellen, macht den Vertragsabschluss nach dem deutschen Prinzip der Gesamtbeurkundung mittlerweile oftmals recht zeitaufwändig. Das stunden-, ja tagelange Vorlesen von Vertragswerken, die mitsamt ihren Beilagen viele Ringordner füllen, ist zudem anstrengend. Der Vorlesungs-Marathon ist unter dem Gesichtswinkel des Übereilungsschutzes auch keine vernünftige Methode, sondern ein entwürdigender Kniefall vor einem Rechtsgrundsatz, dem die Vernunft abhanden gekommen ist.

Der deutsche Umgang mit diesem Problem besteht darin, dass die dortigen Notare die Vertragswerke, wenn sie den Umfang eines oder mehrerer Harry-Potter-Bände angenommen haben, einem ausdauernden Notariatsangestellten vorlesen, und zwar in einer mehrstündigen oder mehrtägigen Sitzung unter vier Augen. Der Zuhörer lauscht der Vorlesung als *vollmachtloser Stellvertreter beider Vertragsparteien*. Ist die vorgelesene Papierflut unterzeichnet, so kommen Tage später die Patrons zum Notar und genehmigen das vollmachtlos beurkundete Vertragswerk in kurzen notariellen Bezugsurkunden, deren Vorlesung innert weniger Minuten erledigt ist. Das ist würdig und es scheint vernünftig. Denn das in den Ringordnern verkörperte und dem Notariatsangestellten vorgelesene Vertragswerk wurde ja von den Firmenanwälten

beider Seiten in monatelanger Arbeit ausgehandelt und durchkontrolliert. Was hätte da den Patrons die Anhörung der schier endlosen notariellen Vorlesung noch bringen sollen?

Auch die schweizerischen Notariatsgesetze schliessen die öffentliche Beurkundung mit vollmachtlosen Stellvertretern nicht ausdrücklich aus. Aber das Verfahren wäre in aller Regel unvernünftig. Wie kann die Beurkundung ihren Zweck erfüllen, wenn jene Person mit dem Geschäft nicht das Mindeste zu tun hat, welche sich die Vorlesung und allenfalls die Belehrungen des Notars anhört, - wenn sie ihre Patrons nicht kennt, sie nie zu Gesichte bekommt und ihnen auch keine Rechenschaft schuldet über das Angehörte? Diese Art der Beurkundung würde wohl von keinem schweizerischen Notar für schweizerische Klientschaft jemals angewandt - auch hier nach dem Grundsatz: *"Das mache wier nit!"*

5. Zur Rechtswissenschaft in der Schweiz

Der Geltungsraum des schweizerischen Rechtes ist klein, sowohl in geographischer wie in personeller Hinsicht. Die wissenschaftliche Arbeit liegt in den Händen Weniger. Wer sich in ein Rechtsgebiet vertieft und Spezialkenntnisse erwirbt, findet sich bald in einem Kreis von Spezialisten, die an einer Hand abzuzählen sind. Ist das Rechtsgebiet nicht völlig zentral, so wird man mit einigem Fleiss sogar zum Monopolisten. Die Enge, aber auch der schweizerische Pragmatismus machen den juristischen Wissenschaftsbetrieb zu einer glanzlosen Angelegenheit. Gefragt ist das handwerklich sorgfältige Fortbauen am Bestehenden. Weniger erwünscht sind tiefeschürfende Grundlagenforschungen, die völlig Neues zu Tage fördern. An dogmatischen Kathedralen besteht schon gar kein Interesse. Die Juristerei in der Schweiz gleicht einer Kurzwarenhandlung: Aus kleinen, gut etikettierten Schublädchen wollen die Rechtsanwender mit geringem Aufwand die Antworten auf ihre Fragen entnehmen.

In der Deutschschweizer Jurisprudenz steht auch alle sprachliche Brillanz im Geruch von rhetorischer Schaumschlägerei. Der durchschnittliche Deutschschweizer drückt sich in der Standardsprache ohne Eleganz aus. Die vom Bundesgericht formulierte Regel, wonach der Gesetzgeber "Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich" zu behandeln habe, verletzt schweizerisches Stilgefühl ebenso wenig wie der in der Mundart wurzelnde Satz, mit dem ein Ordinarius in Basel seine Vorlesungen abzuschliessen pflegte: "Damit hat es es."

