

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	77 (1958)
<b>Rubrik:</b>	Procès-verbal de la 92e assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

#### **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:** 06.02.2026

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

# Procès-verbal de la 92<sup>e</sup> assemblée annuelle de la Société suisse des juristes

des 4, 5 et 6 octobre 1958  
à Lausanne

---

Séance du dimanche 5 octobre 1958  
à la salle du Grand Conseil, à Lausanne

Président:  
M. André Panchaud, juge fédéral, Lausanne

La séance est ouverte à 8 heures 30.

## I.

Le président prononce le discours d'ouverture ci-après:

C'est avec une grande satisfaction que votre président a l'honneur d'ouvrir cette 92<sup>e</sup> assemblée dans la ville de Lausanne, sa ville d'origine et de domicile. Satisfaction accrue encore par la très forte participation à ce congrès, puisque les organisateurs ont déjà enregistré près de 500 inscriptions, dont le quart de dames accompagnantes.

Pour la 4<sup>e</sup> fois en un siècle, la Société suisse des juristes se réunit dans la capitale vaudoise. Les annalistes de nos travaux citent l'assemblée de 1884 sous la présidence du professeur bâlois Speiser; celle de 1903 sous la présidence de M. Leo Weber, ancien juge fédéral; enfin, celle de 1934, que dirigeait M. Ernest Béguin, conseiller d'Etat neuchâtelois. Plusieurs d'entre nous se souviennent de cette dernière assemblée de Lausanne, dans l'Aula de l'Université, où Fritz Fleiner et William Rappard rapportaient sur le

contrôle de la constitutionnalité des lois, et où Ed. von Waldkirch et Alexandre Martin-Achard s'exprimaient sur la protection des modèles d'utilité.

Notre assemblée d'aujourd'hui est honorée de la présence de plusieurs hôtes, que je tiens à mentionner dès maintenant, pour les remercier d'être venus et les assurer de l'estime que nous leur portons. Ce sont:

- M. le Conseiller fédéral Markus Feldmann, chef du Département fédéral de justice et police,
- M. le Juge fédéral Wilhelm Stauffer, président du Tribunal fédéral,
- M. le Juge Louis Prod'hom, représentant le Tribunal fédéral des assurances,
- M. le Conseiller d'Etat Louis Guisan, chef du Département de justice et police du canton de Vaud,
- M. le Juge Marcel Caprez, président du Tribunal cantonal vaudois,
- M. le Conseiller municipal Georges Jaccottet, représentant la Municipalité de Lausanne.

Et j'ai le regret d'excuser un autre invité,  
M. Edouard von Steiger, ancien chef du Département fédéral de justice et police, toujours très attaché à notre société.

Nous avons demandé à quelques personnalités éminentes de ce canton d'accorder leur patronage à cette assemblée. Ce sont, outre M. le Conseiller d'Etat Louis Guisan et M. le Juge cantonal Marcel Caprez, déjà mentionnés:

M. le Professeur Guy Flattet, doyen de la Faculté de droit,  
et

M<sup>e</sup> Eugène Hirzel, bâtonnier de l'Ordre des avocats vaudois.

J'ai l'agréable devoir de saluer encore spécialement un de nos membres, à notre connaissance le plus ancien participant des assemblées des juristes suisses, M. Emile Ems,

ancien président du Tribunal cantonal de Fribourg. M. Ems entre aujourd'hui dans sa 50<sup>e</sup> année de sociétariat et il n'a manqué que deux assemblées, l'une lors de la guerre de 1914, l'autre au moment de la perte de Madame Ems. Le Comité a jugé qu'une telle fidélité valait une invitation. M. Ems est donc, lui aussi, à l'honneur en cette assemblée.

\*

Avant d'aborder notre ordre du jour, je me sens encore pressé de dire d'emblée nos remerciements sincères aux membres du Comité d'organisation de Lausanne qui, sous la présidence aimable de M. Georges Jaccottet, ont veillé à ce que nous trouvions durant ces trois jours de quoi subvenir à nos besoins vitaux, qui ont aménagé les commodités du travail et de la conversation, sans oublier les plaisirs d'un sain divertissement. Je crois pouvoir dire que les organisateurs ont droit à nos félicitations et aussi à notre sympathie, car leur tâche a été sérieusement compliquée par l'inscription tardive de plusieurs d'entre nous.

\*

Enfin, à vous tous, participants nombreux de la 92<sup>e</sup> assemblée de la Société suisse des juristes, j'adresse mon salut et mes vœux. Puissiez-vous garder de ces journées un souvenir d'heureuse détente comme aussi celui d'un travail utile et fructueux.

## II.

Sur proposition du président, l'assemblée désigne comme secrétaires :

M. Hans Peter Moser, secrétaire au Tribunal fédéral, à Lausanne, et

M. Jean Gauthier, greffier-substitut au Tribunal cantonal, à Lausanne.

### III.

Le président donne ensuite lecture de son rapport sur l'exercice écoulé (1957–1958):

#### *Etat des membres*

Avec 75 admissions nouvelles qui compensent et au delà les décès et quelques démissions, l'effectif de la société atteint 1683 membres à ce jour.

Nous avons eu le regret de perdre 23 membres, décédés dans l'année; ce sont

Dr *Karl Zollinger*, avocat à Thoune, né en 1881, membre de la société depuis 1922, décédé le 2 août 1958. Historien passionné, colonel dans l'armée, membre du Conseil communal.

*Tell Perrin*, professeur et avocat à La Chaux-de-Fonds, était à la tête d'une des études les plus réputées de la ville. Doué d'une belle intelligence et d'un sens aiguisé du droit, il enseignait le droit public et le droit administratif à l'Université de Neuchâtel. Il faisait autorité en matière de propriété intellectuelle. Il fut long-temps député au Grand Conseil, puis député au Conseil national. Il rapportera à la Société suisse des juristes en 1911 sur le sujet «La remise conditionnelle des peines». Il est mort à l'âge de 78 ans.

Dr *Franz Staempfli*, ancien procureur général de la Confédération, avait exercé cette magistrature pendant plus de 30 ans. Membre de la Société suisse des juristes depuis 1916, il fut rapporteur en 1931 sur le sujet de la juridiction fédérale en matière pénale. Il rédigea de nombreuses études sur la procédure fédérale et la protection de l'Etat. On lui doit notamment une édition annotée de la loi fédérale sur la procédure pénale. L'Université de Berne lui a délivré le titre de docteur honoris causa.

Dr *Conrad Wespi*, avocat, Zurich, 1904–1958, pratiquait le barreau depuis 1930 et assumait les fonctions de grand-juge au Tribunal de division 8.

*Kurt Bucher*, avocat, Lucerne, 1898–1958. Député au Grand Conseil de Lucerne pendant 25 ans, conseiller national pendant 15 ans, le défunt joua un rôle important dans la vie politique suisse. Colonel d'artillerie, il fut commandant de place à Lucerne.

Dr *Otto Haeberlin*, avocat, Bienne, né en 1879, décédé en 1957 des suites d'un accident de circulation.

*Aldo Valadini*, avocat, Lugano, 1880–1957, fut syndic de Lugano pendant 15 ans.

*René Barfuss*, avocat, attaché au Service technique militaire, Berne, 1890–1957, avait été précédemment greffier de la Cour suprême.

*Marcel Pilet-Golaz*, ancien président de la Confédération, Lausanne, né en 1888, décédait subitement à Paris le 11 avril 1958. Il avait pratiqué le barreau à Lausanne de 1915 à 1940. Membre du Grand Conseil vaudois et dès 1925 du Conseil national, il fut élu conseiller fédéral en 1928, alors qu'il n'avait que 39 ans. Successivement chef du Département de l'intérieur, du Département des postes et chemins de fer, il assume ensuite, avec une autorité exceptionnelle, dans les circonstances délicates de la neutralité armée, en 1940–1944, la charge de chef du Département politique. Il avait quitté la vie politique en 1944, après avoir été président de la Confédération en 1934 et 1939.

*Aleardo Pini*, avocat, conseiller national, Biasca, 1907–1958, membre du Grand Conseil tessinois et dès 1942 du Conseil national, syndic de Biasca dès 1952, jouait un rôle éminent dans la vie politique de son canton et de la Confédération. Il avait été un des fondateurs du groupe de la Suisse italienne de la Nouvelle Société Helvétique.

Dr *Paul Valèr*, secrétaire de direction d'une compagnie d'assurance, à Zurich, est mort en 1958 à l'âge de 56 ans.

Dr *Erhard Branger*, directeur des Chemins de fer rhétiques, à Coire, décédé en 1958 à l'âge de 77 ans, fut avocat à Davos jusqu'en 1935, landammann de cette localité en 1920, rédacteur des «Davoser-Blätter», membre du Grand Conseil pendant 30 ans.

*Armand Gonvers-Sallaz*, ancien conservateur du registre foncier, Lausanne, docteur honoris causa de l'Université de Lausanne, était l'auteur de diverses monographies consacrées au registre foncier.

Dr *Auguste Simonius*, professeur, Bâle, né en 1885, fut professeur extraordinaire dès 1918, professeur ordinaire dès 1920 avec la chaire de droit romain et de droit privé; de plus, juge à la Cour d'appel. Il fut l'auteur de remarquables études de droit comparé et d'histoire du droit. Ses contributions à la doctrine du droit privé, ses monographies sur la liberté de contracter, la bonne foi, le principe de causalité, la notion d'illicéité, la protection de la personnalité, sont d'un juriste de grande classe. Pour la Société suisse des

juristes, il fut un président distingué, de 1941 à 1943, et dirigea les assemblées de Locarno, Bâle et Fribourg.

*Max Neuhaus*, ancien président de la Cour suprême de Berne, à Bienne, avait pris sa retraite en 1942. Il fut avocat quelques années, puis président du tribunal de Bienne et enfin juge d'appel.

*Dr Kurt Brunner*, directeur de fiduciaire, Zurich, avait été précédemment fonctionnaire au Département fédéral de justice et police, collaborateur de la Légation de Suisse à Vienne, puis avait pratiqué le barreau.

*Dr Max Bucher*, avocat à Zurich, décédé en 1957 à l'âge de 72 ans. Il avait pratiqué le barreau à Lucerne, puis fut élu président du tribunal de district. Après quelques années dans une entreprise industrielle, il s'installa comme avocat à Zurich, en même temps qu'il participait à l'administration de grandes industries. Au militaire, il était colonel d'artillerie.

*Dr Peter Tuor*, professeur, Berne, est décédé en 1957, à l'âge de 82 ans. Après avoir occupé des chaires à Fribourg et à Genève, il enseigna le droit romain et le droit privé suisse à Berne de 1922 à 1946. Il fut recteur de l'Université en 1944. Son commentaire du droit successoral fait autorité. Son traité du code civil suisse est constamment réédité. Il était l'auteur d'une traduction du code civil en langue rhéto-romane.

*Giancarlo Bianchi*, avocat, Lugano, mort en 1957, pratiquait le barreau depuis 1944, et déployait une intense activité également comme secrétaire d'associations professionnelles, dans la justice militaire, le journalisme et le corps consulaire.

*Dr Alfred Clausen*, ancien juge cantonal, Brigue, 1877–1957, fils du juge fédéral Félix Clausen, pratiqua le barreau à Brigue, fut président de commune, puis juge cantonal jusqu'en 1947; après quoi il fut député de son canton au Conseil des Etats jusqu'en 1955;

*Dr Hans Lätt*, avocat à Olten, mort en 1955, a été membre de la société pendant 50 ans.

*Dr Paul Dumont*, avocat, Berne, décédé en 1958 à l'âge de 75 ans, était à la tête d'une importante étude d'avocat; il fut aussi membre suppléant de la Cour suprême, président de la Société du théâtre et de la Société de développement.

*Dominique Schucani*, avocat, Genève, né en 1902, décédé subitement en 1958. Après un stage dans une banque, il exerçait le barreau à Genève. Dans l'armée, il était capitaine de la justice militaire.

Ont été admis dans la société depuis le 9 septembre 1957

*Zurich*

Bohren-Hoerni Margrit, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
Eigenmann-Högger Josef, Dr., Kilchberg  
Farner Hans, Dr., Rechtsanwalt, Horgen  
Höhn Ernst, Dr., Zürich  
Köhl Guido, Dr., Zürich  
L'Hardy Henri-François, avocat, Zurich  
Moser Ulrich, Dr., Rechtsanwalt, Winterthur  
Panchaud Maurice, Dr., Direktor der Handelsbank, Zürich  
Pedrazzini Mario M., Privatdozent, Rechtsanwalt, Zürich  
Pfenninger Conrad, Dr., Oberrichter, Zürich  
Portmann Peter, Dr., Fürsprecher, Winterthur  
Rom Felix, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
Schaumann Wilfried, Dr., Rechtsanwalt, Privatdozent, Zürich  
Schupp Jacques, Jurist, Winterthur  
Stäheli Viktor, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
Tuchschmid Curt, Dr., Rechtsanwalt, Zürich  
Wyss Heinz F., Dr., Rechtsanwalt, Zürich

*Berne*

Brauen Harald, Dr., Fürsprecher, Bern  
Bridel Danielle, avocate, Wabern  
Dumont Marc, Dr., Fürsprecher, Bern  
Jaccard Pierre E., Lic. en droit, juriste, Berne  
Hahnloser Bernhard, cand. iur., Bern  
Heutschi Max, Dr., Fürsprecher, Verwaltungsgerichtsschreiber,  
Bern  
Kropfli Alfred, Fürsprecher, Bern  
Siegenthaler Hans, Fürsprecher, Sekretär der kant. Baudirektion,  
Bern

*Lucerne*

Meier Kaspar, Dr., Rechtsanwalt, Luzern

*Fribourg*

Dupraz Emmanuel, avocat, Fribourg  
Hartmann Henri, notaire, vice-président du Tribunal de la Sarine,  
Fribourg

*Soleure*

Luder Walter, Dr., Fürsprech, Obergerichtsschreiber, Solothurn

*Bâle-ville*

Borsinger Hilda Vérène, Dr., Mitglied des Strafgerichts, Basel  
Simonius Pascal, Dr., Basel

*Schaffhouse*

Schwank Felix, Dr., Verhörrichter, Rathaus, Schaffhausen

*St. Gall*

Brunner Hans, Dr., Rechtsanwalt, Jurist des kant. Baudeparte-  
ments, St. Gallen

Ruckstuhl-Thalmessinger Lotti, Dr., Rechtsanwalt, Wil

*Argovie*

Baur Hans, Dr., Fürsprech und Notar, Baden

Hunziker Bruno, Dr., Rechtsanwalt, Möhlin

Schärer Franco, Dr., Direktionssekretär, Aarau

Voser Peter, Dr., Fürsprech, Baden

*Tessin*

Antognini Fulvio, dottore in legge, avvocato e notaio, Bellinzona

Barchi Pier Felice, avvocato e notaio, Bellinzona

Forni Rolando, dottore in legge, Pretore, Massagno

Ghiringhelli Stefano, dottore in legge, avvocato e notaio, Bellinzona

Guidicelli Renato, avvocato e notaio, Lugano

Lepori Giovanni Maria, avvocato e notaio, Bellinzona

Pelli Ferruccio, dottore in legge, avvocato e notaio, Lugano

*Vaud*

Abravanel Philippe, docteur en droit, avocat, Lausanne

Béglé René, Lic. en droit, Directeur de la Suchard Holding SA,  
Lausanne

Boson Marcel, docteur en droit, Le Mont s. Lausanne

Brélaz Claude-François, Lic. en droit, Lausanne

Chamorel Jacques, docteur en droit, avocat, Lausanne

Comte Jacques-F., docteur en droit, avocat, Lausanne

Curchod Victor, docteur en droit, Chef de service, Lausanne

Fischer Jacqueline, Lic. en droit, secrétaire, Lausanne

Gauthier Jean, docteur en droit, greffier-substitut au Tribunal can-  
tonal, Lausanne

Jaccard Marc, docteur en droit, secrétaire général de la Suchard  
Holding SA, Lausanne

Jaques Philippe, docteur en droit, avocat, Pully

Jaton Michel, cand. iur., Lausanne

Keller Max, docteur en droit, secrétaire du Tribunal fédéral,  
Lausanne

Lob Jean, docteur en droit, avocat, Lausanne

Logoz Edouard-John, Lic. en droit, Lausanne

Manuel André, docteur en droit, avocat, Lausanne

Masnata Albert, Chargé de cours à l'Université de Lausanne,  
Lausanne

Molinari Eugenio, docteur en droit, Secrétaire du Tribunal fédéral,  
Lausanne

Moser Hans Peter, docteur en droit, Secrétaire du Tribunal fédéral,  
Lausanne

Pelichet Berthe, Lic. en droit, Secrétaire général de l'Union vau-  
doise des Associations industrielles, commerciales et de Métiers,  
Lausanne

Rochat Maurice, docteur en droit, avocat, Lausanne

Schwaar Gilbert, docteur en droit, avocat, Lausanne

Vallotton André, docteur en droit, avocat, Lausanne

Wyss Jean-Albert, docteur en droit, avocat-stagiaire, Lausanne

#### *Valais*

Copt Aloys, avocat et notaire, Orsières

#### *Neuchâtel*

Faessler Pierre, avocat, Le Locle

Grossen Jacques-Michel, docteur en droit, professeur, Neuchâtel

#### *Genève*

Degoumois Valentine, docteur en droit, Tutrice générale adjointe,  
Genève

Didisheim Janine, avocate, Genève

Junod Charles-André, avocat, Genève

#### *Situation financière*

Les rapports présidentiels de 1956 et 1957 annonçaient un déficit comptable inquiétant et ils exprimaient la volonté du Comité d'y mettre fin, sans recourir cependant à la solution facile d'une augmentation massive des cotisations. Nous faisions état à ce propos de nos pourparlers avec le Fonds national de la recherche scientifique. Aujourd'hui, le péril est conjuré et l'atteinte portée à la très modeste fortune de la société sera presque réparée si l'on veut bien,

comme nous le proposons, faire une compensation des deux derniers soldes d'exercice.

