

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

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 61 (1942)

**Rubrik:** Protokoll der 76. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 14.10.2025

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

# Protokoll

## der 76. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins

abgehalten am 12.—14. September 1942  
in Basel

---

Sitzung vom Sonntag, den 13. September 1942,  
in der Aula der Universität

*Präsident:*

Prof. Dr. August Simonius,  
Präsident des Schweizerischen Juristenvereins.

Der *Präsident* eröffnet die Sitzung um 9.15 Uhr, indem er seinen Jahresbericht verliest und die folgende Ansprache an die Versammlung hält:

I.

Hochgeehrte Herren Bundesräte,  
Verehrte, liebe Herren Kollegen,  
Meine Damen und Herren!

Wenn Ihnen heute Ihr Präsident über das 81. Lebensjahr des Schweizerischen Juristenvereins berichten darf, an dessen Anfang das Fest im sonnigen Locarno liegt, das unsere Tessiner Miteidgenossen zu einer Kundgebung nicht nur für das Recht, sondern auch für die Freundschaft zu gestalten wussten, und an dessen Ende wir uns hier in Basel zu wissenschaftlicher Arbeit und gegenseitiger Aussprache wiederum versammeln, so werden Sie mit ihm von einem tiefen Gefühl der Dankbarkeit erfüllt sein, für den uns bis heute bewahrten Frieden. Nach drei Jahren eines furchtbaren

Krieges, der allen von ihm ergriffenen Völkern unendliches Leid bringt, der die Früchte emsiger Arbeit von Generationen vernichtet, und je länger er dauert, desto mehr auch Denken und Fühlen wandelt, sodass Zweifel über die Gültigkeit von Regeln des Verhaltens aufkommen, die noch vor kurzem als unverlierbare Errungenschaft einer während Jahrhunderten im Schosse des Christentums vollzogenen Entwicklung galten, sind uns die Ruhe und die Freiheit des Geistes erhalten geblieben, die eine gemeinsame Beschäftigung mit juristischen Problemen gestatten.

Wissenschaftliche Pflege des Rechts ist aber in der Not dieser Zeit nicht etwa zu einem müssigen Spiel geworden. Gerade die Ereignisse, deren Zeugen zu sein, uns schmerzlich bewegt, mahnen uns, mit unserer Arbeit nicht nur fortzufahren, sondern dabei auch in die Tiefe zu dringen und uns beständig auf die Grundsätze zu besinnen, die Masstab alles Rechtes sind und seit alters den Weg zu einer gerechten Ordnung gewiesen haben, damit wir, die Bemühungen unserer Vorgänger fortsetzend, gleichsam weiterspinnen an einem Faden geistigen Lebens, der auch da, wo er zeitweilig abgerissen ist, wieder wird zu knüpfen sein, wenn der Mensch der ihm von Gott gesetzten Bestimmung treu bleiben soll.

Fassen wir unsere Aufgabe so auf, dann treffen wir uns auch mit dem Geiste der Universität, die unserer Versammlung Unterkommen gewährt. Ihr darf ich wohl schon an dieser Stelle dafür danken und damit den Dank verbinden, der den Regierungen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Land für ihre Hilfe und den Juristen Basels und der Landschaft für ihre Mitwirkung an der Vorbereitung dieser Tagung gebührt.

Im Laufe des Vereinsjahres sind zwei wichtige Bundesgesetze in Kraft getreten, die in diesem Bericht, wie ich glaube, Erwähnung verdienen. Wenn dagegen das, was zum sogenannten Kriegsrecht gehört, übergangen wird, so geschieht es aus der Erwägung, dass erst eine spätere Zeit wird feststellen können, in welchem Umfang es einen bleibenden

Markstein in unserer Rechtsgeschichte bildet. Einstweilen ist es von Befehlenden und Gehorchenden nicht anders aufzufassen, als die Befehle des Kapitäns eines vom Sturm bewegten Schiffes. Es soll wie diese dazu dienen, in einer Gefahr das Leben der Besatzung zu erhalten; darum sind schon aus Rücksicht auf die Miteidgenossen seine Vorschriften von jedem mit Disziplin zu befolgen, und braucht keiner zu fürchten, durch Gehorsam seiner Freiheit zu schaden. Selbstverständlich bleibt es aber dem Juristen vorbehalten, jede Verordnung daraufhin zu prüfen, ob der genannte Zweck sie noch rechtfertigt und bei deren Erlass die Befehlsbefugnis nicht überschritten wurde.

An erster Stelle ist das Schweizerische Strafgesetzbuch zu nennen, das mit den kantonalen Einführungsgesetzen am 1. Januar 1942 in Kraft getreten ist. Ob dieses umstrittene Gesetz sich auf die Dauer für unser Rechts- und Staatsleben zum Segen auswirkt, hängt jetzt ganz von der Anwendung ab, worüber ein Urteil zu fällen noch nicht möglich ist. Schon dürften aber zwei Dinge als günstige Vorzeichen zu werten sein. Die Art und Weise, wie die Juristen, die das Gesetz einst scharf bekämpften, und wie die Behörden der Kantone, in denen die Gegner eine grosse Mehrheit bildeten, nach der Annahme die Einführung vorbereiten halfen, ist die Kundgebung einer eidgenössischen Treue, die Gewähr dafür bietet, dass man alle von einer Entsetzung der Kantone auf dem Gebiete des Strafrechts befürchteten Gefahren wird überwinden können. Man hüte sich aber davor, in Zukunft diesen Beweis der Treue als einen Freipass für schrankenlose Vereinheitlichung von Recht und Verwaltung missbrauchen zu wollen; denn die Eidgenossenschaft bleibt nur solange ein Bund freier Männer, als die Kantone noch souverän sind. Sodann zeigt das Erscheinen bedeutender Werke nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzes, dass die in den Jahren der Vorbereitung schon starke wissenschaftliche Bewegung nur ein Anfang war; somit bestätigt sich wieder die alte Erfahrung, dass ein eidgenössisches Gesetzbuch der Doktrin mächtige Anregung

bietet. Möge unsere junge, vielversprechende Strafrechtswissenschaft, die sich den Namen einer schweizerischen schon dadurch verdient hat, dass sie den einzelnen Bestimmungen einen dem sittlichen Empfinden des Schweizer angemessenen Sinn zu geben verstand, stets dessen eingedenk bleiben, dass über allen Interessen an einer Repression des Verbrechens, die der modernen Auffassung des Strafrechts und den Bedürfnissen unserer an Rechtssätzen, die mit Strafe drohen, so überreichen Zeit entspricht, das Verbot jeglicher Willkür steht, als eine Grundlage unserer Freiheit. Dann wird die Rechtswissenschaft im allgemeinen und darüber hinaus unser ganzes Volk Gewinn aus ihr ziehen.

Ebensowenig wie das Strafgesetzbuch gehört zum Kriegsrecht die Revision der Vorschriften über die Bürgschaft; ist doch die Notlage, die den Anlass dazu gab, weder bloss vorübergehend, noch durch die gegenwärtigen Umstände verursacht; sie beruht vielmehr auf einer durch besondere psychologische und gesellschaftliche Verhältnisse hervorgerufenen, in mehreren Teilen des Landes übermässig verbreiteten Neigung zum Eingehen von Bürgschaften. Die Aufgabe des Gesetzgebers war keine leichte: der Bürge sollte einen vermehrten Schutz geniessen, ohne dass die Bürgschaft ihren Wert als Mittel zur Kreditbeschaffung verliert. Dass das neue Gesetz den Bürgen wirksamer schützt als das alte, ist offenkundig. Ob auch die Gefahr einer Entwertung der Bürgschaft ganz vermieden wurde, kann endgültig erst die Zukunft lehren. Doch ist wohl die Annahme berechtigt, dass im Grossen der Gesetzgeber sein Ziel erreicht hat, und dass der Schwierigkeiten einiger durch Kompromiss entstandener und in ihrer Tragweite nicht ganz durchdachter Bestimmungen unsere Richter Meister werden. Mit Befremden aber vermisst der Jurist in den neuen Artikeln die vielgerühmte Eleganz des Zivilgesetzbuches und des Obligationenrechts. Gewiss musste das neue Gesetz ausführlicher sein als das alte. War es jedoch notwendig, auch Regeln ausdrücklich anzuführen, die eine seit langem unveränderte Praxis festgelegt

hatte, oder die sich ohne weiteres aus der Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze ergeben, ja sogar zuweilen blosser Möglichkeiten anzudeuten, die ein Urteil oder ein Schriftsteller gelegentlich einmal erwähnt hatte? Auch hier bewährt das Wort Montesquieus seine Wahrheit: „Les détails jettent dans de nouveaux détails.“ Vollständigkeit ist doch nie zu erreichen: das Streben danach führt meist zu Unklarheiten, die eine vernünftige Auslegung erschweren. Dieses für uns neue gesetzgeberische Verfahren zeugt von einem gänzlich unberechtigten Misstrauen gegen die Rechtsprechung und die ihr zur Seite stehende Rechtswissenschaft. Sollte es Schule machen, so müssten beide schliesslich die Kraft zu schöpferischem Wirken verlieren. Hoffen wir deshalb, dass unser Gesetzgeber sich in Zukunft wieder ein Beispiel an einem Bluntschli, einem Munzinger, einem Eugen Huber nimmt, die Volkstümlichkeit des Gesetzes zu erreichen wussten, ohne lebloser Umständlichkeit zu verfallen.

Ihr Vorstand hat seit der letzten Jahresversammlung fünf Sitzungen abgehalten.

Das wichtigste regelmässige Geschäft ist die Wahl der Verhandlungsgegenstände und die Bestimmung der Referenten für unsere Versammlung. Dankbar können wir auch diesmal feststellen, dass sich immer wieder, trotz der Ungunst der Zeit, Mitglieder für die Behandlung der von uns gewählten Themata bereit erklären. Sie haben auch dieses Jahr vier sorgfältig ausgearbeitete, wertvolle Abhandlungen erhalten, die geeignet sind, unseren Beratungen ein hohes wissenschaftliches Niveau zu sichern. Das verdient umsomehr Anerkennung, als der Militärdienst drei unserer Referenten stark in Anspruch nahm. Es sei schon an dieser Stelle den Herren Kistler, Roulet, Merz und Deschenaux der Dank des Juristenvereins erstattet.

Dagegen hat leider unsere Preisaufgabe über „Das Verwaltungsstrafrecht, unter Berücksichtigung der Grundsätze und des Verfahrens der strafrechtlichen Kommissionen des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements“ keine Bearbeitung erfahren. Letztes Jahr hatten sich acht Autoren um

den Preis beworben. Aus diesem auffälligen Gegensatz den Schluss zu ziehen, dass von der Regelmässigkeit gesellschaftlicher Vorgänge, die einzelne Soziologen festgestellt zu haben glauben, auch unser Verein nicht ausgenommen ist, möchte ich Ihnen überlassen. Jedenfalls ist das gänzliche Ausbleiben von Preisarbeiten in diesem Jahre zu bedauern; denn eine ernsthafte wissenschaftliche Untersuchung über die *cognitio extraordinaria* der Verwaltung wäre sicherlich nicht überflüssig gewesen.

Die Bewegungen in unserem Mitgliederbestand verliefen wieder in etwas ruhigeren Bahnen. 22 Todesfällen und 22 Austritten stehen 36 Eintritte an der letztjährigen Versammlung und 17 im Laufe des Jahres gegenüber. Die Zunahme ist immerhin noch gering. Die Mitgliederzahl, die der Verein vor drei Jahren hatte, ist längst nicht wieder erreicht. Ich muss darum die Bitte, die ich letztes Jahr an die Mitglieder richtete, in ihrem Wirkungskreis für den Verein zu werben, heute wiederholen. Vergessen Sie dabei die Jungen nicht. Viele Juristen, die noch keine eigene Praxis eröffnet haben, glauben fälschlicherweise, dass sie noch nicht zu uns gehören. Doch soll die Pflege der Rechtswissenschaft gerade auch den Jungen dienen. Nichts liegt uns ferner, als eine *Gerusia* sein zu wollen.

Seit dem letzten Juristentag hat der Verein durch den Tod folgende Mitglieder verloren:

*Dr. Siegfried Hartmann*, 1871—1941, war von 1896 an Fürsprecher und Notar in Solothurn, von 1903 bis 1908 zugleich Mitglied des Kantonsrates als Vertreter der Konservativen. 1908 erfolgte seine Wahl in den Regierungsrat, dem er als Vorsteher des Departements des Innern bis 1930 angehörte. Von 1908 bis 1922 sass er im Nationalrat. In den Schweizerischen Juristenverein ist er 1895 eingetreten. Er schrieb die Abhandlung: „Die Stadtrechten von Solothurn und ihr Verfasser Hans Jakob von Staal der Ältere“, in der Festgabe solothurnischer Juristen zum 75jährigen Bestehen des Schweizerischen Juristenvereins, 1936.

*Dr. Hermann Schneller*, im September 1941 mit 56 Jahren in Frauenfeld gestorben, war von 1910 bis 1922 thurgauischer Staatsschreiber. Im Jahre 1922 erfolgte seine Wahl ins Obergericht; 1929 wurde er Vizepräsident und 1936 Präsident dieses Gerichts. Daneben war er Obmann des kantonalen Einigungsamtes. 1923 ist er in den Juristenverein eingetreten.

*Dr. Wolfgang Börlin*, 1875—1941, Advokat und Notar in Basel, präsierte während vieler Jahre bis zu seinem Tode die Basler Advokatenkammer. Von 1914 bis 1926 sass er im Grossen Rat, zuerst als Vertreter der Freisinnigen und dann der Bürgerpartei. Er war zweimal, 1919 und 1924, Präsident des Rates. Mitglied des Juristenvereins seit 1919.

*Georges Haldimann*, docteur en droit, war von 1898 an Advokat zuerst in Le Locle und dann in Neuenburg, wo er die Praxis von Eugène Borel übernommen hatte. Er amtierte lange Zeit als Präsident des Ordre des avocats. An der Ecole de commerce erteilte er Rechtsunterricht und betätigte sich auch in den Kommissionen des Kantonalen Waisenhauses Dombresson und des Hôpital Pourtalès. Mitglied des Juristenvereins seit 1904.

*Dr. Eugen Keller-Huguenin*, in Florenz, wohin er sich als Liebhaber der schönen Künste vor drei Jahren zurückgezogen hatte, im siebzigsten Altersjahre gestorben, war lange Zeit in Zürich als Advokat mit ausgedehnter internationaler Praxis tätig. Er gründete vor dem ersten Weltkrieg die „Fides“-Treuhandvereinigung und beteiligte sich auch sonst an der Leitung wirtschaftlicher Unternehmen. 1930 erschien sein Aufsatz „Le barreau en Suisse“ in dem Sammelwerke „Le barreau“ von Jules Magnus, Genf, 1930. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins seit 1901, ist er mehrmals in den Versammlungen als Votant hervorgetreten.

*Dr. Hermann Henrici*, 1889—1941, habilitierte sich 1915 für altes deutsches Recht und schweizerisches Privatrecht an der juristischen Fakultät in Basel. 1919 verzichtete er auf die *venia legendi*, als er zum ersten Sekretär der Basler Handelskammer gewählt wurde. Er widmete sich in dieser Stellung auch wirtschaftsgeschichtlichen Fragen und der Förderung des kaufmännischen Bildungswesens. Von ihm stammt eine Geschichte der Basler Handelskammer in den ersten fünfzig Jahren ihres Bestandes. An früheren juristischen Schriften sind zu nennen: „Ehevertrag und Erbvertrag“ in *Zeitschr. f. schweiz. Recht n. F.* Bd. 33, „Die Entwicklung der Basler Kirchenverfassung bis zum Trennungsgesetz 1910“, *Zeitschr. der Savigny-Stiftung*, Bd. 35, Kanon. Abteilung, „Über Schenkungen an die Kirche“, „Das Gesetzbuch der katholischen Kirche“. Während langer Jahre war er Mitglied des Grossen Rates als Vertreter der Liberalen und Zivilrichter. Der Militärjustiz diente er zuletzt als Oberst und Grossrichter. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins seit 1916.

*Dr. Konrad Brüttsch*, gestorben in Schaffhausen 1941, kurz vor der Vollendung seines 80. Lebensjahres. Dr. Brüttsch, aus Ramsen, Kanton Schaffhausen, war zuerst Lehrer in Murten und dann in Basel und begann dort das Studium der Rechtswissenschaft. Um 1900 eröffnete er ein Advokaturbureau in Schaffhausen. 1922 wurde er Betreibungs- und Konkursbeamter für den Bezirk Schaffhausen und 1928 Obergerichtspräsident; von dieser Stellung trat er 1935 zurück. Politisch ist er als Gründer der Freisinnig-demokratischen Partei von Schaffhausen im Jahre 1904 und als deren Präsident hervorgetreten. Er war Mitglied des Grossen Stadtrates und dann bis 1936 des Grossen Rates. Lange Zeit gehörte er auch dem Erziehungsrat an. In den Schweizerischen Juristenverein ist er im Jahre 1906 eingetreten.

*Dr. Robert Schöpfer*, 1869—1941, in Solothurn, gehörte von 1896 bis 1904 dem solothurnischen Obergerichte an und betrieb darauf ein Anwaltsbureau. 1904 erfolgte sein

Eintritt in den Einwohnergemeinderat und in den Kantonsrat, als Vertreter der freisinnig-demokratischen Partei, die er von 1915 bis 1936 präsidierte. Er war von 1921 bis 1925 auch Präsident der freisinnig-demokratischen Partei der Schweiz. 1912 bis 1933 sass er im Regierungsrat, zuerst als Vorsteher des Justiz- und dann des Erziehungsdepartements. 1917 erfolgte seine Wahl in den Ständerat, dem er bis 1939 angehörte. Er leitete 1928 die Geschäftsprüfungs- und Zolltarifkommission und war von 1933 bis 1939 Mitglied der Delegation beim Völkerbund. Daneben betätigte er sich in der Verwaltung industrieller Unternehmen und in der solothurnischen Handelskammer. Als Oberst der Artillerie führte er zur Zeit des ersten Weltkrieges eine Brigade. Im Jahre 1895 wurde er Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins.

*Dr. Peter Gunzinger*, 1879—1941, Advokat und Notar in Solothurn, präsidierte während vieler Jahre den Solothurner Anwaltsverband und führte von 1927 an während einiger Zeit den Vorsitz in der Kommission für das Gas- und Wasserwerk. Daneben leitete er die Redaktion des „Solothurnischen Fortbildungsschülers“. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins seit 1902.

*Dr. Wilhelm Hauser*, 1877—1942, in Winterthur, zuerst Auditor und Substitut am Bezirksgericht Winterthur, betrieb von 1904 an ein Advokaturbureau. 1910 bis 1913 war er Mitglied des Stadtrates und Vorsteher des Polizeiamtes. Von 1925 bis 1938 sass er als Vertreter der demokratischen Partei im Grossen Gemeinderat, den er von 1931 bis 1932 präsidierte. Daneben war er Mitglied des Verwaltungsrates der Schweizerischen Volksbank. Während langer Zeit gab er Unterricht in Rechts- und Verfassungskunde an der Mädchenschule in Winterthur und an der Landwirtschaftsschule Wülflingen. Als Oberst der Artillerie übernahm er noch 1939 ein Kommando. Er wurde in früheren Jahren wiederholt mit der Unterweisung in Artillerietaktik an Offiziersbil-

derungsschulen betraut. 1923 ist er in den Schweizerischen Juristenverein eingetreten.

*Dr. Arthur Curti*, 1872—1942, geboren in St. Gallen als Sohn eines Regierungsrates und Landammanns, war seit Mitte der neunziger Jahre in Zürich als Advokat mit weitreichender internationaler Praxis tätig. Er ist der Verfasser einer Reihe juristischer Werke. Zu nennen sind insbesondere: eine von der Universität Zürich 1894 preisgekrönte Abhandlung über „Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung“, ferner „Schweizerisches Handelsrecht“ 2. Bde. 1903/9, „Das Recht der Marken, Erfindungen, Muster und Modelle in der Schweiz“ 1909, „Englands Privat- und Handelsrecht“ 1927, „Englands Zivilprozess“ 1928, „Die englische AG. nach neuem Rechte“ 1929, „AG. und Holdinggesellschaft in der Schweiz“ 1930, „Frankreichs Privat- und Handelsrecht“ 1934, endlich die Lebenserinnerungen „Jahre der Jugend, Jahre der Reife“ 1940. Mit seinem Bruder, Dr. Eugen Curti, hat er die Schweizerische Juristenzeitung gegründet und hat in ihr zahlreiche Aufsätze veröffentlicht. Mitglied des Juristenvereins, an deren Verhandlungen er sich beteiligt hat, war er seit 1896.

*Dr. Fridolin Schindler*, Januar 1942 in Glarus gestorben, kurz vor der Vollendung des 80. Lebensjahres, war zuerst Advokat und dann von 1911 bis 1932 Zivilgerichtspräsident. Daneben galt sein Interesse der Geschichte — 1903 bis 1936 war er Präsident des historischen Vereins in Glarus — und Schulfragen; von 1908 bis 1923 amtierte er als Schulpräsident. Er beteiligte sich an der Redaktion der Neuen Glarner Zeitung. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins wurde er 1912 und nahm auch an dessen Diskussionen teil.

*Dr. Ludwig v. Segesser*, 1879—1942, wurde 1912 Bezirksrichter in Luzern und habilitierte sich zur gleichen Zeit für Strafrecht an der Universität Bern. 1914 erfolgte die Wahl als Vizepräsident des Amtsgerichts Luzern und 1920 diejenige

ins Obergericht. Noch im gleichen Jahre wurde er Mitglied des eidgenössischen Versicherungsgerichts, dem er schon vorher als ausserordentlicher Richter gedient hatte. Er präsi- dierte zweimal dieses Gericht, von 1928 bis 1929 und von 1936 bis 1937. Seit 1919 war er Bankrat der Luzerner Kantonalbank. Dem Juristenverein, der ihn auch als Votant kennen lernte, ist er 1911 beigetreten.

*Dr. Felix Lüssy*, 1887—1942, versah in Basel, seitdem er 1914 in das Bureau der Doktoren Peter Schmid und Karl VonderMühlhll eingetreten war, eine ausgedehnte Praxis als Advokat und Notar. Von 1923 bis 1934 gehörte er als Vertreter der liberalen Partei dem Grossen Rate an, den er im Amtsjahr 1931/32 präsi- dierte. Er nahm da besonderen Anteil an der Revision der Strafprozessordnung und war seit 1925 Mitglied der Elektrizitätskommission. Als Oberstleutnant führte er von 1932 bis 1936 das Basler Regiment und übernahm darauf mit dem Grade eines Obersten das Kommando eines Territorialkreises, das er bis zu seinem Tode inne hatte. In den Juristenverein ist er 1933 eingetreten.

*Dr. Gustav Hürlimann*, 1872—1942, trat 1896 in das Advokaturbureau des späteren Bundesrates Dr. Ludwig Forrer ein und betrieb von 1898 an ein eigenes Bureau. 1904 betei- ligte er sich an der Gründung des Verbandes der Zürcher Seidenfärbereien, dessen Präsident er wurde. Von 1913 an war er auch Präsident des Arbeitgeberverbandes der Zürcher Seidenfärbereien. Im gleichen Jahre trat er in den Verwal- tungsrat des Bankhauses AG. Leu & Co. ein, den er von 1934 bis 1939 präsi- dierte. Mitglied des Schweizerischen Juristenvereins war er seit 1895. Seine Abhandlung über „Die Haftbarkeit der Erben für die Bürgschaftsschulden des Erblassers nach schweizerischem Recht, historisch und de lege ferenda dargestellt“, wurde 1896 vom Schweize- rischen Juristenverein mit einem 1. Preise gekrönt.

*St. de Jundzill*, Genf. Mitglied des Juristenvereins seit 1909.

*Dr. Xaver Helbling*, 1872—1942, seit 1895 Advokat in Rapperswil, wurde 1924 daselbst zum Stadtammann gewählt und blieb in dieser Stellung bis zu seinem Tode. Daneben war er Mitglied des Kassationsgerichts des Kantons St. Gallen und von 1927 an, als Nachfolger von alt Bundesrat Hoffmann, dessen Präsident. Er gehörte früher, von 1906 bis 1909, als Vertreter der Liberalen auch dem Kantonsrate an. In den Schweizerischen Juristenverein trat er im Jahre 1900 ein.

*Frédéric Martin*, 1872—1942, Sohn des Professors und Präsidenten des Juristenvereins Alfred Martin, war Mitglied des Genfer barreau seit 1895, von 1921 bis 1923 bâtonnier. Er gehörte während 30 Jahren, als Vertreter der Demokraten, dem Grossen Rate an, in dem er zu wiederholten Malen als Vizepräsident amtete. 1910 in den Conseil Municipal eingetreten, führte er 1919, 1928 und 1930 den Vorsitz in dieser Behörde. 1930 wurde er Mitglied der Regierung des Kantons Genf. Er stand bis zu seinem Austritt, 1933, dem Justiz- und Polizeidepartement vor. Darauf erfolgte seine Wahl in den Ständerat, die 1935 und 1939 bestätigt wurde. Er nahm hier regen Anteil an den Beratungen über das Strafgesetzbuch. Ausserdem war er seit Jahren Mitglied der Cours de Cassation. In den Juristenverein, wo er eine ausserordentlich reiche Tätigkeit entfaltete, trat er 1896 ein. 1907 war er Referent über das Thema: „La responsabilité civile des accidents d'automobile.“ Zweimal, 1900 und 1904, war er Sekretär der Versammlung und zweimal, 1912 und 1919, Rechnungsprüfer. 1911 liess er sich als Mitglied des Ausschusses zur Herausgabe der „Praxis des Bundesgerichts“ wählen. Von 1928 bis 1934 versah er im Vorstand das Amt des Kassiers. Er war überhaupt einer der treuesten Besucher der Juristentage, an denen er sich auch als Diskussionsredner hören liess. Im Jahre 1938 begrüsst er in Genf die Mitglieder des Juristenvereins.