Die aus der Politik vertraute Neigung zur Konkordanz schlägt sich auch in der Rechtswissenschaft nieder. Polemik findet keinen Applaus. Die Empfindlichkeiten sind gut entwickelt. Als ich 1990 ein Manuskript über ausgewählte Fragen des Stockwerkeigentums an einen Berner Kollegen zur Durchsicht gab, erhielt ich den Ratschlag, eine bestimmte Fussnote zu löschen: Die dortige Andeutung, der Gesetzgeber habe die Probleme im Zusammenhang mit überalterter Bausubstanz ungenügend geregelt, würde von der Leserschaft kaum goutiert, jedenfalls nicht in Bern. Die 1963 ins ZGB eingefügten Bestimmungen über das Stockwerkeigentum gingen nämlich auf die Vorarbeit eines bernischen Privatrechtsgelehrten zurück, dessen Autorität weithin respektiert war. Also sei eine derartige Kritik am Gesetzestext nicht passend. - Ich habe die Fussnote gelöscht.

6. Schlussbemerkung

Das genossenschaftliche Staatsverständnis und die damit einhergehende Ablehnung von allem, was nach einer starken und tatkräftigen Regierung aussehen könnte, hat zweifellos auch negative Aspekte. So redet man nicht ganz ohne Grund von der Unregierbarkeit der Schweiz.

Mancherorts greift eine gewisse Staatsverdrossenheit um sich. Der Ruf der FDP nach weniger Staat und einzelne Erfolge der SVP können als deren Ausdruck verstanden werden, wengleich die Parolen unserer Parteien und auch die privaten Äusserungen der Bürger kaum jemals die Respektlosigkeit und den Ingrimm gegenüber dem Staat dokumentieren, die man in den grossen Nachbarländern in unterschiedlichen Tonarten fast täglich zu hören bekommt.

Negativ ist in der Schweiz auch das Gerangel zwischen den Kantonen, überlagert vom Gerangel der Kantone mit dem Bund, durchzogen vom Misstrauen der Westschweiz gegenüber allem, was nach deutschschweizerischer Majorisierung aussieht.

Die westschweizerischen Empfindlichkeiten sind mittlerweile weit entwickelt, schon fast wie in Belgien. Ein Beispiel: Die vorzeitige Entlassung des Botschafters in Berlin wurde in der Westschweiz übel vermerkt. Zwar hätte der Kraftakt seitens des welschen Aussenministers gegenüber dem deutschschweizerischen Diplomaten eigentlich nicht stören sollen. Gestört hat, dass der Kraftakt wie das Nachgeben des welschen Magistraten gegenüber deutschschweizerischen Medien aussah. Wo Recht und Unrecht tatsächlich lagen, spielte dabei keine Rolle.

Die schleichende Machtvergrösserung der Bundesverwaltung untergräbt - langsam zwar, aber trotzdem - die Bürgernähe des Bundes und damit die schweizerische Staatsidentifikation. Bundesräte kommen und gehen - die Bundesverwaltung wächst.

Die berglandwirtschaftliche Ethik bremst gewisse Innovationen. So tat die Schweiz sich schwer mit dem Frauenstimmrecht. ***Auch bei anderen Themen verhält sich die Schweiz eher konservativ.***

Aber das Positive überwiegt bei weitem. Das langsame Heranreifen neuer sozialer Regelungen und Strukturen in allseitiger Konkordanz hat sich in der Geschichte als die bessere Variante erwiesen. Sie bietet den Mitgliedern dieser Gemeinschaft eine weit überdurchschnittliche politische und rechtliche Lebensqualität (von der hervorragenden natürlichen Lebensqualität ganz zu schweigen) - mindestens solange uns die äusseren Umstände und der Friede in Europa die Bedächtigkeit unseres politischen Schrittempos erlauben.