Il convient de le dire: c'est la publication extrêmement onéreuse des importants travaux scientifiques de nos rapporteurs qui nous valait le déficit. Aussi était-il naturel que nous nous adressions au Fonds national de la recherche scientifique, dont la Société suisse des juristes est, rappelons-le, cofondatrice. En conclusion des pourparlers déjà mentionnés à deux reprises devant cette assemblée, l'on a abouti à une solution que je n'hésite pas à qualifier de fort heureuse et qui me paraît entièrement conforme aux buts tant du Fonds national que de notre Société. Depuis notre exercice financier de 1957/58, la publication des travaux de nos rapporteurs vaut ainsi à notre société un subside actuellement arrêté à 80% du coût d'impression, avec toutefois un plafond quant au nombre de pages. Ce subside a représenté pour 1957/58, c'est-à-dire pour les rapports de 1957, la somme de 13200 fr.

### *Concours*

Notre Société avait mis au concours le sujet suivant: «Les notions d'organe et d'auxiliaire en responsabilité civile.»

(«Die Begriffe des Organs und der Hilfsperson im Haftpflichtrecht»)

Deux travaux ont été présentés. Nous les avons soumis à l'appréciation d'une commission que préside M. le juge fédéral Corrodi et dont font partie en outre M. le professeur Werner von Steiger, à Berne, et M<sup>e</sup> Georges Gautschi, avocat à Zurich.

Année faste que celle qui nous procure deux concurrents à la fois! Car précédemment il est arrivé au moins une année sur deux que notre concours, malgré la valeur des sujets proposés, ne suscita aucun intérêt. Comme nous vous en avions déjà fait part, le Comité s'est ému de ce qu'une des tâches premières de la Société se trouvait ainsi négligé. Il a

donc pris deux mesures qu'il juge propres à redonner leur valeur aux concours. Tout d'abord, une meilleure publicité sera faite à l'annonce des concours; en plus de la traditionnelle circulaire aux membres de la Société, il a été et il sera procédé à une diffusion de l'annonce dans la plupart des périodiques juridiques suisses; cela avec l'appui compréhensif des rédacteurs intéressés. La seconde mesure prise, grâce à la détente de notre situation financière, fut d'augmenter la valeur des prix offerts: au lieu de 2000 francs au total, nous avons décidé de prévoir un premier prix qui cette année est de 2500 francs mais qui pourrait aller jusqu'à 3000 francs, cela sans préjudice d'autres prix dont aucun ne serait inférieur à 1000 francs; cela nous paraît être, sinon une rétribution du travail accompli, du moins une équitable indemnité pour ceux des concurrents, en général de jeunes avocats, qui ont la charge d'inéluctables frais généraux. Le «règlement» concernant les prix de concours précédemment établi par le Comité a donc subi cette année deux modifications, par révision des §§ 10 et 11. On en trouvera le texte en annexe à ce rapport. Nous espérons que le nouveau régime des concours leur donnera un durable regain de vie.

Pour l'an prochain, le sujet mis au concours est le «Droit coutumier en droit public». Puissent les concurrents, par leur nombre et par la qualité de leurs travaux, justifier notre effort.

### *Sujets de rapports*

Préoccupé toujours de stimuler le progrès de la science juridique, c'est-à-dire de diriger les études de nos rapporteurs annuels vers des problèmes où le droit se crée et se transforme, votre Comité avait retenu les sujets qui seront mis en délibération aujourd'hui et demain: «Le contrat de droit administratif» («Der verwaltungsrechtliche Vertrag») et «La vente à tempérament et la vente-épargne, de lege ferenda» («Der Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag,

de lege ferenda»). Deux professeurs, MM. Henri Zwahlen et Max Imboden, et deux magistrats, MM. Raymond Jean-prêtre et Helmut Stofer, nous ont communiqué le fruit de leur étude, de leur réflexion, mais aussi celui d'une pensée créatrice orientée vers l'avenir. Ils ont droit à notre reconnaissance et, disons-le sans emphase, à la gratitude du pays.

L'an prochain, l'assemblée sera saisie de matières non moins importantes et non moins actuelles: d'une part, la protection des minorités et les syndicats d'actionnaires dans la société anonyme, que traiteront M. H. Glattfelder, juge cantonal à Zurich, et M. Robert Patry, avocat et professeur à Genève; d'autre part, l'exercice du droit de vote en démocratie, sujet confié à M. Jean Castella, avocat à Fribourg, et à M. Ernest Moor, de la Direction générale des chemins de fer fédéraux.

*Revue de droit suisse (Zeitschrift für Schweizerisches Recht)*

Nous avions avec MM. Helbing & Lichtenhahn un contrat, qui datait de 1921, concernant à la fois l'édition de nos rapports et procès-verbaux comme tels, et la publication de ces rapports et procès-verbaux dans la Revue de droit suisse. Il y est prévu une prestation de MM. Helbing & Lichtenhahn, de 500 fr. par an, en contre-partie de la remise de nos rapports (imprimés) pour la Revue. Or les subsides que nous recevons du Fonds national, qui vont jusqu'à 80% des frais d'impression, ont remis en question nos rapports avec MM. Helbing & Lichtenhahn, notamment quant à la rémunération, jugée insuffisante, de 500 fr. et quant à la distribution à double des fascicules aux membres de la société qui sont abonnés à la Revue (environ 220).

Des pourparlers à ce sujet se sont engagés entre MM. Helbing & Lichtenhahn, le directeur de la Revue de droit suisse, les représentants du Fonds national et le président de la Société suisse des juristes. Un accord a finalement été réalisé, qui a trouvé son expression dans un nouveau contrat

entre la Société suisse des juristes et MM. Helbing & Lichtenhahn, contrat que le Comité a approuvé.

Ce contrat appelle quelques observations. Tandis que sa première partie ne fait que confirmer la situation actuelle, il est prévu ensuite que le nombre de pages de nos rapports publiés dans la Revue de droit suisse est désormais limité à 500 (plus le procès-verbal et la bibliographie), sur 1000 pages environ que publie la Revue. Le plafond de 500 pages conviendra en tout cas aux années 1959 et 1960, car cette condition était imposée déjà à nos rapporteurs de ces deux années; au surplus, comme le contrat n'est valable que d'année en année, cette clause pourra exceptionnellement subir une dérogation si un sujet particulièrement important – comme cette année le contrat de droit administratif – demandait impérieusement que les 500 pages fussent dépassées. Quant à la prestation financière de la Revue de droit suisse envers la Société suisse des juristes, elle est portée de 500 à 1600 fr.: ce qui se justifie notamment par la diminution de la valeur de l'argent. Enfin, de même que jusqu'ici, la Société suisse des juristes recommande à ceux de ses membres qui sont aussi abonnés à la Revue de renoncer à l'un des services; un traitement financier différent a été établi entre l'abonné qui renonce au double service et celui qui n'y renonce pas.

#### *Archives Eugène Huber*

On sait que feu Eugène Huber avait légué à la Confédération toute sa documentation concernant ses travaux personnels en vue de la préparation du Code civil. Cette documentation est déposée aux Archives fédérales. Mais, comme cela a été relevé dans la Revue suisse de jurisprudence (1957, fascicule 24) et comme cela a été encore rappelé au Conseil des Etats par le député Schoch, elle devrait pouvoir être complétée. Il y aurait intérêt à réunir en particulier les très nombreuses lettres originales d'Eugène Huber à divers correspondants. Où sont ces lettres? Peut-être dans

des archives de famille, chez des juristes qui les auraient reçues d'un aïeul ou d'un ami.

C'est pourquoi, d'entente avec l'archiviste de la Confédération, votre président a signé un appel qui sera publié dans plusieurs revues juridiques et qui s'adresse à toutes les familles de juristes contemporains d'Eugène Huber, pour leur demander de remettre aux Archives fédérales, en original ou en copies, les lettres ou autres documents qu'elles détiendraient. Je renouvelle ici cet appel.

### *Centro Internazionale Magistrati Luigi Severini*

Le «Centre international des magistrats» à Pérouse (Italie) a organisé chaque automne des cours d'études pour magistrats; par l'intermédiaire de notre Ambassade à Rome et du Département fédéral de l'intérieur, il s'est adressé au président de la Société suisse des juristes pour le choix d'un magistrat suisse bénéficiaire d'une invitation. En 1957, c'est M. le juge cantonal Luvini, de Lugano, et en 1958 M. Olivier Cornaz, président de tribunaux, à Yverdon, qui ont fort heureusement représenté la Suisse à Pérouse. Nous espérons qu'il se trouvera chaque année un magistrat de notre pays, possédant bien la langue italienne, qui pourra donner suite au geste aimable de nos collègues italiens.

### *Exposition nationale Lausanne 1964*

En vue de la constitution de la Haute Commission de cette exposition, les grandes organisations suisses ont été invitées à déléguer un représentant. C'est le président actuel de la Société que le Comité a désigné en cette qualité, étant précisé que, pour assurer la continuité, il restera délégué après l'expiration de ses fonctions présidentielles.

La Haute Commission a tenu sa première séance le 12 février 1958, sous la présidence de M. le conseiller fédéral Thomas Holenstein.

Il va sans dire que la science du droit aura sa place à l'Exposition nationale, en tant que manifestation impor-

tante de la culture et de l'esprit. Quelle sera cette place ? Cela devra être décidé par une entente entre les diverses institutions des sciences morales. Et comment exprime-t-on concrètement les fonctions abstraites de la pensée juridique et les grandes idées du droit d'aujourd'hui et de demain ? C'est ce que les spécialistes des expositions et des arts graphiques et plastiques auront à étudier et à réaliser.

### *Problèmes législatifs*

C'est un honneur et une noble mission pour la Société suisse des juristes que de contribuer à préparer la législation de demain.

En 1950, à Montreux, la Société suisse des juristes consacrait ses deux assemblées à l'examen des *garanties de la constitutionnalité et de la légalité*. Sur le plan législatif, les études entreprises dès lors visèrent d'abord le perfectionnement de la procédure administrative dans les départements et devant le Conseil fédéral, puis l'extension de la juridiction administrative du Tribunal fédéral. D'où l'existence de deux projets de loi, dus l'un et l'autre au professeur Max Imboden, qui ont franchi récemment un pas décisif puisque avec les observations du Tribunal fédéral et des départements, ils vont être soumis au Conseil fédéral en vue d'un message aux Chambres. Quant à la juridiction constitutionnelle, elle fait l'objet d'un projet de loi du professeur Nef et elle a donné lieu, plus récemment, à un postulat du conseiller national Louis Guisan (ancien membre de notre Comité); ce postulat, porteur de 21 signatures, préconise l'ouverture du recours de droit public, pour violation des droits constitutionnels, non plus seulement contre les actes cantonaux, mais aussi contre les arrêtés et décisions du Conseil fédéral et des autorités qui lui sont subordonnées. Le Conseil national a adopté le postulat le 5 mars 1958.

Après que notre Société eut provoqué les rapports de Coire en 1953 sur la *responsabilité de l'Etat*, nous avons pu saluer récemment l'adoption par les Chambres de la loi du

14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, loi qui marque en cette matière un progrès dont chacun se réjouit. L'entrée en vigueur du nouveau régime a été fixée au 1<sup>er</sup> janvier 1959.

Il y a deux ans, à Crans, notre société avait à son ordre du jour *l'initiative de revision constitutionnelle*. C'est encore le conseiller national Louis Guisan qui, avec 23 cosignataires, a déposé aux Chambres un postulat tendant à un examen préalable par le Tribunal fédéral de la recevabilité à la forme des demandes d'initiatives. Ce postulat a également été adopté par le Conseil national, le 5 mars 1958.

Enfin, la présente assemblée abordera le problème des *ventes à tempérament et à paiements différés*. Le moment était choisi, puisque c'est à la fin de cette année encore que le Conseil fédéral présentera un projet de loi à ce sujet.

Cette brève revue du rôle efficace de notre société et surtout de ses rapporteurs pour une législation meilleure servira de conclusion à notre rapport.

#### *Annexe au rapport du président*

#### *Règlement concernant les prix de concours*

§ 1. Afin de favoriser le développement de la science du droit en Suisse, le Comité de la Société suisse des Juristes ouvre en règle générale chaque année en automne un concours sur une question de droit importante (art. 1 litt. *a* et art. 9, 3<sup>e</sup> al. des statuts).

§ 2. Le sujet du concours est fixé par le Comité de la Société suisse des Juristes.

§ 3. Le Comité de la Société suisse des Juristes fixe pour le concours un délai d'environ un an et demi.

§ 4. Tout juriste suisse est admis au concours.

§ 5. Les travaux de concours doivent être rédigés dans une des quatre langues nationales.

Ils ne doivent pas comprendre plus de 12 feuilles d'impression de 16 pages.

Ils ne doivent pas avoir déjà été publiés, ni être destinés à une thèse de doctorat.

§ 6. Les travaux de concours doivent être remis dactylographiés au président de la Société suisse des Juristes sans indication du nom de l'auteur.

§ 7. Ils porteront comme titre le sujet du concours et une épigraphe. En envoyant au président de la Société suisse des Juristes son travail de concours, l'auteur lui fera parvenir un pli cacheté portant la même épigraphe et contenant son nom, son lieu d'origine et son adresse.

§ 8. Les travaux présentés après l'expiration du délai fixé pour le concours ne sont pas pris en considération.

§ 9. Celui qui participe au concours déclare tacitement, en présentant son travail, en être l'auteur unique et l'avoir rédigé de façon indépendante tant pour la forme que pour le fond.

§ 10. Pour récompenser les participants au concours et subventionner les frais d'impression des travaux, la Société suisse des Juristes dispose:

- a) de la somme inscrite dans le budget annuel de sa caisse générale au titre des prix de concours;
- b) des sommes inscrites à ce titre aux budgets des deux années précédentes, dans la mesure où elles n'ont pas été utilisées;
- c) des revenus du Fonds Janggen de l'année courante et, s'ils n'ont pas été complètement utilisés, de ceux des deux années précédentes.

§ 11. A l'occasion de chaque concours, le Comité décide du montant des prix. Chacun d'eux ne peut être inférieur à 1000 francs ni supérieur à 3000 francs.

Le concours, avec l'indication des prix offerts, est annoncé par circulaire aux membres de la société et en outre par avis dans les périodiques que fixe le Comité.

§ 12. Pour l'examen des travaux de concours, le Comité de la Société suisse des Juristes désigne un jury composé de trois membres de la Société (art. 9, 2<sup>e</sup> al., litt. c des statuts). Les membres du jury ne doivent pas faire partie du Comité de la Société.

Les membres du jury sont investis d'une mission honorifique. Les débours effectifs leur sont remboursés par la Société suisse des Juristes.

§ 13. Le jury présente un rapport écrit sur le résultat de son examen; en même temps il formule ses propositions sur l'attribution éventuelle de prix et sur la contribution aux frais d'impression.

§ 14. Le rapport du jury ainsi que ses propositions sont présentés par un membre du jury à la première assemblée générale

de la Société suisse des Juristes qui suit l'expiration du délai pour la présentation des travaux de concours.

§ 15. L'assemblée générale prend toutes décisions sur l'attribution éventuelle de prix et la participation à des frais d'impression. Elle peut s'écartez des propositions du jury.

§ 16. Après décision de l'assemblée générale, il est pris connaissance des noms des auteurs de travaux qui ont reçu un prix et qui sont alors rendus publics.

Les plis se rapportant à des travaux qui n'ont pas reçu de prix ne sont pas ouverts. Ils sont tenus, de même que les travaux, à la disposition de leurs auteurs pendant une année.

§ 17. Les prix sont payés par le Comité de la Société suisse des Juristes.

Une participation éventuelle aux frais d'impression n'est payée qu'une fois l'impression terminée.

§ 18. Les originaux des travaux qui reçoivent un prix sont conservés dans les archives de la Société suisse des Juristes.

§ 19. Si la nature d'un travail bénéficiant d'un prix paraît dépasser les connaissances et capacités de celui qui a participé au concours, le Comité de la Société suisse des Juristes peut ouvrir une enquête sur le cas.

Si, par une telle enquête ou d'une autre façon, il est établi que celui qui a participé au concours n'est pas l'auteur unique du travail et ne l'a pas rédigé de façon indépendante quant à la forme et au fond ou si, contrairement à ses indications, il n'est pas citoyen suisse, il est tenu de restituer à la Société suisse des Juristes le prix et la contribution éventuelle aux frais d'impression.

La Société est autorisée à publier ces faits avec indication du nom de l'intéressé.

### *Reglement betreffend die Preisausschreiben*

§ 1. Zur Förderung der Rechtswissenschaft in der Schweiz schreibt der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins in der Regel jedes Jahr im Herbst eine Preisaufgabe über eine wichtige Rechtsfrage aus (Art. 1 lit. a und Art. 9 Abs. 3 der Statuten).

§ 2. Das Thema der Preisaufgaben wird durch den Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins bestimmt.

§ 3. Für die Bearbeitung der Preisaufgaben setzt der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins eine Frist von etwa anderthalb Jahren an.

§ 4. Zur Bewerbung ist jeder schweizerische Jurist zugelassen.

§ 5. Die Preisarbeiten müssen in einer der vier Landessprachen verfaßt sein.

Der Höchstumfang der Preisarbeiten beträgt zwölf Druckbogen zu sechzehn Seiten.

Die Preisarbeiten dürfen nicht schon veröffentlicht worden sein; sie dürfen ferner nicht zur Doktordissertation bestimmt sein.

§ 6. Die Preisarbeiten sind in Maschinenschrift dem Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins zuzustellen. Der Name des Verfassers darf nicht genannt werden.

§ 7. Die Preisaufgaben haben als Aufschrift das Thema und ein Motto zu tragen. Gleichzeitig mit der Preisaufgabe ist dem Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins ein mit dem gleichen Motto versehener versiegelter Umschlag einzureichen, der den Namen, den Bürgerort und die Adresse des Verfassers enthält.

§ 8. Preisaufgaben, die dem Präsidenten des Schweizerischen Juristenvereins erst nach Ablauf der für die Einreichung ausgeschriebenen Frist zugehen, werden nicht berücksichtigt.

§ 9. Durch die Einreichung der Preisaufgabe erklärt der Bewerber stillschweigend, daß er nach Inhalt und Form der alleinige und selbständige Verfasser der Arbeit ist.

§ 10. Zur Gewährung von Preisen an die Bewerber und von Beiträgen an die Druckkosten der Preisaufgaben stellt der Schweizerische Juristenverein zur Verfügung:

- a) den im jährlichen Voranschlag der allgemeinen Kasse für Preisaufgaben vorgesehenen Betrag;
- b) die in den zwei vorangegangenen Jahren hiefür veranschlagten Beträge, soweit sie nicht verwendet wurden;
- c) die Erträge des Fonds Janggen des laufenden und, soweit sie nicht verwendet wurden, der zwei vorangegangenen Jahre.