*Dr. Joseph Andermatt*, aus Baar, Kanton Zug, in Lausanne im Alter von 71 Jahren gestorben, war von 1896 bis 1902 Hypothekarsekretär in Zug, von 1902 bis 1913 Mitglied des Regierungsrates und Polizeidirektor und betrieb daneben ein Advokaturbureau. 1913 wurde er Staatsanwalt des Kantons Zug. Er sass von 1898 bis 1930 im Kantonsrat, den er 1915 bis 1916 präsidierte, und von 1913 bis 1930 im Ständerat, in dem er 1924 bis 1925 den Vorsitz führte. 1930 erfolgte seine Wahl in das Bundesgericht, dessen erster zivilrechtlicher Abteilung er angehörte. Mitglied des Juristenvereins war er seit 1930.

*Edwin Brennwald* in Männedorf, Kanton Zürich, 1901 in den Juristenverein eingetreten.

*Dr. Alfred Koebel*, Advokat und Notar in Basel, Mitglied des Vereins seit 1920.

*Hermann Traber*, Fürsprech in Frauenfeld, 1942 als Senior der thurgauischen Anwälte im 82. Altersjahr gestorben, war Mitglied des Kassationsgerichts des Kantons Thurgau und Suppleant des Obergerichts, früher während kurzer Zeit auch Staatsanwalt. Als Vertreter der katholischen Volkspartei gehörte er von 1914 bis 1938 dem Grossen Rate an, den er 1917 bis 1918 präsidierte. Er sass in der Vorsteherschaft und später auch in der Bankkommission der Kantonbank.

Ich bitte die Versammlung, sich zu Ehren der verstorbenen Mitglieder zu erheben.

Den Austritt haben erklärt:

*Bachmann, Dr. Hans*, lic.-iur., Winterthur.

*Bloch, Dr. Konrad*, Rechtsanwalt, Zürich.

*Egli, Dr. Armin*, Rechtsanwalt, Zürich.

*Wettstein, Dr. Oskar*, Ständerat, Zürich.

*Lauber, Dr. Otto*, Fürsprecher, Muri.

*Erni, Dr. Anton*, Fürsprech, Nebikon (Luzern).

*Muri, Dr. Max*, Fürsprech, Luzern.  
*Welti, Dr. August*, Redaktor, Zug.  
*Neuhaus, X.*, président du tribunal de la Sarine, Fribourg.  
*Studer, Dr. Moritz*, Fürsprech und Notar, Olten.  
*Lehmeier, Dr. Alfred*, Advokat, Basel.  
*Schärrer, Dr. Joh. Heinrich*, Rechtsanwalt, Schaffhausen.  
*Bischofsberger, Dr. Otto*, St. Gallen.  
*Lenzlinger, Dr. Josef*, Kantonsrichter, St. Gallen.  
*Schatz, Dr. Albert*, Rechtskonsulent der Schweiz. Bankgesellschaft, St. Gallen.  
*Wild, Dr. Ernst*, Bezirksgerichtspräsident, Wil.  
*Fischer, Otto*, Direktor der Aargauischen Kantonalbank, Aarau.  
*Ghirlanda, Marco*, avvocato, ex-giudice di appello, Lugano.  
*Pedotti, Aldo*, avvocato e notaio, Bellinzona.  
*Dubois, Georges*, président du tribunal II, La Chaux-de-Fonds.  
*Gency, François*, sous. conservateur du registre foncier, Genève.  
*Lachat, Marius*, avocat, Genève.

Vom Vorstand wurden als Mitglieder aufgenommen:

*Bindschedler, Dr. Rudolf L.*, Zürich.  
*Karrer, Dr. Max*, Rechtsanwalt, Zürich.  
*von Salis, Hektor*, Fürsprecher, Zürich.  
*Marti, Dr. Hans*, Fürsprecher, Bern.  
*Frei, Dr. Rolf*, Advokat und Vize-Direktor der Allg. Treuhand-AG., Basel.  
*Joerin, Dr. Willi*, Basel.  
*Müller, Dr. Emil*, Direktor der Basler Handelsbank, Basel.  
*Fischli, Dr. Ernst*, Advokat, Muttenz.  
*Fenkart, Dr. Josef*, Rechtsanwalt, St. Gallen.  
*Lepori, Giuseppe*, Consigliere di Stato, Bellinzona.  
*Rusca, Giovanni-Battista*, Consigliere nazionale, Locarno.  
*Lemp, Dr. Paul*, Sekretär des Bundesgerichts, Lausanne.  
*Martin, Colin-H.*, docteur en droit, avocat, Lausanne.  
*Ossipow, Paul*, docteur en droit, Lausanne.

*Vaucher, René-F.*, docteur en droit, avocat, Lausanne.

*Koch, Pierre*, avocat-stagiaire, Genève.

*Ramseyer, Roger*, avocat-stagiaire, Genève.

Um der Rechtsquellenkommission die Fortsetzung ihres verdienstvollen Werkes zu erleichtern, hat auf Antrag des Präsidenten der Kommission Ihr Vorstand beschlossen, das Maximalhonorar für den Druckbogen von 60 auf 120 Fr. zu erhöhen.

Wie Sie wissen, ist dieses Frühjahr eine schweizerische kriminalistische Gesellschaft ins Leben getreten. Die Ankündigung der Gründerversammlung hat Ihrem Vorstand nicht geringe Sorgen bereitet, obwohl er den Wunsch der schweizerischen Kriminalisten verstehen konnte, nach dem Inkrafttreten des Strafgesetzbuches in engere Fühlung miteinander zu treten. Musste er nicht die Möglichkeit ins Auge fassen, dass die neue Verbindung am Strafrecht Interessierte dem Schweizerischen Juristenverein entfremde und diesem die Pflege des Strafrechts entwinde? Auch war zu bedenken, dass die Vertreter anderer Gebiete das Beispiel einmal nachahmen könnten, was schliesslich ein Auseinanderfallen unseres Vereins in Einzelgesellschaften zur Folge hätte. Eine Entwicklung dieser Art hat sich in anderen Ländern bereits vollzogen. Die Bedeutung aber, die den Wünschen und Anregungen des Schweizerischen Juristenvereins in wichtigen Fragen der Gesetzgebung und der Rechtssprechung zukommt, beruht zu einem guten Teile gerade darauf, dass er eine Gemeinde aller schweizerischen Juristen bildet, in deren Beratungen neben den Spezialisten auch andere Juristen sich äussern können, sodass jeder Gegenstand in seinen weiteren Zusammenhängen beleuchtet zu werden vermag. Einen Verein zu besitzen, in dem alle Zweige der Rechtswissenschaft vertreten sind, war bisher für die Schweiz ein Vorzug.

Die Gründerversammlung, an der Ihrem Präsidenten in sehr liebenswürdiger Weise gestattet wurde, den Standpunkt des Vorstandes des Schweizerischen Juristenvereins zu ver-

treten, hat nun der neuen Verbindung als Zweck die Pflege des Strafrechts in der Praxis und die Verbrechensbekämpfung gegeben, als deren Aufgabe vorwiegend die Behandlung technischer Einzelfragen bei der Anwendung des Strafgesetzes festgelegt und als Kreis, aus dem die Mitglieder zu gewinnen sind, in erster Linie die an der Strafverfolgung unmittelbar Beteiligten bezeichnet. Darin zeigt sich der Wille, dem Schweizerischen Juristenverein, der auch fernerhin die grossen Probleme des Strafrechts in seinem Schosse behandeln soll, nicht einen Teil seiner Aufgaben zu entziehen. Dieses Bestreben drückt sich auch in der Wahl des Namens aus, allerdings nur des deutschen; der französische, „Société de droit pénal“, und der italienische, „Società di diritto penale“ wären auch mit einer weiteren Zweckbestimmung vereinbar. Wünsche, die in diese Richtung gehen, sind an der Gründerversammlung auch tatsächlich geäussert worden. Demnach lassen sich die Folgen, die die Neugründung für den Schweizerischen Juristenverein haben wird, noch nicht mit vollkommener Sicherheit abschätzen. Angesichts der wiederholten bestimmten Zusicherungen der Initianten aber dürfen wir wohl hoffen, dass sie nicht allzu ungünstig ausfallen, und dass die guten Beziehungen, die wir mit dem Vorstand der kriminalistischen Gesellschaft aufgenommen haben, von Dauer sein werden.

---

Sagte ich vorhin, Pflege des Rechts bedeute gleichsam Weiterspinnen an einem Faden geistigen Lebens, so dachte ich zunächst an die jedem Juristengeschlecht von neuem gestellte Aufgabe, die geltende Ordnung auf ihre Gerechtigkeit hin zu prüfen und für deren Annäherung an die sittlichen Grundsätze einzustehen. Doch dürfte der Vergleich auch in sofern zutreffen, als die Erfüllung jener Aufgabe, weil die menschliche Urteilskraft begrenzt ist, ernste Beachtung dessen voraussetzt, was frühere Zeiten gedacht und überlegt haben. Wer glaubt, ohne diese Rücksicht Gerechtigkeit durchsetzen zu können, überhebt sich und verfällt leicht der Willkür. So ist für uns nicht nur wichtig zu wissen, dass, sondern

auch wie der Faden von den Vorgängern gesponnen wurde.

Die Pflege des Rechts ist ein universales, wie die Aufklärung zu sagen liebte, allgemein menschliches Anliegen; doch gehört es zur Eigenart unseres Landes, dass die Jurisprudenz, vor der Entstehung eidgenössischer Gesetze zum mindesten, in jedem Kanton, in jeder Stadt besondere Züge aufweist. Da wir heute in Basel versammelt sind, so werden Sie dem Basler, der zu Ihnen spricht, wohl gestatten, noch auf einige Züge des Rechtsdenkens in dieser Stadt Ihre Aufmerksamkeit zu lenken.

Ich möchte Sie vorweg daran erinnern, dass über das Werk, die Namen und vielfach auch die äussere Erscheinung der Männer, die hier in hervorragender Weise juristisch tätig waren, die Ausstellung „500 Jahre Basler Rechtswissenschaft“ lehrreichen Aufschluss gibt, wofür wir der Leitung der Universitätsbibliothek unseren Dank schulden.

Besondere Züge einer Basler Rechtswissenschaft lassen sich deutlich in den ersten Jahrzehnten des 16. Jahrhunderts erkennen, kurz nach dem Eintritt Basels in den Bund der Eidgenossen. Die Zeit ist von geistiger Bewegung, von religiösen Gegensätzen und auch von politischen Kämpfen erfüllt.

Eine aus der unmittelbaren Berührung mit dem Denken des Altertums gewonnene neue Auffassung der Wissenschaft gewinnt mächtig an Boden. Sie befreit auf allen Gebieten die Erkenntnis von Mensch und Welt aus der zur Äusserlichkeit gewordenen, ewig sich wiederholenden Kommentierung älterer Meister. Basel steht mitten in dieser Bewegung. Seine Universität blickt auf fünfzig Jahre der Blüte zurück. Der Reichtum an Manuskripten antiker Werke in seinen Klöstern zieht hervorragende Drucker an, denen aus aller Welt Gelehrte folgen. Bei den Baslern, die sich, namentlich seit dem Konzil und der Gründung der Universität, dem neuen Geiste erschlossen haben, finden viele Humanisten Verständnis und Anregung.

Zur gleichen Zeit werden die Gemüter der Bürger durch eine Änderung der Verfassung erregt, die den Angehörigen der Zünfte das entscheidende Gewicht im Rate verschafft, und noch stärker durch die Reformation, die bald einen nicht mehr zu schliessenden Riss herbeiführt.

In diesen Jahren steht als Jurist an erster Stelle Bonifacius Amerbach, Sohn des Buchdruckers Johann Amerbach, von 1524 an Professor des Zivilrechts, mit anderen Worten des römischen Rechts an der juristischen Fakultät. Bonifacius hatte sechs Studienjahre bei Zasius in Freiburg im Breisgau zugebracht und während vier weiteren Jahren Alciat in Avignon gehört. Er lebt nicht als Verfasser grosser Werke in unserer Erinnerung, wohl aber als Förderer von Forschung und Lehre durch wertvolle Anregungen. Seinem Rate und seiner Vermittlung bei den Buchdruckern sind wichtige Ausgaben antiker juristischer Texte zu danken, unter anderen der Institutionen des Gaius, der Sententiae des Paulus und der Paraphrase des Theophilus zu den Institutionen Justinians. In Briefen und Gutachten ist er wiederholt für eine systematische Darstellung des Rechts, für eine *ars iuris*, eingetreten.

So wirkte er zugleich in den zwei Richtungen, in denen sich die Rechtswissenschaft damals entwickelte, nachdem die während Jahrhunderten sowohl in der Lehre der *decreta*, des kanonischen Rechts, als in der Lehre der *leges*, des Zivilrechts, herrschende exegetische Methode aufgegeben war. Die eine Richtung geht vor allen Dingen auf Erkenntnis des reinen römischen Rechtes aus unter Verwendung aller irgendwie erhältlichen Texte. In Deutschland vertritt sie Zasius, sie erreicht später ihren Höhepunkt in Frankreich mit Cujacius. Die andere strebt nach einem auf allgemeine Begriffe gegründeten System, um die geistige Beherrschung des Rechts zu erleichtern und einer richtigen Anwendung zu dienen, an der es ihr in erster Linie liegt. Auch diese Richtung steht unter dem Einfluss der antiken Literatur. Sie stützt sich auf eine Bemerkung Ciceros über die Anordnung des Rechtsstoffes nach Be-

griffen, genera, über eine ars iuris, deren Durchführung sie in den eben neu entdeckten Institutionen des Gaius erblickt. Ein erster Vertreter der Richtung ist der lange Zeit in Frankreich lehrende Italiener Alciatus; ihm folgen die Franzosen Duarenus und Donellus, dessen noch heute für jeden Juristen lehrreicher, nach dem System des Gaius angeordneter Kommentar des Zivilrechts eine Höchstleistung darstellt.

Zwischen diesen Richtungen bestehen nicht nur Gegensätze; sie haben vieles gemein; so anerkennen beide die Bedeutung der antiken Ethik, namentlich in der Form, in der sie Cicero darstellt, für das Denken der römischen, ja der Juristen schlechthin. Dennoch verrät die gleichmässige Unterstützung, die Bonifacius Amerbach ihnen gewährt, und womit er Zasius und Alciat, also jedem seiner Lehrer die Treue hält, eine bestimmte persönliche Eigenschaft. Einseitiger Parteinahme, innerhalb der Jurisprudenz und auch sonst, war er überhaupt abgeneigt. Viele dem Humanismus anhängende Juristen lehnten nicht nur das leere Häufen von Paraphrasen ab, dem die exegetische Methode schliesslich verfallen war, sondern auch die Werke der grossen Glossatoren und Postglossatoren, die als erste vermocht hatten, das römische Recht wieder zu erfassen und den Anforderungen ihrer Umgebung anzupassen. Bonifacius dagegen empfahl seinem Sohne Basilius das Studium von Bartolus und Baldus mit der Begründung, dass ein Jurist, der im Leben etwas gelten wolle, sie nicht vernachlässigen dürfe. Andererseits bekam Basilius vom Vater auch zu hören, dass niemand sich Jurist nennen könne, ohne alle Schriften des Plato und des Aristoteles über Ethik durchgearbeitet zu haben.

Im Kirchenstreit hielt sich Bonifacius so sehr zurück, dass Gelehrte, die in feindlichen Lagern standen, ihm Zeit ihres Lebens treue Freunde bleiben konnten. Zeigt dies alles nicht eine nahe Verwandtschaft mit dem vir humanissimus, dem grössten der Humanisten, die in Basel Aufenthalt genommen, mit Erasmus von Rotterdam, dem

schroffe Einseitigkeit in geistigen Dingen und verbissene Rechthaberei Beschränktheit und sündhafte Überhebung bedeuteten? Und wenn Erasmus schliesslich nur vom veröhnlichen Willen der Menschen als Ausfluss einer lauterer, von starrem Dogma unabhängigen christlichen Gesinnung Gutes erwartete, so hat wohl Amerbach ähnlich gedacht. „Es dürften diejenigen irren, mein Sohn“, schreibt er an Basilius, „die glauben, dass wissenschaftliche Erkenntnis ohne Frömmigkeit und Tugend ihre Würde zu wahren vermöge. Sollte man das eine oder das andere wählen müssen, so ist es besser, fromm als gerecht zu sein.“ Mit dieser feinen Persönlichkeit, die als Jurist sich immer wieder um die Billigkeit, die *ἑπιείκεια* des Aristoteles, bemühte, in unmittelbare Berührung zu kommen, gestattet uns noch heute das schöne von Holbein gemalte Bild.

Die Scheu vor Festlegung auf einen extremen Standpunkt und die Neigung in vernünftigen Ausgleich die Gerechtigkeit zu suchen, scheinen auch nach Bonifacius Amerbach Züge der Basler Rechtswissenschaft geblieben zu sein; sie werden gerade durch die Schroffheit einzelner in Basel wirkender Ausländer ins Licht gerückt. Im Laufe des 16. Jahrhunderts waren die Basler weiterhin bestrebt, den verschiedenen Richtungen der Jurisprudenz Rechnung zu tragen.

Basilius Amerbach begann auf Veranlassung des Vaters sein Studium in Padua, wo man noch *more Italico* lehrte, d. h. nach der alten exegetischen Methode, nicht nach der neuen systematischen, die man die französische, *morem Gallicum*, nannte. In Padua konnte er noch mit der Weisheit der Postglossatoren vertraut werden. Die Künsteleien des schon entarteten Lehrbetriebes aber entgingen ihm nicht, wie ein Brief an den Vater beweist, in dem er in witziger Weise schildert, wie der Professor bei der Auslegung des Titels der Digesten *de rebus creditis* umständlich die Frage behandelte, ob eine Materie, die zwar der Text nicht erwähnt, die aber unter die Überschrift fällt, noch zu erörtern sei, und wieviel Stunden darauf dem ein-

zigen Wörtchen „de“ gewidmet wurden. Von Italien ging Basilius nach Bourges, zu dem Meister der Systematik Duarenus. 1561 übernahm er in Basel den Lehrstuhl für Zivilrecht, den früher sein Vater innehatte. Wie seinerzeit Bonifacius den Sohn, liess Basilius seinen Neffen Ludwig Iselin, für den er wie ein Vater sorgte, und der später gleichfalls Professor in Basel wurde, in Italien und in Frankreich studieren. Während fünf Jahren, von 1581 an, sass Iselin in Bourges zu den Füssen des Cujacius.

Im 17. Jahrhundert geht die Teilnahme an europäischen Bewegungen der Rechtswissenschaft zurück. Diese waren in Frankreich schon vorher infolge der Religionskriege, die Donellus und andere ins Exil trieben, zum Stillstand gekommen. Die allgemeine Verschärfung der religiösen und politischen Gegensätze und die Ausbreitung der Kriege lockerten bald überall die ehemals engen Verbindungen innerhalb der wissenschaftlichen Welt. Auch in Basel werden Gesichtskreis und Arbeitsfeld der Juristen enger. Es galt jetzt vor allem das seit zwei Jahrhunderten immer mehr zur geltenden Ordnung gewordene römische Recht in die eigenen Verhältnisse einzufügen. Die ererbte Neigung zu versöhnlichem Ausgleich wirkte sich auch bei der Erfüllung dieser bescheideneren Aufgabe in glücklicher Weise aus. Klagen über das fremde Recht wurden in Basel nie erhoben. Hielt man an den grossen Prinzipien des römischen Rechts unerschütterlich fest, so waltete doch im einzelnen ein vernünftiges Mass. Was nicht angemessen schien, wurde durch Rechtssätze eigener Prägung ersetzt. Das beweist besonders deutlich die unter der Leitung des Schultheissen Wettstein, eines Enkels des berühmten Bürgermeisters, entstandene letzte Fassung der Stadtgerichtsordnung aus dem Jahre 1719, die formell bis zum 1. Januar 1912 in Kraft blieb. Die Stadtgerichtsordnung, ein noch sehr unvollständiges Gesetz, war keine Kodifikation im modernen Sinne. Doch wurden erst im späteren 19. Jahrhundert durch neue Gesetze grössere Teile derselben ersetzt. Der Weg zur Ausfüllung von Lücken war

durch die ausdrückliche Anerkennung der subsidiären Geltung des römischen Rechts gewiesen.

Wie die Amerbach und Iselin im 16. Jahrhundert, stehen im 17. die Juristen aus der Familie Faesch im Vordergrund, so bis 1667 der Professor Remigius Faesch und später, bis 1712, der Professor und Stadtschreiber Sebastian Faesch. Mit einer Schrift über den Konkurs hatte dieser eine der wichtigsten Vorarbeiten für die Stadtgerichtsordnung geleistet.

Der Beitrag Basels zum Naturrecht, im 17. und 18. Jahrhundert die bedeutendste Erscheinung innerhalb der Rechtswissenschaft neben der mit Domat wieder erwachenden systematischen Richtung in Frankreich, ist bescheiden zu nennen, gemessen etwa an den Leistungen der welschen Schweiz. Doch waren den Basler Juristen die Gedanken des Naturrechts nicht fremd. Die Werke eines Grotius, eines Pufendorf, eines Thomasius und anderer wirkten auch hier. Dem einen oder anderen Gelehrten wird ein besonders nahes Verhältnis zu Pufendorf nachgerühmt. Dass dem Übersetzer dieses Autors, Jean Barbeyrac, 1717 die Übersiedlung von Lausanne nach Groningen zur Übernahme eines Lehrstuhles durch Verleihung der Doktorwürde in absentia, nach einigem Widerstreben, erleichtert wurde, ist allerdings kaum als Leistung zu werten. Hat die mit der herkömmlichen Zurückhaltung des Baslers oft verbundene Skepsis wichtigere Untersuchungen über das Recht, wie es sein soll, verhindert oder war die zufällige Besetzung der Lehrstühle an diesem Ausfall schuld? Jedenfalls gehörten die Vertreter der Aufklärung, die etwas später in Basel sich auszeichneten und deren Namen man gegenwärtig noch kennt, der juristischen Fakultät nicht an. Doch hat diese wiederholt während des 18. Jahrhunderts in ihren Gutachten, ihren Responsen, einen durch den humanen Geist der Zeit geläuterten Gerechtigkeitssinn bewiesen.

Im 19. Jahrhundert dagegen hat wieder eine grosse Bewegung der Rechtswissenschaft in Basel stärker Fuss

gefasst, die historische Rechtsschule, in der dem Naturrecht eine gefährliche Gegnerin erstanden war. Zu Savigny ging der junge Bachofen, der 1840 bei der Aufnahme seiner Tätigkeit als Dozent des römischen Rechts an der Universität öffentlich die Ansicht verkündete, dass das Recht nur allmählich unter der Einwirkung des Volksgeistes entstehe, und dass jeder Versuch, ein richtiges Recht aus der Vernunft abzuleiten, eitles und frevles Spiel sei. Mit der Forderung, das römische Recht im Zusammenhang mit dem ganzen Leben der Antike zu verstehen, womit er das Programm der modernen rechtsgeschichtlichen Forschung vorwegnahm, ging er über Savigny sogar hinaus. Unter dem Einfluss von Stahl, Gans und Hegel jedoch wollte er zugleich, durchaus im Widerspruch zur historischen Schule, das Recht in ein geschichtsphilosophisches Weltbild einstellen. Mit diesem kühnen Bekenntnis zu einer in der Romantik beliebten Auffassung blieb er aber einsam unter den vorsichtig urteilenden, gewaltsamen Konstruktionen wenig zugänglichen Juristen Basels. Den Ruhm, den Bachofen, auch als Geschichtsphilosoph, in der Gegenwart genießt, verdankt er späteren Werken, die nicht mehr der Jurisprudenz zuzurechnen sind.

Geschichtliche Forschung aber auf dem Boden des Rechts trieben mehrere Basler, so namentlich Bachofens Freund und Kollege Johannes Schnell und später Andreas Heusler. Mit Heusler, dessen Bücher die Juristen heute noch lesen und dessen Persönlichkeit einigen von Ihnen lebendig noch vor Augen stehen dürfte, betreten wir die Schwelle unserer Zeit, die ich hier nicht überschreiten möchte.

Um die Mitte des Jahrhunderts wurde die der historischen Rechtsschule nachfolgende Pandektistik gleichfalls in Basel heimisch. Nicht wenige ihrer namhaften Vertreter hat die Universität auch von auswärts berufen. Für die Anwendung des subsidiär geltenden römischen Rechts waren gründliche Kenntnis und schöpferische Fortbildung des gemeinen äusserst wichtig.

Aus dieser geistigen Welt ging 1865 der Entwurf eines Zivilgesetzbuches für den Kanton Basel-Stadt hervor. In knapper, eleganter Form und auf das Grundsätzliche sich beschränkend, stellt er ein Recht dar, das den Bedürfnissen eines städtischen Gemeinwesens der damaligen Zeit vortrefflich entgegenkommt. Bachofen zwar lehnte jede Mitarbeit ab, weil von einer Kodifikation, wie er, dem Savigny der Frühzeit folgend, an den kleinen Rat schrieb, für Wissenschaft und Praxis nur schlimme Folgen zu erwarten seien. Heusler dagegen nahm starken Anteil daran und bekundete damit, dass auch diese Übertreibung bei der Mehrheit der Basler nicht verfiel. Wegen der schon weit gediehenen Vorarbeiten für das eidgenössische Obligationenrecht wagte man schliesslich nicht, den Entwurf in Kraft zu setzen. Es blieb ihm deshalb ausserhalb Basels die verdiente Beachtung versagt.

Als späte Folge des ursprünglichen Programms der historischen Rechtsschule, das scheinbar jeden naturrechtlichen Gedanken und damit überhaupt die Besinnung auf letzte Grundsätze ablehnte, verbreitete sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts ein Positivismus, der den Juristen der geltenden Ordnung, wie sie auch beschaffen sein möge, gänzlich unterwarf und der Gefahr aussetzte, sich in unfruchtbare Begriffsklauberei zu verlieren. Schon die Beschaffenheit der Rechtsquellen im Kanton, die Notwendigkeit namentlich, in vielen Fragen auf die lebendige Diskussion der Digestenjuristen zurückzugehen, musste die Basler davor bewahren. Doch half ihnen gewiss auch die herkömmliche, allem Extremen entgegengesetzte, abwägende Geisteshaltung einer Lehre widerstehen, die einen Verzicht auf die zum Charakter der Rechtswissenschaft gehörende Kritik bedeutet. Sie trafen sich darin mit den Juristen der übrigen Schweiz und vermochten deshalb die Richtung der schweizerischen Rechtswissenschaft, die seit der Entstehung eidgenössischer Gesetze sich bildete, massgebend mitzubestimmen.

Ob die Stadt bis zu diesem Zeitpunkt auf Grund ihrer Leistungen für das Recht unter den Eidgenossen würdig dasteht, wird der Basler andere entscheiden lassen. Sicher jedoch stimmen die bei ihren Juristen in guten und bösen Tagen vorherrschenden Züge mit der vermittelnden Rolle überein, die der Bundesbrief von 1501 dem Stande Basel zugewiesen hatte.

Der *Präsident* gibt der Versammlung Kenntnis, dass die Herren Prof. Thormann, Wuarin, Prof. Rennefahrt, Bundesrichter Petitpierre und Scazziga zu ihrem Bedauern an der Teilnahme am Juristentag verhindert sind und sich deswegen entschuldigt haben.

## II.

### *Ernennung der Sekretäre.*

Auf Vorschlag des *Präsidenten* wählt die Versammlung folgende Herren als Sekretäre:

*Dr. Ernst Kober*, Advokat, Basel,  
*J. Bassegoda*, avocat, Bern.

## III.

### *Aufnahme neuer Mitglieder.*

Es haben folgende Damen und Herren ein Gesuch um Aufnahme in den Schweizerischen Juristenverein gestellt:

*Dr. Ernst Etter*, Rechtsanwalt, Zürich.

*Dr. Herzer*, Auditor am Bezirksgericht Horgen, Kilchberg

*Dr. Oskar Hoffmann*, Zürich. (Zch.).

*Kurt Keller*, Rechtsanwalt, Wallisellen.

*Dr. Zuppinger*, Auditor am Bezirksgericht Horgen, Kilchberg (Zch.).

*Dr. Hans Büchler*, Fürsprecher und Notar, Hünibach/Thun.

*Dr. Werner Lüthi*, Bern.

*Dr. Leo Schürmann*, Fürsprech und Notar, Olten.

*André Barbey*, licencié en droit, Bâle.

*Dr. Josef Brändle*, Basel.

*Dr. Adelbert Eckstein*, Advokat und Notar, Basel.

*Dr. Max Huth*, Substitut am Strafgericht, Basel.

*Dr. Fritz Jenny*, Advokat und Notar, Basel.

*Dr. Fritz Jenny*, junior, Basel.

*Dr. Robert Jucker*, Advokat, Basel.

*Dr. Ernst Kober*, Advokat, Basel.

*Dr. Rudolf Lütschg*, Advokat, Basel.

*Frau Dr. Edith Stocker*, Basel.

*Dr. Alfred Böckli*, Direktor der Henkel & Cie. AG.,  
Binningen.

*Dr. Adolf Seiler*, alt Regierungsrat, Liestal.

*Dr. Kurt Reber*, Rechtsanwalt, St. Gallen.

*Dr. G. Willi*, Leiter des Rechtsdienstes bei der Zentral-  
stelle für Kriegswirtschaft, Chur.

*Dr. Rudolf Stänz*, Fürsprecher, Aarau.

*Sergio Zorzi*, avvocato, Bellinzona.

*Georges Jaccottet*, docteur en droit, avocat, Lausanne.

*Frédéric-H. Hool*, licencié en droit, Neuchâtel.

*Charles-Antoine Hotz*, avocat-stagiaire, Neuchâtel.

*Jean-Louis Le Fort*, avocat, Genève.

Sämtliche Bewerber werden von der Versammlung  
stillschweigend und einstimmig aufgenommen.

#### IV.

##### *Jahresbericht des Kassiers.*

Herr *Dr. Riccardo Jagmetti*, Kassier des Schweizeri-  
schen Juristenvereins verliest seinen Bericht:

*Bericht des Quästors.*

für das Rechnungsjahr vom 1. Juli 1941 bis zum  
30. Juni 1942.

*1. Comptes général.*

Die *Einnahmen* im Rechnungsjahr, verglichen mit jenen im vorangegangenen Rechnungsjahr, setzen sich folgendermassen zusammen:

	1941/1942 Fr.	1940/1941 Fr.
Mitgliederbeiträge . . . . .	10 409.—	10 157.—
Zinsen		
aus dem Postcheckkonto- Guthaben . . . . .	11.80	2.80
aus dem Konto-Korrent-Gut- haben bei der Banque Canto- nale Vaudoise . . . . .	54.90	58.75
aus dem Wertschriftendepot bei der Banque Cantonale Vaudoise . . . . .	1 345.25	1 399.90
Zurückvergütete Portospesen .	52.75	62.—
Verkauf von preisgekrönten Schriften . . . . .	98.—	—.—
Zurückvergütete Quellensteuer- abzüge . . . . .	80.40	—.—
	<u>12 052.10</u>	<u>11 680.45</u>

Die *Ausgaben* setzen sich folgendermassen zusammen:

	1941/1942 Fr.	1940/1941 Fr.
Allgemeine Unkosten . . . . .	7 371.47	6 305.30
Druckkosten . . . . .	5 402.85	721.40
	<u>12 774.32</u>	<u>7 026.70</u>

(Die „Druckkosten“ betreffen nur die Berichte der Referenten und die Protokolle über die Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins, während die übrigen Druckkosten für Zirkulare an die Mitglieder, Schreibpapier usw. unter „Allgemeine Unkosten“ fallen.)

(Die Mehrbelastung durch die Allgemeinen Unkosten ist unter anderem auf die Gewährung von Barpreisen im Betrage von Fr. 1300.— für preisgekrönte Schriften zurückzuführen.)

Die Mehrleistung durch die Druckkosten ist darauf zurückzuführen, dass die Berichte der Referenten für den Schweizerischen Juristentag 1940 schon im Jahre 1939 gedruckt und im Rechnungsjahr 1940/1941 nur die Druckkosten für das Protokollheft des Schweizerischen Juristentages 1940 zu entrichten waren. Im Rechnungsjahr 1941/1942 waren die Druckkosten für die Berichte der Referenten für den Schweizerischen Juristentag 1941 zu zahlen.)

Der *Überschuss der Ausgaben* über die Einnahmen beträgt im Rechnungsjahr 1941/1942 Fr. 722.22, während sich im Rechnungsjahr 1940/1941 ein *Überschuss der Einnahmen* über die Ausgaben von Fr. 4653.75 ergab.

Der *Mehrwert der Wertschriften* am 30. Juni 1942 beträgt Fr. 434.—.

Das <i>Vermögen</i> des Compté général, das sich	Fr.
am 30. Juni 1941 auf . . . . .	54 555.15
belieb, wurde auf den 30. Juni 1942	
um den Mehrwert der Wertschriften von	434.—
auf . . . . .	<u>54 989.15</u>
vermehrt und	
um den <i>Überschuss der Ausgaben</i> über die	
Einnahmen von . . . . .	722.22
auf . . . . .	<u>54 266.93</u>
vermindert.	

Dieses Vermögen besteht aus

a) Wertschriften im Depot bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von . . . . .	Fr. 40 076.—
b) einem Konto-Korrent-Guthaben bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von . . . . .	5 688.70
c) einem Postcheckkonto-Guthaben im Betrage von . . . . .	8 410.20
d) dem Saldo der Kleinen Kasse im Betrage von . . . . .	92.03
Das Vermögen beträgt am 30. Juni 1942	<u>54 266.93</u>

*2. Fonds spécial pour la publication des sources  
du droit suisse.*

Die *Einnahmen* im Rechnungsjahr setzen sich aus den Zinsen aus dem Wertschriftendepot, dem Bank-Konto-Korrent und einem Bank-Depot-Heft, sowie aus einer Überweisung aus dem Comptes général im Betrage von Fr. 1000.—.

Diese <i>Einnahmen</i> belaufen sich auf . . . . .	Fr. 5 841.60
gegenüber Fr. 6082.90 im vorangegangenen Rechnungsjahr. Da keine Rechtsquellen herausgegeben wurden, beschränken sich die <i>Ausgaben</i> auf die Bankspesen und Unkosten für eine Sitzung der Rechtsquellenkommission, die sich auf . . . . .	294.80
belaufen.	

Der *Überschuss der Einnahmen* über die *Ausgaben* beträgt im Rechnungsjahr 1941/42 5 546.80

Im Rechnungsjahr 1940/1941 betrug der Überschuss der Einnahmen . . .	5 978.55
Der <i>Mehrwert der Wertschriften</i> am 30. Juni 1942 beträgt . . . . .	2 366.50
Das <i>Vermögen</i> des Fonds spécial, das sich am 30. Juni 1941 auf . . . . .	Fr. 152 485.—
belief, wurde auf den 30. Juni 1942 um den Überschuss der Einnahmen über die Ausgaben von . . . . .	5 546.80
um den Mehrwert der Wertschriften von auf . . . . .	2 366.50
	<u>160 398.30</u>

vermehrt.

Dieses Vermögen besteht aus	Fr.
a) Wertschriften im Depot bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von . .	150 406.—
b) dem Depot-Heft Nr. 49473 der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von .	4 903.50
c) einem Konto-Korrent-Guthaben bei der Banque Cantonale Vaudoise im Betrage von . . . . .	5 088.80
Das Vermögen beträgt am 30. Juni 1942 .	<u>160 398.30</u>

Der Jahresbericht des Kassiers wird vom Präsidenten bestens verdankt und von der Versammlung stillschweigend genehmigt.

## V.

### *Bericht der Rechtsquellenkommission über das Jahr 1941/1942.*

Der *Sekretär deutscher Sprache* verliest in Abwesenheit des Präsidenten der Rechtsquellenkommission folgenden Bericht:

Die Rechtsquellenkommission besteht zur Zeit aus den Herren:

1. Prof. Dr. Hans Fehr, Muri bei Bern,
2. Dr. Riccardo Jagmetti, Zürich, als Delegiertem des Vorstandes,
3. Prof. Dr. W. Liebeskind, Genf,
4. Dr. C. Moser-Nef, St. Gallen,
5. Dr. Fausto Pedrotta, Locarno,
6. Prof. Dr. J. Wackernagel, Basel,
7. Prof. Dr. H. Rennefahrt, Bern.

Im Berichtsjahr sind keine weiteren Rechtsquellen herausgegeben worden. Mehrere Mitarbeiter wurden durch Militärdienst oder andern öffentlichen Dienst an ihrer Arbeit verhindert. Immerhin sind die Saaner Rechtsquellen zur Zeit im Druck und werden voraussichtlich noch in diesem Jahr erscheinen. Ausser den im letzten Bericht erwähnten Herausgebern haben sich zur Mitarbeit bereit erklärt:

für den Kanton Zürich: Herr P-D Dr. H. G. Wirz, Bern.

für den Kanton Waadt: Herr Dr. Colin H. Martin, Conservateur du Cabinet des médailles du Canton de Vaud, Lausanne.

für den Kanton Luzern: Herr Staatsarchivar Dr. Josef Schmid, Luzern.

für das Amt Konolfingen, Kt. Bern: Herr Amtschreiber Werder, Schlosswil.

für den Kanton Wallis sucht Herr Prof. Dr. Liebeskind mehrere Persönlichkeiten zu gewinnen.

Es wäre sehr erwünscht, wenn sich auch aus den Kantonen Uri, Schwyz, Unterwalden ob und nid dem Wald, Zug, Appenzell Ausser- und Inner-Rhoden, Basel-Stadt und -Land, Graubünden und Neuenburg Bearbeiter finden würden.

Hiermit wird der Schweizerische Juristenverein ersucht, dem Fonds für die Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen den üblichen Jahresbeitrag von Fr. 1000.— auch für das kommende Vereinsjahr wieder zuzuwenden.

Herr Dr. Friedrich Emil Welti, der am 8. März 1940 verstorbene verdiente Herausgeber einer ganzen Reihe von Rechtsquellenbänden, hat in seinem Testament verfügt, dass ein Teil der Erträgnisse des von ihm gegründeten „Friedrich Emil Welti-Fonds“ (verwaltet durch den Staat Bern) zur Ausrichtung angemessener Honorare für die Herausgabe bernischer und eventuell schweizerischer Rechtsquellen verwendet werden soll. Dieser hochherzigen Vergabung sei hier ehrend gedacht! Die Verfügung des Herrn Dr. Welti dürfte es ermöglichen, leichter als bisher geeignete Bearbeiter unserer Rechtsquellen zu finden.

Der Bericht der Kommission wird vom Präsidenten bestens verdankt und von der Versammlung stillschweigend genehmigt. Für die Herausgabe der Schweizerischen Rechtsquellen wird dem Fonds der übliche Jahresbeitrag von Fr. 1000.— gewährt.

## VI.

### *Diskussion über das Thema:*

#### *„Die Revision der Verträge durch den Richter“*

Der *Präsident* erteilt das Wort an den Referenten deutscher Sprache *Dr. Hans Merz*, Fürsprecher in Bern, zur Zusammenfassung seiner bereits veröffentlichten Ausführungen.

Die Frage des Einflusses veränderter Umstände auf bestehende Rechtsbeziehungen gehört zu den allgemeinen Problemen des Rechts. Das Recht, das sich die Ordnung der Lebensverhältnisse zum Ziel gesetzt hat, kann nicht an der Tatsache vorbeisehen, dass diese Lebensverhält-

nisse in einem ständigen Wandel begriffen sind. Die beste Gesetzgebung überaltert und bedarf nach einer gewissen Zeitspanne der Anpassung und Erneuerung. Ist es da verwunderlich, dass auch der durch vertragliche Fesseln Gebundene sie zu sprengen versucht, wenn unvorhergesehene Ereignisse die Leistung des Vertragspartners entwerten oder die Aufwendungen für die eigene Leistung um ein Vielfaches des ursprünglich Angenommenen vermehren. Sieht sich in derartigen Fällen der Gesetzgeber nicht veranlasst, vertragliche Bande aufzuheben, so wird der Richter um Hilfe angegangen. Er soll den Schuldner entlasten, sei es durch Ermässigung oder Aufhebung der schuldnerischen Leistung, sei es durch Änderung des Vertragsinhaltes, insbesondere im Sinne einer Erhöhung der gläubigerischen Gegenleistung.

Die Frage nach Bestand und Inhalt eines richterlichen Eingriffsrechtes in bestehende Verträge, einer Revision der Verträge durch den Richter, wie das dem Referenten und der heutigen Diskussion gestellte Thema sich ausdrückt, muss von der Erörterung der grundsätzlichen Zulässigkeit eines solchen Richterrechtes ausgehen. Da das schweizerische Privatrecht einen allgemeinen Erlöschungsgrund der Obligation zufolge veränderter Verhältnisse nicht ausdrücklich anerkennt, erschien es notwendig, einmal alle diejenigen Bestimmungen unseres allgemeinen und speziellen Vertragsrechtes einer nähern Betrachtung zu unterziehen, welche in irgendwelcher Hinsicht einen Einfluss veränderter Umstände auf vertragliche Bindungen aufweisen. Aus dieser Übersicht musste sich erkennen lassen, ob, in Ermangelung einer ausdrücklichen allgemeinen Regelung, etwa einheitliche Grundgedanken den positivrechtlichen Einzelschriften entnommen werden können.

Es ist angesichts der kurzen, für das mündliche Referat zur Verfügung stehenden Zeit unmöglich, auch nur andeutungsweise auf diesen Teil der Arbeit einzugehen. Für den Referenten und vielleicht auch für den Leser war es eine Überraschung, festzustellen, in wie mannigfaltiger Form

der veränderte Umstand im Vertragsrecht auftaucht. Dieses Auftauchen beschränkt sich jedoch — und das scheint mir eine bezeichnende und nicht unwichtige Feststellung zu sein — auf die Dauerverhältnisse und auf die Verträge mit besonderer persönlicher Bindung einer oder beider Parteien, wie Miete, Pacht, Dienstvertrag und Gesellschaft. Die Verträge des Güterausstausches, Kauf und Tausch dagegen, bei denen die Person des Vertragspartners keine besondere Rolle spielt, kennen überhaupt keine positivrechtlich geordneten Fälle der Einwirkung veränderter Umstände. Es musste dies umso auffälliger erscheinen, als je und je in Doktrin und Praxis der Versuch unternommen worden war, als wesentliches Erfordernis des Vertrages schlechthin die Erhaltung eines gewissen Gleichgewichtes zwischen Leistung und Gegenleistung zu postulieren. Wenn tatsächlich die Verschiebung dieses Gleichgewichtes, dieser vorausgesetzten Äquivalenz es ist, welche den Eingriff des Richters in den gültig und formrichtig abgeschlossenen Vertrag rechtfertigt, so wäre ja gerade bei Kauf und Tausch die Bestimmung dieses Verhältnisses besonders einfach, da sich klar umschriebene Sachleistungen gegenüberstehen. Dennoch beziehen sich die positivrechtlichen Sondervorschriften nicht auf diese Verträge, sondern auf solche mit Leistungen komplexer Natur, die nicht abschliessend konkret umschrieben werden können.

Das passt schlecht oder gar nicht zur Theorie von einer notwendigen Äquivalenz der Vertragsleistungen. Dass eine solche Äquivalenz vom schweizerischen Vertragsrecht nicht gefordert wird, ergibt sich insbesondere auch aus Art. 21 OR. Das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung an sich vermag den Bestand des Vertrages nicht zu beeinträchtigen, sofern nicht das subjektive Moment einer Ausbeutung der Unerfahrenheit, der Notlage oder des Leichtsinns gegeben ist.

Die Äquivalenzidee wird aber überhaupt dem Wesen des Vertrages im Sinne des Privatrechts nicht gerecht. Der Vertrag ist nun einmal ein Kompromiss über widerstrei-

tende und zufällige private Interessen, wobei sich innerhalb der zwingenden Schranken der Vertragsfreiheit und unter der Voraussetzung einer freien Willensbildung beliebige Leistungen gegenüberstehen können.

Ich gehe allerdings mit dem Herrn Korreferenten darin einig, dass es auch Verträge gibt, bei denen der Gemeinschaftsgedanke in den Vordergrund tritt. Ich glaube aber, dass nur die Dauerverträge und die Verträge mit besonderer persönlicher Bindung in diese Kategorie eingereiht werden können. Wird der Gemeinschaftszweck durch veränderte Umstände beeinträchtigt oder vereitelt, so kann sich ein Eingriff in den Vertrag rechtfertigen; aber nicht zufolge der blossen Verschiebung des ursprünglichen Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, sondern weil und soweit der gemeinsame Zweck zum Vertragsinhalt erhoben wurde. Abgesehen von diesem Fall kann eine noch so schwerwiegende Veränderung der Äquivalenz nur von Bedeutung werden, wenn ein anderer und massgebenderer allgemeiner Gesichtspunkt dies fordert.

Die Schranken der Vertragsfreiheit, die das gültige Zustandekommen eines Vertrages hindern, können sich auch erst nachträglich verwirklichen. Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliche Widerrechtlichkeit bieten kein näheres Interesse, da es sich um Tatbestände handelt, die in Voraussetzungen und Folgen klar umschrieben sind. Wie verhält es sich mit der nachträglich eintretenden Unsittlichkeit? Sicher ist, dass hier einer der allgemein massgebenden Gesichtspunkte der Berücksichtigung veränderter Umstände nach Vertragsschluss liegt. Der Tatbestand, dessen Vorhandensein im Zeitpunkte des Vertragsschlusses das Zustandekommen einer vertraglichen Bindung ausschliesst, muss auch — ich kann hier die Bedenken des Herrn Korreferenten nicht teilen — bei erst nachträglicher Verwirklichung die gleichen Folgen auslösen. Welches solche Tatbestände sind, konnte auch im schriftlichen Referat nur kurz angedeutet werden. Es wird sich aber wohl ausschliesslich um Fälle handeln, in welchen die Leistung

an sich einen unsittlichen Charakter gewinnt. Die Qualifikation einer Leistung als unsittlich, lediglich um ihres Missverhältnisses zur Gegenleistung willen, scheint mir eine Verwässerung des Begriffes der Sittlichkeit gleichzukommen.

Stammler lässt nur die nachträgliche Unsittlichkeit als Rechtfertigung eines Eingriffes in laufende Verträge gelten. Doktrin und Praxis sind jedoch weiter gegangen und haben immer mehr den Masstab von Treu und Glauben an die zur Beurteilung stehenden Clausulafälle gelegt. Dagegen lässt sich sicher nichts einwenden; denn Art. 2 des Zivilgesetzbuches bezieht sich ja nach seinem Marginalie auf die Bestimmung des Inhaltes der Rechtsverhältnisse. Ob sich daraus auch ein erweitertes Anwendungsgebiet ergibt, hängt davon ab, wie die Abgrenzung der Begriffe Treu und Glauben einerseits, Sittlichkeit andererseits vorgenommen wird. Ohne eine nähere Untersuchung des nicht leichten Problems anzustellen, kann vielleicht gesagt werden, dass die Sittlichkeit sich mehr auf die Leistung an sich, Treu und Glauben mehr auf das gegenseitige Verhältnis der Interessen, auf das Vertrauenselement im Vertragsrecht bezieht.

Es scheint mir wichtig, neben diesen beiden allgemeinen Gesichtspunkten einer Berücksichtigung veränderter Umstände nach Vertragsschluss — Sittlichkeit und Treu und Glauben — auch den stillschweigenden vertraglichen Vorbehalt einer solchen Veränderung oder Nichtveränderung zu erwähnen. Es ist dabei durchaus richtig, dass, rein dogmatisch betrachtet, der vertragliche Vorbehalt von der Problemstellung gar nicht erfasst wird. Es handelt sich ja gerade darum, die Einwirkung veränderter Umstände auf den Vertrag zu beurteilen, wenn die Parteien selber nichts, aber auch gar nichts bedacht haben. Praktisch ist es jedoch unbedingt notwendig, in allen Fällen vorerst zu prüfen, ob nicht auf dem Wege der Vertragsauslegung und Vertragsergänzung eine Lösung gefunden werde. Einmal kann auch dann, wenn die eingetretene

Veränderung vollständig ausserhalb des Vorstellungsbereiches der Parteien lag, doch eine Beschränkung der Willenserklärung auf einen ganz bestimmten vorausgesetzten Tatbestand stattgefunden haben. Dann werden alle Entwicklungen ausgeschlossen, die diesen Tatbestand nicht erfüllen. Man denke an die englischen „coronation cases“, wo normalerweise der Mietvertrag um das Fenster sich nur auf den Tatbestand der Sichtmöglichkeit auf den Krönungsfestzug bezog, so dass bei gänzlicher Absage des Festzuges, auch wenn die Parteien in keiner Weise daran gedacht hatten, ein gänzlicher Hinfall des Vertrages angenommen werden musste. Zudem und hauptsächlich lässt sich aber der Begriff des stillschweigenden vertraglichen Vorbehaltes vom Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben überhaupt nicht mit genügender Schärfe abgrenzen. Die Annahme eines solchen Vorbehaltes setzt eine ergänzende Vertragsauslegung voraus, für die nach Art. 2 ZGB Treu und Glauben massgebend sein sollen. Wird der Vertrag so ausgelegt und ergänzt, so wird damit zugleich sein Umfang und Inhalt massgebend festgelegt, d. h. dasjenige getan, was nach der neueren Doktrin die eigentliche und über die Vertragsauslegung hinausgehende Bedeutung von Art. 2 sei.

Ich sehe eine gewisse Bestätigung dieser vielen vielleicht etwas antiquiert erscheinenden Auffassung darin, dass der Herr Korreferent die voluntaristischen Clausultheorien zwar ablehnt, in der Umschreibung des für ihn zentralen Begriffes des Vertragsrisikos aber doch darauf abstellt, welche Gefahren die Partei übernommen habe und welche ihr als übernommen zugemutet werden müssen, Er betont allerdings, dass es sich um eine objektive Abgrenzung der Risiken handle; aber beruht nicht die der Vertrauens- theorie entsprechende Auslegung der Willenserklärung — und nicht des Willens — auf ganz ähnlichen objektiven oder doch objektivierten Grundlagen, darauf nämlich, wie die Erklärung vom Partner verstanden werden durfte, auch wenn sie keineswegs so gemeint war. Es

kommt eben bei allen diesen Fragen immer wieder zum Ausdruck, dass der Vertrag ein Produkt objektiver und subjektiver, willensmässiger und vom Willen unabhängiger Elemente ist.

Wenn Referent und Korreferent dann in der Beurteilung der Frage, wann der Eingriff erfolgen dürfe, recht verschiedene Anschauungen vertreten, so führe ich das weniger auf die vielleicht nur scheinbar verschiedene Begründung der grundsätzlichen Zulässigkeit zurück, als darauf, dass der Herr Korreferent gewissermassen eine Vermutung für die Übernahme eines bloss beschränkten Vertragsrisikos durch den Schuldner aufstellt und besondere Umstände verlangt, damit auch die aussergewöhnliche Entwicklung in der Haftung eingeschlossen sei. Mein Referat sieht dagegen das schlichte Leistungsversprechen im Zweifel als unbedingt bindend an und kommt nur auf Grund spezieller Umstände zu einer Haftungsbeschränkung.

Im übrigen herrscht Einverständnis darüber, dass der Ausgangspunkt der Anwendung jeder Generalklausel oder Blankettverweisung das konkrete Vertragsverhältnis mit seinen gesamten Nebenumständen und Begleiterscheinungen ist. Kein Schema und keine Formel nimmt dem Beurteiler die Arbeit ab, sich in dieses Vertragsverhältnis zu vertiefen, es erneut in den Rahmen der individuellen Beziehungen der Parteien und hierauf in den weitem Rahmen der positiven Einzelbestimmungen des allgemeinen und besondern Privatrechts und schliesslich der Verkehrsübung zu stellen. Dass mit dieser Auffassung nicht etwa einer Auferstehung der eigentlichen *clausula* das Wort geredet wird und dass auch nicht von der Erforschung eines fiktiven Parteiwillens ausgegangen wird, hoffe ich im schriftlichen Referat klargestellt zu haben.