§ 11. Der Vorstand bestimmt für jede Preisaufgabe die Höhe der Preise. Der einzelne Preis darf nicht weniger als Fr. 1000.— und nicht mehr als Fr. 3000.— betragen.

Das Thema der Preisaufgaben und die ausgesetzten Preise werden durch Rundschreiben an die Mitglieder des Vereins sowie durch Veröffentlichung in den vom Vorstand bezeichneten Zeitschriften bekanntgegeben.

§ 12. Zur Prüfung der Preisaufgaben ernennt der Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins ein aus drei Mitgliedern des Schweizerischen Juristenvereins bestehendes Preisgericht (Art. 9 Abs. 2 lit. c der Statuten). Die Mitglieder des Preisgerichts dürfen dem Vorstande des Schweizerischen Juristenvereins nicht angehören.

Die Mitglieder des Preisgerichts erfüllen ihre Aufgabe ehrenamtlich. Ihre Barauslagen werden ihnen vom Schweizerischen Juristenverein vergütet.

§ 13. Das Preisgericht erstattet über das Ergebnis seiner Prüfung einen schriftlichen Bericht; gleichzeitig stellt es seine Anträge über die allfällige Ausrichtung von Preisen und die Gewährung eines Druckkostenbeitrages.

§ 14. Der Bericht des Preisgerichts wird mit dessen Anträgen durch ein Mitglied des Preisgerichts der ersten nach Ablauf der für die Einreichung der Preisaufgaben festgesetzten Frist stattfindenden Generalversammlung des Schweizerischen Juristenvereins unterbreitet.

§ 15. Die Generalversammlung beschließt über die allfällige Ausrichtung von Preisen und über die Gewährung eines Druckkostenbeitrages. Die Generalversammlung kann dabei von den Anträgen des Preisgerichts abweichende Beschlüsse fassen.

§ 16. Nach der Beschußfassung der Generalversammlung werden die Namen der Verfasser der mit Preisen bedachten Arbeiten festgestellt und bekanntgegeben.

Bei den nicht mit Preisen bedachten Arbeiten werden die Umschläge mit dem Namen des Verfassers nicht geöffnet. Diese Umschläge und die Arbeiten werden während eines Jahres den Verfassern zur Verfügung gehalten.

§ 17. Die Preise werden durch den Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins ausgerichtet.

Ein allfällig beschlossener Druckkostenbeitrag wird erst nach Fertigstellung der Drucklegung der Preisarbeit ausbezahlt.

§ 18. Die Originale der mit Preisen bedachten Arbeiten bleiben im Archiv des Schweizerischen Juristenvereins.

§ 19. Sollte die Beschaffenheit der mit einem Preise bedachten Arbeit mit den Kenntnissen und Fähigkeiten des Bewerbers nicht in Einklang stehen, so bleibt eine nähere Untersuchung durch den Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins vorbehalten.

Sollte sich durch eine solche Untersuchung oder auf andere Weise herausstellen, daß der Bewerber nicht der alleinige und selbständige Verfasser der Arbeit nach Inhalt und Form, oder sollte sich zeigen, daß er entgegen seinen Angaben nicht Schweizer Bürger war, so ist er verpflichtet, dem Schweizerischen Juristenverein den Preis und den etwaigen Druckkostenbeitrag unverzüglich zurückzuerstatten.

Der Schweizerische Juristenverein ist berechtigt, den Sachverhalt unter Nennung des Namens des Bewerbers zu veröffentlichen.

## IV.

Le secrétaire de langue allemande donne connaissance du rapport de M. le Professeur Rennefahrt sur l'activité de la *Commission des sources du droit* (1957–1958):

1. Der Band *Rechtsquellen des Kantons Fryburg*, Notariatsformulare, herausgegeben von Prof. A. Bruckner, Reinach (Baselland), konnte bisher noch nicht erscheinen. Der Druck wurde vorübergehend eingestellt, weil der Staatsrat des Kantons Fryburg keinen Beitrag an die erheblichen Kosten des Bandes zusicherte, sondern uns an den Schweiz. Nationalfonds verwies. Nachdem der Nationalfonds auf unser Gesuch gemäß Vorschlag der Forschungskommission des Schweizerischen Juristenvereins einen Beitrag von Fr. 7000.– à fonds perdu zugesprochen hatte, «damit der Ladenpreis auf zirka Fr. 70.– gesenkt werden kann», konnte der Druck vollendet werden. Der Band wird nächstens erscheinen.

2. *Rechtsquellen des Kantons Graubünden*. Die Lex Romana Curiensis mit zugehörigen Quellen, herausgegeben von Frau Dr. Elisabeth Meyer-Marthaler, ist im Text fertig gesetzt. Das Register steht noch aus. Auch dieser Band dürfte während des begonnenen Vereinsjahres erscheinen.

3. *Rechtsquellen des Kantons Bern*. a) *Interlaken*, herausgegeben von Frau Dr. Graf-Fuchs, Wengen, ist im Text gesetzt; mit dem Umbruch ist begonnen. Einleitung und Register sind von der Herausgeberin noch zu erstellen. b) *Stadt Bern V* (Verfassung und Verwaltung, Rote Bücher, Burgerspunkte usw.) herausgegeben von Hermann Rennefahrt. Der Satz ist zu ungefähr der Hälfte erstellt.

4. *Rechtsquellen des Kantons Fryburg*. Herr B. de Vevey, früher Mitglied der Rechtsquellenkommission und Rechnungsrevisor unseres Vereins, hat eine (noch nicht vollständige) Sammlung der Stadtrechtsquellen von Arconciel, Corbières, La Tour-de-Trême, Rue und Vaulruz vorgelegt und angefragt, ob dieselbe in unsere Sammlung aufgenommen würde. Gemäß unserem Beschuß vom 7. Juni 1958 ist ihm mitgeteilt worden, und Herr de Vevey hat sich am 20. Juni damit einverstanden erklärt, daß sein Manuskript Herrn Prof. Dr. Müller-Büchi zur Begutachtung vorgelegt werde, daß jedoch die Herausgabe nur übernommen werde, wenn die Druckkosten gedeckt seien; der Schweiz. Nationalfonds werde nach seiner Praxis nur dann an die Druckkosten beitragen, wenn auch der Kanton Fryburg und die in Betracht fallenden Gemeinden ungefähr 20 % beisteuern.

5. Gemäß Beschuß vom 7. Juni 1958 wird dem Vorstand des Schweizerischen Juristenvereins vorgeschlagen, Herrn Prof. Dr.

Gerardo Broggini in Fryburg als weiteres Mitglied der Rechtsquellenkommission zu wählen, der neben Herrn Oberrichter Dr. Aldo Camponovo Vertreter der Tessiner und an Stelle des bisherigen Kassiers, Herrn Advokat und Notar L. Dupraz auch der Fryburger Juristen sein würde.

## V.

Le secrétaire de langue allemande donne lecture du rapport de M. le professeur Peter Liver au nom de la *Commission pour la recherche scientifique* (1957–1958):

Neue Gesuche um Beiträge des Nationalfonds sind auch in diesem Jahr bei der Forschungskommission nicht eingegangen. Die Kommission hatte Stellung zu nehmen zu dem Vorschlag des Nationalen Forschungsrates über die Erhöhung des Nationalfonds-Kredites des Bundes und die Ausrichtung von Hochschulbeiträgen, was auf Grund schriftlicher Vernehmlassungen der Kommissionsmitglieder geschehen ist.

Der Unterzeichnete vertrat die Kommission an der Konferenz der Präsidenten der Forschungskommissionen im Oktober 1957. Im übrigen erledigte er von sich aus einige Anfragen, die von außen her und vom Sekretariat des Schweiz. Nationalfonds an ihn gerichtet wurden.

## VI.

M. le Juge fédéral Corrodi rapporte au nom du jury des *Concours 1958*.

Selon proposition du jury, l'assemblée décide:

- d'accorder un premier prix de fr. 2500.– et un subside d'impression de fr. 1500.– à l'auteur du travail portant le motto «*Jus ars aequi et boni*»;
- d'accorder un troisième prix de fr. 1000.– à l'auteur du travail portant le motto «*In omnibus quidem, maxime tamen in jure aequitas spectanda est*».

Il n'est pas présenté d'autre proposition.

Le président procède à l'ouverture des enveloppes cachetées et annonce les noms – jusqu'ici inconnus – des lauréats.

Le premier prix est attribué à M. Peter Portmann, docteur en droit, Winterthur.

Le troisième prix est attribué à M. Joseph Stoecklin, docteur en droit, avocat et notaire, Bâle.

M. Peter Portmann, qui est présent, est félicité par le jury et l'assemblée.

## VII.

L'ordre du jour administratif est épuisé.

L'assemblée passe à la discussion sur «*le contrat de droit administratif*».

M. le Professeur *Henri Zwahlen*, Lausanne, rapporteur de langue française, présente l'exposé suivant en guise d'introduction à la discussion :

Après vous avoir imposé la lecture de rapports anormalement longs – plus de 400 pages au total – les deux rapporteurs de ce matin éprouvent le besoin de se faire pardonner cette prolixité, encore que le sujet la rendait presque inévitable. C'est pourquoi ils ont convenu d'être très brefs dans leur introduction verbale. Ils sont d'ailleurs impatients d'entendre d'autres opinions que les leurs sur les difficiles problèmes qu'ils ont dû affronter, et ils tiennent à laisser le plus de temps possible pour la discussion.

Le sujet qui nous était proposé soulevait, d'une part, des questions de principe qui touchent aux fondements mêmes du droit administratif et, d'autre part, une série de questions particulières. Si, dans nos rapports écrits, nous nous devions de traiter les unes et les autres, nous ne saurions aujourd'hui les aborder toutes. Nous nous limiterons donc aux questions fondamentales, quitte à en reprendre d'autres dans nos considérations finales, suivant le tour qu'aura pris la discussion. Nous avons cependant l'espoir que, restreint par le temps, le débat en restera à l'essentiel, ce qui le rendra sans doute plus fructueux.

La première des questions fondamentales était celle de l'existence même du contrat de droit administratif, en tant qu'institution se distinguant à la fois du contrat civil et de la décision administrative unilatérale.

Sur ce premier point, les deux rapporteurs ont adopté la même position, en principe tout au moins. Contrairement à l'opinion qui dominait autrefois chez nous, sous l'influence de la doctrine allemande, ils ont admis l'un et l'autre que l'Etat pouvait parfois traiter par contrat avec les particuliers, tout en restant sur le terrain du droit public. Une large enquête à laquelle nous avons procédé dans nos administrations publiques a d'ailleurs montré que cette institution intermédiaire était fréquemment utilisée en pratique, et qu'elle répondait souvent, sinon toujours, à un besoin justifié. Le juriste ne saurait donc l'ignorer, par simple esprit de système et pour des raisons purement dogmatiques.

Ce premier point étant acquis, il s'agissait de définir le contrat de droit administratif, par rapport au contrat civil, d'une part, et à l'acte administratif unilatéral, d'autre part.

Pour distinguer le contrat de droit administratif du contrat civil, on fait souvent intervenir un critère volontariste, auquel notre co-rapporteur paraît se rallier. Chaque fois que l'administration peut procéder par contrat, elle aurait, selon ce critère, le choix entre le contrat de droit public et le contrat civil, auquel elle pourrait toujours recourir, à son gré, en vertu de la capacité civile de l'Etat.

Pour notre part, nous avons cru devoir repousser ce critère, qui permettrait à l'Etat d'échapper aux impératifs du droit public en usant quand bon lui semble de sa capacité civile pour se réfugier dans la zone libre du droit privé. Cherchant donc un critère indépendant de la volonté de l'administration, nous sommes partis de l'idée que le droit public devait s'appliquer à tout acte juridique de l'administration qui met directement en jeu le bien commun. C'est ainsi que nous avons finalement adopté une définition qui tient à l'objet du contrat. Selon cette définition, «un contrat se qualifie comme un contrat de droit administratif soit lorsqu'il a pour objet de déléguer, de concéder, ou de restreindre une prérogative ou un droit de nature publique, soit lorsque, sans réaliser cette première condition, il met

directement en jeu l'intérêt public, parce qu'ayant pour objet même une tâche d'administration publique ou une chose du domaine public».

Pour distinguer le contrat de la décision administrative unilatérale, la doctrine traditionnelle s'est surtout attachée à la formation de l'acte et au rôle de la volonté de l'administré au moment de la conclusion. Cette façon d'envisager le problème l'a conduite à des distinctions subtiles, mais peu convaincantes et d'une utilité pratique fort douteuse, entre l'acte purement unilatéral, l'acte unilatéral par soumission, l'acte administratif bilatéral, et le contrat. Ces constructions laissaient sans réponse précise la question essentielle, qui est de savoir dans quels cas l'acte administratif produit des effets obligatoires bilatéraux. Considérant non seulement les conditions dans lesquelles l'acte se forme, mais aussi les effets qu'il est destiné à produire, nous en sommes venus à qualifier de contrat tout acte administratif qui, d'une part, ne se forme qu'avec l'accord de l'administré en cause et qui, d'autre part, doit produire des effets obligatoires bilatéraux, en liant les deux parties l'une envers l'autre.

Ainsi défini, le contrat de droit administratif se distingue, d'une part, de l'acte constitutif purement unilatéral, qui se forme en dehors de la volonté de l'administré mais qui peut cependant lui conférer des droits acquis, et, d'autre part, de ce que la doctrine française appelle l'acte-condition, qui a pour effet d'attribuer à l'administré une situation juridique générale et statutaire, sans lui donner cependant aucun droit au maintien du contenu de cette situation.

Notre définition a pour conséquence d'étendre le domaine du contrat par rapport à celui de l'acte administratif unilatéral. En cela, elle nous paraît présenter un double avantage.

Le premier, c'est de donner à l'administré une plus grande sécurité juridique, dans des cas où chacun sent que c'est équitable et nécessaire. Pour réaliser cette sécurité, l'opinion traditionnelle admet bien que la décision adminis-

trative crée parfois des droits acquis, en liant l'administration comme le ferait une convention. Mais on ne précise pas quand il en est ainsi. On s'en remet au juge, et à son sens de l'équité, en lui suggérant d'appliquer des théories vagues et incertaines, comme celles de la bonne foi ou de la balance des intérêts en présence. Cette solution n'en est pas une, car elle laisse l'administré dans la plus complète incertitude quant à la stabilité de la situation créée par la décision administrative.

C'est pour remédier à cette fâcheuse incertitude, ou du moins pour l'atténuer, que nous avons étendu le champ du contrat de droit administratif par empiétement sur le domaine traditionnel de la décision administrative, alors que notre co-rapporteur semble en être resté, sur ce point, à l'opinion traditionnelle.

Notre position avait un second avantage, qui concerne l'interprétation de l'acte. En persistant, pour des raisons dogmatiques, à qualifier de décisions administratives des actes qui se forment d'un commun accord entre parties et qui sont destinés à les lier l'une envers l'autre, comme la concession par exemple, on en vient, au stade de l'exécution, à tenir compte de la seule volonté de l'Etat pour l'interprétation de l'acte, en faisant fi de ce qu'a voulu ou pu vouloir l'administré au moment où il a donné son adhésion. Il y a là quelque chose d'anormal et d'inéquitable que l'on corrige en admettant, comme nous l'avons fait, que de tels actes ont en réalité un caractère contractuel. Aussi bien avons-nous proposé, pour le contrat de droit administratif, des règles d'interprétation qui font une juste place à la volonté réelle ou présumée de l'administré au moment de la conclusion, tout en donnant une certaine primauté aux exigences de l'intérêt public que le contrat met en jeu.

Quant au champ d'application du contrat de droit administratif, une autre question devait encore être élucidée: celle de savoir dans quels cas l'Etat peut procéder par contrat, plutôt que par réglementation générale et décisions d'application de cette réglementation.

Sur ce point, les deux rapporteurs ne sont pas entièrement tombés d'accord, encore que leurs opinions soient malgré tout très proches.

Pour M. Imboden, l'Etat devrait en principe procéder par réglementation générale, et non par contrat, chaque fois qu'il veut intervenir dans la sphère juridique de l'individu ou procurer des avantages à ses administrés. Dans ces deux domaines, le contrat serait un procédé exceptionnel, et il y faudrait toujours une habilitation légale. Ce serait là une conséquence du principe de la légalité, qui découle lui-même du dogme de l'Etat soumis au droit.

Après avoir analysé le principe de la légalité dans son fondement et dans ses conséquences, nous sommes pour notre part arrivés à une conclusion plus nuancée. Si l'administration a en principe besoin d'une base légale pour agir juridiquement, on ne voit en revanche pas pourquoi elle n'aurait pas le choix du procédé juridique, lorsque la loi ne lui prescrit pas un mode déterminé d'intervention. Nous pensons donc que, dans l'exécution de ses tâches d'administration publique, l'Etat peut procéder par contrat, même sans habilitation légale, mais à la triple condition de ne pas commettre d'inégalité de traitement, de respecter les règles impératives de la loi, et enfin de ne pas s'écartez du but de la norme constitutionnelle ou légale qui lui donne le pouvoir d'agir. Ces réserves de principe ont en fait pour conséquence de restreindre le champ d'application du contrat de droit public, surtout dans le domaine de la police administrative, où les pouvoirs de l'administration ont toujours un but déterminé d'ordre public et se trouvent définis dans la loi par de multiples règles impératives. Même dans ce domaine, cependant, la loi laisse parfois une suffisante liberté d'action et d'appréciation à l'autorité exécutive pour que le contrat reste utilisable.

Mais là où les opinions des deux rapporteurs divergent le plus, c'est au sujet du régime juridique du contrat de droit administratif.

Pour M. Imboden, si nous l'avons bien compris, ce con-

trat ne diffère pas de façon essentielle du contrat civil. Pour nous, c'est au contraire une institution *sui generis*, qui se situe à mi-chemin entre la décision administrative et le contrat civil.

Il s'apparente au contrat civil quant à sa formation, et surtout en ceci qu'il crée des droits acquis auxquels l'administration ne pourra proter atteinte, fût-ce pour des raisons valables d'intérêt public, que contre pleine indemnité.

Mais notre contrat se distingue du contrat civil et se rapproche de la décision administrative en ce que, d'une part, il ne dépouille pas l'administration de tout pouvoir d'action directe au stade de l'exécution et que, d'autre part, il se prête dans certains cas à une modification, voire à une résiliation unilatérales de la part de l'Etat, moyennant indemnité.