Die Frage, ob der richterliche Eingriff nur vertragsauflösend oder auch vertragsändernd sein kann, ist in Doktrin und Praxis nicht gerade eingehend behandelt worden. Man erkannte wohl, dass eine Aufstellung neuer Vertrags-

bestimmungen durch den Richter sich mit dem Wesen des Vertrages nicht vereinbaren lässt und verlangte deshalb das grundsätzliche Einverständnis der Parteien mit der Änderung. Wie sich diese Forderung begründen lasse und wie vor allem dieses grundsätzliche Einverständnis ausgesprochen und prozessual erkannt werden sollte, blieb allerdings völlig dahingestellt. Der Teil des Referates, der diese Frage behandelt, lässt sich dahin zusammenfassen, dass nach dem Eintritt des veränderten Umstandes beide Vertragsparteien in prozessual ausreichender Form erkennen lassen müssen, die in Frage gestellte Leistung sei für sie eine Nebenabrede, deren neue Umschreibung in Kauf genommen wird, um die Hauptverpflichtungen unverändert zu erhalten. Fehlt dieses beidseitige Einverständnis, so kommt nur die unveränderte Aufrechterhaltung des ganzen Vertrages oder die völlige Auflösung aller Bindungen in Frage.

Es würde der Struktur unseres Privatrechtes widersprechen, ein weitergehendes Änderungsrecht und insbesondere eine Erhöhung der Gegenleistung zuzulassen. Dagegen spricht nicht nur die Tatsache, dass auch die Änderung und Ergänzung eines von Anfang an unvollständigen Vertrages nur unter den gleichen Voraussetzungen zulässig ist (vorbehaltene Nebenpunkte, Art. 2 OR, Teilnichtigkeit Art. 20 Abs. 2). Vor allem weist auch die Betrachtung der positivrechtlich ausdrücklich geordneten Fälle in die gleiche Richtung. In der überwiegenden Mehrzahl aller dieser Tatbestände werden die veränderten Verhältnisse nur durch ein Erlöschen der vertraglichen Bindung oder durch Einräumung eines Rücktritts- und Kündigungsanspruches berücksichtigt. Dort, wo eine eigentliche Vertragsänderung verfügt wird, — der Schulfall des Art. 373 im Werkvertrag — handelt es sich um eine singuläre Bestimmung, die nicht Ausfluss eines allgemeinen Grundsatzes ist.

Gegen die hier vertretene Ablehnung eines vom Willen der Parteien unabhängigen und weitgehenden richterlichen Änderungsrechtes wird gelegentlich eingewendet, es sei un-

befriedigend, nur ein starres Entweder-Oder aufzustellen und die eine oder andere Vertragspartei die ganze Last tragen zu lassen. Dazu ist zu sagen, dass der Richter auch bei der Vertragsauflösung volle Freiheit in der Zuerkennung des Schadenersatzes hat. Sogar in den Fällen, wo ausnahmsweise eine realiter erzwingbare Sachleistung im Spiele steht, ist eine Minderung der Leistungspflicht möglich. Trotz dieser Möglichkeit sollte der Richter m. E. nicht leicht zu einer mehr oder weniger gleichmässigen Schadensteilung Hand bieten, da sonst der Gedanke der vertraglichen Haftung zu sehr beeinträchtigt wird.

Das ist ja auch die Überlegung, die ganz allgemein zu einer zurückhaltenden Handhabung des richterlichen Eingriffsrechtes führt. Der Eingriff verstösst gegen das Wesen des Vertrages, dessen bindende Kraft das Gegenstück zur Freiheit des Handelns ist. Es ist besser, in einzelnen Fällen grosse Härten für den Verpflichteten in Kauf zu nehmen, als einer Verkehrsunsicherheit und Rechtsunsicherheit die Türe zu öffnen, welche in allen Fällen um sich greift, wo aus irgend welchen Gründen vertragliche Rechte nachträglich beeinträchtigt werden. Nur da lässt sich der Eingriff rechtfertigen, wo das Beharren auf dem Vertrag als eigentlicher Rechtsmissbrauch erscheint, der unter keinen Umständen geschützt werden darf.

Ist die im Referat vertretene zurückhaltende Auffassung, die allerdings bei weitem nicht als grundsätzliche Ablehnung aufgefasst werden darf, tatsächlich nur der Ausdruck eines überwundenen überspitzten Individualismus, wie behauptet wird? Ist sie wirklich das Gegenstück eines Gemeinschaftsgedankens, den die neue Zeit mit der richterlichen Vertragslenkung verwirklichen soll? Ich glaube nicht. Was ein Schuldner einer drückend gewordenen Verpflichtung, ein Gläubiger einer wertlos gewordenen Leistung verliert, das gewinnt die Gemeinschaft hundertfältig an Vertrauen auf die Verkehrssicherheit und die Rechtssicherheit schlechthin.

Hierauf ergreift der Referent französischer Sprache Dr. *Henri Dechenaux*, Bundesgerichtsssekretär, in Lausanne, das Wort, um seinem gedruckten Referat folgende Ausführungen beizufügen:

Le revision du contrat du chef d'imprévision pose un problème né du conflit de deux principes: le respect de la parole donnée et la justice contractuelle. Le premier de ces principes voudrait qu'une fois établi le sens de l'engagement pris, celui-ci lie son auteur en dépit de tous les bouleversements qui peuvent survenir. Le second voudrait au contraire que le contrat conclu s'adapte continuellement aux circonstances nouvelles, suivant une sorte d'échelle mobile.

Il ne saurait être question de ne faire droit qu'à un seul de ces principes. Toute législation tend à établir entre eux un certain équilibre. Nous avons donc tenté de voir ce qu'il en était en droit suisse.

L'engagement pris peut naturellement trouver ses limites dans la *convention* même des parties. D'autres limites résultent de la *nature des choses*; c'est le cas de l'impossibilité qui se produit après la conclusion du contrat. Le législateur peut aussi mettre fin à l'obligation en déclarant par la suite le contrat *illicite*. Il n'y a pas, dans ces cas, proprement atteinte à la fidélité contractuelle. On ne peut à notre sens, rien en tirer pour éclairer le problème de l'imprévision.

Le respect des contrats n'est pas en soi mis en cause non plus par les dispositions qui consacrent l'*interdépendance formelle* des prestations réciproques dans le contrat synallagmatique: l'art. 82 CO qui subordonne l'obligation d'une partie à l'exécution par l'autre, ou l'art. 119 al. 2 qui fait perdre au débiteur libéré par l'impossibilité son droit à la contre-prestation. Cette dernière règle notamment, qui s'applique aux autres contrats que la vente parfois avec certains tempéraments, découle de la structure même du synallagma. C'est elle qui justifie p. ex. le droit

du locataire d'exiger la réduction du loyer ou de se départir du contrat lorsque la chose tombe dans un état tel qu'elle ne puisse servir à l'usage pour lequel elle a été louée; si l'art. 255 CO concerne bien un trouble dans le développement du rapport contractuel, il y porte remède en vertu de la loi même du contrat.

En revanche la loi du contrat ne suffit pas à expliquer des dispositions comme l'art. 83 CO réglant les conséquences de l'insolvabilité d'une partie, ou même l'art. 107 sur le droit du créancier de refuser l'exécution ultérieure du contrat lorsque le débiteur est en demeure. Ici c'est l'idée d'une *connexité économique* qui intervient. De même, la réduction de la créance indemnitaire, succédané de l'exécution, ne procède pas non plus de la nature du contrat, mais du souci de rétablir, au moins après coup, un certain équilibre des intérêts en présence. C'est le même souci que nous avons cru découvrir à la base des droits de résiliation pour justes motifs propres à divers contrats, et surtout des droits de revision formellement prévus par la loi.

Mais si ces règles révèlent une conception assez souple de la vie juridique — quand on les compare p. ex. au droit romain —, elles ne permettent pas de dégager *pour le contrat comme tel* un principe général d'intervention du fait des circonstances nouvelles. Mon corapporteur et moi sommes bien d'accord sur ce point. On ne peut en particulier rien en inférer pour la vente et l'échange.

Il faut donc chercher ailleurs le principe d'une atteinte au contrat pour imprévision; ailleurs, ce ne peut être que dans la volonté des parties ou dans une règle objective.

Nous avons rejeté la vieille théorie de la *clausula rebus sic stantibus* et, avec elle, les théories qui en procèdent: théories de la *Voraussetzung*, de la *Geschäftsgrundlage*, de la lacune, de l'équivalence. Sans doute les parties peuvent elles avoir tracé des frontières à leurs engagements, et cela même d'une façon tacite. Nous avons envisagé ce cas dans l'étude des conventions sur le risque. Mais il faut pourtant que cette limitation résulte clairement de l'en-

semble des faits et circonstances qui ont entouré la conclusion du contrat, qu'on puisse dire qu'il y avait une volonté effective dans ce sens. Peut-être doit-on l'admettre dans l'hypothèse des Coronations cases; le Tribunal fédéral l'a pratiquement admis dans l'arrêt *Emrich* pour le bail conclu par un dentiste qui s'est vu à un moment donné retirer le droit de pratiquer. Mais si l'on doit renoncer à retrouver sous la déclaration la volonté historique des parties, pour construire — fût-ce de la façon la plus concrète — une volonté hypothétique, il faut bien reconnaître qu'on introduit dans le contrat, sous le couvert d'interprétation, des éléments objectifs auxquels il faut franchement donner un nom. En recourant à l'art. 2 CC pour interpréter et compléter le contrat, on avoue en réalité que cette disposition arrête impérativement, à un point donné, les droits régulièrement créés. La lacune qu'on suppose exister dans le contrat en face de circonstances imprévisibles, est l'oeuvre même de ces règles de la bonne foi qu'on invoque pour la combler. On ne conçoit pas pareille lacune dans la pure doctrine du contrat, pris comme oeuvre des volontés. Il s'agit d'une *fiction*, qui a sa valeur — valeur de procédé technique — mais qui recouvre l'intervention d'une règle objective.

Cette règle, nous sommes d'accord, mon corrapporteur et moi, pour ne pas la chercher dans un développement de l'idée d'*impossibilité*, celle-ci étant l'expression d'une loi naturelle ou logique; ni dans une application de la théorie de la *lésion*, qui n'est pas conçue pour l'hypothèse d'imprévision; ni dans une extension de l'*erreur* sur les éléments nécessaires (Grundlagenirrtum) bien que l'art. 24 ch. 4 CO ne procède pas, selon nous, de l'idée de contrat, mais d'une idée d'équité. Les règles de l'*enrichissement sans cause* ne sont également d'aucun secours ici, car la dépréciation de la contre-prestation, pas plus que l'inexécution de celle-ci ne prive de cause l'obligation du débiteur.

Nous avons, pour notre part, écarté l'application de l'idée d'*immoralité survenante*. Nous concédons cependant

qu'elle serait applicable à des prestations personnelles devenues moralement impossibles, p. ex. pour une raison d'humanité. Mais il s'agit ici de la prestation prise pour elle-même — comme le relève mon corrapporteur — et non de la relation des prestations ou positions réciproques. Seules les règles de la bonne foi apparaissent adéquates pour juger de cette relation.

Nous avons donc recherché ce que recouvraient ces règles dans l'esprit du droit suisse. Nous avons cru y reconnaître, outre l'idée de loyauté et de droiture en affaires, *un certain principe de société*, qui lierait les parties malgré leurs intérêts opposés. Il y aurait entre elles quelque chose de *commun*, qu'elles se doivent de ne point briser dans la recherche des avantages que leur procure le contrat. La convention privée ressortit avant tout au droit individuel ou interindividuel, et il est normal, à cet égard, que chacun — comme on dit — tire de son côté. Mais, par-delà les motifs de chaque partie, le contrat est revêtu d'un *sens*, il répond à une certaine *idée*, il a une *ratio*, une *cause* dirions-nous si on ne risquait de confondre cette cause du contrat avec la cause de l'obligation: c'est cela que nous avons appelé *l'élément institutionnel* du contrat. Cet élément se concrétise dans un certain *rapport d'équilibre de partie à partie*, défini d'abord par le genre du contrat, puis par les circonstances particulières qui lui donnent sa marque propre.

La responsabilité individuelle est la loi première du contrat et elle comporte l'acceptation — voulue ou imposée — d'un risque. Mais au point où les fluctuations dans les positions respectives des parties ébranlent la *ratio* même du contrat, où elles rompent tout rapport raisonnable entre les droits et les charges, la responsabilité et le risque doivent cesser. Le principe de société intervient, qui réclame un réajustement des positions, le rétablissement — sous une forme ou sous une autre — du minimum d'équilibre que postule l'idée incorporée dans le contrat considéré.

La loi consacre cette exigence en prévoyant positivement des droits de résiliation pour justes motifs, voire des droits de revision, et en autorisant une réduction de l'obligation du débiteur, lorsque pour une raison ou pour une autre, cette obligation s'est transformée en une dette d'indemnité. Mais, d'une part, ces dispositions ne dispensent pas, dans leur application, de rechercher *in concreto* la mesure de la responsabilité incombant au débiteur. Et, d'autre part, l'idée de la bonne foi ainsi dégagée, est à même d'arrêter, dans d'autres contrats encore, les effets dans le temps des obligations assumées.

C'est en partant de ces prémisses que nous avons tenté un peu présomptueusement d'esquisser une théorie générale de l'atteinte au contrat pour imprévision. Nous ne pouvons que renvoyer aux développements de notre rapport, nous bornant ici à reprendre deux ou trois questions centrales.

Quant aux *conditions* de l'atteinte au contrat, tout revient à placer le point où le *risque* cesse et où, partant, l'intervention se justifie. Il ne s'agit pas des risques de la chose, comme lorsqu'on dit que le débiteur d'une dette supporte les risques, ni des risques du *prix d'achat*, qui obligent l'acheteur à payer le prix de la chose bien qu'elle ait péri après la conclusion du contrat (art. 185 CO par opposition à l'art. 119 al. 2). Le risque envisagé ici, c'est l'aggravation de sa position initiale que la partie lésée doit prendre sur elle, ou plutôt qui lui est imputée par le droit objectif. De par la loi du contrat, ce risque serait sans limites. Les règles de la bonne foi lui en tracent une. L'étendue du risque sera essentiellement différente selon les contrats. D'une façon générale, le risque est fonction de la part de l'*élément personnel* propre au contrat considéré. Le droit positif, dans certains contrats, limite lui-même le risque en réservant des droits de résiliation, et il le fait p. ex. dans le contrat de bail, malgré la disposition de l'art. 257 selon laquelle le preneur qui, par suite d'un cas fortuit survenu dans sa personne, ne peut se servir de

la chose ou n'en peut faire qu'un usage restreint, n'en doit pas moins acquitter le loyer. La physionomie que la loi donne à chaque contrat, la situation qu'elle fait à l'une et à l'autre des parties sont des indications pour mesurer le risque. Toutefois le facteur personnel, l'élément humain ne devrait être absent d'aucun contrat, même pas de la vente, tant que celle-ci ne se résout pas par exécution immédiate, comme les marchés courants. Dès que l'exécution est reportée dans l'avenir, et surtout dès qu'elle est successive, un régime de bonne foi s'instaure entre les parties, qui les oblige à prendre égard l'une à l'autre: l'acheteur aux difficultés du vendeur, mais aussi le vendeur aux difficultés de l'acheteur, et ceci malgré la règle de l'art. 185 CO qui ne vise pas le risque au sens où nous le prenons ici d'une rupture de l'équilibre contractuel n'affectant pas la chose elle-même; l'argument à fortiori ne nous convainc pas, d'autant moins qu'il s'agit d'une règle exceptionnelle qui ne s'explique qu'historiquement. Pour mesurer le degré de dépendance mutuelle, nous avons indiqué quelques critères, dont le principal est l'*élément spéculatif*, qui forme l'antithèse de l'aspect personnel du contrat.

Quant à la *nature de l'atteinte* au contrat, nous sommes parti de l'idée d'*abus de droit*. Le risque une fois établi, s'il se trouve dépassé, il y a abus de la part de l'autre partie à prétendre s'en tenir au contrat. Le déséquilibre survenu est à ce moment excessif; le créancier exploite la situation même s'il n'est pas à proprement parler enrichi. Le droit doit lui procurer au débiteur les moyens de réprimer l'abus. Ces moyens seront de soi proportionnés à la fin visée, qui est de faire cesser l'excès, non de détruire radicalement l'oeuvre des volontés. Il ne s'agit pas de renverser la situation au profit de la partie lésée, ni de la débarrasser de la responsabilité qui lui incombe: l'intervention sera mesurée par le risque imputable. Elle aura donc nécessairement lieu par voie de modification, non de nullité (modification étant pris dans le sens le plus large). La revision des obligations stipulées nous est apparue,

sinon comme le moyen le plus réalisable, tout au moins comme le moyen le plus naturel et le plus souhaitable. Mais s'il faut en arriver à l'annulation du contrat, ce ne sera pas sans compensation pour l'autre partie. Annulation et revision doivent être placées sur le même pied; le choix à opérer entre les deux modes est affaire d'appréciation objective des intérêts véritables des parties, plutôt que d'interprétation de leurs volontés. L'ajustement des prestations et des indemnités tendra essentiellement à soulager le lésé dans toute la mesure ou la perte subie n'est pas couverte par le risque qui lui est imputable.

Ceci dit, rien n'est encore résolu pour le cas concret. La part respective à assigner au facteur *responsabilité* et au facteur *personnel ou social* dans une situation donnée — quelles que soient les indications fournies par le type de contrat, la qualité des parties, les circonstances de la cause — dépend d'un jugement de valeur entre les exigences antinomiques du respect de la parole donnée et de la justice contractuelle — la première exigence se doublant du besoin de sécurité dans les transactions. A ce sujet, on ne s'entendra jamais tout à fait, car c'est question de tempérament intellectuel. Les uns sont plus sensibles à l'idée d'ordre, les autres à l'idée de justice. Les premiers reprochent aux seconds de troubler la paix du monde sous prétexte de justice, et les seconds rétorquent que les plus belles catastrophes sont préparées par les partisans de l'ordre.

Mais par-delà son sentiment personnel, le juriste doit s'ouvrir à l'esprit de l'époque. La loi ne lui offre guère qu'un cadre, car à côté de règles d'apparence rigide, elle introduit des clauses dites générales qui en soi permettraient toutes les hardiesses. Ce qu'il faut mettre sous ces clauses, le législateur ne l'a pas dit, il ne pouvait le dire ni n'en avait le droit. Il devait laisser ce soin au jugement des générations successives qui appliqueraient son oeuvre. Ainsi le rôle de la bonne foi dans les actes juridiques n'est pas le même aujourd'hui que hier, et il sera différent de-

main, quand nous irons vers un nouveau libéralisme . . . Pour l'heure, la tendance est au social, au collectif, au *communautaire*. C'est là un fait qui s'impose historiquement au juriste; il ne saurait s'y dérober sans faire fix des sentiments et besoins profonds du peuple, auxquels il a mission de donner corps.

Lorsque nous avons parlé de *communauté*, nous avons toujours envisagé le lien personnel plus ou moins étroit qui lie les parties elles-mêmes au contrat. Nous n'avons pas considéré l'intérêt général de la collectivité à voir maintenir, moyennant les adaptations nécessaires, des contrats dont la cessation prématurée entraînerait la perte d'efforts et de valeurs. Notre corrapporteur écarte cette considération. Pour nous, elle ne doit pas non plus intervenir directement dans le débat, mais elle serait de nature à contrebalancer les scrupules qu'on aurait de compromettre la sécurité des transactions en autorisant la revision des contrats. Ce facteur a joué un rôle dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français relative aux concession de services publics. En fait, il ne serait pas à négliger chaque fois que des conventions privées assurent une sorte de fonction sociale, un service qu'il faut maintenir dans l'intérêt public. Et, dans une économie anémiée, il faut tout faire pour sauver ce qui peut être sauvé.

Cependant nous nous sommes placés nous-même sur le plan interindividuel du contrat. C'est à ce plan que nous avons fait intervenir, sous l'angle de la bonne foi, un certain principe de société, car une conception communautaire de la vie juridique et sociale doit aller jusqu'à informer la sphère des intérêts particuliers. La solidarité des parties vient alors tempérer la règle de la responsabilité et ramener le risque du contrat à une mesure humaine. Ainsi peut-on espérer réaliser, au-delà d'une fidélité désincarnée, une justice concrète. *Amicum pactum, sed magis amica justitia.*

Der *Präsident* eröffnet nach kurzer Pause die Diskussion, an welcher folgende Herren teilnehmen:

*Dr. Max Brunner*, Vize-Direktor der Sandoz AG., Basel:

Es ist durchaus verständlich, wenn von den meisten Autoren, die sich mit der Revision der Verträge durch den Richter befassen, grosse Zurückhaltung geübt wird.

Dennoch glaube ich, dass die Voraussetzungen, unter denen eine Vertragsänderung durch den Richter bisher zugelassen wurde, den Bedürfnissen der Praxis nicht ganz gerecht werden.

Die Verhältnisse, die wir antreffen, sind denkbar verschieden gelagert, und die Frage, ob ein Vertrag durch den Richter soll geändert werden können, kann eigentlich nur kasuistisch entschieden werden, aus den ganz besonderen Gegebenheiten des gerade zur Diskussion stehenden besonderen Vertrages.

Es bleibt daher fast nichts anderes übrig, als zu einer Generalklausel zu greifen, und zwar einer, die dem Richter einen sehr weiten Spielraum lässt.

Man könnte vielleicht sagen, dass der Richter einen Vertrag ändern darf, wenn die Verhältnisse dazu geführt haben, dass das Festhalten an bestimmten bisherigen Vertragspunkten für eine Partei nach der gesamten Sachlage unter Berücksichtigung aller Umstände zu einer unzumutbaren Belastung wird.

Dafür, was unzumutbar ist, können m. E. kaum allgemein gültige Kriterien aufgestellt werden. Das muss der Richter an Hand aller Umstände im Einzelfall nach den Begriffen von Treu und Glauben feststellen.

Ich habe absichtlich nicht von einer Verschiebung von Leistung und Gegenleistung gesprochen.

Die Verschiebung von Leistung und Gegenleistung kann zwar im Einzelfall ein Festhalten an gewissen Vertragsbestimmungen unzumutbar machen; es lassen sich jedoch ohne weiteres Fälle denken, wo die Verschiebung nur unwesentlich ist, aber aus anderen Gründen die Fortführung bisheriger Vertragsbestimmungen unzumutbar wird.

Die Verschiebung von Leistung und Gegenleistung ist deshalb im Sinne eines limitierenden Kriteriums nicht tauglich. Man sollte überhaupt davon absehen, das finanzielle Moment bei der Diskussion in den Vordergrund zu rücken. Auch die „Ausbeutung“, auf die das Bundesgericht abstellt, ist ein finanzielles Moment. Die unzumutbare Belastung kann auf anderem Gebiet als auf dem finanziellen liegen.

Im gegenwärtigen Krieg ist es z. B. aus naheliegenden Gründen ausgeschlossen, dass eine schweizerische Firma auf Umsätzen, die sie in einem der kriegführenden Staaten tätigt, an eine Firma in einem gegnerischen Land Abgaben entrichtet. Unmöglich ist die Leistung nicht, aber sie ist nicht zumutbar, weil sich eine solche Firma Repressalien der einen oder andern Kriegspartei aussetzen würde. Das finanzielle Ausmass der Leistung ist dabei ganz irrelevant.

Ich habe auch Bedenken, dem Richter ein Änderungsrecht nur da zu geben, wo es sich um einen Nebenpunkt des Vertrages handelt. Wegen Nebenpunkten gehen die Parteien in der Regel nicht vor den Richter. Es werden vielmehr gerade wesentliche Momente des Vertrages sein, die in ihrer integralen Durchführbarkeit angefochten werden. Man soll dem Richter nicht von vorneherein die Möglichkeit nehmen, auch in wesentlichen Vertragspunkten eine billige Abänderung verfügen zu können. Sonst schränken wir die richterliche Abänderungsbefugnis auf Bagatellfälle ein und verhindern sie zum vorneherein gerade für die Fälle, wo ein wirkliches Bedürfnis vorliegt.

Übrigens kann sich bei Dauerverträgen die Auffassung der Parteien darüber, ob es sich bei einer gegebenen Vertragsbestimmung um ein Essentiale handelt, im Laufe der Zeit ändern. Punkte, über die man zur Zeit des Vertragsabschlusses lange verhandelte, und denen seinerzeit entscheidende Bedeutung für den Vertragsabschluss beigegeben wurde, werden im Laufe der Zeit vielleicht zu nebensächlichen Vertragsbestandteilen, während Bestimmungen,

über die man kaum ein Wort verlor, plötzlich eine entscheidende Bedeutung annehmen.

Nehmen wir zum Beispiel Kartellverträge, die im wesentlichen auf dem Austausch und der Zusammenlegung von Patenten beruhen und bei denen nebenher gewisse Minimalpreise für die Produkte festgelegt wurden. Hier kann je nach der Entwicklung der Dinge der Patentaustausch ganz an Bedeutung verlieren, während die Preisvereinbarung zum eigentlichen Kern des Kartells wird.

Gefährlich scheint es mir, der beklagten Partei gewissermassen ein Recht darauf zu geben, lieber den Vertrag zu lösen als sich einer Änderung zu unterziehen. (Referat Dr. Merz, S. 482a, zweiter Absatz.) Das kann praktisch dazu führen, dass eine Partei in den dem Prozess stets vorausgehenden Verhandlungen der Parteien jedem vernünftigen Abänderungsvorschlag ein Veto entgegengesetzt, nur weil sie überhaupt aus dem Vertrag möchte. Sie wartet dann, ob der Antragsteller sein Begehren einklagt, um sofort ihr Wahlrecht auszuüben und aus dem Vertrag herauszukommen.