Nous inspirant largement des solutions éprouvées et très équilibrées du droit français, nous reconnaissons en effet à l'administration, au stade de l'exécution, les pouvoirs suivants:

a) un pouvoir général de contrôle et de surveillance quant à l'exécution des obligations de l'administré;

b) un pouvoir d'intervention directe permettant à l'administration de faire acte d'autorité et de prendre des décisions administratives exécutoires, pour contraindre son co-contractant à exécuter ses obligations de la façon la plus conforme à l'intérêt public, cela sous réserve de dommages-intérêts dans le cas où il se révélerait après coup que les exigences de l'administrations excédaient les stipulations du contrat;

c) le pouvoir d'appliquer unilatéralement des sanctions directes immédiatement exécutoires, en cas de défaillance de l'administré dans l'exécution de celles de ses obligations qui touchent directement à l'intérêt public;

d) enfin, le pouvoir de modifier, voire de résilier unilatéralement le contrat, pour cause d'intérêt public, mais contre pleine indemnité.

Par ces solutions, nous avons cherché à concilier les exigences de l'intérêt public avec celles de la sécurité du droit. Or, cette nécessaire conciliation, la doctrine traditionnelle la réalise fort mal, en obligeant l'administration à choisir entre deux procédés seulement, le contrat civil et la décision administrative, dont l'un sacrifie l'intérêt public, et l'autre la sécurité juridique. En en restant à ces deux procédés, on enferme l'administration dans une alternative artificielle et peu satisfaisante, parce que source d'injustices, d'anomalies et d'incertitudes. On méconnaît en outre la réalité, que l'on voudrait à tout prix ramener à un système abstraitemment conçu, comme si le Droit était une pure spéculation détachée de la vie réelle.

Telles sont, pour l'essentiel, les conclusions de notre étude et de longues réflexions. Elles paraîtront peut-être très audacieuses, bien que tempérées par de multiples nuances qu'il n'était pas possible de marquer dans ce bref exposé verbal. Aussi bien n'avons-nous pas la prétention de les faire accepter telles quelles par tout le monde, d'autant moins que nous avons nous-même bien souvent hésité avant de les adopter. Mais nous avons au moins l'espoir qu'elles feront réfléchir, et qu'elles contribueront à éclaircir un problème fondamental sur lequel on fermait depuis trop long-temps les yeux en se contentant d'opinions toutes faites.

Prof. Dr. *M. Imboden*, Berichterstatter, Basel:

Es ist vornehme Überlieferung des Schweizerischen Juristen-Vereins, seine Beratungsgegenstände sowohl rechtsdogmatisch wie rechtspolitisch, im Streben sowohl nach Vertiefung der allgemeinen Rechtserkenntnis wie nach besserer rechtlicher Durchdringung der Praxis zu behandeln. Daß eine derartige vielfältige Schau angesichts des heute zur Diskussion gestellten Themas besondere Schwierigkeiten bietet, haben die Referenten als erste erfahren müssen.

Als ich aus der Distanz eines halben Jahres mein gedrucktes Referat wieder zur Hand nahm, ertappte ich mich

selbst bei der Neigung, es von hinten nach vorne durchzusehen, mir zunächst das Konkrete und Faßbare ins Gedächtnis zu rufen und sodann sachte zum Abstrakten und Allgemeingültigen vorzudringen. Um so mehr habe ich Verständnis dafür, wenn Sie, nachdem Ihnen an Lektüre so ungebührlich viel zugemutet worden ist, das Bedürfnis empfinden sollten, sich in der kommenden Aussprache vor allem an den besonderen Teil der beiden Arbeiten zu halten.

Und doch möchte ich bezweifeln, ob es bei Verfolgung dieses Weges zu einem fruchtbaren Gespräch kommen kann. Die im schriftlichen Referat enthaltenen Hinweise auf die konkreten Vertragstypen haben vor allem beispielhafte Bedeutung. Die dogmatische Erklärung der einzelnen Vertragsarten, die dabei gelegentlich erhobene Kritik an der Praxis und die eingestreuten rechtspolitischen Bemerkungen sind nicht mehr als *Lösungsversuche*. Ich weiß um die Ergänzungsbedürftigkeit und die Vorläufigkeit aller dieser Partien. Die schicksalhaften Probleme liegen nicht, oder jedenfalls nicht primär, in diesen konkreten Einzelaspekten. Gestatten Sie mir daher, den Blick zu wenden und in meinem kurzen Einführungsvortrag nochmals die grundsätzliche Problemstellung aufzuzeigen. Ich darf dies vielleicht um so eher wagen, als dieser Linie auch zwei neueste deutsche Monographien<sup>1</sup> zum verwaltungsrechtlichen Vertrage folgen, die in diesem Frühjahr fast gleichzeitig mit meinem Referat erschienen sind. Diese Koinzidenz der Publikationen mag Ihnen im übrigen dartun, wie sehr heute in dem uns beschäftigenden Gegenstand eine Grundfrage des Verwaltungsgrechts erkannt wird.

In den *Pensées* von Montesquieu, deren Wiederentdeckung unserem Jahrhundert vorbehalten blieb, findet sich ein wahrhaft überraschendes Wort: «Dites à des sujets qu'ils doivent obéir à leur prince, par ce que... les lois

---

<sup>1</sup> K. Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, *Verwaltungsarchiv* Bd. 49 (1958) S. 106 ff.; J. Salzwedel, *Die Grenzen der Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages*, Berlin 1958.

l'ordonnent, vous trouvez des gens froids. Dites leur qu'ils doivent lui être fidèles, par ce qu'ils le lui ont promis, et vous les verrez s'animer». In modernen Begriffen ausgedrückt, urteilt hier Montesquieu als Rechtssoziologe über die Motivierungskraft der juristischen Grundvorstellungen. Es tönen Gedanken an, die in unserem Jahrhundert von Max Weber zu einem systematischen Ganzen gefügt wurden. Das Gesetz, die *eine* Möglichkeit der Begründung von Rechtspflichten, wird dem persönlichen Versprechen – dem Vertrag – gegenübergestellt. Der Vergleich aber fällt zugunsten des Vertrages aus. Das Gesetz wird als Mittel der Legitimation der Herrschaft an die zweite Stelle verwiesen. Immer wieder wurde in der Rechtsgeschichte angesichts des schwindenden Glaubens in eine durch Gesetz begründete Gehorsamspflicht das Vertragskonzept zu Hilfe genommen. Das ist insbesondere auch einer der Aspekte des in der Aufklärung neu belebten uralten Gedankens des *contrat social*, auf den das Wort von Montesquieu unausgesprochen Bezug nimmt.

Ein Gleiches vollzieht sich heute. Der weithin erschütterte Glaube in das Gesetz wird abgelöst durch eine oft geradezu fanatische Kontraktsgläubigkeit. An die Stelle des Verbindlichkeitsanspruches der unpersönlichen verallgemeinerten Norm wird der Verbindlichkeitsanspruch der sichtbar personenbezogenen Vereinbarung gesetzt. Vom Inhaltlichen her kann diese Wendung kaum verstanden werden. Es läßt sich mit Fug bezweifeln, ob der verwaltungsrechtliche Vertrag materiell ausgewogenere Lösungen gewährleistet als das Gesetz. Jedenfalls aber möchte ich auf Grund meiner Ermittlungen ausschließen, daß der Vertrag die Rechte des Privaten besser wahre als eine normative Regelung. Verwaltungsrechtliche Verträge sind heute in vielen Fällen serienmäßig abgeschlossene Formularverträge. Entgegen dem, was sich in Lehrbüchern nachlesen läßt, verhält es sich keineswegs so, daß der Vertrag gewissermaßen ein Kleid nach Maß, das Gesetz aber ein solches nach Konfektionsschnitt ist. Unter den typisierten öffentlich-

rechtlichen Formularverträgen habe ich solche zu Gesicht bekommen, die eine Regelung enthalten, von der ich bezweifeln möchte, ob sie je das Parlament oder gar das Referendum hätten passieren können.

Nachdem die von Otto Mayer bestimmte klassische deutsche Doktrin dem verfüigungsmäßigen Handeln den unbedingten Primat gab, weist die robuste Fortschrittlichkeit, mit der man heute mancherorts nach dem öffentlich-rechtlichen Vertrag ruft, auf eine sehr auffallende Richtungsänderung hin. In einer der beiden neuerschienenen deutschen Arbeiten wird der Vertrag als «Urform friedlichen menschlichen Zusammenlebens», als eine *a priori* feststehende Kategorie des Rechtes dargestellt. Wie immer man sich zu dieser These stellt, über die praktische Verwendungsmöglichkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrages kann damit jedenfalls nichts ausgesagt sein. Es ist im Gegenteil die Gefahr aller derartigen kategorischen Aussagen, der rechtssoziologischen wie der logisch-begrifflichen, daß man mit der Erkenntnis der Allgemeingültigkeit einer Institution auch deren Anwendungsbereich gesichert glaubt. Ja, es kann daraus die fatalste aller Mißdeutungen folgen, die gesetzliche und die vertragliche Regelung als beliebig austauschbare Instrumente zu betrachten.

Im Verhältnis dieser beiden Ordnungsprinzipien, des gesetzlichen und des vertraglichen, des normativen und des rechtsgeschäftlichen, liegt für mich das eigentliche Grundproblem. Dieses Verhältnis weist zwei Aspekte auf. Einmal geht es darum, jeder Gestaltungsmöglichkeit ihren Platz zuzuweisen. Sodann müssen die Grundtypen ihrem Gehalte nach gegeneinander abgegrenzt werden; zu klären ist, wie weit die gesetzliche und die vertragliche Ordnung *Gegensätze* bleiben müssen, ob sie sich allenfalls nicht auf einer mittleren Linie verbinden lassen.

Die Bestimmung der Anwendungsbereiche von Vertrag und Gesetz kann im konstitutionellen Staat nicht in die Hand des Gesetzgebers und noch weniger ins Belieben der rechtsanwendenden Behörden gestellt sein. Die Grenze muß

in ihrem wesentlichen Verlauf schon durch die Verfassung gezogen sein. Entsprechend der Grundintention des unlösbar mit der Rechtsstaats-Vorstellung verbundenen Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung beansprucht die gesetzlich-normative Ordnung *ausschließliche* Geltung. Richtig ist freilich, daß auf Grund besonderer, ausdrücklicher oder stillschweigender, Verfassungsvorbehalte die rechtssatzmäßige Regelung in einzelnen Bereichen Beschränkungen erleidet. Die beanspruchte Ausschließlichkeit gesetzlich-normativer Regelung wird damit in Wirklichkeit zum bloßen *Primat*. Wo aber der Pramat gilt, ist das Gesetz nicht nur *Schranke* einer im übrigen schrankenlosen Verwaltung; es ist vielmehr *alleiniger Ordnungsfaktor*. Die in Lehre und Praxis immer wieder durchbrechende Vorstellung von der Zulässigkeit öffentlich-rechtlichen Kontrahierens praeter legem ist daher, soweit das Legalitätsprinzip gilt, nicht nur dem Ergebnis nach nicht annehmbar; sie geht überdies von einer unrichtigen Auffassung über die Funktion des Gesetzes aus.

Der Bereich der das Legalitätsprinzip beschränkenden Verfassungsvorbehalte und damit das Anwendungsgebiet des verwaltungsrechtlichen Vertrages bleibt, wie ich in meinem schriftlichen Referat darzustellen versuchte, weit exakter bestimmbar, als vielfach angenommen wird. Verfolgt man diese Grenzlinie, dann mag es einem wie Monsieur Jourdain ergehen, der sich mit einem wie Erstaunen dessen gewahr wird, daß er seit vier Jahrzehnten Prosa spricht. Es hat sich, durch eine unzutreffende begriffliche Einkleidung verdeckt, selbst in den klassischen Bereichen des Verwaltungsrechts wesentlich mehr Kontraktsrecht erhalten, als das allgemeine Bewußtsein zuließ. Das gilt, nunmehr vom Bundesgericht zugestanden, für die Konzession; es gilt aber weiter auch für zahlreiche Formen der Subvention und, wie ich annehmen möchte, für das Beamtenverhältnis. Die verwaltungsrechtliche Problematik des wohlerworbenen Rechtes scheint mir befriedigend nur lösbar, wenn das wohlerworbene Recht strikte an das Bestehen eines Rechtsgeschäftes gebunden wird.

Auf der Gegenseite wird man aber auch erkennen müssen, daß Bereiche, in denen die Praxis heute zur Verwendung der Kontraktsform neigt, rechtsgeschäftlicher Disposition grundsätzlich nicht zugänglich sein können. Das gilt vorab für die sogenannte Eingriffsverwaltung. In andern Fällen wiederum ist das, was sich scheinbar als Vereinbarung präsentiert, in Wirklichkeit eine Verfügung; ich denke etwa an den baurechtlichen Revers und an die sogenannte Verständigung im Verwaltungsverfahren.

So scheint mir denn, aufs Ganze gesehen, die heutige Lage durch eine doppelte Unausgewogenheit gekennzeichnet: Man leugnet vielfach die vertraglichen Elemente, wo sie eigentlich augenfällig sind und wo nur die Annahme eines Kontraktes die praktische Rechtshandhabung befriedigend zu deuten vermag. Man greift umgekehrt aber zum Vertragskonzept, wo die Verfassung auf das Gesetz verpflichtet.

Mag in der Frage nach dem Anwendungsbereich des verwaltungsrechtlichen Vertrages zwischen den beiden Referenten kaum eine sehr wesentliche Meinungsverschiedenheit bestehen, so liegen die Dinge vielleicht etwas anders, was die inhaltliche Gegenüberstellung gesetzlicher und vertraglicher Gestaltung anbelangt.

Zwar besteht Einigkeit darin, daß das Objekt eines öffentlich-rechtlichen Kontraktes nur ein *Rechtsverhältnis* sein kann. In einer der erwähnten neuerschienenen deutschen Arbeiten wird demgegenüber in aller Ausführlichkeit und im übrigen bei weitem nicht erstmals dargetan, ein Vertrag könne nicht nur eine gegenseitige Beziehung zwischen selbständigen Rechtsträgern, sondern auch eine Norm, d. h. einen Rechtssatz zum Gegenstand haben.

Das scheint mir aber der offene Ausverkauf aller Rechtsbegriffe zu sein. Auf die Spitze getrieben hieße das, daß sich etwa ein Bundesgesetz als Vertrag zwischen Nationalrat und Ständerat deuten ließe. Auch das ist mehr als nur ein Phantasieprodukt. Im Streit um die Auslegung von Wirtschaftsgesetzen ist die juristische These vertreten worden,

der Wortlaut sei so zu interpretieren, wie ihn die wirtschaftlichen Interessengruppen, die das Gesetz gefördert haben, in guten Treuen verstanden hätten. Das ist ein unzulässiges Eindringen rechtsgeschäftlicher Vorstellungen in den ureigensten Bereich normativer Gestaltung. Angesichts eines derartigen Verwischens aller klaren Grenzlinien sollte den Juristen vor allem daran gelegen sein, Vertrag und Verfügung, Rechtsgeschäft und Norm als Grundtypen rechtlicher Gestaltung klar und offen zu trennen.

Man mag gegenüber der in meinem Referat befürworteten scharfen Antithese von Vertrag einerseits und Gesetz und Verfügung andererseits den Einwand erheben, die Wirklichkeit sei hier längst andere Wege gegangen. Nicht nur seien rechtsgeschäftliche Elemente in die hoheitliche Verwaltung eingedrungen, auch beim privatrechtlichen Vertrag habe sich neben die Parteiwillkür immer entscheidender ein Ordnungsmoment gestellt. Darauf möchte ich antworten, daß im Bereich hoheitlicher Gestaltung der Ordnungsfaktor im *Gesetz* liegt. Ein Bedürfnis nach der Rechtsform des öffentlich-rechtlichen Vertrages scheint mir daher nur dann zu bestehen, wenn sich dieser in seiner Struktur von Gesetz und Verfügung erkennbar abhebt. Andernfalls bliebe schwer einzusehen, warum das Gesetz als die Grunderscheinung des öffentlichen Rechts nicht genügt.

Gewiß verkenne ich die eindrückliche Symmetrie nicht, zu der man gelangt, wenn zwischen den klassischen privatrechtlichen Vertrag einerseits und Gesetz und Verfügung andererseits als verbindendes Glied, als Institution mit einem Doppelgesicht, der verwaltungsrechtliche Vertrag gestellt wird. Streben nach Symmetrie ist eine der hohen Künste französischer Jurisprudenz. Will man aber den contrat administratif im schweizerischen Recht durch Gerichtsgebrauch oder Gesetz rezipieren, dann wird man sich bewußt bleiben müssen, daß der Anwendungsbereich des öffentlich-rechtlichen Kontraktes niemals so weit gezogen werden kann wie in Frankreich. Das ließe gegenüber den Kantonen meiner Meinung nach schon der Vorrang des

Bundesprivatrechtes nicht zu. Wie läßt sich dann aber dieses auf sehr viel weitere Maße zugeschnittene Kleid dem schweizerischen Verwaltungsrecht überhaupt kleidsam überlegen? Es scheint mir immerhin bemerkenswert, daß selbst das hochentwickelte italienische diritto amministrativo ohne eine entsprechende Institution auskommt.

Vertrag muß Vertrag bleiben. So halte ich denn die Grenzziehung zwischen Vertrag und Verfügung für sehr viel wesentlicher als die innerhalb der Verträge zu vollziehende Trennung zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kontrakten. Vom ersten, von der Antithese Rechtsgeschäft-Verfügung, hängt die Gesamtstruktur einer rechtlichen Ordnung ab; vom zweiten, von der Qualifikation eines Rechtsgeschäftes als privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich, hängt entscheidend eigentlich nur die Zuständigkeit im Streit- und Vollstreckungsverfahren ab. Im anwendbaren Recht besteht vielfach überhaupt kein wesentlicher Unterschied mehr, nachdem die heutige Anschauung mit Fug zu einer ausgedehnteren Herübernahme allgemeiner privatrechtlicher Prinzipien ins Verwaltungsrecht neigt.

Als eine durch Parteiwillen begründete Institution muß der Vertrag aber auch in seiner späteren Abwicklung auf den Parteiwillen bezogen bleiben. Einen anderen Auslegungsmaßstab als den der «règles de la bonne foi» kann ich nicht anerkennen. Für widerspruchsvoll halte ich es aber auch, wenn eine Vereinbarung, die nun einmal nur deshalb verbindlich wird, weil sie beidseitig *gewollt* war – nicht deshalb, weil sie dem öffentlichen Interesse Ausdruck verschafft –, wenn also eine derart begründete Vereinbarung im Falle einer nachträglichen Änderung der Verhältnisse plötzlich nach dem öffentlichen Interesse beurteilt werden soll. Die französische Lehre der «mutabilité» hat daher als juristische Leistung meine volle Bewunderung; zum Gebrauch aber kann ich sie nicht empfehlen. Das zur Korrektur rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen bestehende probate Hausmittel der «clausula rebus sic stantibus» genügt.

Erforderlich ist nur eine vernünftige Würdigung des Parteiwillens. Am Beginn des Weges zur Anerkennung des öffentlich-rechtlichen Kontraktes steht das Bedürfnis, den Beteiligten vermehrte Sicherheit zu gewähren. Warum aber soll dieses Sicherheitsbedürfnis gerade dann, wenn es in der späteren Vertragsabwicklung bedeutsam wird, wiederum abgewertet werden? Durch die Theorie der «mutabilité» wird nämlich der Anspruch auf Kontraktserfüllung in vielen Fällen auf einen bloßen Entschädigungsanspruch reduziert.

Es fällt mir schwer, zu glauben, daß der öffentlich-rechtliche Vertrag eine Revolutionierung unserer verwaltungsrechtlichen Ordnung bringen werde. Ja, ich möchte weiter gehen und sagen: wenn er es noch zu tun vermöchte, so dürfte er es nicht. Viel eher tut etwas anderes not: das schon Vorhandene besser zu erkennen, es von unzutreffenden begrifflichen Einkleidungen zu befreien, verlorenes gutes Recht wieder ins allgemeine Bewußtsein aufzunehmen und vor allem gegenüber den Versuchen zur undifferenzierten Vermischung gegensätzlicher rechtlicher Institutionen Mißtrauen zu zeigen – eingedenk der alten Wahrheit, daß rechtliches Betrachten vor allem Unterscheiden heißt.

*M. André Grisel, Juge fédéral, Lausanne*

MM. les professeurs Imboden et Zwahlen, qui ont traité magistralement un sujet ardu et peu exploré, sont animés l'un et l'autre d'un esprit libéral. Mais les chemins de la liberté sont divers. Si les opinions des deux rapporteurs se rejoignent souvent, elles s'écartent parfois et, en particulier, sur trois questions d'importance pratique.

La première est celle de l'admissibilité du contrat de droit administratif. M. Zwahlen tient pour valables les contrats dont la loi n'exclut la conclusion ni expressément ni implicitement. En revanche, M. Imboden subordonne à une base légale la validité de ceux qui limitent la sphère d'action des administrés ou leur procurent des avantages. Pourquoi restreindre ainsi le champ d'application du contrat de droit

administratif ? Le souci de protéger la liberté ne semble pas l'exiger. Si l'Etat a décidé d'intervenir dans un domaine déterminé, l'impossibilité de contracter ne le retiendra pas toujours d'agir. Il édictera une loi, voire une ordonnance, ou procédera par acte administratif. Or, la loi, l'ordonnance et l'acte administratif réduisent la liberté des administrés plus qu'un contrat auquel ils sont parties. Quant au principe d'égalité, il ne fait obstacle qu'à certains contrats, soit à ceux qui le violent. Il est vrai que M. Imboden admet avec raison, même à défaut de base légale, les contrats qui réglementent l'organisation des collectivités publiques. Toujours est-il que, si ces collectivités peuvent contracter librement dans le cadre de leur autonomie, elles ne sauraient aliéner par contrat leur autonomie elle-même. Autonomie n'est pas synonyme d'indépendance. Serait sans valeur le contrat par lequel une commune se déchargerait de toute son administration sur une autre commune ou sur une entreprise privée.

Les rapporteurs se divisent aussi au sujet de la mutabilité des contrats de droit administratif. M. Imboden se fonde sur le principe «*pacta servanda sunt*», qu'il oppose au législateur lui-même. Il en tempère toutefois la rigueur par la règle de la «*clausula rebus sic stantibus*». Peut-être reconnaît-il encore à l'Etat la faculté de réduire, voire de supprimer les droits de son cocontractant aux conditions dont dépend la validité des immixtions dans la propriété privée: l'existence d'une base légale, la sauvegarde d'un intérêt public et le paiement éventuel d'une indemnité. De son côté, non sans invoquer également le principe de la fidélité au contrat, M. Zwahlen s'en éloigne davantage. Il reprend les théories françaises selon lesquelles, contre indemnité mais même en l'absence d'une base légale, l'administration peut modifier et résilier unilatéralement un contrat pour satisfaire à l'intérêt public. L'introduction de cette conception en Suisse appelle quelques réserves. Si l'Etat ne peut empiéter sur la propriété privée qu'en vertu de la loi, n'est-il pas soumis à la même exigence lorsqu'il

porte atteinte aux droits qu'il a accordés par contrat ? En tout cas, la théorie française de l'imprévision ferait dans une certaine mesure double emploi avec la règle de la «clausula rebus sic stantibus». Elle ne serait guère applicable aux concessions qui contiennent une clause de rachat, ni aux marchés de travaux publics, qui relèvent en Suisse du droit privé. Son utilisation serait donc peu fréquente. Au surplus, l'extension des pouvoirs de l'administration entraîne plus de risques en Suisse qu'en France, la juridiction administrative étant moins développée dans notre pays que chez nos voisins.

La nature de l'engagement du fonctionnaire est encore un sujet de divergences. S'inspirant d'ouvrages récents, M. Imboden remet en honneur la solution contractuelle, qui pouvait paraître abandonnée. Pour sa part, M. Zwahlen développe la thèse statutaire, qui prédomine depuis quelques décennies. Le débat n'est pas académique. Selon la théorie contractuelle, les prétentions des fonctionnaires sont des droits acquis, que le législateur doit respecter sous réserve de la «clausula rebus sic stantibus». Même si l'on adoptait les conceptions françaises de la mutabilité, l'Etat ne pourrait porter atteinte à ces droits que contre indemnité. Par conséquent, les fonctionnaires seraient pour ainsi dire à l'abri d'une réduction de traitement pendant leur engagement, soit durant toute leur carrière dans les cantons où la nomination n'est pas limitée à une période déterminée. En revanche, d'après la théorie statutaire, la loi peut modifier en tout temps la situation des fonctionnaires, fût-ce à leur détriment. Pour opter entre ces deux manières de voir, remarque justement M. Zwahlen, il faut rechercher l'intention des intéressés et, en particulier, de l'Etat. Or, étant donné le nombre croissant des fonctionnaires et, partant, la somme grandissante de leurs traitements par rapport à l'ensemble des dépenses publiques, il est douteux que l'Etat renonce d'avance à amputer les droits de ses agents, c'est-à-dire qu'il entende se lier à eux par contrat. La solution statutaire fut appliquée sous la République de Weimar,

malgré la disposition constitutionnelle qui garantissait l'inviolabilité des droits des fonctionnaires. Elle a été accueillie par le législateur français. La jurisprudence suisse s'y est aussi ralliée, en refusant en principe le caractère de droits acquis aux prétentions des fonctionnaires. Cette solution se serait-elle imposée si elle n'était pas la mieux adaptée à la réalité ?

Prof. Dr. *Hans Huber*, Bern:

Es ist dem Referenten deutscher Sprache in hervorragender Weise gelungen, dem verwaltungsrechtlichen Vertrag seinen legitimen Platz anzuweisen.

Beide Berichterstatter mußten in Erfüllung ihrer weitverzweigten, schwierigen und der Grundlagenforschung dienenden Aufgabe gleichsam einen Zweifrontenkrieg führen. Die *eine* Front ist gegen den noch nachwirkenden *Gesetzesabsolutismus* im öffentlichen Recht gerichtet, dessen letzter großer Verteidiger in unserem Land mein verehrter Lehrer Walther Burckhardt war. Heute hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß auch im öffentlichen Recht Räume für die einvernehmliche Regelung von Lebensverhältnissen vorhanden sind. Prof. Imboden sagt – übrigens in Übereinstimmung mit der neueren deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft – mit Recht, daß die Doktrin am verwaltungsrechtlichen Vertrag als einem tatsächlichen Phänomen einfach nicht mehr vorbeisehen *kann*.

Großes Gewicht möchte ich auf den Kampf an der *andern* Front legen, die durch den Satz auf S. 66 a des deutschen Berichts abgesteckt wird: Das rechtsstaatliche Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung verbietet das rechtsgeschäftliche Handeln *beliebig* der hoheitlich-rechtssatzmäßigen Normsetzung zu substituieren. Und doch geschieht das, und wie! Bei uns und anderswo zeigt die Verwaltung eine deutliche, ja übermächtige Tendenz, in den Vertrag zu fliehen, um rechtsstaatliche Bindungen abzuschütteln. Einmal in den privatrechtlichen Vertrag, weit über den Bereich

der privatrechtlichen Hilfsgeschäfte und der gewerblichen Wettbewerbswirtschaft hinaus, in einer gewissen Analogie zur Flucht der Staatsgewalt in privatrechtliche Gesellschaftsformen. Aber auch in den öffentlich-rechtlichen Vertrag, und zwar auch dort, wo dieser keine Berechtigung hat! Ich erinnere etwa daran, daß sich in dem bekannten Bundesstrafprozeß über die Weißweinübernahme gezeigt hat, wie unentwirrbar das Verfügen und das Paktieren einer Sektion der Landwirtschaftsabteilung des EVD geworden waren. Es ist eine der großen Gegenwartsaufgaben der Verfassungs- und der Verwaltungsgerichtsbarkeit, deren man in Frankreich, Deutschland und Italien freilich bewußter ist als bei uns, die Staatsgewalt wieder in den Rechtsstaat und namentlich in die Grundrechte der Bürger einzufangen, dort wo sie mit Hilfe des Vertragsinstruments entschlüpfen will. Dieses Entweichen ist auch ein Phänomen, ist auch ein Stück Wirklichkeit, aber eines vor dem die Doktrin in ihrem Zweifrontenkampf gerade nicht kapitulieren darf. Ich stehe nicht an, *dieses* Ausweichen in den Vertrag als eine ernste Gefahr für den staatlichen Zusammenhalt und die staatliche Autorität und innere Souveränität gegenüber den außerstaatlichen Kollektivmächten, ja als eine Auflösungs- und Zersetzungerscheinung zu bezeichnen.

Es hängt auch damit zusammen, daß wir uns in der Schweiz angewöhnt haben, den Vertrag allgemein mit Freiheit, Demokratie und Verständigung, das Gesetz dagegen ebenso allgemein mit Zwang gleichzusetzen und so das Gesetz zu verfemmen. Gewiß galt das Reden und Miteinandersprechen von altersher als die eigentliche Alternative des Befehlens und Zwingens (Hannah Arendt). Aber Gesetz und Vertrag im Recht verkörpern keineswegs diese Alternative, sondern sind Strukturelemente, die beide sowohl dem Zwang als der Freiheit und Verständigung verhaftet sein können. Ein Gesetz, zumal ein demokratisch zustande gekommenes, kann durchaus ein edles Erzeugnis der Verständigung aus einem Gemeinschaftsbewußtsein heraus,

ein Vertrag kann in Wahrheit ein abscheuliches Diktat der Macht sein, auch wenn er rechtlich nicht mit einem Willensmangel behaftet ist.

Die Referenten haben auch den *Pflichtlagervertrag* behandelt. Das alte Kriegsvorsorgegesetz von 1938 sah vor, daß der nicht vertragswillige Unternehmer durch einseitige Verfügung zur Lagerhaltung verpflichtet werden konnte. Das geltende Kriegsvorsorgegesetz von 1955 hat auf diese Androhung verzichtet, und die Verwaltung rühmte sich dessen sehr. Prof. Imboden bemerkte indes mit Recht, daß es mit diesem Ruhm so eine Sache ist: Der Staat entzieht dem nicht vertragswilligen Unternehmer so viele vitale Vorteile, bei der Finanzierung und anderswie, daß der Unternehmer faktisch doch mehr oder weniger gezwungen ist, den Vertrag einzugehen. Ich will nicht sagen, daß der Vertrag durch Boykottandrohung zustande komme, aber es geht ein wenig in diese Richtung, und es ist immer etwas stoßend, wenn die Staatsgewalt den Weg der faktischen Erzwingung und der Diskriminierung der Bürger beschreitet. Selbst wenn der Bund aber diesen indirekten Zwang gänzlich unterließe, so stünde doch, und hierauf kommt es mir in diesem Punkt entscheidend an, dem privaten Unternehmer der mächtige Staat gegenüber, und davon wird notgedrungenermaßen auch das Miteinanderreden, die Vertragsfreiheit, beeinflußt. Mit anderen Worten: Im Durchschnitt der Fälle ist der öffentlich-rechtliche Vertrag, wo nicht ein tatsächliches oder rechtliches Koordinationsverhältnis zwischen den Vertragspartnern vorliegt (wie z.B. zwischen Gemeinden), kein Vertrag, der dem Idealtypus des Vertrages sehr nahe kommt.

Lassen Sie mich noch kurz eine praktisch wichtige Frage berühren, die das *Konzessionsverhältnis* und das *öffentliche Dienstverhältnis des Beamten* betrifft. Prof. Imboden kennt sich zur dualistischen Auffassung der Konzession, wonach der Konzessionsinhalt komplex ist, d.h. rechtsgeschäftliche Elemente, Einschläge eines öffentlich-rechtlichen Vertrages einerseits und Elemente einseitiger Verfü-

gung anderseits umfaßt. Dies scheint heute auch die Auffassung des Bundesgerichts zu sein. Dem Beamtenverhältnis dagegen sollte nach Ansicht Prof. Imbodens offen und aufrichtig der vertragliche Charakter zuerkannt werden; die hoheitliche Pflicht- und Zuständigkeitsübertragung sei der internen vertraglichen Struktur lediglich überlagert. Beide Konstruktionen stehen im Hinblick auf die schweizerischen Verhältnisse in sehr engem Zusammenhang mit dem Schutz der wohlerworbenen Rechte, wie er aus der Eigentumsgarantie fließt.

Huldigt man der dualistischen Konzeption des Konzessionsverhältnisses, was auch ich tue, so wird man der Auffassung zuneigen, nur jene vermögenswerten Rechte seien als wohlerworben durch die Verfassung geschützt, die zum vertraglichen Teil der Verleihung gehören; im Erdreich des einseitig verfügten Teils der Konzession, z.B. im wesentlichen im wasserbaupolizeilichen Teil, könnten dagegen keine wohlerworbenen Rechte wachsen, da müsse der Beliehene vielmehr während der Konzessionsdauer jederzeit mit Rechtsänderungen rechnen. Allein hier hege ich gewisse Zweifel. Das Bundesgericht zog nämlich den Schutz der wohlerworbenen Rechte des Beliehenen im Falle der Wasserrechtskonzession weitgehend als *Vertrauens- und Investitionsschutz* auf. Selbst wenn ein in der Konzession enthaltenes Steuerabkommen contra legem geschlossen worden ist, soll der Beliehene für die ganze Konzessionsdauer vor größeren Belastungen sicher sein, nachdem die konzessionsmäßige Fixierung der Lasten die Wahl des Standorts des Kraftwerks beeinflußt hatte und er in der Folge ungeheure Mengen von Kapital und Arbeit im Werke eingesetzt hat. Glaubt Prof. Imboden nicht auch, der Gedanke des Vertrauens- und des Investitionsschutzes sowie das entsprechende Bedürfnis des Beliehenen seien so mächtig, daß sie eine weitere Verschiebung in dem Sinne bewirken, daß auch gewisse Ansprüche aus dem nicht vertraglichen Teil der Konzession als wohlerworbene Rechte geschützt werden könnten?

Wird das Beamtenverhältnis in toto als ein vertragliches betrachtet, so wird man sagen müssen, daß alle Vermögensrechte des Beamten (mit Ausnahme bloßer Anwartschaften) des Schutzes der Eigentumsgarantie teilhaftig sind. Demgemäß müßte auch die im Zuge der Deflationspolitik des Bundes in den dreißiger Jahren eingeführte, etwas gekünstelte Rechtsprechung des Bundesgerichts fallen, wonach die Vermögensrechte des Beamten den Verfassungsschutz nur genießen, wenn sie auf einer ausdrücklichen oder gar besonders feierlichen Zusicherung beruhen.

Hier tut sich indes eine andere Schwierigkeit auf. Das öffentliche Dienstverhältnis leidet in der Schweiz an einem inneren Zwiespalt: Aus scheinbar demokratischen Gründen wird der Beamte nicht auf Lebenszeit, sondern nur auf eine Amts dauer ernannt. Tatsächlich-soziologisch aber, und auch nach der rechtlichen Ordnung des Pensionsverhältnisses, ist das Dienstverhältnis eben doch auf Lebenszeit angelegt. Dieser Zwiespalt erschwert, so will mir scheinen, ganz außerordentlich zwar nicht die Konstruktion des öffentlichen Dienstverhältnisses als vertragliches Verhältnis, aber den Schutz der wohlerworbenen Vermögensrechte des Beamten. Letztlich läuft es darauf hinaus, daß die Vermögensrechte, die sich auf die Pensionierung beziehen, besser geschützt sind als die Besoldungsrechte. Die Fiktion, daß die Verwaltung völlig frei sei, bei Ablauf der Amts dauer einen Beamten nicht wiederzuwählen, ist verfassungsrechtlich und überhaupt juristisch schwer verdaulich.

Ich möchte nicht schließen, ohne beide Berichterstatter zu ihren wissenschaftlichen Leistungen zu beglückwünschen. Ihre Berichte haben teils wertvolle Lösungen gebracht, teils solchen Lösungen wenigstens ein gutes Stück entgegen geführt. Der deutsche Referent hat sich vielleicht der Natur der Sache nach etwas mehr von der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft abgesetzt als der welsche Referent von der französischen. Beide Arbeiten zeugen aber doch in prächtiger Weise sowohl von einer bemerkenswerten Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft eines kleinen Lan-

des, als auch von der Verbundenheit mit dem Geist unseres alten Europa.