Häufig wird die Auffassung vertreten, dass der Vertrag nur dann durch den Richter geändert werden darf, wenn sich die Verhältnisse durch äussere Umstände schlagartig verändern, der ausserordentliche Umstand gewissermassen von aussen her ins gesamte Wirtschaftsleben einbricht. So z. B. Weber: „Das richterliche Änderungsrecht bei Dauerverträgen“, S. 52/53. Auch dieses Erfordernis geht zu weit.

Gerade bei Dauerverträgen — ich habe als solche namentlich Kartelle, Konventionen, Syndikate etc. im Auge — können die Verhältnisse recht langsam untragbar werden, und auch ohne krasse äussere Einwirkungen wie Krieg etc. Man muss m. E. auch hier die Verhältnisse des bestimmten Vertrages ansehen, nicht die Verhältnisse, wie sie sich für X und R und Z als Unbeteiligte auch stellen.

Man versucht, der Partei, die eine Änderung wünscht, entgegenzuhalten, sie hätte eben einen Vertrag von kür-

zerer Dauer abschliessen müssen, wenn sie die Risiken eines langfristigen Vertrages nicht tragen wolle. Allein, dieser Einwand übersieht allerlei. Einmal, dass es gewisse Verträge gibt, die entweder gar nicht oder dann nur langfristig abgeschlossen werden können. Kartellverträge, die Produktions- oder Verkaufsquoten vorsehen, können praktisch überhaupt nur sehr langfristig abgeschlossen werden, wenn sie Umstellungen auf dem Produktionsgebiet oder in der Verkaufsorganisation bedingen. Dabei sind aber die Parteien durchaus nicht gewillt, alle Risiken, die während 20, 30 oder mehr Jahren auftauchen können, zu tragen. Andererseits — und dies ist der zweite Einwand — ist es den Parteien bei Abschluss des Vertrages gar nicht möglich, alle diese Risiken für eine sehr lange Frist vorzusehen oder gar im Vertrag dafür einzelne Bestimmungen vorzusehen.

Das Argument, dass Verträge deshalb nicht geändert werden können, weil sie oft Ausgangspunkt für eine ganze Reihe weiterer Verträge mit Dritten gebildet hatten, kann im Einzelfall zutreffen. Aber als generelles Argument ist es unrichtig. Der Richter muss auch hier den einzelnen Fall prüfen. Wenn in diesem einzelnen Fall eine Kollision zwischen den Abänderungswünschen des Klägers und den vertraglichen Bindungen des Beklagten mit Dritten besteht, so kann selbstverständlich der Vertrag nicht geändert werden, da dann diese Änderung wiederum für den Beklagten unzumutbar wäre. Das ist eine Ermessensfrage des Richters, der die Unzumutbarkeit des Festhaltens am Vertrag für die eine Partei mit der Zumutbarkeit der Abänderung für die andere Partei ins Gleichgewicht zu bringen hat.

Der Einwand, der gegen das richterliche Abänderungsrecht häufig geltend gemacht wird und der dahin geht, dass es unserer Rechtsordnung und der darin sanktionierten Privatautonomie der Parteien zuwiderlaufe, wenn gewissermassen der Richter an Stelle der Parteien den neuen Vertragsinhalt festlege, ist als grundsätzlicher Einwand

wohl beachtlich. Seine praktische Bedeutung ist jedoch gering. Der Spielraum, der dem Richter für einen Eingriff zur Verfügung steht, ist ja durch die Parteibegehren umgrenzt. Ferner kann sich der Richter aus den Verhandlungen, die jedem Prozess vorangehen, wie übrigens auch aus den Prozessverhandlungen selbst ein recht genaues Bild von der Interessenlage der beiden Parteien machen. Seine Vertragsänderung wird sich deshalb im Rahmen des Vernünftigen bewegen und sich an die Interessenlage der Parteien anpassen.

Es ist auch volkswirtschaftlich gesehen viel vernünftiger, wenn solche Verträge geändert statt einfach aufgelöst werden. Gerade bei Verträgen mit gesellschaftlichem Charakter müssen heute die Parteien auf Auflösung aus wichtigem Grund klagen, wenn einzelne wichtige Vertragsbestandteile wegen veränderten Verhältnissen unhaltbar geworden sind. Es ist aber durchaus unerfreulich, da mit so schwerem Geschütz aufzufahren, wo eine Anpassung des Vertrages an die veränderten Verhältnisse auch genügen würde. Es liegt in Dauerverträgen wie Kartellen und Syndikaten, wenn sie einmal mehrere Jahre bestanden haben, eine Unsumme von Arbeit, deren Ergebnisse auch vom volkswirtschaftlichen Standpunkt aus sehr der Erhaltung wert sind. Die Vorschläge der Akademie für deutsches Recht, die Herr Dr. Merz in seinem Referat auf Seite 487a zitiert, sind in diesem Sinne der Beachtung wert, wenn sie auch m. E. etwas zu weit gehen.

Die Rechtssicherheit spricht nicht gegen einen solchen richterlichen Eingriff. Herr Dr. Deschenaux hat in seinem Referat mit Recht darauf hingewiesen, dass auf dem Gebiete der hohen Politik das sture Festhalten an Vertragstexten bei veränderten Verhältnissen weder Recht noch Sicherheit gebracht hat. Das gleiche gilt im kleinen auch bei den privaten Dauerverträgen, die eine Zusammenarbeit erfordern, z. B. gerade Kartellverträgen. Die Partei, die mit ihren berechtigten Anpassungswünschen bei ihren Partnern und schliesslich beim Gericht nicht durchdringt,

bildet einen dauernden Unruhe- und Gefahrenherd für die Rechtssicherheit innerhalb eines solchen Gebietes, das dann fast mit Sicherheit langsam auseinanderfällt. Man kann schon sagen, dass Verträge dieser Art überhaupt nur dann befriedigend eingehalten werden, wenn auf die Dauer alle Partner darin ihre Interessen gewahrt finden.

Zusammenfassend glaube ich, dass diese Bemerkungen zeigen, dass es verfehlt wäre, dem Richter durch Aufstellung allzu vieler und allzu detaillierter Kriterien seine Handlungsfreiheit zu beschränken. Die Fälle, die praktisch vorkommen, sind derart mannigfaltig, dass man nur mit einer genügend elastischen Generalklausel durchkommt. Die konservative Einstellung des Schweizer und namentlich des schweizerischen Juristen und Richters schützt uns genügend vor der Gefahr, dass wir ins Uferlose geraten. Aber es verhindert eine ganze Reihe von berechtigten Anpassungen, wenn man Kriterien anwendet wie die, dass das Festhalten am Vertrag ruinös wirken müsse und andere mehr. Diese bisherigen Hemmungen der Praxis sind mit ein Grund dafür, dass bei eigentlichen Dauerverträgen wie Kartellen etc. fast ausnahmslos Schiedsgerichtsklauseln aufgenommen werden, wodurch in einem wichtigen Sektor die Rechtssprechung über die richterliche Anpassung der Verträge dem ordentlichen Gericht aus der Hand genommen und dem Schiedsgericht übertragen wird. Dieser bildete bisher für die Parteien den Vorteil, dass das Schiedsgericht sich eher geneigt gezeigt hatte, vernünftigen Begehren um Vertragsanpassung Gehör zu schenken. Sie sind allerdings dazu auch eher in der Lage, weil ihre Entscheidungen nicht öffentlich und daher für die Rechtsordnung auch nicht präjudiziell sind.

Es genügt meines Erachtens, den Grundsatz aufzustellen, dass der Richter einen Vertrag ändern darf, wenn die Verhältnisse dazu geführt haben, dass das Festhalten an bisherigen Vertragsbestimmungen für eine Partei nach der gesamten Sachlage zu einer unzumutbaren, d. h. nach Treu

und Glauben nicht mehr vertretbaren, Belastung wird. Dabei muss natürlich die Unzumutbarkeit des Festhaltens an der Vertragsbestimmung für die eine Partei mit der Zumutbarkeit der begehrten Abänderung für die andere Partei ins Gleichgewicht gebracht werden.

Die Aufstellung weiterer, schematisierender Kriterien wirkt m. E. schädlich, indem sie die Durchsetzung legitimer Bedürfnisse zu verhindern geeignet ist.

*Dr. J. Henggeler*, Rechtsanwalt, Zürich:

Bei der Clausula rebus sic stantibus muss man sich in erster Linie darüber klar sein, dass sie regelmässig nur dann angerufen wird, wenn durch irgendwelche ausserordentlichen Verhältnisse das Gleichgewicht in der Wirtschaft allgemeine und schwere Störungen erfahren hat. In Zeiten einer gleichmässigen wirtschaftlichen Entwicklung spricht man kaum von ihr. Der Kommentar Oser-Schönenberger (OR 119 N. 6) erwähnt sie als Klausel, „welche sonst mehr im Völkerrecht ihr berichtigtes Dasein geführt hatte“.

Mit Recht hat unser Herr Präsident in seiner tiefgründigen heutigen Eröffnungsansprache auf den vorübergehenden Charakter des derzeitigen Kriegsrechts hingewiesen; auch der Clausula kommt weitgehend dieser vorübergehende Charakter zu, und es ist daher besonders zu begrüssen, dass die Herren Referenten in ihren gründlichen Untersuchungen die Clausula-Lehre auf die einfache Grundlage des allgemeinen Rechts zurückgeführt und sie als Anwendungsfall der Lehre von Treu und Glauben behandelt haben.

Bei seinen Entscheidungen über Anwendung der Clausula muss sich der Richter stets klar sein, dass er mit seinem chirurgischen Eingriff in das Rechtsverhältnis von zwei Parteien nicht nur in deren gegenseitigen Rechtsbeziehungen eingreift; sein Eingriff kann vielmehr weitere

Kreise ziehen. Eine zu starke Entlastung des Mieters von seinen Mietzinsverpflichtungen z. B. kann bei der durchgehend starken hypothekarischen Belastung des schweizerischen Grundbesitzes zu einer finanziellen Gefährdung des Hauseigentümers führen, und diese kann daher wieder seine Hypothekargläubiger treffen. Würde daraus eine Belastung weiterer Kreise von Hypothekargläubigern entstehen, so können dadurch wieder deren Gläubiger betroffen werden, also Hypothekarbanken, unter Umständen sogar, wenn es sich um Hypothekarinstitute mit Staatsgarantie handelt, der Staatskredit. Dabei fragt sich aber auch, ob dem Schuldner durch den richterlichen Eingriff überhaupt ernsthaft geholfen werden kann. In einem der Hauptfälle der Clausula-Praxis, dem viel zitierten Fall Tiefengrund/Rogenmoser, der das Bundesgericht wiederholt beschäftigt hat, und der in den heutigen Referaten einlässlich gewürdigt worden ist, hat die ganze umfangreiche Beanspruchung der Gerichte und die weitgehende Herabsetzung der Gläubigeransprüche durch das Bundesgericht nicht zu hindern vermocht, dass der Schuldner doch zahlungsunfähig und ausgepfändet worden ist. Die langwierigen Prozesse haben daher letzten Endes nur einen Einfluss auf die Höhe des Betrages gehabt, der auf dem dem Gläubiger zukommenden Verlustschein eingetragen steht, und an dessen Zahlung der Schuldner gar nicht denkt.

Daraus ergibt sich m. E.: der Richter soll starke Zurückhaltung üben, wenn er die Clausula anwenden will. Denn die normale Lösung bei zu schwerbelastenden Verträgen ist der Konkurs oder ein Sanierungsverfahren des Schuldners, und dieses führt auch dazu, dass die Lasten gleichmässig auf alle seine Gläubiger verteilt werden. Dem Hinweis des Herrn Vorredners auf Kartelle und Syndikate als Anwendungsgebiet der Clausula möchte ich entgegenhalten, dass gerade in solchen Verträgen schon seit längerer Zeit regelmässig Anpassungsklauseln aufgenommen werden; durch solche Klauseln ermächtigen die Kontrahenten den Richter — meist ein Schiedsgericht — den Vertrag bei

wesentlicher Veränderung der Verhältnisse der neuen Rechtslage anzupassen. Dann erfolgt also die Anpassung kraft ausdrücklichem, schon beim Vertragsabschluss festgelegten Parteiwillen.

Jeder Eingriff des Richters in ordnungsmässig abgeschlossene Verträge ist ein Eingriff in die normale Abwicklung des Rechtsverkehrs; je häufiger diese Eingriffe sind, desto mehr leidet darunter das Recht in seinen das Gemeinleben ordnenden Funktionen. Wenn z. B. in einem Lande die Ehescheidung von Gesetzeswegen ausserordentlich leicht gemacht wird, wie gegenwärtig in der russischen Gesetzgebung, so leidet darunter das Institut der Ehe als solches. Wenn es somit vielleicht auch seltene Ausnahmefälle gelegentlich geben mag, wo der Richter keinen andern Weg als die Clausula als angemessene Lösung zu finden vermag, so muss er sich doch stets klar sein, dass jeder derartige einseitige Eingriff in die Rechtsstellung einer Partei auch einen Eingriff in die allgemeine Rechtsordnung bedeutet, die geeignet ist, die ethische Kraft des Rechts zu schwächen.

*Dr. Leo Victor Bühlmann*, Rechtsanwalt, Zürich:

Das Votum des Kollegen Dr. Henggeler ruft einer Entgegnung. Meine Antithese ist längst und allgemein bekannt. Ich bekenne mich offen und immer wieder zu der neuen Staats- und Rechtsidee, wonach nicht die individuelle Vertragsfreiheit, sondern die zum Schutze der wirtschaftlichen Gemeinschaft aufgestellten rechts- und sozial-ethischen Grundsätze, die in der Schweizerischen Eidgenossenschaft in den öffentlichrechtlichen Bestimmungen zum Ausdruck kommen, das Primäre sind. Diese oberste Rechtsidee entspricht dem Rechtsgewissen des Gesamtvolkes. Nur aus ihr kann die rechts- und sozialetische und daher wahre individuelle Freiheit fliessen, so die aufbauende, den Wohlstand des Einzelnen und des Volkes fördernde Initiative im Wirtschaftsleben, der redliche Wett-

bewerb, die gemeinschaftsverbundene Vertragstreue, der Eigentumserwerb und die damit verbundene Freiheit des Einzelnen, sein Leben individuell zu gestalten. Hier und nicht dort ist die Wurzel aller Rechtsethik!

In der ebenso kurzen wie instruktiven Einleitung des Präsidenten der heutigen Juristentagung zu Basel, Professor Simonius, über die historische Rechtsentwicklung zurück bis zum Anfang der römischen Rechtsgeschichte, standen im Vordergrund die wesenhaften Worte von „Gerechtigkeit“ und der „soziologischen“ Gestaltung des Rechtes. Eine soziologische Gestaltung des Rechtes ist immer nur im Dienste der Rechtsgemeinschaft, somit des Gesamtvolkes auf seinem nationalen und territorialen Herrschaftsgebiet denkbar. Jene theoretisch wirklich schönen Worte der soziologischen Entwicklung von Gerechtigkeit und Recht können und sollen praktische Anwendung finden zu dem heutigen Rechtsthema im Ausbau unserer Rechtsordnung durch Aufnahme einer Generalklausel, wie sie vom ersten Diskussionsredner Dr. Brunner grundsätzlich befürwortet wird, womit der Gesetzgeber dem Richter das positive Recht einräumt, bei Eintritt einer untragbaren Verschiebung der Vertragsgrundlagen ohne Verschulden des betroffenen Kontrahenten den Vertrag aufzuheben oder auf das Tragbare zu mildern. Dr. Brunner hat sich als Vertreter einer Grossindustrie bekannt, bei welcher zufolge der finanziellen Potenz die soziale Frage zu diesem Thema in den Hintergrund tritt, weil eine wirtschaftliche Vernichtung ausser Frage steht. Er hat daher seinen Standpunkt ausschliesslich mit der rechtsethischen Äquivalenzidee begründet, von welcher aus die Revision eines Vertrages ohne Rücksicht auf die finanzielle Seite durch den Richter geboten sei, wenn sich Leistung und Gegenleistung ohne Verschulden des Betroffenen derart verschieben, dass daraus im Widerspruch zur Meinung beim Abschluss des zweiseitigen Vertrages nur noch eine einseitige Bereicherung des andern Vertragspartners fliesst. Der Gesichtspunkt der Allgemeinheit fordert aber neben

diesem rechtsethischen (Äquivalenz-Rechtsidee) noch mehr das sozialetische Moment. Wo ohne Verschulden des Betroffenen die Verschiebung der Vertragsgrundlagen zu seiner wirtschaftlichen Vernichtung als Vertragspartner führt, soll der Richter durch Revision des Vertrages eine solche unverschuldete und ungerechte wirtschaftliche Vernichtung der Persönlichkeit des Betroffenen abwenden. Die von Dr. Henggeler erwähnten Mittel des „Konkurses“ und der „Zwangsnachlassverträge“ sind bereits Katastrophenzustände, welche die Persönlichkeit des ohne Verschulden Betroffenen im Wirtschafts- und Gesellschaftsleben untergräbt. Auch ich bin für die Rechts- und Verkehrssicherheit und bestimmt gegen eine Verweichlichung und Verderbung des Pflichtbewusstseins im allgemeinen und auf dem Gebiete des Vertragsrechtes im besonderen. Es muss auch zugestanden werden, dass jeder Kontrahent eine objektiv zumutbare Voraussetzungspflicht beim Abschluss des Vertrages hat und dass der Richter bei seinem Ermessen der Aufhebung oder Milderung des Vertrages solche mindestens in Miterwägung ziehen muss. Wenn aber immer wieder einseitig im Namen der Allgemeinheit für die Rechts- und Verkehrssicherheit ein sehr strenger Masstab für die Vertragsverbindlichkeit gefordert wird, so muss einmal deutlich gesagt werden, dass im Namen der Allgemeinheit ebenso sehr der Schutz der Opfer der starren Vertragsverbindlichkeit angerufen werden kann, insbesondere in Fällen der untragbaren Verschiebung der Vertragsgrundlagen nach Abschluss des Vertrages ohne Verschulden des Betroffenen. In einem solchen Falle ist es für den Nichtbetroffenen leicht, die „Vertragstreue“ zu halten durch eine rücksichtslose Geltendmachung der vernichtenden Vertragserfüllung gegenüber dem unschuldig Betroffenen! Nicht die wirtschaftlichen Störungen, sondern das Verhalten der Menschen diesen gegenüber steht die Frage. Es geht denn auch um den Rechtsschutz des ohne Verschulden Betroffenen, wenn seine Vertragserfüllung objektiv ganz oder teilweise unmöglich wird und der Erfüllungszwang

zu seiner Vernichtung führen würde, oder wenn nach der Äquivalenzidee das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung mit der Ethik des Rechtes nicht mehr vereinbar ist. Deshalb ist es unrichtig, wenn Dr. Henggeler davor warnt, wirtschaftliche Störungen, wie sie eine allgemeine und daher vom Einzelnen nicht verschuldete Landwirtschaftskrisis erzeugt, als eine „Krankheit“ auf das Recht zu übertragen. Gegenteilig geht es darum, das Recht so gesund zu gestalten, dass die ohne Verschulden Betroffenen vor dem Missbrauch dieser Zustände allgemein wirtschaftlicher „Krankheitserscheinungen“ geschützt werden. Das entspricht der Rechtsidee des Gesamtvolkes als Schicksalsträger der Eidgenossenschaft.

*Dr. Paul Ossipow, Lausanne:*

Si j'ai la hardiesse de prendre la parole, bien que tout nouveau membre, c'est que mon intervention vise non à apporter des assertions péremptoires, mais à soulever quelques questions.

Abstraction faite d'un certain nombre de cas spéciaux réglés par le législateur dans le CO, le problème de la révision des contrats par le juge présente deux aspects, dont le caractère commun est l'existence d'une rupture d'équilibre entre les prestations. Le juge intervient pour redresser la lésion ou pour corriger les effets de l'imprévision. On se trouve, dans les deux cas, dans deux hypothèses très voisines. Leur seule différence consiste en ceci: la lésion est initiale, contemporaine de la conclusion du contrat; la théorie de l'imprévision (*clausula rebus sic stantibus*) suppose une inéquivalence subséquente, postérieure à la formation de la convention, due au changement de circonstances.

Les deux rapporteurs se sont accordé pour laisser délibérément de côté le problème de la lésion et ne s'occuper que de l'imprévision. Ils ont admis que cette dernière devait produire effet en droit. Pourtant on peut contester le principe même de cette admission.

La frappante analogie entre ces deux causes d'intervention du juge dans le contrat nous engage à transposer certaines observations du domaine de la lésion à celui de l'imprévision.

Nous nous bornerons à deux remarques.

Tout d'abord une constatation pratique. Il n'est pas question aujourd'hui de traduire les principes jurisprudentiels de l'imprévision en une disposition législative, en un article de code. On entend laisser aux tribunaux le soin d'appliquer la *clausula*. Tôt ou tard cependant apparaîtra la nécessité d'un texte, tant il est vrai que la jurisprudence ne fait que frayer la voie au travail législatif. Or, que l'on songe à la difficulté d'exprimer en une formule les principes de l'imprévision. Comment parvenir à enserrer ce domaine vaste, complexe et touffu en une règle claire et précise? (Ripert a très pertinemment signalé la tentation et le danger quand il a écrit (La règle morale dans les obligations civiles. 3e éd. Paris, 1935, n. 204, p. 425): „Ceux qui, rêvant de justice contractuelle, proposent d'admettre dans nos lois civiles la lésion et l'imprévision, ne se rendent pas compte que la règle morale de justice ne peut être introduite dans le monde juridique si on ne lui donne pas la précision technique nécessaire à une règle légale.“ Et ailleurs (op. cit., n. 68, p. 124): „Quand on essaie de transformer la règle morale en règle de droit, il faut lui donner la précision nécessaire. Remettre un contrat au juge pour en apprécier le caractère consciencieux, serait un résultat désastreux pour la sécurité des conventions.“) L'expérience de l'art. 21 CO, dont les termes sont imprécis, peu juridiques et au surplus manquent de clarté, nous apprend que l'on irait au devant d'un échec. A vouloir se servir de termes généraux, trop vastes et trop élastiques, on favorise une interprétation extensive, on remédie peut-être aux effets de l'imprévision dans plus de cas, mais on ouvre la porte à de graves abus. Si, au contraire, on emploie des termes étroits, stricts ou trop particuliers, on rend la disposition inapplicable. C'est cette double aventure qui est

advenue à la lésion. Le TF a eu plusieurs fois l'occasion d'examiner s'il y avait lieu de l'appliquer; il n'a toutefois admis, depuis qu'elle figure dans le CO, la rescision pour lésion qu'une seule fois (RO 61 II 31, JdT 1935 I 492). Et si l'on sait que dans cet unique cas, il ne s'est pas agi d'une situation désespérée, mais d'une fantaisie sénile, on en arrive à se dire que ce n'est certainement pas là le rôle qu'assignaient à la lésion les partisans de l'art. 21. D'ailleurs l'espèce dans laquelle la résiliation a été prononcée supporte une autre solution. A défaut de l'art. 21, à n'en pas douter, le TF aurait appliqué l'art. 20 CO. Cela jette des doutes sérieux sur l'utilité d'un texte sur la lésion. Or la situation est très semblable dans l'hypothèse de l'imprévision. On peut tenir pour certain que l'on ne parviendra pas ici non plus à la rédaction d'une disposition satisfaisante. C'est le problème de la quadrature du cercle dans le domaine du droit.

Quant au fond de la question, on peut observer ce qui suit: c'est beaucoup s'avancer que de prétendre que le respect dû aux contrats et la sécurité des conventions ne sont pas mis en cause par la révision judiciaire. Il nous paraît au contraire qu'introduire le concept d'imprévision en droit civil, c'est ébranler l'ordre juridique. Si certaines situations méritent d'être soulagées, il faut utiliser à cet effet ou les moyens dont le juge dispose déjà en vertu du CO ou ceux qui sont prévus par les parties.

Parler d'une société, d'une communauté, d'une sorte de consortium "entre les contractants pour fonder plus aisément sur la bonne foi l'intervention du juge, c'est omettre certaines réalités sociales, bases de la vie économique. L'échange des biens se fait de façon à assurer aux échangeurs une équivalence, parfois relative, mais toujours satisfaisante à leurs yeux. Le moteur, le stimulant de la vie économique, le critère d'acceptation de tout marché a toujours été et reste l'intérêt personnel (comme le remarquait au sein de cette même assemblée un autre Romand, Boven (P.): Convient-il de maintenir en vigueur, après la fin

complète de la guerre, les prescriptions économiques contre la spéculation illicite? Rapport présenté à la Société suisse des juristes. Ztsch. f. schw. Recht N. F. 39, p. 1 a). Dans un contrat, on est en présence de deux intérêts opposés, non d'un consortium. S'il y a quelque élément commun aux parties, c'est un objet, le plus souvent matériel, autour duquel se crée un antagonisme des intérêts. Cette antinomie est d'ailleurs tonique et stimulante pour la vie contractuelle. Il n'est point condamnable, même en morale, de poursuivre son intérêt dans les relations contractuelles, ni d'en espérer le maximum de profit. Cette attitude ne devient blâmable que lorsqu'on exploite intentionnellement la situation d'autrui pour se procurer des avantages excessifs. Dans la règle, on ne pourra, dès lors, reprocher à l'une des parties de tirer profit des circonstances. De plus, la bonne foi que l'on invoque pour fonder la révision du contrat est bien plutôt propre à justifier son maintien intégral. Elle prescrit d'exécuter scrupuleusement les conventions et par là même écarte l'application de la théorie de l'imprévision. Une observation plus constante de la loyauté que la bonne foi implique suffirait à éviter la nécessité de la révision, qui fatalement consiste à avantager l'un des contractants au détriment de l'autre.