PD Dr. *Hans Herold*, Zürich:

Die Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Vertrags von der verwaltungsrechtlichen Verfügung einerseits und vom privatrechtlichen Vertrag anderseits bereitet der Rechtswissenschaft und auch den Referenten Schwierigkeiten, die in der Natur der Sache begründet sind. Gewiß ist die Ausrichtung auf den Parteiwillen das charakteristische Merkmal, das den Vertrag von der Verfügung unterscheidet (Imboden S. 26a, 119a). Die Verfügung ist die Anwendung objektiven Rechts im Einzelfall. Nun wird aber diese Anwendung bald durch Staatswillen allein, bald auf Gesuch eines einzelnen Gewaltunterworfenen (Bürgers) ausgelöst. Neben den Marschbefehl oder die Steuerveranlagung tritt die Polizeierlaubnis oder die Subvention, um die sich ein Einzerner beworben hat. Wohl sind die Rechte und Pflichten beider Parteien ein für alle Male, mitunter in Varianten, im Gesetze festgelegt. Bei der ersten Gruppe aber hängt es nicht vom Bürger ab, ob der Staatszweck erzwungen wird, wohl aber bei der zweiten. Der Staat ist auf die Militärdienst- oder die Steuerleistung unbedingt angewiesen; ob aber Freinachtbewilligungen, Subventionen für Reben auf amerikanischer Unterlage oder Exportrisikogarantien beansprucht werden oder nicht, berührt die Existenz des Staates nicht. In diesem Bereich der administrativen Hilfstätigkeit (Imboden, S. 125a f.) finden wir die meisten der öffentlichrechtlichen Verträge, welche die Referenten aufzählen und gliedern.

Recht fruchtbar scheint mir die Unterscheidung zwischen «contrats d'attribution» und «contrats de collaboration» (Zwahlen, S. 247 a) zu sein, die, mindestens für Subventionsbeschlüsse, ungefähr derjenigen zwischen aufgabeverfüllenden und aufgabeübertragenden Verträgen (Imboden, S. 155a) entspricht. Im Bereich der «contrats d'attribution»,

der aufgabeerfüllenden Verträge, ist der Wille des Gesetzgebers erfüllt, wenn dem Bürger die Möglichkeit geboten wird, mit dem Staat in ein besonderes Vertrags- oder Gewaltverhältnis zu kommen. Der Staat kann den Bürger nicht zwingen, in diese besondern Beziehungen zu ihm zu treten. Freilich darf er in den Ausführungsbestimmungen die Bedingungen nicht so schwer fassen, daß der Wille des Gesetzgebers unerfüllbar wird. Wenn aber, um ein Beispiel aus der Gegend zu nennen, die Subventionen für die Umstellung von weißen auf rote Reben zu gering erscheinen, als daß die Umstellung einträglich wäre, und der Budgetposten nicht beansprucht wird, so ist das rein juristisch ebenso belanglos, wie wenn die Exportrisikogarantie für einen Auslandauftrag zwar nachgesucht und erteilt worden ist, davon aber kein Gebrauch gemacht werden kann, weil die Bestellung an ein Drittland ging.

Wer unter dem Vertrag ein Rechtsgeschäft versteht, bei dem Leistung und Gegenleistung aufeinander abgestimmt sind und beide Parteien auf Erfüllung klagen können, dem fällt es schwer, mit den Referenten hier öffentlich-rechtliche Verträge anzunehmen. Gewiß wird wie bei einem Vertrag über die Bedingungen verhandelt, die nicht ein für alle Male öffentlich-rechtlich festgelegt sind; ist den Vollzugsbehörden doch recht oft ein großer Raum des Ermessens belassen. Immer aber kann die Behörde nur ein Tor öffnen; den Eintritt kann sie nicht erzwingen. Ja, sogar wenn jemand eingetreten ist, kann sie ihn nicht vom Hinausgehen abhalten. Der Abschluß kann überhaupt nicht, und die Erfüllung nur insoweit erzwungen werden, als es der Bürger will. Er kann gegen den Staat auf Erfüllung klagen, der Staat ihm gegenüber aber nicht. Darum spräche ich hier lieber von einer Verfügung statt von einem Vertrag, eher von einem «acte» als von einem «contrat d'attribution». Zum Unterschied von der befehlenden und erzwingbaren könnte man hier von einer zuteilenden Verfügung sprechen. Da den äußern Umständen entsprechend ihre Geltungsdauer verhältnismäßig kurz ist, fällt es in der Regel nicht schwer,

ihr materielle Rechtskraft beizulegen und dem Bürger entsprechend ein wohlerworbenes Recht auf ihren Bestand zu geben, womit das gleiche Ziel wie bei einem Vertrag erreicht wird.

Der verwaltungsrechtliche Beschwerdeweg könnte (Imboden, S. 199a lit. b) da und dort durch den Anspruch auf einen Feststellungsentscheid ergänzt werden. Bei der Exportrisikogarantie hat z.B. der Garantiennehmer das Recht, die Behörden um eine für sie verbindliche Antwort zu ersuchen, ob eine bestimmte Handlung, wie die Umdisponierung der Ware nach einem Drittland oder der Verkauf von Devisen unter Einschlag, als Maßnahmen zur Vermeidung eines Verlusts anerkannt werden, die zu treffen ihm vorgeschrieben sind, oder anzufragen, was er sonst vorzukehren hat. Das Zollgesetz kennt die Institution der verbindlichen Zollauskünfte (Art. 32 ZG).

Wenn ich also solche von seiten des Staates unerzwingbare Rechtsbeziehungen lieber in das Reich der Verfügung verweise, so möchte ich anderseits dem öffentlichen Vertrag nicht jede Berechtigung absprechen. Auf dem Gebiete der Konzession, der Baupolitik und der wirtschaftlichen Landesverteidigung hat er eine sehr große Bedeutung. Auch im Steuerrecht sollte er an Boden gewinnen. Ich denke dabei nicht an Steuerabmachungen, wodurch einzelnen Pflichtigen besondere Vorteile gewährt werden und die, weil sie gegen die Rechtsgleichheit verstößen, auch von den Referenten abgelehnt werden, sondern an Verträge, die ein Steuerverhältnis qualifizieren. Wo z.B. heute eine Liegenschaft mit einem langjährigen Baurecht belegt statt veräußert wird, stellt sich die Frage, ob Grundstücksgewinn oder Einkommen entsteht, ob ein Kapitalisierungssatz anzuwenden ist und welcher. Die Gesetze geben hierüber keine klare Auskunft. Es handelt sich geradezu um eine Lücke des öffentlichen Rechtes, die durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag sollte ausgefüllt werden können.

Möglicherweise bereiten hier die Verträge eine spätere gesetzliche Lösung vor. Geht diese aber in einer andern

Richtung, so gehen für die Vertragspartei die vertraglichen Bindungen vor, indem es sich dann um wohlerworbene Rechte handelt.

Wenn ich einleitend andeutete, daß die Referenten gewisse Verträge als öffentlich-rechtlich bezeichnen, die richtig gesehen privatrechtlich sind, so denke ich hauptsächlich an die Beziehungen zwischen den öffentlich-rechtlichen oder konzessionierten Anstalten und deren Benutzer (Imboden S. 191a, Zwahlen S. 146a f.). Der Staat kann die Benutzer insoweit zwingen, als er neben seiner Monopolanstalt, z.B. der Notenbank, der Post, der Brandversicherung, dem Gas- und Wasserwerk, keine Konkurrenz duldet. Wo die konzessionierte oder durch Gesetz ins Leben gerufene Anstalt kein faktisches Monopol hat, ja sogar mit großem Reklame-budget werbend auftritt und kommerzielle Beamte dem Kunden nachschickt, oft zudem durch Sondervergünstigungen zu Vertragsabschlüssen einlädt, bewegt man sich nicht mehr auf dem Boden des öffentlichen Rechts. Gewiß sind die Tarife als Anstaltsordnungen festgelegt. Sie zeigen aber derart viele Differenzierungen und räumen erst noch den vollziehenden Organen die Möglichkeit zu mannigfachen Abweichungen ein, die nur dadurch eingeschränkt werden, daß sie unter gleichen Verhältnissen jedermann gleich zukommen müssen, daß man den Referenten nicht beipflichten kann. Nicht nur ein Eisenbahntarif, auch Energielieferungsbedingungen unterscheiden sich kaum mehr von allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Privaten. Schon Fleiner, auf dessen Institution sich Prof. Zwahlen beruft, hat diese Verhältnisse dem Privatrecht unterstellt (Bundesstaatsrecht 1922, S. 492), und das Bundesgericht ist ihm gefolgt. Dies erklärt sich nicht nur aus historischen, sondern auch aus praktischen und rechtlichen Gründen: Aus praktischen, weil die Verträge konkurrenzbeeinflußt sind und oft den Zubringerdienst mitumfassen; aus rechtlichen, weil bei den Anstaltsordnungen die Ausnahmen oft die Regel bilden und den Vollzugsorganen weitgehende Freiheit zur Vertragsgestaltung gegeben ist. Von öffentlich-

rechtlicher Erzwingbarkeit ist nicht die Rede. Die Voraussetzung, daß der Staat dem Privaten zur Erfüllung öffentlichrechtlicher Aufgaben als potentior persona gegenüberstehen muß, damit ein Rechtsverhältnis als Verfügung oder Vertrag dem öffentlichen Recht unterstellt werden kann, bleibt hier meistens unerfüllt. Dieses Kriterium ist zur Abgrenzung öffentlich-rechtlicher von privatrechtlichen Verhältnissen immer noch recht fruchtbar.

Wenn wir mit den Referenten bedauern, daß immer mehr Beziehungen vom öffentlichen Recht beherrscht werden, so wollen wir uns doch anderseits ob solcher Rückfälle ins Privatrecht freuen, wie wir sie in den Beziehungen der öffentlichen Anstalten zu ihren Benutzern finden.

Dr. Thomas Speiser, Advokat, Basel:

Vor Jahren mußte ich mich in einem verwaltungsrechtlichen Seminar der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich belehren lassen, daß das Beamtenverhältnis nicht durch einen zweiseitigen öffentlich-rechtlichen Vertrag, sondern durch einen einseitigen, jedoch empfangsbedürftigen Hoheitsakt begründet werde. Auch nach eingehendem Studium der Fleinerschen Institutionen bin ich ein gewisses Mißtrauen gegen diese offenbar sakrosankten Lehren nicht losgeworden; die Konstruktion erschien mir etwas allzu «hoheitlich» für unsere demokratische Staatsform. Im Laufe der Zeit hat sich in mir die Überzeugung vertieft, daß in der Schweiz unter der Aegide Fleiners eine *Rezeption des liberal-monarchistischen deutschen Verwaltungsrechtes* mit all ihren Vor- und Nachteilen stattgefunden hat. Dafür gibt es m. E. einen klaren Beweis: Im Vorwort, das Prof. Giacometti anno 1939 dem Neudruck der 8. Auflage der Fleinerschen Institutionen vorangestellt hat, steht u. a. folgendes zu lesen:

«Die Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts von Fritz Fleiner sind das beste deutschsprachige Lehrbuch der allgemeinen Lehren des liberalen Verwaltungsrechtes... Hat

doch Fleiner mit diesem Werk die moderne Verwaltungsrechtswissenschaft in der Schweiz überhaupt eingebürgert und einen maßgebenden Einfluß auf die schweizerische Verwaltungspraxis ausgeübt.»

Eindeutiger könnte die heutige Situation der schweizerischen Verwaltungsrechtslehre und -praxis wohl kaum umschrieben werden. Es fehlt uns einfach ein auf historischer Grundlage und namentlich auf eigenem Boden gewachsenes Verwaltungsrecht. Eine bedeutsame Ausnahme darf freilich nicht unerwähnt bleiben: Das Steuerrecht von Bund und Kantonen ist in seiner juristischen Durchdringung und Entwicklung genuin schweizerisch. Diesem Umstand haben wir eine Reihe origineller Lösungen zu verdanken, welche dem schweizerischen Föderalismus vermutlich weit besser Rechnung tragen, als wenn wir ausländische Steuersysteme, die meist stramm zentralistisch aufgebaut sind, zum Vorbild hätten nehmen müssen.

Doch nun zurück zu den übrigen Gebieten des Verwaltungsrechts, wo einerseits, was ja nur zu begrüßen ist, liberale Prinzipien herrschen, anderseits, was weniger erfreulich ist, auch ideologisch fremdes Gedankengut sich breitmacht. Es ist klar, daß der Ausdruck «Hoheitsakt», dem sich seit dem letzten Krieg auch der etwas schwulstige Ausdruck «Hoheitsgebiet» zugesellt hat, weder mit dem demokratischen noch mit dem genossenschaftlichen Gedanken in enger Beziehung steht. Und doch sind gerade diese beiden Prinzipien, das demokratische und das genossenschaftliche, von den angesehensten Juristen und Historikern immer wieder als die eigentlichen Grundpfeiler der Eidgenossenschaft bezeichnet worden. Dies führt zu der bedauerlichen Feststellung, daß die heutige Verwaltungsrechtslehre und -praxis sich in einem inneren Widerspruch zu den grundlegenden Ideen unseres Staatswesens befindet. Es scheint mit einer hohe Aufgabe der schweizerischen Verwaltungsrechtswissenschaft zu sein, derartige Widersprüche aufzudecken und sie – unter grundsätzlicher Wahrung der liberalen und rechtsstaatlichen Errungen-

schaften – auszumerzen. Dazu haben die beiden Referenten mit ihren eingehenden und wohlfundierten Ausführungen Wesentliches beigetragen.

Dr. *Ernst Eggenschwiler*, Bundesgerichtsschreiber, Lausanne:

Der Vertrag ist seinem Begriffe nach ein Akt subjektiver Willkür. Es versteht sich daher keineswegs von selbst, daß das Gemeinwesen mit Privatpersonen verwaltungsrechtliche Verträge abschließen kann; ist es doch, wie Walther Burckhardt gesagt hat, ein Widerspruch, wenn die Verwaltung, die das sachlich Richtig verwirklichen soll, darüber mit Privatpersonen willkürlich paktiert, wenn das öffentliche Interesse sich mit dem privaten «vertragen» muß, um sich durchzusetzen.

Aber selbst der grundsätzliche Gegner des verwaltungsrechtlichen Vertrags wird anerkennen müssen, daß das positive Verwaltungsrecht, in der Schweiz wie anderswo, Rechtsverhältnisse kennt, die auf Vertrag beruhen oder doch vertragsähnlichen Charakter haben, und daß auch ein gewisses praktisches Bedürfnis für eine solche Ordnung besteht. Walther Burckhardt hat dies denn auch nicht bestritten.

Der erwähnte Widerspruch wiegt vielleicht nicht gar so schwer, wie es zunächst scheinen möchte. Die Verwaltung soll nicht nur dort, wo sie einseitige Anordnungen trifft, nach Grundsätzen handeln, selbst wenn das Gesetz solche nicht ausdrücklich aufstellt. Sie soll – nach Möglichkeit – auch dort gleich verfahren, wo sie über öffentlich-rechtliche Belange Verträge schließt; sie soll also auch in diesem Fall Willkür und rechtsungleiche Behandlung zu vermeiden trachten. Diese Überlegung ist von Bedeutung namentlich für die Auslegung des verwaltungsrechtlichen Vertrags. Im allgemeinen darf vermutet werden, daß die Behörde die dem öffentlichen Interesse gemäße, sachlich richtige Ordnung gewollt hat. Der private Vertragspartner muß die

entsprechende Auslegung hinnehmen, wenn er darauf nach den Regeln von Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte hat gefaßt sein müssen. Prof. Zwahlen hat dies in seinem Referat dargelegt. Das Bundesgericht ist der gleichen Auffassung; ich verweise auf BGE 78 I 389 betreffend die Auslegung einer Wasserrechtskonzession.

Immerhin ist nicht zu bestreiten, daß ein begrifflicher Widerspruch zwischen der Vertragsform und dem Wesen des öffentlichen Rechts doch besteht und sich auch in praktischen Unzukömmlichkeiten zeigen kann. So kann die dem Vertrag eigene Bindung der Parteien an das einmal gegebene Wort dem öffentlichen Interesse abträglich sein, und namentlich werden fühlbare Rechtsungleichheiten sich oft nicht vermeiden lassen, wenn der Weg des Vertrags gewählt wird. Diese Nachteile werden allerdings durch die von den Referenten befürworteten Lösungen gemildert werden können.

Ist also der verwaltungsrechtliche Vertrag mit der Natur des öffentlichen Rechts nur schwer vereinbar, so erscheint es als richtig, daß seiner Anwendung verhältnismäßig enge Grenzen gezogen werden, wie das Prof. Imboden tut. Prof. Zwahlen möchte, wenn ich ihn richtig verstehe, im Gegen teil die Grenzen recht weit stecken, in der Meinung, daß nur so ein genügender Schutz wohlerworbener Rechte gewährleistet sei. Ich habe Mühe, dieser Auffassung zu folgen. Es ist anerkannt, daß unter Umständen auch durch einseitige Verfügung der Verwaltung wohlerworbene Rechte der Bürger begründet werden können. Prof. Zwahlen wendet ein, es bestehe eine zu große Unsicherheit darüber, wann dies der Fall sei. Dieses Argument scheint mir nicht stichhaltig zu sein. Übrigens hat es mich etwas überrascht, daß Prof. Zwahlen auf dem Gebiete des Beamtenrechts dem unverfänglichen «acte-condition» den Vorzug vor Abmachungen, welche wohlerworbene Rechte begründen, geben möchte. Es mag aber sein, daß ich als Beamter in dieser Beziehung nicht ganz unbefangen bin.

Anderseits scheint mir, daß Prof. Imboden dem um-

strittenen Urteil des Bundesgerichts i. S. Egli (BGE 78 II 21 ff.) nicht ganz gerecht wird. Richtig wird sein, daß die sogen. Eingriffsverwaltung der rechtsgeschäftlichen Gestaltung nur zugänglich ist, wenn und soweit das Gesetz dies zuläßt, und es wird zutreffen, daß die Behörde in einem vom Gesetz freigelassenen Bereich weder durch Verfügung noch durch Vertrag Eingriffe vornehmen kann. In diesem Sinne kann man sagen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag «*praeter legem*» gebe es nicht. Aber ich habe nicht den Eindruck, daß das Urteil Egli etwas Abweichendes sagt und so «dem öffentlich-rechtlichen Vertrag eine noch kaum übersehbare Entfaltungsmöglichkeit gibt». Ob eine Ermächtigung zu vertraglichem Handeln nur anzunehmen sei, wenn das Gesetz sie klar und unzweideutig ausspricht, ist wohl eine andere Frage, die vielleicht nicht einheitlich zu beantworten ist.

Allerdings kann man darüber diskutieren, ob die vom Bundesgericht im Fall Egli vertretene Auffassung zutreffe, daß das Zürcher Gesetz über das Gastwirtschaftsgewerbe von 1939 der Verwaltung das Recht gebe, mit einem Grund-eigentümer einen Vertrag zu schließen, wodurch er sich gegen Entschädigung verpflichtet, auf seiner Liegenschaft keine Wirtschaft, auch keine alkoholfreie, mehr zu betreiben. Ist aber diese Auffassung des Gerichts richtig, so kann von einer Verletzung verfassungsmäßiger Rechte, insbesondere der Handels- und Gewerbefreiheit, meines Erachtens kaum gesprochen werden. Der Grundeigentümer kann durch privatrechtlichen Vertrag ohne weiteres eine Dienstbarkeit des Inhalts begründen, daß auf der Liegenschaft ein bestimmtes Gewerbe nicht betrieben werden darf; damit beschränkt er sich im Gebrauch seiner wirtschaftlichen Freiheit nicht übermäßig (Art. 27 ZGB). Dann kann es wohl – immer vorausgesetzt, daß die gesetzliche Grundlage vorhanden ist – auch nicht gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstößen, wenn der Eigentümer ein solches Gewerbeverbot im Interesse der Allgemeinheit, gegen Entschädigung, mit dem *Gemeinwesen* vereinbart. Übri-

gens lässt Art. 31<sup>ter</sup> BV die Beschränkung der Zahl der Betriebe nach dem Bedürfnis auch für die alkoholfreien Wirtschaften zu.

Empêché de s'exprimer à l'assemblée, M. *Walter Hildebrandt*, docteur en droit, avocat à Bülach, a fait parvenir les remarques suivantes:

Wie ein «deus ex machina» taucht der «verwaltungsrechtliche Vertrag» in unserer Rechtssprache, unserer Rechtswelt auf. Noch vor wenigen Jahrzehnten galt grundsätzlich die Auffassung, daß der Staat in seiner hoheitlichen Beziehung zu dem ihm untergebenen Bürger nur auf dem Wege der Verfügung handle. Ein Vertrag des Staates auf dem Gebiete, auf dem er Hoheitsgewalt auszuüben hat, schien schon begrifflich ausgeschlossen. Heute aber beginnt die Rechtswissenschaft selber den Kanal auszuheben, in den sich die Flut einer ungehemmten Vertragstätigkeit der Verwaltung ergießen kann. Dieser Kanal hat den Namen «verwaltungsrechtlicher Vertrag», und ich zweifle nicht, daß er sich alsbald mit Wasser – oder besser gesagt: mit Tinte – füllen wird. Und dann wachsen sich die bisherigen schüchternen und abgelegenen Erörterungen über den öffentlich-rechtlichen Vertrag in den Verwaltungsrechtsbüchern zu neuen stattlichen Kapiteln aus. Es heißt dann nicht mehr: «Über die öffentlichen Verträge braucht nicht weiter gehandelt zu werden, da sie sich von den privatrechtlichen nicht ihrer rechtlichen Struktur, sondern nur ihrem Gegenstande nach unterscheiden» (Schoen).

Welchen Grund hat diese Wandlung? Der früheren Auffassung der Verwaltung und des Verwaltungsrechts lag eine andere Auffassung des Staates zugrunde. Sie war vom römischen Recht her und vom christlichen Glaubensstande aus bestimmt: Der Absolutismus des Polizeistaates und die biblische Wertung der Obrigkeit herrschten nach. Im schweizerischen Denken besonders galt noch der Satz aus dem Römerbrief des Apostels Paulus, daß die Obrigkeit das

Schwert trage (Römer, 13. 1-7). Dieser Satz wurde höchstens dadurch gemildert, daß sich die Obrigkeit verpflichtet fühlte, die Untertanen in väterliche Obhut zu nehmen. Für Verträge mit dem Bürger war da aber kein Raum.

Heute steht man grundsätzlich nicht an, der Verwaltung das Recht zuzuerkennen, mit dem ihr untergebenen Bürger Verträge abzuschließen. Der Grund kann nur in einer anderen Auffassung des Staates liegen. An Stelle des Obrigkeitstaates ist der Sozialstaat getreten. «Public relations» und die Lösung «Me mues halt rede mitenand!» sind seine Kennzeichen. Mit der Entwicklung zum Sozialstaat sind auch die Aufgaben des Staates gewachsen. Der Staat hat überdies seine Einsetzung und seine Pflichten scheinbar nicht mehr von Gott, sondern von der Gesellschaft selbst. Was hindert da, daß Staat und Bürger «auf Du» miteinander stehen und Verträge abschließen?

So hat sich namentlich auch die Rolle der Verwaltung geändert. War sie von jeher die unentbehrliche und zugleich die bedeutendste Staatstätigkeit, so hat sie nun mehr und mehr begonnen, den Staatszweck und die Staatsmaximen von sich aus zu bestimmen. In dieses Gehaben paßt der «verwaltungsrechtliche Vertrag» als allgemeine – und nicht bloß am Rande geduldete – Institution ausgezeichnet. Er bietet die Handhabe dafür, daß sich die Verwaltung unter dem Titel der Wahrnehmung des öffentlichen Interesses oder der Erfüllung öffentlicher Aufgaben frei bewegen kann. Auch der geringste privatrechtliche Vertrag der Verwaltung läßt sich ja in dieser Weise deuten. So dürfte die Erweiterung des Bereichs der öffentlichen Aufgaben und Interessen mit der Zeit dazu führen, alle von der Verwaltung abgeschlossenen Verträge als öffentlich-rechtliche oder – unverfänglicher – als «verwaltungsrechtliche Verträge» zu befinden.

Diese Einreihung kann aber nicht bloß den Sinn haben, den Verträgen der Verwaltung einen neuen oder einen Sammelnamen zu geben. Auch der Vorteil einer Zustimmung des Bürgers genügt nicht zur Rechtfertigung dieser Be-

zeichnung, und es spielt auch eine geringe Rolle, ob schließlich eine Pflicht aus privatem Recht oder aus öffentlichem Recht vertragsgemäß erfüllt wird. Bei der Zulassung und Befürwortung, beim Aufkommen und Fördern des «verwaltungsrechtlichen Vertrags» muß der Hase anderswo im Pfeffer liegen: Dieses neue Instrument dient der Vormacht der Verwaltung. Es zeichnet sich darin unverkennbar ihre Tendenz ab, ihre Akte möglichst dem Beschwerdeverfahren zu entziehen und sie entweder gar keinem Recht, weder einem materiellen noch einem formellen, oder dann schließlich doch einem Sonderrecht mit einfacheren und der Verwaltung günstigeren Sätzen oder Formen zu unterstellen. Insbesondere stellt der «verwaltungsrechtliche Vertrag» das Bedürfnis der Verwaltung, sich vom Zivilrecht und vom Zivilrichter möglichst fern zu halten. Darum bedeutet der «verwaltungsrechtliche Vertrag» unter den heutigen Umständen nichts anderes als einen Ausbruch aus dem Recht: Es fehlen ihm die materiellen Rechtssätze, die einen Vertrag beherrschen sollen, es fehlt das Verfahren zu seiner Beurteilung, und es fehlt – meist – der Verwaltung auch die Kompetenz zu seinem Abschluß. Kurz: es fehlt dem «verwaltungsrechtlichen Vertrag» überhaupt eine Stelle im Rechtssystem; er ist kein Rechtsinstitut. Daß bei solcher Rechtslage in den Referaten der Schluß der Nichtigkeit nirgends aufblitzt, muß bei der Strenge sonstiger öffentlich-rechtlicher Auffassungen verwundern.

In Anbetracht der Wandlung des Staatsdenkens steht zu erwarten, daß der «verwaltungsrechtliche Vertrag» fürderhin, Gesetzgebung und Rechtsprechung verdrängend, der Blüte entgegentreiben wird. Daran läßt sich nichts ändern: man hat sich schon zu stark mit ihm eingelassen. «Das eben ist der Fluch der bösen Tat, daß sie, fortzeugend, immer Böses muß gebären» (Schiller). Im Interesse der Klarheit und der Sicherheit des Bürgers dürfte man aber wenigstens verlangen, daß jeder derartige Vertrag mit einer Bestimmung versehen wird, die besagt, welchem Recht – namentlich auch welchem Prozeßrecht – er untersteht.

M. *Henri Zwahlen*, rapporteur:

Je me réjouis de ce que la discussion s'est concentrée sur les questions fondamentales, conformément au vœu des rapporteurs.

Au sujet de la terminologie, il est exact que j'ai restreint dans mon rapport la notion de contrat de droit administratif. Mais ce n'était là qu'une définition liminaire de travail et non pas une position de doctrine.

La question centrale est bien l'opposition entre la loi et le contrat. Sur ce point, les divergences de vues entre les rapporteurs sont plus apparentes que réelles. Il faut en effet distinguer, d'une part, la base légale nécessaire pour que l'administration publique puisse agir dans un certain domaine et d'autre part, la base légale qui serait nécessaire pour procéder par contrat plutôt que par acte administratif unilatéral. Sur le premier point, je partage les réserves qui ont été formulées quant à la validité du contrat de droit administratif sans base légale (*praeter legem*). Sur le second point, en revanche, je ne pense pas que l'administration ait besoin d'une habilitation spéciale prévue par la loi pour intervenir par contrat.

Il ne faut pas exagérer la portée de la différence entre les théories de la mutabilité et de la *clausula rebus sic stantibus*. Cette différence réside en effet dans les nuances plutôt que dans la position de principe. D'ailleurs, les conséquences pratiques de l'application de ces deux théories sont les mêmes.

Sans avoir approfondi la question du contentieux administratif, qui sortait du cadre de mon travail, je crois pouvoir dire que chez nous, tant en ce qui concerne les cantons que la Confédération, les litiges ayant trait aux contrats de droit administratif pourraient être soumis aux tribunaux ordinaires.

En conclusion, les deux rapporteurs, quoique venant de points de départ opposés, aboutissent à des solutions pratiques qui ne divergent guère. Il appartiendra maintenant

aux auteurs et à la jurisprudence de chercher ce tiers chemin que les rapporteurs se sont efforcés d'indiquer.

Prof. Dr. *M. Imboden*, Berichterstatter:

In erster Linie habe ich Ihnen für die mannigfachen Anregungen zu danken, die ich aus der Diskussion schöpfen durfte.

Es entspricht, wie in der Diskussion gesagt wurde, ein wenig der Neigung des Schweizers, bestimmte ideologische Vorstellungen in ein Rechtsinstitut, wie beispielsweise den verwaltungsrechtlichen Vertrag, hineinzuprojizieren und dann ob dieses Bildes die Wirklichkeit nicht mehr zu sehen.

Wie in der Diskussion und nun soeben auch von Seiten des Korreferenten richtig hervorgehoben worden ist, führen die Wege der Berichterstatter trotz ihres teilweise verschiedenen theoretischen Standorts praktisch doch vielfach zusammen. Das darf einen aber nicht zu der Annahme verleiten, die Differenzen der Ausgangspositionen seien ohne jede Bedeutung. Der wichtigste Punkt, in dem unsere Meinungen auseinandergehen, liegt meines Erachtens in der Frage, wie weit ein Kontrahieren praeter legem möglich sei. Meiner Auffassung nach ist ein solches Kontrahieren nur in jenem Bereich möglich, wo der Grundsatz der rechtssatzmäßigen Regelung von besonderen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Verfassungsvorbehalten durchbrochen wird. Diese Durchbrechungen sind, wie ich in meinem Referat gezeigt habe, häufiger, als man zunächst annehmen könnte.

In dem in der Diskussion erwähnten Falle Egli (BGE 78 II Nr. 5 S. 21 ff.) hat das Bundesgericht sich meines Erachtens doch nicht nur mit der (Auslegungs-) Frage befaßt, ob das Zürcher Gesetz über das Gastwirtschaftsgewerbe der Verwaltung das Recht gebe, mit einem Grundeigentümer vertraglich den Verzicht auf die Eröffnung einer Wirtschaft zu vereinbaren; es hat vielmehr in grundsätzlicher Weise gefolgert, daß die Beteiligten im Zusammen-

hang mit der (im Gesetz vorgesehenen) Entschädigungs-festsetzung Verhaltensverpflichtungen zu begründen ver-möchten, die in der allgemeinen normativen Ordnung nicht vorgesehen sind. Gegen diese Folgerung richten sich die in meinem Referat ausgesprochenen Bedenken.

Mit Bezug auf das Beamtenverhältnis ist man immer wieder überrascht, mit welcher Leichtigkeit bei rein be-grifflicher Argumentation der Schluß gezogen wird, wer nach außen hoheitlich handelt, müsse auch intern auf Grund eines hoheitlichen Aktes handeln. Trotzdem die großen Theoretiker, an ihrer Spitze Laband und Georg Jellinek, den Vertragscharakter des Beamtenverhältnisses anerkannt haben, hat man in Deutschland wie in der Schweiz der französischen Konstruktion der verfüigungsmäßigen An-stellung des Beamten den Vorzug gegeben. Wenn man sich dabei scheut, die letzten Konsequenzen aus dieser Kon-struktion zu ziehen, so zeigt das, daß man unbewußt eben doch nach der vertraglichen Auffassung hin orientiert ist.

Mit Recht ist in der Diskussion schließlich auf das Pro-blem des Rechtsschutzes hingewiesen worden. Die Frage, ob ein bestimmtes Vertragsverhältnis dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehöre, wird in der Tat vielfach erst dann aktuell, wenn zu prüfen ist, in welchem Verfahren die aus dem Vertrag fließenden Ansprüche wahrzunehmen seien. Auf dem Wege der Rückprojektion ist dabei man-ches an sich öffentlich-rechtliche Vertragsverhältnis als privatrechtlich erklärt worden, um den Beteiligten den Zu-gang zu den Zivilgerichten zu öffnen. Bei der Rückständig-keit der Verwaltungsgerichtsbarkeit in unserem Lande und vor allem in den Kantonen können sich in dieser Hinsicht allerdings ernsthafte Schwierigkeiten ergeben.

---



**Séance du lundi 6 octobre 1958**

à la salle de cinéma du Palais de Beaulieu,  
à Lausanne

Président:

**M. André Panchaud, Juge fédéral, Lausanne**

La séance est reprise à 8 heures 30.

**VIII.**

**M<sup>e</sup> Louis Dupraz, avocat et notaire, Fribourg, trésorier de la société, présente les *comptes* de l'exercice écoulé:**

*Comptes de l'exercice 1957/1958 – I. Fonds général**1. Compte de profits et pertes*

Produits	Fr.
Cotisations des membres . . . . .	23 279.90
Revenus des titres et intérêts bancaires . . . . .	300.91
Remboursement de l'impôt anticipé 1957 . . . . .	88.15
Vente de publications . . . . .	1 264.20
Part de la Revue du droit suisse . . . . .	500.—
Subvention du Fonds National . . . . .	13 200.—
Frais à rembourser par le Fonds des sources du droit	213.—
Ports récupérés . . . . .	65.90
Plus-value sur titres . . . . .	975.—
	<hr/>
	39 887.06
Charges	
Frais d'impression des quatre fascicules 1957 . . . . .	18 878.40
Frais d'impression du procès-verbal de l'assemblée . .	3 613.75
Frais d'impression de la bibliographie juridique 1956	1 665.—
Frais d'imprimés divers . . . . .	1 255.30
Frais de l'assemblée annuelle 1957 . . . . .	2 301.85
Frais de la Commission des sources du droit . . . . .	213.—
Indemnités, débours et frais divers . . . . .	2 385.41
	<hr/>
Amortissement de l'excédent passif de l'exercice 1956/57	30 312.71
	<hr/>
	9 574.35
	<hr/>
	39 887.06

*2. Bilan au 30 juin 1958**après clôture du compte de profits et pertes*

Actif	Fr.
Caisse . . . . .	73.05
Chèques postaux . . . . .	11 590.59
Banque Cantonale Vaudoise compte courant «A» . .	17 118.50
Titres . . . . .	11 600.—
Actif transitoire . . . . .	7 228.20
Excédent de dépenses:	
report de l'exercice . . . . . 1956/57 Fr. 18 280.85	
virement de l'excédent actif 1957/58 Fr. 9 574.35	8 706.50
	<hr/>
	56 316.84
Passif	
Créancier «Fonds des sources du droit» . . . . .	18 320.50
Passif transitoire . . . . .	1 256.15
Capital au 30 juin 1957 . . . . .	36 740.19
	<hr/>
	56 316.84

*II. Fonds pour la publication des sources du droit suisse**1. Compte de profits et pertes*

Produits	Fr.
Revenus des titres et intérêts bancaires . . . . .	2 306.13
Remboursement de l'impôt anticipé 1957 . . . . .	725.—
Vente de publications . . . . .	1 626.—
Plus value sur titres . . . . .	5 361.—
Subventions (2) . . . . .	25 200.—
	<u>35 218.13</u>

*Charges*

Frais bancaires . . . . .	88.83
Virement à «Provision pour publications» . . . . .	25 200.—
	<u>25 288.83</u>
Bénéfice viré au compte «Capital» . . . . .	9 929.30
	<u>35 218.13</u>

*2. Bilan au 30 juin 1958**après clôture du compte de profits et pertes*

Actif	Fr.
Banque Cantonale Vaudoise compte courant «B» . .	46 662.90
Titres . . . . .	90 521.—
Débiteurs «Fonds général» . . . . .	18 320.50
Actif transitoire . . . . .	5 386.—
	<u>160 890.40</u>

*Passif*

Provision pour publications	
(Fr. 8 289.65 + Fr. 25 200.—) . . . . .	33 489.65

*Capital:*

au 30 juin 1957 . . . . .	Fr. 117 471.45
virement du bénéfice de l'exercice	Fr. 9 929.30
	<u>127 400.75</u>
	<u>160 890.40</u>

*III. Fonds du Dr Arnold Janggen**1. Compte de profits et pertes*

Produits	Fr.
Revenus des titres et intérêts bancaires . . . . .	512.02
Remboursement de l'impôt anticipé 1957 . . . . .	172.75
Plus-value sur titres . . . . .	1 160.—
	<u>1 844.77</u>

Charges	Fr.
Frais bancaires . . . . .	19.57
Bénéfice viré au compte «Capital» . . . . .	1 825.20
	<u>1 844.77</u>

*2. Bilan au 30 juin 1958*

*après clôture du compte de profits et pertes*

**Actif**

Banque Cantonale Vaudoise compte courant «C» . . .	3 755.50
Titres . . . . .	20 560.--
Actif transitoire . . . . .	172.75
	<u>24 488.25</u>

**Passif**

**Capital:**

au 30 juin 1957 . . . . .	Fr. 22 663.05
virement du bénéfice de l'exercice	Fr. 1 825.20
	<u>24 488.25</u>

**IX.**

M<sup>e</sup> Philibert Lacroix, notaire, Genève, donne connaissance du *rapport des contrôleurs des comptes*:

Les *contrôleurs des comptes* soussignés ont examiné les comptes du trésorier pour l'Exercice 1957/1958 comprenant:

- a) le compte général de la Société Suisse des Juristes,
- b) le fonds pour la publication des sources du droit suisse,
- c) le fonds Dr Arnold Janggen.