C'est parce qu'elle ne fait pas leur part à ces postulats de la vie juridique que la thèse du rapporteur français nous paraît l'expression d'une „mode“, d'une tendance, d'un courant d'idées passagères, mais précisément propres à notre époque. Or ce courant est parsemé de remous dangereux; il entraîne avec lui des conceptions délétères. Le devoir des juristes est de ne pas sacrifier à cette „mode“, de lutter contre cette tendance, de ne pas se laisser emporter par le courant. Le droit se distingue de l'équité. Il doit rester une règle ferme. Héritiers du droit romain, en matière d'obligations plus qu'ailleurs, nous devons conserver ce patrimoine intact. En un mot, nous devons réagir contre la dégénérescence du contrat, caractéristique de notre époque.

La science juridique aussi bien que le droit positif ont un aspect moral, éducatif: dans le chapitre des contrats, on doit assurer le triomphe du *pacta sunt servanda*. Le droit lui-même ne doit pas favoriser une certaine nonchalance juridique, qui suivrait inéluctablement l'admission de la *clausula*. Il doit réagir contre le mépris grandissant de la convention-loi des parties et contre l'érosion du droit qui en est la conséquence. On doit éduquer les parties pour qu'elles ne puissent pas compter sur une révision du contrat. Les contractants doivent prévoir. Ils doivent savoir qu'ils s'exposent, à défaut de clause spéciale d'exemption, à exécuter le contrat, si rigoureux soit-il, si cruel que l'aient rendu les circonstances. *Dura lex sed lex*. Aujourd'hui plus que jamais, il importe de rétablir la confiance, de renforcer la valeur du contrat volontairement et librement consenti. S'il est indéniable que certaines situations exigent d'impérieux secours, ce n'est pas dans le relâchement du lien contractuel qu'on les trouvera. (Sur tous ces points, Ossipow (Paul): *De la lésion. Etude de droit positif et de droit comparé*. Thèse. Lausanne, 1940, nn. 67, 68, p. 169—172 et n. 118, p. 299).

Des clauses de „prévisibilité“ (quitte même à courir le risque qu'elles deviennent de style) existent et doivent être propagées. Elles n'entravent pas la pratique du droit. Il est possible d'y convenir de la révision du contrat dans certaines circonstances. Cette solution serait moins dangereuse qu'un principe général — jurisprudentiel ou législatif — d'intervention du juge dans la convention pour cause de modification des circonstances.

Imagine-t-on le nombre de conventions dont les parties sont loin d'être satisfaites et qu'elles s'empresseraient de faire réviser, ou annuler, par le juge si l'on posait le principe de la révision? Au risque de faire preuve d'un libéralisme périmé, nous affirmons que dans la lutte entre ces deux principes de morale qui conditionnent le droit: „*neminem laede*“ (ne nuis à personne) — qui permettrait de

soulager l'un des contractants — et le respect de la parole donnée, c'est ce dernier qui doit triompher.

Der *Präsident*: Mit Genugtuung möchte ich feststellen, dass Referent und Korreferent, bei allen Abweichungen im einzelnen, das Eingriffsrecht des Richters auf Art. 2 ZGB stützen wollen, sodass der Eingriff nur dann zulässig sein soll, wenn nach einer Änderung der Verhältnisse das Verlangen vertragsmässiger Erfüllung sich als offenbaren Missbrauch des Forderungsrechtes darstellt. Andere Versuche, den Eingriff zu rechtfertigen, wie die Berufung auf eine *clausula rebus sic stantibus*, eine Geschäftsgrundlage oder eine wirtschaftliche Unmöglichkeit, ferner die Anwendung der Bestimmungen über den Wucher oder über den Grundlagenirrtum werden von beiden abgelehnt.

Eine nachträgliche Unsittlichkeit, woraus sich allenfalls auch, nach Ansicht des Referenten, eine Befugnis zum Eingriff ergeben soll, scheint mir keinen selbständigen Revisionsgrund bilden zu können. Wird das Verlangen vertragsmässiger Erfüllung wegen eines nachträglich entstandenen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung zum Rechtsmissbrauch, so widerspricht es zugleich den guten Sitten. Ein Gegensatz zwischen Verstoss gegen Treu und Glauben und Verletzung der guten Sitten besteht hier meines Erachtens nicht. Wenn dagegen infolge späterer Ereignisse eine Leistung nur dem Schuldner aus sittlichen Gründen nicht mehr zuzumuten ist, braucht er ohnehin nicht zu erfüllen, da sonst die seiner Verpflichtung durch Art. 27 ZGB gesetzten Schranken überschritten wären.

Die Grenze zwischen dem nachträglichen Eingriff und der Annahme eines stillschweigenden Vertragsinhalts sollte aber vielleicht noch etwas schärfer gezogen werden.

In den sogenannten *coronation cases* handelt es sich überhaupt nicht um das Problem der nachträglichen Revision des Vertrages, sondern nur um die Auslegung. Das Vorbeigehen des Krönungszuges ist ein bestimmtes Er-

eignis, wovon beide Kontrahenten eine bestimmte Vorstellung haben konnten. Die einzige Frage ist darum, ob das Ereignis eine stillschweigende Bedingung des Vertrages sei, somit ob der Vermieter bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt erkennen musste, dass der Mieter nur verpflichtet sein wollte, falls die Feierlichkeit stattfindet, und der Mieter seinerseits nach Treu und Glauben annehmen durfte, der Vermieter habe dem Vorbehalt zugestimmt. Dies liegt hier deshalb auf der Hand, weil man üblicherweise ein Fenster nur mietet, um etwas besonderes zu sehen. Der Umstand, dass der Käufer einer Wirtschaftsliegenschaft das Patent nicht erhält, ist gleichfalls möglicher Inhalt einer stillschweigenden Bedingung. Freilich dürfte es da schwieriger sein, einen Consens darüber festzustellen.

Ganz anders liegen die Dinge bei den nicht vorhersehbaren wirtschaftlichen Folgen etwa eines nach dem Abschluss des Vertrages ausgebrochenen Krieges. Niemals wird eine vom Vertrauensprinzip geleitete Auslegung den Eintritt derart unbestimmter und zum voraus nicht vorstellbarer Umstände als stillschweigende Bedingung ansehen dürfen. Das wäre eine Überspannung, die der Bestimmung des Inhaltes der Verträge überhaupt jede Sicherheit rauben müsste. Darum sollte man auch nicht, wie das Korreferat es tut, von einem Überschreiten des stillschweigend übernommenen Risikos als Voraussetzung des Rechtsmissbrauchs sprechen. Für Ereignisse, an die kein Vertragschliessender zu denken vermochte, konnte auch keiner stillschweigend ein Risiko übernehmen. Höchstens liesse sich sagen, was allerdings eine *vérité de la Palice* wäre, dass, soweit auf Seiten des Gläubigers kein Rechtsmissbrauch vorliegt, der Schuldner eben das Risiko einer Veränderung der Verhältnisse trägt.

In allen diesen Fällen kommt nur ein nachträglicher Eingriff des Richters in Betracht, der sich gegen den Vertrag richtet und von der Vertragstreue entbindet. Anerkennt man den offenbaren Rechtsmissbrauch als einzigen zureichenden Grund einer Befugnis zum Eingriff, so bietet

die Vorsicht, die das Bundesgericht bei der Anwendung des Art. 2 ZGB bisher hat walten lassen, dafür Gewähr, dass eine Revision der Verträge nur in seltenen Ausnahmefällen und nur beim Vorliegen schwerwiegender Gründe erfolgen wird. Erschöpfende Regeln für die Beurteilung des Einzelfalles lassen sich a priori nicht aufstellen. Man wird indessen sagen können, dass ein missbräuchlicher Gebrauch der Forderung in der Regel nur dann anzunehmen ist, wenn die Wirkungen der Veränderung weit über die Schwankungen der Konjunktur hinausgehen, mit denen die Parteien rechnen mussten, wenn sie eine schwere Belastung des Schuldners zur Folge haben und dem Gläubiger einen Vorteil bringen, den er unter den neuen Verhältnissen durch einen ähnlichen Vertrag nicht zu erlangen vermöchte, ferner wenn der Schuldner in Kenntnis der neuen Sachlage nicht versäumt hat, ihm sonst zur Verfügung stehende, zumutbare Mittel anzuwenden, um seine Belastung zu mindern oder sich von seiner Verpflichtung ganz zu lösen.

Was die Art des Eingriffes anbetrifft, Aufhebung des Vertrages oder Änderung desselben, so überlässt der Korreferent dem Richter darüber die Wahl, während der Referent ihm nur die Aufhebung gestatten will, wenn nicht der andere Teil einer Änderung zustimmt und damit anerkennt, dass die in Frage gestellte Vertragsbestimmung für ihn nur einen Nebenpunkt bedeutet im Sinne des Art. 2 OR. Die Bewegungsfreiheit des Richters möchte ich nicht von vornherein so stark beschränken. Gewiss darf der Richter eine vertraglich übernommene Pflicht nicht einfach nach seinem Gutdünken durch eine von ihm bestimmte ersetzen. Dabei ist nicht bloss an die Vermehrung einer Leistung zu denken; denn bei einem gegenseitigen Vertrag bedeutet jede Erleichterung für die eine Seite zugleich eine Belastung der andern. Es gibt aber Fälle, in denen das Beharren auf der gänzlichen Beseitigung des Vertrages gleichfalls Treu und Glauben widerspricht, und deshalb Änderung geboten ist. Wenn sich zum Beispiel mit Bestimmtheit erwarten lässt, dass der durch die Ver-

änderung der Verhältnisse Begünstigte nach der Aufhebung des Vertrages sofort einen Vertrag gleicher Art mit einem anderen abschliessen wird, und zwar zu Bedingungen, die auch schon annähernd feststehen, so ist nicht einzusehen, warum der Richter nicht den ursprünglichen Vertrag nach entsprechender Abänderung bestehen liesse. Deshalb hat im letzten Weltkrieg das Bundesgericht wohl mit Recht zugunsten des Pächters der Wirtschaften auf den Dampfschiffen des Vierwaldstättersees den Zins den neuen Verhältnissen gemäss herabgesetzt und davon abgesehen, den Pachtvertrag schlechthin aufzuheben.

Der *Präsident* erteilt den Referenten das Schlusswort.

*Dr. Hans Merz:*

Ich habe mit grossem Interesse davon Kenntnis genommen, dass nach dem Votum des Herrn Dr. Brunner in Industriekreisen einem weitergehenden Eingriffs- und Änderungsrecht des Richters das Wort geredet wird. Ich frage mich aber, ob diese Äusserung nicht lediglich aus der besondern Interessenlage von Firmen verstanden werden muss, welche durch ihre Kartellverträge und Interessengemeinschaften in gesellschaftsähnlicher Weise verbunden sind. Da kann es wohl in Frage kommen, dem Vertragspartner grosses Entgegenkommen zu zeigen, aber nicht in erster Linie deshalb, weil man seine Verpflichtung als unzumutbar anerkennt, sondern deshalb, weil man mit ihm auch in Zukunft verbunden bleiben will und im Hinblick auf einen zukünftigen Vorteil einen gegenwärtigen Nachteil in Kauf nimmt.

Der Vergleich mit völkerrechtlichen Verpflichtungen, bei denen das starre Festhalten am Vertrag sich oft als unheilvoll erwiesen hat, muss für das Vertragsrecht wohl abgelehnt werden. Diesen sogenannten „völkerrechtlichen Verträgen“ fehlt eben Wesentliches, was zur Natur des Vertrages gehört. Insbesondere ist bei denen, die der Vo-

tant wohl in erster Linie im Auge hatte, die Freiheit der Willensbildung kaum in gleicher Weise gewährleistet, wie bei einem privatrechtlichen Vertrag, dem keine Willensmängel anhaften.

Wenn in der Diskussion weiterhin vermehrte Berücksichtigung des Gemeinschaftsgedankens verlangt wird, so ist es durchaus richtig, dass sozialpolitische Erwägungen dazu führen können, gewisse Vertragsparteien zu entlasten. Das wird aber nur in Frage kommen, bei Verträgen, welche die betreffende Partei nicht frei ist, abzuschliessen oder nicht (Kaufverträge um Waren des notwendigen Lebensbedarfs, Dienstvertrag, Miete), nicht aber bei solchen Verträgen, bei denen die Vertragsfreiheit voll gewährleistet ist. Diese Aufgabe ist dann eher dem Gesetzgeber als dem Richter zu überbinden.

Im Grundsatz ist man im übrigen vielleicht einiger, als gemeinhin angenommen wird. Es gibt eine Grenze vertraglicher Verpflichtung, spreche man nun von „Überschreitung des Vertragsrisikos“, von „Unzumutbarkeit“ oder vom „Rechtsmissbrauch“. Erst bei der Anwendung auf die einzelnen Fälle scheiden sich dann die Geister.

So würde ich es z. B. normalerweise nicht als Grund zur Aufhebung eines Kaufvertrages um eine Wirtschaft gelten lassen, dass dem Käufer nachträglich das Wirtschaftspatent nicht erteilt wird. Das ist ein Umstand, der typisch in die persönliche Sphäre des Käufers gehört und von ihm zu vertreten ist. Wahrscheinlich lag dem Entscheid eher die unausgesprochene Überlegung zugrunde, der Käufer sei übervorteilt worden und man wollte ihm auf diesem Umwege helfen.

Ebenso halte ich daran fest, dass beim bekannten Entscheid i. S. Hüni & Cie. gegen Baugenossenschaft Stampfenbach (BE 47 II 314 ff.) die Erschwerung der Stellung des Vermieters zufolge Erhöhung der Kohlenpreise keineswegs ein Mass angenommen hatte, welches es gestatten würde, von Rechtsmissbrauch zu sprechen. Auch die Auffassung der Schweizer Importeur hätte sich gegebenenfalls nach

der Abwertung des Schweizer Frankens auf veränderte Umstände berufen können, ist abzulehnen, da das Mass der dem Importeur zufallenden Mehrleistung ebenfalls nicht zur Begründung eines eigentlichen Rechtsmissbrauches ausreicht, ganz abgesehen davon, dass diese Veränderung des Wechselkurses ja gewollte Wirkung des gesetzgeberischen Erlasses war, die nicht vom Richter in ihr Gegenteil verdreht werden darf.

Als Beispiel der Fenstermiete schliesslich zeigt sich deutlich, dass mit der Auslegung ohne jede Fiktion auch in bezug auf völlig unvorhergesehene Tatbestände geholfen werden kann. Auch wenn von beiden Parteien die Absage des Festzuges in keiner Weise vorausgesehen werden konnte, so genügt es, dass die Erklärung sich nur auf einen bestimmten Tatbestand (nämlich die Abhaltung des Festzuges) bezog und nach Treu und Glauben beziehen durfte, um damit alle andern Entwicklungen auszuschalten. Das ergibt sich direkt aus dem richtig ausgelegten Vertrag.

Die zurückhaltene Handhabung des richterlichen Eingriffsrechtes führt sicherlich in Einzelfällen zu Härten. Wenn man aber jede Härte vermeiden will, so gibt man schliesslich unbemerkt den Grundsatz der vertraglichen Haftung auf.

*Dr. Henri Dechenaux:*

Je ne veux pas allonger ce débat où tous les points essentiels ont été soulevés. Je voudrais seulement ajouter ceci.

J'ai été heureux de trouver un appui venant de milieux d'affaires qui touchent aux cartels. C'est une confirmation précieuse de vues auxquelles j'étais parvenu d'un point de départ plutôt théorique et doctrinal. Certes est-on en face, dans les cartels, de situations quasi sociales, où l'élément communautaire que nous avons dégagé est accentué. Mais il s'agit de reconnaître cet élément dans d'autres situations encore; ici, il est ténu, voire inexistant; là, il prend corps et substance.

Si on se place au point de vue de l'intérêt général, on est en face d'exigences contradictoires: d'une part, la nécessité de maintenir la sécurité des transactions, d'autre part, le besoin de sauvegarder la valeur économique des relations créées. Ces exigences paraissent se balancer. La décision doit être recherchée au plan du contrat lui-même, selon la part de l'élément personnel inhérent aux relations des parties.

On a parlé de „mode“ à propos de cette exigence communautaire dont nous pensons qu'elle doit pénétrer jusque dans les rapports privés. Il y a différentes modes: celle du nouveau, et celle aussi de l'ancien. Il s'agit de savoir si on a affaire, non pas à une mode, mais — comme nous le pensons — à un „courant d'époque“, auquel il serait vain de se soustraire et qu'il faut chercher à diriger plutôt que de vouloir l'arrêter.

Au surplus, nous n'avons pas voulu dire que l'élément institutionnel prévalait partout et en tout, au point qu'on devrait ne laisser subsister dans le code des obligations que le contrat de société. Mais tout principe social n'est pas étranger au contrat du droit des obligations, bien qu'il ne résulte pas de l'accord des volontés. C'est lui qui gît sous ces règles de la bonne foi que tout le monde invoque, c'est lui qui est la raison d'être de la loyauté qu'on exige des parties, de la confiance mutuelle qu'on leur permet d'adoir l'une envers l'autre. Si, dans un cas donné, on se décide à intervenir dans le contrat au nom des règles de la bonne foi, ou à raison d'une impossibilité morale ou d'une situation usuraire, c'est cet aspect communautaire du rapport créé qu'on reconnaît en définitive.

Der *Präsident* dankt nochmals den Referenten für ihre ausgezeichneten Arbeiten, die eine schwierige Lehre durch Klärung und Ausbau im Geiste unserer Rechtsordnung erheblich weiterführen. Er dankt auch den andern Rednern für die Förderung, die ihre Voten brachten.

Die Diskussion hinterlässt den erfreulichen Eindruck, dass man über die Bedeutung einer unerschütterlichen Vertragstreue einig ist. Sie ist eben das notwendige Gegenstück der Freiheit. Offenbarem Rechtsmissbrauch, aber nur diesem gegenüber, ist eine Lockerung der Vertragstreue allerdings berechtigt; denn auch das Gebot, nach Treu und Glauben zu handeln, dient dem Schutze der Freiheit, indem es jeder unzulässigen Überschreitung wehrt.

Erblickt man darin einen Gemeinschaftsgedanken, une idée communautaire, so ist nichts dagegen zu sagen; denn das Recht hat selbstverständlich die Aufgabe, für einen richtigen Gebrauch der Freiheit Sorge zu tragen. Springt man aber, um einer Zeitströmung zu folgen, von diesem offenkundigen Interesse der Allgemeinheit auf ein wirtschaftliches Gemeininteresse über, das den Eingriff in Verträge oder die Erhaltung vom Richter abgeänderter Verträge fordern soll, so begibt man sich — das sei gegen einige Ausführungen des Korreferenten noch betont — auf eine höchst gefährliche Bahn. Ein wirtschaftliches Gemeininteresse dieser Art, selbst wenn es einmal wirklich bestünde, was übrigens kaum jemals von einem Richter einwandfrei festzustellen wäre, dürfte nicht den Ausschlag geben. Im Bereich der Freiheit stellt sich allein die Frage, ob die Einzelnen, die einander gegenüberstehen, ihre Befugnisse im Rahmen des Zulässigen ausüben und ihre Pflichten richtig erfüllen. Die Berufung auf ein angebliches allgemeines Interesse ist oft nur der Deckmantel für die Absicht, nach Möglichkeit die frei vereinbarten Rechtsbeziehungen durch eine von oben, in casu vom Richter, gegebene Zwangsordnung zu ersetzen. Das bedeutet Bedrohung der Freiheit überhaupt. Darum steht es uns nicht an, auch nur ein Stück weit auf diesem Wege mitzugehen.

Darnach schliesst der *Präsident* die Sitzung.

---

Sitzung vom Montag, den 14. September 1942,  
abgehalten in der Aula der Universität

*Präsident:*

Prof. Dr. August Simonius, Basel.

Der *Präsident* eröffnet die Sitzung um 9.15 Uhr.

I.

*Bericht der Rechnungsrevisoren,  
Amtsbestätigung der bisherigen Rechnungsrevisoren und  
Suppleanten.*

*B. de Vevey*, Juge de Paix, in Fribourg, verliest den von ihm und *Dr. P. Gsell*, Staatsanwalt in Frauenfeld, verfassten Revisionsbericht.

Rapport  
des vérificateurs des comptes.

Les soussignés Dr Paul Gsell, procureur général à Frauenfeld, et Bernard de Vevey, Juge de Paix à Fribourg, ont examiné et vérifié les comptes de la Société suisse des Juristes, soit le compte général et le compte du fonds spécial pour la publication des sources du droit suisse, pour l'exercice 1941/1942.

Ils ont constaté l'exactitude des écritures et leur complète concordance avec les pièces comptables qui leur ont été soumises.

Ils proposent à l'Assemblée générale d'approuver les comptes pour l'exercice 1941/1942 et de donner décharge au caissier, avec remerciements pour son travail considérable de gestion.

Antragsgemäss wird dem Kassier durch einstimmigen Beschluss Décharge erteilt und ihm sowie den Rechnungsrevisoren für ihre Arbeit bestens gedankt.

Auf Vorschlag des *Präsidenten* werden die bisherigen Rechnungsrevisoren, nämlich die Herren

*B. de Vevey*, Juge de Paix, in Fribourg, und  
*Dr. Paul Gsell*, Staatsanwalt in Frauenfeld,

sowie der Suppleant *Dr. Armin Schweizer*, Advokat in Rüschlikon, in ihrem Amte bestätigt.

## II.

Auf Antrag des *Präsidenten* beschliesst die Versammlung stillschweigend, der Schweizerischen Nationalspende einen Beitrag von Fr. 500.— zukommen zu lassen.

## III.

### *Aufnahme neuer Mitglieder.*

Der *Präsident* teilt mit, dass folgende Aufnahmege-  
suche eingegangen sind:

*Jean Bassegoda*, avocat, juriste à l'Assurance militaire fédérale, Berne.

*Georg Vogt*, Fürsprecher, Bern.

*Leo Tschopp*, Amtsschreiber, Luzern.

Die Bewerber werden von der Versammlung stillschweigend und einstimmig aufgenommen.

## IV.

### *Diskussion über das Thema:*

„*Rechtsfragen aus dem Gebiete der Militärversicherung*“.

Der *Präsident* erteilt das Wort dem Referenten deutscher Sprache, Herrn *Dr. Hermann Kistler*, Mitglied des Eidg. Versicherungsgerichts in Luzern, der sein bereits gedrucktes Referat folgendermassen ergänzt:

Fast jedermann weiss oder behauptet zu wissen, dass unser MVG ein sehr schlechtes Gesetz ist und dringender Verbesserung bedarf und dass die Organisation des Militärversicherungswesens falsch ist. Kaum jemand aber macht sich ein klares, abgeschlossenes Bild darüber, was der Inhalt des neuen Gesetzes sein und wie die richtige Organisation aussehen soll. Nur wenige stellen und beantworten sich die Frage: Was ist denn das grundsätzliche Falsche an unserer MV? Allerdings begann die Kritik an den Auswirkungen des Gesetzes schon bald nach seinem Inkrafttreten und frühzeitig setzten auch schon Revisionsversuche ein. Der einzige einer weitem Öffentlichkeit zur Kenntnis gelangte Versuch einer Gesamtrevision hat seinen Niederschlag in dem schon vor seiner Vollendung veralteten Gesetze von 1914 gefunden, das noch weniger befriedigte als das bestehende Gesetz und das denn auch nie als Gesetz in Kraft erklärt worden ist. Die zahllosen Palliativrevisionen einzelner Artikel vermochten den Ruf nach einer Gesamtrevision nicht zu verstummen zu bringen. Wer sich mit der Revision des Gesetzes beschäftigen will, sollte zuerst die Gründe seines Versagens zu erforschen suchen. Die Nachforschungen nach diesen Gründen müssen bereits in der Entstehungszeit des Gesetzes einsetzen.

Das MVG von 1901 war im Laufe der neunziger Jahre als ein Teilstück eines grossen Sozialversicherungswerkes ausgearbeitet und aufgebaut worden, einer allumfassenden Volksversicherung gegen Krankheiten ohne Rücksichtnahme auf ihre Entstehungsweise. Von dem Umfang, in welchem dies grosse Sozialwerk unser Volk zu erfassen bestimmt war, zeugt die Tatsache, dass das Gehalt des Staatskanzlers des hohen Standes Bern, dass die sämtlichen bernischen Primarschullehrer- und fast alle Mittelschullehrerbesoldungen sich innerhalb des Rahmens desjenigen Erwerbseinkommens befanden, das seine Bezüger der obligatorischen Versicherung unterstellte. Als blosser Zweig dieser allgemeinen Versicherung kam der MV eine relativ unbedeutende Wichtigkeit zu. Immerhin konnten

die dienstlichen Gesundheitsschädigungen doch nicht einfach der durch die Beiträge der Versicherten, ihrer Arbeitgeber und der öffentlichen Hand gespiesenen zivilen Versicherung belastet werden. Für diese Schäden musste die schweizerische Volksgemeinschaft als Gegenleistung für die dem Bürger auferlegte Wehrdienstleistung die volle Haftpflicht übernehmen. Doch genügte das den Erfordernissen des Gesetzes nicht. Da die Zivilversicherung während des Dienstes zessierte, musste der Bund an ihrer Stelle einspringen und auch für durch den Dienst unbeeinflusste aber während desselben sich manifestierende Krankheiten aufkommen wie eine reine Versicherung, über die für nach der Entlassung sich manifestierenden Krankheiten ihm auferlegten Haftpflicht hinaus. Dagegen berührten den Bund die vordienstlichen Krankheiten nicht. Auch wenn sie durch den Dienst verschlimmert worden waren belasteten sie ausschliesslich die zivile Versicherung. Wenn jedoch der krank einrückende Soldat seine Krankheit sofort anmeldete, so ging die Last der Versicherung auf den Bund über als Versicherung, unabhängig von nachteiligem dienstlichem Einfluss. Der Gesetzesentwurf verteilte sehr sorgfältig die Leistungspflicht derart, dass die Verpflichtungen der beiden Versicherungen sich nirgends überdeckten.

Nach der Verwerfung des Gesamtversicherungswerkes durch das Volk hat man dann, mit der Begründung, die die MV betreffenden Bestimmungen seien in der heftigen Abstimmungskampagne von keiner Seite angefochten worden, diese Bestimmungen einfach vom Gesamtwerk losgetrennt und als selbständiges Gesetz in Kraft erklärt. Man bedachte damals nicht, dass sich diese Kombination von Versicherung und Haftpflicht nach dem Wegfall der vor und hinter und neben ihr stehenden mächtigen zivilen Versicherung nun anders auswirken könnte. Bald schon empfand die MV die Auswirkungen als vom Gesetzgeber nicht gewollte Folgen des Gesetzes und tendierte immer mehr einer Anwendung im Sinne blosser Haftpflicht zu. Das EVG hat aber, als ihm in der Folge die Rechtsprechung

übertragen wurde, in seiner ersten Praxis den Art. 6a als reine Versicherungsbestimmung ausgelegt. Das hat ihm überaus heftige Anfechtungen vor dem Parlamente eingetragen. Das EMD sah eben seine Kredite in stets steigendem Masse durch die MV beansprucht und in den Krisenzeiten zu Beginn der zwanziger Jahre, als alle Defizite anwuchsen und zwar um so schneller, je rücksichtsloser man Sparmassnahmen durchdrückte, da brachten stetig steigende Ausgabeposten eine gewisse Nervosität in die Verwaltung. Das Gericht hat später dann seine Praxis eingengt, indem es, die Verschwommenheit der Ausdrucksweise des Art. 6a ausnützend, die Krankheiten einteilte in solche, von welchen man „betroffen“ wird, die einzig nach dem Wortlaut des Gesetzes als versichert bezeichnet werden und in solche, von denen man nicht „betroffen“ werden kann, die man besitzt, ohne dass es möglich wäre zu bestimmen seit wann, wie namentlich alle sogenannten konstitutionellen Krankheiten, die das Gesetz nicht als versichert erkläre und für welche der Bund deshalb nur nach Haftpflichtgrundsätzen zu Leistungen herangezogen werden könne.

Vom EMD hätte man logischer Weise eine andere Einstellung erwarten müssen. Ihm ist in Friedenszeiten die Sanitätsabteilung der Armee unterstellt, deren Aufgabe es ist, die Diensttauglichkeit der Wehrmänner zu erhalten, zu fördern und da, wo sie vorübergehend aufgehoben ist, wieder herzustellen. Es läge nahe, anzunehmen, dass der Oberfeldarzt die ihm in die Hand gegebene MV weitgehend zur Erfüllung dieser, seiner Hauptaufgabe, heranziehen würde. Aber von allem Anfang an zeigte die MV ein in der Armee sonst wenig gepflegtes, weitgehendes Bemühen, Ersparnisse zu erzielen und heute stellt sich namentlich die PK durch immer schärfere Heranziehung des Art. 11 sehr häufig eher in den Dienst der Armeejustiz als der Armeesanitaät. Nicht die Wiederherstellung der Diensttauglichkeit, sondern die Wahrung militärischer Disziplin scheint häufig Wegleiter der Entscheidungen zu sein. Seit dem

Frühjahr 1942 verwendet auch die Judikatur durch eine systematische Verschärfung der Praxis über Art. 11 die teilweise oder gänzliche Verweigerung von Leistungen unverkennbar als Disziplinierungsmittel und belegt Disziplinwidrigkeiten, Befehlswiderhandlungen, grobe Fahrlässigkeit mit Strafen, welche die Patienten und namentlich ihre Familienangehörigen als drakonisch empfinden und die nur allzuoft die Wiederherstellung der Diensttauglichkeit in Frage stellen müssen. Ich will die Frage nicht diskutieren, ob die MV der Landesverteidigung mehr nützt, wenn sie vor allem die Armeesantität in der Erfüllung ihrer Aufgabe unterstützt oder wenn sie sich weitgehend als Hilfsinstrument der Armeejustiz betätigt.

Dagegen möchte ich zum Schlusse noch Antwort geben auf eine Frage, die sicher manchem auf den Lippen liegt, auf die Frage: Weshalb revidiert man denn nicht endlich dieses Gesetz, wenn es doch so allgemein als ungenügend und als dringend revisionsbedürftig erachtet wird? Der Grund liegt in einem formellen Mangel unserer Gesetzgebungsprozedur. In der streitigen Gerichtsbarkeit gibt es überall geordnete Verfahren zur vorgängigen Entscheidung von für die einzuschlagende Richtung der weitem Instruktion massgebenden Vorfragen. Das Verfahren für Gesetzgebung kennt leider diese Möglichkeit nicht. An die Revision des MVG aber wagt man sich nicht heran, bevor die so wesentliche Vorfrage entschieden ist, ob ein reines Haftpflichtgesetz oder ob ein reines Versicherungsgesetz oder ob endlich wiederum eine Kombination zwischen beiden geschaffen werden soll. Ein reines Haftpflichtgesetz wird wohl ernstlich kaum in Frage kommen. Es würde einen zu grossen Rückschritt bedeuten. Wie ein solches Gesetz sich auswirkt, darüber sind Volk und Volksvertreter durch die Anwendung des BRB vom 29. Dezember 1939 über die Versicherung der HD und Luftschützer durch die MV aufgeklärt. Ein reines Versicherungsgesetz verlangt eine weitgehende Volkssolidarität und eine erhebliche Opferbereitschaft der Gesamtheit. Und doch ist das

Schweizervolk ein solches Gesetz seinen Wehrmännern schuldig. Es selber verlangt vom einzelnen Wehrmann, nicht nur in Kriegszeiten, viel weiter gehende Opferbereitschaft. Dem Soldaten, der aus dem Dienst heimkehrend seine Arbeitsstelle besetzt findet und nun verdienstlos, vielleicht sogar armengenössig wird mit seiner Familie, dem Militärpatienten, der nach langer Krankenbehandlung teilinvalid endlich nach Hause zurückkehren kann aber auf dem Arbeitsmarkt mit Vollarbeitsfähigen nicht mehr zu konkurrieren vermag und darum seine Teilarbeitsfähigkeit gar nicht verwerten kann, verschafft die Gemeinschaft keine Arbeits- und Verdienstgelegenheit. Wenn solche Soldaten sich darauf berufen, dass ihre Verdienstlosigkeit Dienstfolge ist, so wird ihnen geantwortet, das seien eben Opfer, die der Einzelne dem Vaterlande, also der Gesamtheit bringen müsse. Wer Opfer von den andern verlangt, der soll bereit sein, selber auch Opfer zu bringen. Die MV umfasst das ganze Volk, alle sozialen Klassen, alle Berufsstände. Wird sie als volle Versicherung organisiert, so kann sie, vorausgesetzt, dass sie dann auch endlich statistisch richtig erfasst wird, für die spätere Errichtung einer obligatorischen Krankenversicherung unschätzbare Erfahrungen liefern.

Sollte aber die dritte Eventualität verwirklicht werden, dann muss durch einen klaren Wortlaut festgelegt werden, ob alle Krankheiten der Versicherung unterliegen oder ob bestimmte Kategorien von Krankheiten von derselben ausgeschlossen werden sollen. Sodann muss eine scharfe, klare Grenze zwischen dem der Versicherung zugewiesenen Gebiet und demjenigen der Haftpflicht gezogen werden. In dieser Beziehung hat Prof. Rud. Stähelin, Dozent für innere Medizin in Basel, der MV einen sehr beachtenswerten Vorschlag unterbreitet. Er schlägt vor, die MV solle alle während des Dienstes sich manifestierenden Krankheiten, ohne nach ihrer Entstehungsweise zu fragen, übernehmen, wie die vom Bunde subventionierten grossen Krankenkassen im Zivilleben die Krankheiten über-

nehmen, aber, wie die Krankenkassen, auch nur auf beschränkte Zeit. Wird innert dieser Frist die Heilung nicht erreicht, dann solle die MV für den weiteren Verlauf nur noch zu den dienstlichen Schadensfaktoren entsprechenden Leistungen verhalten sein. Das bedeutet also: Für die Dauer eines Jahres reine Versicherung, für die Folgezeit reine Haftpflicht. Ganz zu Unrecht übergang die MV bis anhin diesen Vorschlag mit Stillschweigen. In der neuerdings in weitesten, namentlich medizinischen Kreisen in Fluss gekommenen Diskussion über Revision und Reorganisation des Militärversicherungswesens und auch in den vom Vorsteher des EMD einberufenen Konferenzen und Beratungen wird diesem Gedanken eine ganz besondere Bedeutung zukommen.

Hierauf fügt der Referent französischer Sprache *Maurice Rouillet*, avocat, Privatdozent an der Universität Genf, seinen veröffentlichten Ausführungen folgende Bemerkungen bei:

Ce travail n'est pas un commentaire. Il ne saurait donc être question d'y trouver la solution de tous les problèmes que peut poser l'application de la législation en matière d'Assurance Militaire. C'est donc intentionnellement que j'ai laissé de côté certains détails, voire certains côtés de la question.

Ce travail n'est pas davantage un simple exposé des questions juridiques les plus importantes pouvant se présenter en matière d'application de l'Assurance Militaire, comme par exemple l'étude récente de l'avocat Méan pour l'assurance obligatoire.

En effet, une telle étude, qui aurait dû forcément se limiter aux solutions fournies par la jurisprudence actuelle en la matière, me semblait inopportune du moment qu'il s'agit d'une loi vieille dont tout le monde réclame la révision.

Enfin, ce travail n'est pas davantage un simple projet de révision, car je serais alors sorti du cadre qui m'avait été assigné.

Il en résulte également que j'ai laissé de côté certains aspects du problème, notamment celui de la quotité des prestations et celui des charges fiscales qui seront de toute importance au moment où il s'agira d'élaborer un projet de loi nouvelle.

Ces indications préliminaires sont uniquement destinées à parer aux reproches qui pourraient m'être adressés de n'avoir pas été absolument complet.

Cette étude, malgré le titre qui lui a été donné, ne pouvait pas ne pas être dominée par la question de la révision à laquelle tout le monde pense et c'est la raison pour laquelle j'ai estimé, à l'occasion de l'étude des différentes questions juridiques soulevées par l'application de cette législation, devoir m'attacher tout spécialement à *l'évolution* et au développement de ces divers problèmes juridiques. Il en est résulté que j'ai été souvent appelé à relever une jurisprudence périmée, mais intéressante parce que soulignant les difficultés nées de l'application de cette loi. C'est la raison pour laquelle également et cela d'autant plus qu'il s'agissait d'étudier des textes légaux auxquels des retouches continues ont donné une singulière instabilité, j'ai estimé ne pas pouvoir traiter séparément les diverses questions juridiques dignes d'intérêt, mais qu'il fallait donner une vue d'ensemble sur tout le système de la loi, afin de situer chaque question dans son cadre et surtout dans le climat spécial à cette législation sociale.

D'un côté, il était donc nécessaire de laisser complètement en dehors de notre étude certains aspects du problème sous peine d'en arriver pratiquement à un commentaire de la loi, ce qui m'eût fait sortir immédiatement du cadre qui m'était assigné, et d'un autre côté, il était nécessaire d'entrer cependant dans certains détails, afin de donner au tout l'homogénéité nécessaire sans laquelle l'exposé des cas concrets aurait perdu tout son relief.

Je veux espérer avoir réussi à vaincre cette double difficulté et avoir présenté clairement les principaux problèmes juridiques à la lumière de l'ensemble de l'économie

de cette législation rendue singulièrement compliquée par les circonstances dans lesquelles elle est née et s'est ensuite développée.

En fait et pratiquement, j'ai dû considérer cette étude des questions juridiques en matière d'Assurance Militaire comme un travail préparatoire en vue d'une révision de la loi, car il n'était pas possible de ne pas penser à cette révision qui s'impose volens nolens à quiconque aborde ce sujet.

Cette révision est d'ailleurs désirée par tout le monde; elle est devenue une nécessité et je ne saurais mieux faire que renvoyer à ce sujet aux conclusions prises à la fin de mon travail.

A ce sujet, après la triste expérience de la loi de 1914, il convient cependant de dire a priori que le moment en serait inopportun, mais il faut ajouter immédiatement qu'il n'est certes pas trop tôt pour aborder l'énorme travail que comportera la série d'études préliminaires qui sera forcément de longue haleine.

En conséquence, cette étude, tout en restant dans le cadre du sujet qui m'était assigné, n'a pas d'autre but que de permettre au juriste qui veut étudier cette loi, de se retrouver plus facilement dans le maquis de la législation et de lui montrer d'autre part l'évolution profonde, continue, mais cependant incomplète qui la caractérise.

Je me suis permis, au cours de mon exposé, de souvent invoquer les dispositions et la jurisprudence en matière d'assurance obligatoire contre les accidents, car depuis 1918, cette branche des assurances sociales ayant été réalisée, il me paraissait nécessaire, tout en étudiant les difficultés auxquelles se heurtait l'Assurance Militaire, de tenir compte des expériences faites par la Caisse Nationale, expériences qui pourront être reprises pour éviter des écueils.

La jurisprudence abondante que j'ai citée tout au long de ce travail l'a été tout d'abord pour illustrer les difficultés auxquelles s'est heurtée l'application de cette

législation spéciale, difficultés provenant d'une part de l'insuffisance des dispositions légales elles-mêmes et d'autre part de l'évolution de cette législation.

Il en est résulté que pour atteindre le but que je m'étais assigné, j'ai été appelé parfois à relever une jurisprudence périmée, mais intéressante, précisément au point de vue de cette évolution, ainsi que je l'ai déjà dit ci-dessus.

D'autre part, dans l'instruction, je me suis efforcé de résumer clairement et aussi brièvement que possible la naissance et le développement de cette législation et je me suis efforcé de montrer quelles ont été les conséquences de la révision avortée de la loi de 1914, loi qui, du fait de la mobilisation de guerre, s'est trouvée vieille avant l'âge et dépassée par les événements eux-mêmes. Il en est résulté une situation assez fâcheuse qui nécessita une série de retouches qui n'a pas été sans nuire à l'unité de la loi.

Dans les trois premiers chapitres, j'ai abordé la question des *assurés*, de l'objet de l'Assurance Militaire et de l'étendue de cette dernière pour relever notamment l'erreur consistant à couvrir les uns contre le risque-accident et le risque-maladie et les autres contre le risque-accident seulement.

Les difficultés qui sont résultées de ce système démontrent à l'évidence qu'il y a là matière à une sérieuse simplification. Il est absolument nécessaire de faire disparaître certaines distinctions subtiles. En résumé, il faut que soient assurés tous ceux qui au sens courant du terme sont appelés au „service militaire“, par quoi il faut entendre le fait de passer de la vie civile à la vie sous les armes; par contre, il n'y a aucune raison d'assimiler à ce service militaire des fonctions militaires comme celles que revêtent certains employés permanents.

La question *du rapport de causalité* a dû faire l'objet d'une étude approfondie, car il est bien évident que c'est là la clé de tout le système.

Il est normal que le soldat appelé sous les armes ait droit à être indemnisé pour tout le dommage résultant

pour lui du service, mais d'autre part, il est non moins normal que la Confédération soit déchargée de tout ce qui dans ce dommage a une cause extra-militaire.

La difficulté provient notamment du fait que la loi traite dans les mêmes articles le risque-accident et le risque-maladie; or ce dernier est d'une nature très complexe et la situation est souvent très délicate du fait d'un *état antérieur déficitaire*.

Il peut en effet arriver que la maladie ait été seulement aggravée par le service ou encore que sa survenance ait été simplement hâtée ou que la maladie qui existait à l'état latent, ait été déclanchée par le service, et ces divers facteurs créent souvent une situation dans laquelle il est très difficile de répartir ce qui est à la charge des risques inhérents à la vie civile et ce qui est à la charge des risques de la vie militaire. C'est pourquoi j'ai tout spécialement insisté sur l'insuffisance des dispositions traitant de l'état antérieur et là notamment, j'estime que les dispositions de la loi sur l'assurance obligatoire pourraient servir de modèle.

En relation étroite avec cette question du rapport de causalité, se pose celle du *fardeau de la preuve* et celle de la faute de l'assuré et de ses conséquences éventuelles.

Dans une législation nouvelle qui, à mon avis, devra aller plus loin que la législation actuelle en ce qui concerne les prestations, la question du fardeau de la preuve devra être serrée de très près, car il est bien évident que les graves écueils de l'Assurance Militaire sont constitués par les abus auxquels son application donne malheureusement prise.

A ce sujet, j'ai préconisé la création d'un livret sanitaire qui serait établi au moment de la naissance et dans lequel seraient portées toutes les interventions médicales concernant son titulaire.

Ce carnet serait applé à rendre les plus grands services au point de vue civil déjà et ensuite pour régler la question du rapport de causalité en cas d'intervention de l'Assu-

rance Militaire. Dans les chapitres 7, 8, 9, 10, j'ai étudié les questions se posant à propos des prestations de l'Assurance Militaire, prestations pour l'infirmité temporaire et pour l'infirmité permanente et enfin les prestations de survivants.

Je me suis efforcé de démontrer la complexité des dispositions de la loi et l'avantage qu'il y aurait à simplifier.

C'est ainsi notamment que pour l'infirmité temporaire, j'estime que le soldat tombé malade ou victime d'un accident doit avoir droit à la solde de son grade jusqu'au moment du licenciement de son unité et à partir de ce moment-là à une indemnité de chômage.

Quant à la pension d'invalidité, elle doit remplacer l'indemnité de chômage dès le moment où l'on peut présumer que le traitement médical ne pourra plus apporter de modification importante; c'est le système de la LAMA et qui me paraît être exact.

Enfin, dans les derniers chapitres, j'ai abordé certaines questions spéciales comme le rachat des pensions, les conséquences de la faute d'un tiers, la question de la nationalité des ayants-droit, celle de la protection des prestations d'assurance, les rapports de l'Assurance Militaire avec la Caisse Nationale et enfin les recours auxquels peuvent donner lieu les décisions de l'Assurance Militaire.

Dans tous ces divers chapitres, je me suis toujours efforcé de m'en tenir à la ligne de conduite que je m'étais imposée, à savoir d'étudier la situation sur le terrain juridique, mais à la lumière de l'évolution présentée par cette législation et à la lumière des difficultés résultant de la révision avortée de 1914.

Ce sont là en effet des circonstances qu'il ne faut jamais perdre de vue lorsque l'on étudie cette loi, si l'on veut bien comprendre le pourquoi de certaines difficultés auxquelles son application s'est heurtée, l'ampleur prise par la jurisprudence et les critiques véhémentes que l'application de cette loi a fait naître. Je me suis efforcé de ne pas me faire l'écho de ces critiques, mais de rester stricte-

ment objectif, tout en devant conclure à la nécessité absolue d'une révision.

Etant donné la complexité même du sujet, complexité inhérente aux retouches innombrables dont les textes légaux ont été l'objet et je me réfère à ce sujet à la liste que j'ai donnée à la fin de mon travail pour illustrer clairement ce que je viens de dire, je me suis efforcé de présenter le problème d'une façon aussi claire que possible en le débarrassant de certains détails qui me paraissaient superflus.

Je veux espérer avoir atteint ce but qui était de faciliter au juriste l'étude d'une législation dont la révision sera fatalement à l'ordre du jour à plus ou moins bref délai.

Der *Präsident* erteilt nach kurzer Pause dem ersten Diskussionsredner, Herrn *M. Pedrini*, Juge au Tribunal fédéral des assurances, das Wort:

Rendons d'abord hommage au travail remarquable fourni par nos rapporteurs. Ils ont rassemblé et résumé ce qui est le plus propre à faire la lumière sur la genèse et l'évolution de la loi; ils en ont recherché la raison d'être, le but et la portée, illustré les grandes lignes, analysé les parties, étudié les lacunes, les défauts et les inconvénients. Ils nous ont en un mot présenté une vue d'ensemble et de détail sur un domaine dont beaucoup ignoraient la complexité. Le matériel ainsi préparé sera toujours précieux pour le législateur qui devra élaborer les nouveaux textes. L'échange de vues actuel permettra à chacun d'approfondir le problème, de connaître des avis différents, de contrôler sa propre opinion et d'être mieux en mesure de se déterminer le jour où il faudra conclure et suggérer des solutions. Ce jour n'est pas encore arrivé. On ne pourrait guère tracer utilement déjà, dans les circonstances exceptionnelles actuelles, les lignes et les termes de la révision envisagée.

N'oublions pas que toute loi sociale passionne profondément l'opinion publique. Portant sur des droits que

le peuple a toujours considérés comme essentiels, elle symbolise à ses yeux une étape de l'évolution sociale, un point acquis dans son effort vers une meilleure justice sociale. Tant que le législateur ne visera qu'à mettre plus de clarté, plus de précision, plus de simplicité dans la loi, le peuple lui donnera son appui. Mais dès qu'on voudra innover dans le droit matériel, il se demandera: Maintien des droits existants? Elargissement ou restriction? La réponse à cette question déterminera son jugement, sa réaction et finalement sa décision. Il serait naïf d'imaginer qu'il puisse en être autrement d'une loi qui intéresse directement la presque totalité du peuple suisse: ceux qui font du service, qui en ont fait ou qui en feront. Tout projet de révision matérielle de la loi sur l'Assurance militaire soulèvera donc fatalement cette question devant l'opinion publique. Il suffit de s'en rendre compte pour convenir que le moment serait vraiment mal choisi pour la débattre.

Tant que dure la guerre, toute discussion sur l'étendue des droits de nos soldats tombés malades ou morts au service de la patrie, serait nettement *inopportune*: Tout essai de les restreindre ne pourrait que provoquer du mécontentement et de l'irritation au sein de l'armée et du pays, ce qu'il importe manifestement d'éviter, et toute extension entraînerait immédiatement un surcroît de charges très lourd pour l'Etat, que personne n'a demandé et n'attend, pas même les soldats.

Une fois la guerre terminée, on verra. Pour le moment, nous ignorons tout de l'après-guerre: l'état de nos finances, la situation économique du pays, les tâches qui incomberont à l'Etat, les grands courants psychologiques qui domineront les esprits. Une seule chose peut être prévue. C'est que nous aurons déjà la plus grande peine à trouver un point raisonnable d'équilibre et de conciliation entre les ressources restées à l'Etat et tout ce que l'on va attendre de lui et de son aide. Cependant les dettes s'ajoutent aux dettes, le pays s'appauvrit, industrie et commerce travaillent toujours plus pour la guerre et moins

pour les oeuvres productives, les marchés extérieurs se ferment, le tourisme se tarit. A un certain moment, l'Etat aura sur les bras les soldats qui rentrent et cherchent du travail, et les ouvriers qui auront cessé de travailler pour les armements. Autour de nous, le monde sera couvert de ruines, et les masses populaires enivrées de promesses. Dans ces conditions, comment raisonnablement prévoir et prédire ce que nous ferons ou pourrons faire une fois la guerre terminée? Probablement l'Etat se trouvera en présence de tâches si graves et si urgentes, qu'il n'aura ni le temps ni l'envie de s'occuper de la révision d'une loi que la fin de la mobilisation aura rendue beaucoup moins actuelle et importante.

La revision de la loi sur l'Assurance militaire est-elle vraiment *nécessaire*? Dans des temps moins troublés et moins chargés de soucis, personne n'hésiterait à répondre affirmativement. Cette loi manque en effet de clarté, de simplicité, d'harmonie. Elle ne fixe clairement ni le cercle des personnes assurées, ni leurs droits, ni leurs obligations. Elle applique simultanément des dispositions empruntées à deux lois différentes, celle de 1901 et celle de 1914, alors que la dernière devait abroger et remplacer la première. De plus, toute une catégorie d'assurés — les membres des services complémentaires, de la défense aérienne passive et des gardes locales — tombent sous des prescriptions différentes. Le temps manque d'énumérer en détail les lacunes, les inconvénients, les contradictions et les défauts de la loi. Les rapporteurs en ont déjà relevé l'essentiel. Je pourrais souscrire à presque toutes les critiques formulées. Or, il est évident que l'élimination de tant d'imperfections exigerait la révision *totale* de la loi, une reprise de tout le problème, de tout le système, de tout le cadre de la loi. Ce qui ne pourrait se faire que par un texte entièrement nouveau: un texte qui devrait être aussi clair que possible, aussi simple que possible, et permettre une liquidation aussi rapide que possible des droits de l'assuré. Peut-être serait-il utile d'en confier d'ores et déjà la préparation et

l'élaboration à un juriste — choisi en dehors de l'assurance, pour des raisons psychologiques — ayant le temps et la compétence nécessaires, et aussi le sens des solutions pratiques. Le nouveau texte pourrait être examiné alors par une commission comprenant des représentants de l'Assurance militaire et des assurés, de la magistrature et de l'armée, les auteurs de publications en la matière, et des experts médicaux. Ces personnes ne devraient pas être trop nombreuses, mais chacune devrait avoir son mot à dire. Après quoi le projet pourrait être soumis au Conseil fédéral puis aux Chambres pour leurs délibérations.

*En attendant*, que faire? Une révision générale, par la voie législative ordinaire, ne pouvant avoir lieu ni pendant la guerre ni probablement dans les années immédiatement consécutives, doit-on continuer à appliquer une loi dont chacun a pu constater les inconvénients? N'existe-t-il pas de moyens d'y porter remède, ne serait-ce que d'une manière provisoire? Ma réponse est celle-ci: 1. Une grande partie des défauts qui, de l'avis de l'Assurance militaire, auraient justifié une révision au moins partielle de la loi, ont déjà été corrigés et pratiquement éliminés par la jurisprudence, qui s'est constamment appliquée à ne mettre à la charge de la Confédération que le dommage économique imputable au service. 2. Les lacunes et les inconvénients auxquels l'interprétation n'a pu remédier, ne sont ni si graves, ni si importants que le Conseil fédéral ne puisse les corriger au moyen des pleins pouvoirs, naturellement après consultation des commissions parlementaires compétentes. Il ne saurait évidemment être question de bouleverser le système actuel ni de modifier essentiellement les droits des assurés, mais uniquement de mieux les définir et les harmoniser.

Voici quelques points que l'Assurance militaire avait particulièrement attaqués et que la *jurisprudence* a déjà très largement corrigés:

a) *Principe de la coïncidence ou „contemporanéité“* (Kontemporalitätsprinzip). Ce principe a toujours été

„l'ennemi No. 1“ aux yeux de l'Assurance militaire. D'après l'art. 6 lit. a de la loi, l'assurance devrait répondre sans restriction de toute maladie „survenue pendant le service“ (et non à cause du service). Il n'y a pas de doute que, pris et appliqué à la lettre, ce principe conduirait à des résultats objectivement abusifs. Abusifs, car l'expérience prouve qu'il y a des maladies qui, bien que survenues pendant le service, n'ont rien à faire avec lui et auraient agi d'une manière identique même sans service. Un exemple typique est celui du cancer. Cette maladie n'est notoirement pas la conséquence du service; elle aurait atteint l'assuré et compromis sa santé ou sa vie même s'il était resté à son foyer. Dans sa portée littérale, le principe est donc excessif. Toutefois, si l'on considère sa raison d'être et l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence, on verra que tout excès a disparu. Le législateur a manifestement été guidé par la considération que si un soldat était *absolument sain* au moment de l'entrée au service, l'hypothèse que, même en restant chez lui, il serait de toute façon tombé malade, restait une hypothèse ne justifiant ni le refus du traitement à un homme qui, du fait du service, se trouvait loin de son domicile et de sa famille, ni le refus à celle-ci des prestations nécessaires à son existence. Quant à la jurisprudence, elle a posé le principe qu'aucune maladie ne pouvait être considérée comme „survenue pendant le service“ au sens de la loi, si elle avait déjà existé à n'importe quel degré chez l'assuré (même sans donner aucune manifestation), ou si, d'après l'expérience médicale, l'assuré était déjà porteur, au moment de l'entrée au service, de germes ou d'altérations comportant fatalement une évolution pathologique. La préexistence de l'affection fut généralement admise lorsqu'il s'agissait d'un service court et d'une affection à évolution lente et chronique, telle que l'asthme, l'emphysème, la bronchite chronique, la sclérose coronaire; et la présence de germes ou d'altérations pathogènes fut admise dans les affections notoirement congénitales ou typiquement constitutionnelles, telles que la schizo-

phrénie, le cancer, l'anémie pernicieuse, etc. Dans tous ces cas, la jurisprudence a reconnu que l'assuré n'était pas sain au moment de l'entrée au service, et qu'il n'avait donc droit aux prestations de l'Assurance militaire que dans la mesure où le service avait *aggravé* son état.

Une solution spéciale a dû être adoptée pour la *tuberculose*, l'expérience médicale ayant prouvé que la plupart des gens ont subi dans leur adolescence une première *infection* ou qu'ils portent en eux (incapsulés dans les glandes ou circulant dans le sang) des *bacilles vivants* de la tuberculose, tandis qu'une petite fraction seulement d'entre eux (1% dans notre armée) en tombent réellement malades. Faisant siennes les conclusions d'un avis de principe du Prof. Staehelin, le Tribunal fédéral des assurances décida de considérer la tuberculose comme survenant en tant que *maladie* à partir du moment où les bacilles, cessant d'être de simples agents morbides tenus en échec par les forces de l'organisme, déclenchent un processus *actif* qui entraîne une lésion des organes ou des fonctions. La responsabilité de la Confédération fut admise dans le cas où le service avait rendu *active* la tuberculose, ou dans la mesure où il avait *aggravé* la tuberculose déjà active.

Comme on le voit, le principe tant critiqué de la „contemporanéité“ ne joue plus qu'un rôle très modeste et désormais légitime, n'étant pratiquement appliqué qu'aux cas où raisonnablement il n'en saurait être autrement.

Veut-on remplacer ce principe par celui de la *causalité*? Même dans ce cas, il faudrait y apporter des restrictions et des exceptions.

Une première exception devrait être prévue pour les *accidents*. Tout accident survenu au service ne pourrait que rester un „accident militaire“, exactement comme tout accident survenu pendant le travail est considéré comme „accident du travail“.

Une deuxième exception devrait être faite pour les *maladies aiguës* contractées au service. Comment, en effet, demander à l'Assurance militaire de prouver qu'une affec-

tion aiguë — une grippe, un rhume, une pneumonie — se serait produite même sans service, ou, à l'assuré, qu'une semblable affection a été directement causée par le service, et non seulement contractée pendant le service et à l'occasion de celui-ci ?

Une troisième restriction devrait être admise pour l'action des *facteurs constitutionnels*. Chacun sait que dans la plupart des maladies graves ces facteurs (tares familiales et prédisposition individuelle) jouent un rôle considérable. On peut même dire qu'ils sont à la base de l'affection. Sans leur action, l'on conçoit difficilement un ulcère, un asthme, un emphysème, une bronchite chronique, une tuberculose, un diabète, sans parler des affections dites endogènes comme le cancer, la démence, etc. Et non seulement la genèse, mais aussi l'évolution, la durée, la gravité de l'affection et des chances de guérison sont profondément influencées par l'action des facteurs constitutionnels. Or, l'application à ces cas du principe de causalité pure et simple conduirait nécessairement à limiter les prestations de l'assurance dans la mesure où l'affection a été influencée par ces facteurs: Pratiquement, dans tous les cas importants, elles seraient réduites dans des proportions telles que la famille de l'assuré serait privée des moyens indispensables à son existence. Serait-ce juste? Je ne le crois pas, car, malgré ces déficits constitutionnels, l'assuré est astreint au service. Il serait donc contraire à la raison d'être de la loi et à l'équité d'exclure ou de priver en grande partie de l'assurance précisément les personnes qui, par l'effet de leur constitution, sont les plus exposées aux risques de la vie militaire. Chaque citoyen est soumis à un contrôle médical précis quant à son aptitude au service. Si, malgré ses antécédents héréditaires et personnels, ou sa prédisposition constitutionnelle, il est déclaré apte au service et tenu de l'accomplir, on ne saurait après coup tirer argument de sa déficience physique pour lui refuser ou limiter les prestations. Une réduction à ce titre ne pourrait se justifier que dans la mesure où, selon toute

probabilité, les facteurs constitutionnels auraient exercé leur action même sans service.

Mais, si l'on accepte ces restrictions — et il ne pourrait en être autrement — le principe de la causalité ne différera guère de celui de la „contemporanéité“ tel que la jurisprudence l'a déjà précisé.

b) Un deuxième point critiqué est l'*absence d'un délai de prescription et de péremption* pour la réannonce d'affections dont le militaire a signalé les symptômes soit pendant le service à ses supérieurs, soit après le service à l'assurance. C'est évidemment une lacune. Mais sa portée est infiniment moins grande qu'on pourrait croire à première vue. D'abord, le cas des militaires se réannonçant après une longue période reste une exception; leur nombre ne constitue qu'une fraction minime des cas annoncés. D'autre part, pendant le temps qui précède leur annonce, ces militaires perdent tout droit aux prestations de l'assurance, ce qui est déjà propre à empêcher les abus. En outre, plus l'assuré attend pour annoncer sa maladie, plus il aura de peine à prouver qu'elle est une conséquence du service, risquant ainsi de perdre le droit aux prestations non seulement jusqu'au jour de l'annonce, mais de le perdre à jamais. Aussi, dans ces cas d'annonce tardive, s'agit-il presque toujours de soldats qui ignoraient être malades, ou qui ne pensaient pas que leur affection fût une suite du service. Typiques sont les cas de tuberculose rénale, qui peut survenir et évoluer insidieusement pendant des années, comme il est notoire, sans produire de symptômes propres à attirer l'attention de la personne atteinte. Finalement, même dans ces cas, l'Assurance Militaire n'accorde ses prestations que pour une affection réellement *causée* par le service; les prestations sont donc objectivement dues. Leur perte pendant tout le temps antérieur à l'annonce devrait être considérée comme une sanction suffisante d'une omission qui, généralement, n'est la conséquence que de l'ignorance de l'assuré ou de la méconnaissance du méde-

cin consulté. Il n'est pas probable qu'une revision de la loi aille sensiblement plus loin dans la sanction.

c) Un troisième point discuté est le droit à la *rente de survivants* accordé *aux frères et soeurs et aux grands-parents*, en l'absence de plus proches bénéficiaires. Une appréciation objective de cette disposition ne saurait toutefois perdre de vue: que la rente en question (comportant au maximum 25% du gain de l'assuré décédé) n'est pas servie si les ayants droit n'en ont pas besoin; que l'assuré n'ayant pas encore de famille propre et n'ayant plus ni père ni mère vit bien réellement avec ses frères et soeurs, son grand-père ou sa grand'mère auxquels il apporte aussi une partie de son gain; qu'enfin, pour empêcher tout abus, la jurisprudence n'admet plus le droit à ces rentes que dans la mesure où le défunt aurait probablement apporté une aide effective aux personnes en question. Dans ces limites, ces rentes constituent l'équitable réparation d'un dommage réellement subi.

d) Un autre objet des critiques de l'assurance est la disposition accordant une *indemnité fixe* de 4 frs. par jour (dite *indemnité de traitement: Spitalersatz*) au soldat qui, ayant droit à un traitement hospitalier, a reçu l'autorisation de se faire soigner à domicile (art. 21 de la loi). Il est clair que le traitement à domicile ne coûte pas nécessairement et toujours 4 frs. par jour. Mais, ici encore, la jurisprudence est intervenue pour éliminer tout ce qu'il pouvait y avoir d'excessif: Prenant acte que l'assurance paye déjà directement les frais du traitement proprement dit (médecin, pharmacie, analyses, etc.), elle a reconnu que l'Assurance Militaire n'était plus tenue au delà qu'à rembourser les *frais supplémentaires* effectifs (Mehrkosten) nécessités par le traitement à domicile: alimentation plus coûteuse, garde, surcroît de linge, meilleur chauffage, etc.

En conclusion, la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances est allée si loin déjà dans la correction et l'adaptation, que les solutions qui pourraient être envisa-

gées, même en cas de révision, ne sauraient plus être sensiblement différentes de celles qu'elle a introduites.

D'autres dispositions critiquables ne pourraient en revanche être améliorées que par une *modification de la loi*. Les rapporteurs en ont déjà indiqué quelques-unes. Le temps manque pour s'y arrêter en détail. Qu'il suffise de citer à titre d'exemples: la revision et la meilleure délimitation du cercle des personnes assurées, ainsi que la définition du service militaire; la distinction plus équitable entre soldats assurés contre les maladies et les accidents, et soldats assurés uniquement contre les accidents; la réglementation de l'assurance pendant les congés; la suppression des pensions provisoires de l'art. 25 al. 2, qui multiplie fâcheusement les procédures, les retards et les litiges; la suppression des classes de gain et leur remplacement par le gain effectivement perdu ou, lorsqu'il ne peut être clairement établi, par la rétribution moyenne du métier entrant en ligne de compte, etc. Une disposition qui mériterait aussi une adaptation est celle qui ne permet de tenir compte du gain de l'assuré que jusqu'à 4500 frs. Compréhensible en 1901, cette limite ne l'est plus aujourd'hui: Qui pourrait encore admettre que le gain supérieur à 4500 frs. représente une telle marge d'aisance que le législateur ne saurait en tenir compte dans une loi sociale destinée à nos soldats et officiers? Et, d'autre part, est-il équitable qu'on puisse tenir compte, dans l'assurance-accidents, du gain de l'ouvrier jusqu'à concurrence de 6000 frs., et, dans l'Assurance militaire, du gain du soldat et de l'officier — qui ont donné leur santé ou leur vie à la patrie — seulement jusqu'à concurrence de 4500 frs?

Ces divers points pourraient être corrigés par un *arrêté* du Conseil fédéral, sans qu'il soit besoin de mettre en branle le lourd appareil législatif ordinaire, qui probablement ne s'arrêterait pas devant les autres imperfections de la loi.

\* \* \*

Nous avons fait la critique de la loi en vigueur. Mais, pour la juger sans parti pris, il importe aussi de voir si, dans sa structure générale, ses lignes essentielles et ses effets, elle remplit encore la fonction sociale pour laquelle elle a été créée.

Ma réponse est nettement affirmative. Les droits et les prestations accordés constituent, aujourd'hui encore, une réparation tout à fait large et humaine du dommage économique imputable au service. Idéalement, la réparation devrait sans doute être totale. Mais des raisons psychologiques évidentes font apparaître une telle solution comme dangereuse et socialement néfaste. N'oublions pas que les frais du *traitement* sont remboursés en plein, sans aucune limitation dans la durée ni dans le montant: faire davantage n'était pas possible; faire moins n'aurait pas été équitable. Quant au *gain* perdu, il est couvert dans la mesure de 70%; 30% seulement restent à la charge de l'assuré. On pourrait discuter s'il n'eût pas été mieux de prévoir une indemnisation moins large pour les petites invalidités, et plus large pour les grandes invalidités, en particulier pour celles qui sont irréparables et dont la portée ne peut être ni simulée ni exagérée. Quoi qu'il en soit, la solution adoptée — couverture de tous les frais de traitement et de 70% du gain perdu — fait de cette loi, aujourd'hui encore, un véritable instrument de justice sociale. Une loi nouvelle pourrait difficilement faire autrement.

On objectera: Puisque la loi est humaine, et que les prestations qu'elle accorde sont généreuses, comment se fait-il que le sentiment général à son égard ne soit pas aussi favorable que les sacrifices consentis le justifieraient? La réponse n'est pas aisée.

Une des causes les plus fréquentes du mécontentement est sans doute le *retard* à obtenir ce qui est dû, chaque fois que le bon droit de l'assuré n'est pas évident. Ce retard n'est pas imputable à la mauvaise volonté. L'Assurance militaire n'a pas toujours disposé du personnel nécessaire pour faire face avec rapidité à sa tâche imposante. Les

médecins chargés de l'annonce des cas ne se donnent pas toujours non plus la peine de fournir à l'assurance les éléments et les précisions qui pourraient seuls permettre un jugement prompt et objectif du bien-fondé de la demande. Une part de la responsabilité revient aussi à la loi: En instituant, pour le même cas, une instance (L'Assurance militaire) qui statue sur les frais de traitement et l'indemnité de chômage, et une autre instance (la Commission fédérale des pensions), qui statue sur les rentes, alors que les questions posées sont à peu près identiques, le législateur a créé des motifs évidents de confusion, de retard et de conflit. En effet, chaque fois que l'importance du cas met en branle ce dualisme regrettable, un temps considérable s'écoule entre le jour où l'assuré demande les prestations et le jour où il les obtient. Enfin, on ne saurait nier que fréquemment le retard est aussi la conséquence de la nécessité de faire la clarté dans un domaine — celui des maladies et de leur rapport avec le service — infiniment plus complexe que celui des accidents et de leurs suites, et dans lequel les opinions des hommes de l'art divergent souvent très profondément.

Une deuxième cause importante du mécontentement, est le *manque de collaboration entre l'assurance et l'assuré* dans l'éclaircissement du cas. Une fois l'annonce en sa possession, l'Assurance militaire s'informe auprès du médecin, interroge des tiers, choisit des experts, leur pose des questions, accepte ou discute leur avis, ordonne de nouveaux contrôles ou des expertises ultérieures, sans le concours et souvent totalement à l'insu de l'assuré. De tout ce travail préparatoire l'intéressé, qui pourtant pourrait fournir des éléments essentiels, ne voit souvent que les conclusions et l'aboutissement, fixés dans la décision (affirmative ou négative) de l'assurance. D'où son irritation, sa méfiance, et le procès.

Ma conclusion est que le mécontentement concerne davantage les méthodes et la procédure, en un mot l'application de la loi, que la loi elle-même et les droits et presta-

tions qu'elle consacre. Tout ce qui peut *accélérer* et *simplifier* la liquidation des cas devrait donc être introduit et appliqué sans hésitation: Obliger d'abord les médecins à être, tout comme dans l'assurance privée, aussi précis, exacts et complets que possible dans la rédaction des annonces; les obliger à suivre le cas, à renseigner sans retard l'assurance, à veiller à ce que l'assuré reprenne son travail aussitôt que possible. Si l'affection ne guérit pas dans un délai court (dans le délai habituel), prendre contact avec le médecin et le patient et s'assurer qu'il n'y a pas amplification ou abus; chercher à liquider le cas par une entente directe et raisonnable, ou, autrement, ne pas tarder à ordonner l'éclaircissement nécessaire. Dans tout les cas, ne pas soumettre les dossiers à l'expert avant d'avoir bien établi les faits et donné l'occasion à l'assuré de présenter ses remarques et de fournir au besoin ses moyens de preuve. Enfin, ne saisir la Commission fédérale des pensions que dans les limites clairement fixées par le législateur, en excluant les courtes rentes réitérées, qui violent la lettre et l'esprit de la loi et multiplient les procès et les frais. Dans ce sens — de la simplification, de l'accélération, de la collaboration avec l'assuré et son médecin — il y a une oeuvre très vaste à accomplir, certainement plus utile et plus féconde que celle de la revision de quelques dispositions de la loi, laissant probablement inchangé ce qui en fait l'essence et la raison d'être.

Un mérite éminent de la loi actuelle est en tout cas la *latitude extrême* qu'elle laisse à l'interprétation et partant à l'intervention du magistrat. Elle permet ainsi de faire oeuvre de justice dans toute la mesure où celle-ci est intimement comprise par ceux qui doivent en assurer l'application. Le législateur fait la loi, mais c'est le juge qui traduit le droit en justice. Jamais vérité n'a été aussi exacte que dans ce domaine. Il dépend du peuple suisse et de ses représentants de choisir, pour l'application de cette loi, des hommes qui en partagent les aspirations, le souci d'équité et de solidarité, la ferme volonté d'être sans

faiblesse contre les abus, mais humains et larges pour ceux qui ont compromis ou perdu leur santé au service du pays.

Danach kommen noch folgende Herren zu Worte:

*Dr. Fritz Schmitz*, Chef der Eidg. Militärversicherung:

Wenn man an die Gesetzesrevision herantritt, so muss man sich stets bewusst sein, was mit der Revision bezweckt werden soll. Sind durch die Anwendung der bisherigen gesetzlichen Ordnung Zustände geschaffen, die den Bedürfnissen des Lebens und dem Rechtsempfinden des Volkes nicht mehr entsprechen und daher einer Korrektur unterzogen werden müssen. Auf Grund eingehender Untersuchungen kamen wir ebenfalls zur Überzeugung, dass schon mit Rücksicht auf die herrschende Rechtszersplitterung (heute bestehen wohl zirka 50 Erlasse) eine Vereinheitlichung dieses Rechtsgebietes am Platze sei. Die Militärversicherung hat daher bereits Ende 1935 einen auf Totalrevision ausgehenden vollständigen Gesetzesentwurf, der sowohl den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich, wie die Haftungsgrundsätze als auch das Leistungssystem und einige organisatorische Grundsätze enthält, aufgestellt und dem zuständigen Departement eingereicht. Die Vorlage enthält über 60 Artikel, die einzel mit sogenannten Motiven näher begründet sind. Gleichzeitig ist auch ein Teilrevisionsprojekt eingereicht worden.

Im Frühjahr 1938 wurde seitens des Militärdepartements eine grosse Expertenkommission bestellt und einberufen zur Besprechung der Revisionsfrage. Die Kommission beschloss, von einer Totalrevision abzusehen, dagegen die Teilrevision an die Hand zu nehmen. Sie trat auf den vorgelegten Teilrevisionsentwurf ein und bereinigte einige Artikel. Die Fortführung der Verhandlungen war vorgesehen, wurde aber durch die stets zunehmenden internationalen politischen Spannungen und die dadurch bedingten, alle andern Interessen in den Hintergrund drängenden Aufrüstungsarbeiten vereitelt.

Die allgemeine Mobilmachung 1939 stellte uns vor neue Aufgaben; es wurden neue gesetzliche Erlasse notwendig. Anlässlich der Versicherung der Hilfsdienste, wurde z. B. ein vom gesetzlichen Haftungsprinzip abweichender Grundsatz angenommen, so wie es für die Teilrevision vorgesehen war. Wir haben mit dieser Neuerung interessante Beobachtungen machen können in dem Sinne, dass die absolute Richtigkeit des reinen Kausalitätsprinzips sich nicht bestätigte, soweit es Leiden anbetrifft, die während langen Dienstperioden auftreten. Das Kausalprinzip im Gegensatz zum Kontemporanitätsprinzip eignet sich also besser für kürzere Dienstperioden.

*Dr. Henri Iselin*, Oberstdivisionär, Riehen:

In der bisherigen Diskussion sind die praktischen Gesichtspunkte wohl doch zu kurz gekommen. Die unbestreitbare Unzufriedenheit über die Militärversicherung in der Armee richtet sich hauptsächlich gegen die ungebührlich lange Dauer der Erledigung eines Falles. Die Bedeutung gerade dieses Punktes darf bei einer allfälligen Revision des Gesetzes nicht übersehen werden; es muss gelingen, die Militärversicherung personell und organisatorisch so aufzubauen, dass eine rasche Erledigung der geltend gemachten Ansprüche gewährleistet ist. Der Soldat muss das Gefühl haben, dass ihm von der Versicherungsverwaltung Gehör geschenkt wird. Für die Armee und die Volkswirtschaft ist die Mobilisation vorbereitet worden. Genau in gleicher Weise muss für die Mobilmachung der Militärversicherung gesorgt werden, deren bisherige Organisation für die Friedenszeit genügt haben mag, es heute aber nicht mehr tut. Sehr wünschenswert wäre z. B. die Einrichtung von Kreisagenturen analog der Organisation der SUVAL, da auf diese Weise ein engerer Kontakt zwischen Soldat und Versicherung hergestellt werden könnte.

*Dr. Henri Garraux*, Präsident der Schweizerischen Ärztesgesellschaft:

Der Ärzteschaft war es längst klar, und die Erfahrungen während der Mobilisation 1914—1918 haben es bewiesen, dass die EMV falsch aufgebaut sei. Leider wurde es damals unterlassen, ungesäumt an die Revision heranzutreten, weil die verhängnisvolle „Niewiederkrieg“-Stimmung und die Abrüstungshoffnungen den Willen zu der grossen Arbeit nicht aufkommen liessen. So ist dann das Land unglücklicherweise mit dem völlig unzureichenden und untauglichen Apparat in die neue Mobilisation hineingerutscht. Wenn es nun ausgerechnet die Ärzteschaft ist, die zuerst Alarm geschlagen hat, so liegt der Grund hiefür in der Tatsache, dass wir beruflich am meisten und zuerst Einblick bekommen in die Mängel und gar nicht selten zu Unrecht in den Verdacht kommen, — und von unzufriedenen Wehrmännern direkt beschuldigt werden — am Versagen der EMV schuld zu sein. Wenn nun sogar Herr Bundesrichter Pedrini vorhin angedeutet hat, dass es die Ärzte oft an der nötigen Promptheit und Sorgfalt in der Ausfüllung und Spedition der ärztlichen Zeugnisse fehlen lassen und dass darin eine gewisse Exculpation der EMV erblickt werden könne, so müssen Sie mir gestatten, darauf hinzuweisen, dass hier ein Fehlschluss vorliegt. Das gute Spielen des um kein Haar kleineren Papierkrieges zwischen der Ärzteschaft und der SUVAL beweist mit aller Eindringlichkeit, dass der Fehler beim mangelhaften Apparat der EMV und nicht bei der Ärzteschaft liegt. Was nun die Frage der Revision anbelangt, so ist es auch uns klar, dass der Moment hiefür denkbar schlecht gewählt wäre. Da aber andererseits die Verhältnisse am wachsenden Schaden liegen, so darf mit der Beseitigung der grössten Misstände niemals gewartet werden, bis man mit gutem Gewissen an eine Generalrevision herantreten kann, sondern es ist auf dem Wege der bundesrätlichen Vollmachten unverzüglich das Allerdringendste zu verbessern und den Zeitumständen

anzupassen. Der Bundesrat hat sich dieser Einsicht nicht verschlossen und er hat zu diesem Zwecke eine Expertise angeordnet, die ihm den Weg und das Ausmass weisen soll und wird. Der Stein ist also ins Rollen gekommen und wird nicht eher zur Ruhe gelangen, als bis einige unbegreifliche Härten und Ungerechtigkeiten beseitigt sind und die EMV ihrer Aufgabe einigermaßen gerecht werden kann. Wenn es dann einmal an die Revision des veralteten Gesetzes gehen wird, dann hofft und wünscht die Ärzteschaft zusammen mit Ihrer verehrten Gesellschaft daran arbeiten zu dürfen.

Der *Präsident* schliesst hierauf die Diskussion und erteilt den Referenten das Schlusswort.

*Dr. H. Kistler:* Mit Genugtuung habe ich festgestellt, dass die Militärversicherung selbst das reine Kausalitätsprinzip ablehnt. Das eigentliche Problem des Militärversicherungsrechts lautet Versicherung oder Haftpflicht. Der Begriff einer Contemporanitätshaftung ist, weil zu unklar, ohne praktischen Wert.

*Dr. M. Rouillet:* Les rapporteurs sont d'accord pour critiquer le principe de la causalité. S'ils sont, ainsi que les membres qui prirent part à la discussion, unanimes à penser qu'une revision n'est pas indiquée à l'heure actuelle, la nécessité d'une telle revision ne doit pas être perdue de vue et les travaux préparatoires doivent être poursuivis.

Der *Präsident* dankt den Referenten und Diskussionsrednern und stellt mit Befriedigung fest, dass das heutige Thema und das ihm entgegengebrachte Interesse den weiten Rahmen der Aufgaben des Juristenvereins und den Wert seiner Verhandlungen erneut bewiesen haben. Die Referate und Diskussionsvoten werden zweifellos anlässlich einer zukünftigen Gesetzesrevision als wichtige Grund-

lage dienen können. Besonders wertvoll war es auch, den Standpunkt der Armee, der Militärversicherung selbst und der Ärzteschaft zu hören.

Der *Präsident* teilt unter Beifall der Versammlung mit, dass als Tagungsort für den Juristentag des Jahres 1943 Freiburg in Aussicht genommen ist.

Um 11.40 Uhr schliesst der Präsident die Sitzung und den Juristentag 1942.

---