Ces comptes concordent exactement avec les pièces justificatives qui nous ont été soumises; la preuve de l'existence de la fortune sociale nous a été produite sous forme d'états de titres, extraits de banque et extraits du compte de chèques postaux.

Nous vous proposons en conséquence d'approuver les comptes qui vous ont été présentés et de donner décharge à votre trésorier en le remerciant de son activité.

*Philibert Lacroix Dr Ochsé*

**X.**

L'assemblée, sans discussion et à l'unanimité, donne *décharge* au Comité pour sa gestion, au trésorier pour la tenue

des comptes et aux contrôleurs pour leur mandat, ainsi qu'aux membres des commissions spéciales pour leur activité, concernant l'exercice écoulé.

## XI.

Le trésorier présente le *budget* de la société pour l'exercice à venir:

### *Budget pour l'exercice 1958–1959*

#### *Fonds général*

Recettes	Budget 1958–1959	Comptes exercice 1957–1958
	Fr.	Fr.
1. Cotisations 1958–1959 . . . . .	23 000.—	23 279.90
2. Revenus divers:		
a) revenus des titres et intérêts bancaires . . . . .	300.—	300.91
b) remboursement de l'impôt anticipé	88.—	88.15
c) vente de publications . . . . .	800.—	1 264.20
3. Contribution de la «Revue de droit suisse» à l'impression des Actes de la société . . . . .	1 600.—	500.—
4. Part du Fonds Dr Janggen aux prix	500.—	—.—
5. Frais à rembourser par le Fonds national (dépenses de la Commission de recherche) . . . . .	250.—	—.—
6. Frais de la Commission des sources du droit (à supporter par le Fonds des sources du droit) . . . . .	250.—	213.—
7. Ports récupérés . . . . .	10.—	65.90
8. Plus-value sur titres . . . . .	p.m.	975.—
9. Subvention du Fonds national de la recherche . . . . .	13 200.—	13 200.—
	<hr/> 39 998.—	<hr/> 39 887.06

Dépenses	Budget 1958-1959	Comptes exercice 1957-1958
1. Frais d'impression:	Fr.	Fr.
a) circulaires et autres imprimés . . .	1 200.—	1 255.30
b) quatre fascicules 1958		
1 <sup>er</sup> fascicule Fr. 6 781.85		
2 <sup>e</sup> fascicule Fr. 4 464.40		
3 <sup>e</sup> fascicule Fr. 3 322.—		
4 <sup>e</sup> fascicule Fr. 6 471.—. . . . .	21 039.25	18 878.40
c) procès-verbal de l'assemblée générale . . . . .	3 300.—	3 613.75
b) bibliographie juridique 1957 . . .	2 000.—	1 665.—
2. Frais de l'assemblée générale 1958 .	2 000.—	2 301.85
3. Frais de la Commission de la recherche scientifique . . . . .	250.—	—.—
4. Frais de la commission des sources du droit . . . . .	250.—	213.—
5. Indemnités, débours et frais divers .	2 500.—	2 385.41
6. Prix aux auteurs de travaux de concours . . . . .	5 000.—	—.—
7. Moins-value sur les titres . . . . .	p. m.	—.—
	37 539.25	30 312.71
8. Amortissement du solde passif de l'exercice 1956-1957 . . . . .		9 574.35
9. A porter en amortissement du solde passif subsistant au 30 juin 1958, Fr. 8 076.50 . . . . .	2 458.75	
	39 998.—	39 887.06

Le budget est adopté à l'unanimité et la cotisation est fixée à fr. 15.—.

## XII.

Il est procédé à la réélection des contrôleurs des comptes pour une nouvelle période. Sont proposés les contrôleurs sortants:

M. John Ochsé, docteur en droit, Bâle,  
M<sup>e</sup> Philibert Lacroix, notaire, Genève.

Aucune autre proposition n'est faite, les prénommés sont réélus tacitement.

### XIII.

Il y a lieu de renouveler la *Commission de la recherche scientifique*.

Sur proposition du comité, l'assemblée désigne comme membres de cette commission:

MM. Josef Plattner, juge fédéral (Thurgovie),  
André Grisel, juge fédéral (Neuchâtel),  
Peter Jäggi, professeur, Fribourg,  
Werner Niederer, professeur, Zurich,  
Werner von Steiger, professeur, Berne,

et comme suppléants:

MM. Augusto Bolla, professeur et avocat, Bellinzone,  
Karl Spiro, professeur, Bâle,  
François Gilliard, professeur, Lausanne.

### XIV.

L'assemblée nomme, sur proposition du président, un nouveau membre de la *Commission des sources du droit* en la personne du Professeur Gerardo Broggini, Fribourg.

### XV.

Il y a lieu de remplacer au sein du *Comité* MM. Bolla, Dupraz, Nef, Panchaud et Reichlin, qui sont arrivés au terme de leur mandat.

Le président porte à la connaissance de l'assemblée les propositions parvenues au Comité, à savoir:

MM. Antoine Favre, juge fédéral (Valais),  
Peter Jäggi, professeur, Fribourg,  
Max Imboden, professeur, Bâle,

Edmond Martin-Achard, avocat, Genève,  
Camillo Beretta, avocat, Locarno.

Il n'est pas présenté d'autre proposition. Les prénommes sont élus à mains levées.

Le président félicite les nouveaux élus.

MM. Gubler et Giovanoli, nommés il y a trois ans, restent membres du Comité jusqu'en 1961.

## XVI.

Pour la nomination du président, une seule proposition a été présentée:

M. F. T. Gubler, avocat, Winterthur.

Il n'est pas fait d'autre proposition.

M. Gubler est élu président par acclamations. Il remercie l'assemblée.

Le président félicite M. Gubler et lui souhaite dans sa présidence autant d'intérêt et de satisfaction qu'il en a eu lui-même.

M. Bénigne Mentha exprime à M. le président Panchaud sa très vive gratitude, tant au nom du Fonds national de la recherche scientifique qu'en son nom personnel.

## XVII.

Il est prévu de fixer le lieu de l'assemblée de 1959.

Au nom des juristes du canton de Schaffhouse, M. le Conseiller aux Etats Schoch propose que la prochaine assemblée de la société ait lieu à Schaffhouse.

Il n'est pas fait d'autre proposition.

A mains levées, l'assemblée décide de se réunir l'an prochain à Schaffhouse.

## XVIII.

Il n'est pas présenté de proposition individuelle.

Le président clôt l'assemblée administrative.

## XIX.

L'assemblée passe à la discussion sur «*la vente à tempérament et la vente-épargne*». Le président remercie et félicite les auteurs des travaux et donne la parole à chacun d'eux.

Rapport introductif de M. le Professeur *Raymond Jeanprêtre*, Neuchâtel:

*La vente à tempérament*

L'acompte initial

La vente à tempérament est un contrat dangereux. L'acheteur ne mesure pas, au moment de conclure, le poids des acomptes à payer, mois après mois, pendant des années. En droit désirable, il faut empêcher les engagements pris à la légère, obliger le futur acheteur à réfléchir *avant* de signer, pour lui éviter de se repentir *après* avoir signé. Il faut mettre un *frein* à l'emballement des acheteurs.

A cet égard, tous les projets de réforme ont un point commun: rendre obligatoire un acompte initial, un versement au comptant. Pour M. Stofer (p. 289a) comme pour moi, c'est de loin la plus importante des réformes projetées.

Unanimes sur le principe, vos rapporteurs diffèrent sur les modalités. Pour M. Stofer, l'acompte initial de 25% pourrait être versé après la conclusion du contrat, mais au plus tard lors de la livraison. Si le vendeur livre avant d'avoir reçu le versement au comptant, il ne peut plus le réclamer. Il perd le quart du prix de vente (av.-proj. II, art. 226 c). Cette sanction n'est guère équitable. Passe encore de punir le vendeur. Mais pourquoi faire un tel cadeau à l'acheteur ? Pour le récompenser d'avoir violé la loi ?

Le système proposé par M. Stofer appelle une objection plus sérieuse encore. Ainsi conçue, la réforme manque son but. Ce but, rappelons-le, est de mettre un frein aux engagements précipités, d'obliger le futur acheteur à réfléchir avant de se lier. En quoi la simple perspective de payer le quart du prix avant la livraison serait-elle un frein efficace ?

L'acheteur s'engage de toute façon pour la totalité du prix. Aussi facilement qu'aujourd'hui, il cédera devant le «zèle entreprenant des démarcheurs». Il sera lié par sa signature. Certes, pour obtenir la livraison, il devra faire l'effort de payer un quart du prix. Qui bénéficiera de cet effort? Le vendeur. Le résultat est paradoxal: destinée à protéger l'acheteur, la réforme n'avantagerait en réalité que le vendeur.

Je préfère un autre système. *Le paiement de l'acompte initial doit être une condition de la validité du contrat.* La vente à tempérament deviendrait une sorte de contrat réel, de «Realgeschäft». La remise de l'acompte serait nécessaire à sa perfection. On aurait l'équivalent d'une règle de forme. Aussi longtemps que l'acompte initial n'aurait pas été payé, payé effectivement, en espèces, il n'y aurait pas de vente à tempérament qui tienne. Vous propose-t-on un rasoir électrique de cent francs? Commencez par aligner cinq écus. Avez-vous envie d'un mobilier de quatre mille francs? Sortez de votre portefeuille dix billets de cent francs. Le voilà, le frein aux emballements de l'acheteur. Qui signerait sans sourciller un bulletin de commande pour deux mille francs, y regardera à deux fois s'il doit payer «cash» un acompte de cinq cents francs.

Notre co-rapporteur soulève cette objection: Comment les voyageurs de commerce pourront-ils arriver chez leurs clients au moment exact où ceux-ci auront de quoi payer l'acompte initial? Ils auront de la peine à stipuler des ventes à tempérament. C'est certain. Mais ce sont précisément les ventes stipulées par des voyageurs de commerce qui, trop souvent, sont conclues à la légère. Si ces ventes-là deviennent plus rares, la loi aura atteint son but.

Pour venir en aide à l'acheteur, M. Stofer lui accorde un droit de répudiation (Widerrufsrecht). Dans les trois jours après la conclusion du contrat, l'acheteur peut l'annuler par une déclaration adressée au vendeur (av.-proj. II, art. 226 b). Les juristes hésiteront à admettre ce droit de répudier un contrat valablement conclu, droit exorbitant de notre légis-

lation ordinaire. Plutôt qu'autoriser la conclusion facile du contrat et protéger l'acheteur par un droit de répudiation, n'est-il pas préférable de rendre d'emblée plus difficile la conclusion du contrat? On pourrait alors se passer du droit de répudiation.

### *Réserve de propriété ou hypothèque mobilière*

En 1905, la Société suisse des juristes avait consacré sa réunion annuelle à un débat sur la réserve de propriété et l'hypothèque mobilière (Fahrnisverschreibung). Il nous a paru indiqué, un demi-siècle plus tard, de rouvrir ce débat. Comme Oser, rapporteur en 1905, nous sommes partisans de l'hypothèque mobilière, pour des raisons de principe et pour des raisons pratiques.

Le but de la réserve de propriété est de fournir au vendeur une garantie réelle. En bonne doctrine, la garantie réelle n'est pas le droit de propriété. C'est un droit réel restreint: le gage. La réserve de propriété est une mauvaise garantie. Elle donne au vendeur un droit trop étendu. Le vendeur ne désire pas rester propriétaire de la chose vendue. Il ne vend pas ses marchandises dans l'espoir qu'elles lui reviendront. Il ne désire qu'une chose: être payé. S'il stipule une réserve de propriété, c'est faute de mieux, pour utiliser la seule garantie réelle que lui offre le code. S'il reprend la chose, c'est pour s'en débarrasser au plus vite, en la revendant à nouveau.

La réserve de propriété conduit, lorsqu'elle est invoquée, au fameux décompte de l'art. 227 du code des obligations. D'une part, restitution des acomptes; d'autre part, restitution de la chose et paiement du loyer équitable et de l'indemnité d'usure. Le loyer équitable n'est pas un loyer et n'est pas équitable. On l'applique à des choses qui n'ont pas de valeur locative pour la bonne raison qu'elles ne se louent pas, ou ne se louent pas à long terme. Considérez la vente d'une chambre à coucher, résolue faute de paiement trois ans après la livraison. Comment calculer le loyer? Nul

n'a jamais conclu un bail de trois ans portant sur une chambre à coucher. Pour s'en tirer, les juges commettent un expert. C'est déplacer le problème, sans le résoudre.

Le droit de gage, lui, fournit nécessairement une solution juste. La vente aux enchères de l'objet grevé (la réalisation privée – Freihandverkauf – devrait naturellement être prohibée) établit la valeur objective de la garantie, sans discussion possible. A la vérité, les ventes forcées donnent souvent un piètre résultat. Le décompte de l'art. 227 CO n'en fournit pas un meilleur. En général, le loyer équitable et l'indemnité d'usure absorbent, et au-delà, les acomptes versés.

Sur le terrain de la procédure, la supériorité de l'hypothèque mobilière est manifeste. Elle permet, à peu de frais, un règlement simple et rapide. Plus de procès aléatoire sur le loyer équitable et l'indemnité d'usure. Plus d'expertise. La poursuite en réalisation de gage suffit à tout. Les oppositions quant au gage peuvent être liquidées en procédure sommaire de mainlevée.

Sous l'empire de la réserve de propriété, l'enlèvement de la chose peut être ordonné à titre provisionnel. Il a un caractère soudain, voire brutal. L'avant-projet de M. Stofer entend protéger l'acheteur. Le juge pourrait accorder des facilités de paiement au débiteur (art. 226 k). Dans notre droit privé, cette règle serait insolite. Il est plus simple que l'acheteur reste, jusqu'à la fin de la procédure d'exécution, débiteur du prix de vente, c'est-à-dire d'une somme d'argent. Il bénéficierait alors de toutes les dispositions protectrices de la loi sur la poursuite pour dettes: sursis de l'art. 123 LP, suspension pendant les fériés, suspension en cas de service militaire, suspension en cas de maladie, suspension en cas de deuil. L'application de la LP résout d'un coup tout le problème de la protection réclamée pour l'acheteur en demeure. Il suffit pour cela de remplacer la réserve de propriété par l'hypothèque mobilière (et de prohiber la lex commissoria, cf. notre rapport p. 407a).

### *La vente-épargne*

Passons maintenant à la vente-épargne, ou plus exactement à un type de vente-épargne, le plus important d'ailleurs. C'est la vente où ni les choses vendues ni leur prix ne sont déterminés lors de la conclusion du contrat. L'acheteur s'engage à acheter des objets d'une certaine catégorie – meubles, trousseau – à concurrence d'un montant global: 3000 francs, 5000 francs. On appelle ce montant la somme de l'achat (die Kaufsumme). L'acheteur s'oblige à la payer d'avance et par acomptes.

Le marchand qui pratique la vente-épargne promet à ses clients ce qu'il appelle des «cadeaux». Cela commence par un cadeau initial, un pour cent du montant de l'achat, donc 50 francs pour 5000 francs. Cela continue par un intérêt sur les acomptes versés, intérêt supérieur à celui des caisses d'épargne, par exemple cinq pour cent au lieu de deux et demi. Ces «cadeaux» sont excellents au point de vue publicitaire. En réalité, ils sont moins élevés qu'il ne paraît. Ils sont parfois illusoires: le vendeur les rattrape en fixant le prix de vente. Ils sont loin de compenser les inconvénients multiples de la vente-épargne.

L'acheteur confie son argent au vendeur, à long terme. Certains marchands utilisent cet argent dans leur entreprise, comme bon leur semble. Pour l'acheteur, ce placement n'offre *aucune sécurité*.

Au moment de conclure les acheteurs ne mesurent pas le *poids des engagements* qu'ils assument. Ils ne se rendent pas compte que pour épargner 5000 francs, il faut verser 75 francs par mois pendant cinq ans, ou 50 francs par mois pendant sept ans et demi.

L'acheteur *se lie à un marchand*. Quand la somme de l'achat est réunie, il peut choisir les objets qu'il désire. Les contrats précisent: l'acheteur peut choisir librement. Singulière liberté. L'acheteur peut choisir ce que le vendeur voudra bien lui offrir, aux prix que le vendeur voudra bien

lui consentir. On est bien loin, dans la vente-épargne, de la déterminabilité objective de la chose et du prix.

Puis vient la clause, aujourd’hui fréquente, qui prévoit la *conversion* de la vente-épargne en vente à tempérament. Lorsque l’acheteur a versé le quart ou le tiers de la somme de l’achat, il peut demander la livraison et payer le solde par acomptes. Bien entendu, la conversion se fait aux conditions dictées par le vendeur.

En bref, pour l’acheteur, la vente-épargne ne présente aucun avantage appréciable et de multiples dangers. Dans son avant-projet, M. Stofer a tenté de redresser ce bilan. Suivons-le dans sa tentative.

La vente-épargne est, pour l’acheteur, un contrat important et dangereux. Dans neuf cas sur dix, l’acheteur est un jeune homme ou une jeune fille, de vingt-cinq ans au plus. Comment l’obliger à réfléchir avant de se lier.

L’avant-projet soumet la vente-épargne à la *forme écrite* (art. 227a). Depuis qu’on use et abuse des formules de contrat établies par le vendeur, la forme écrite est plus nuisible qu’utile. Il faut autre chose.

Notre co-rapporteur confère à l’acheteur le *droit de répudier* son consentement, dans les trois jours dès la conclusion du contrat moyennant une peine conventionnelle. La peine ne doit pas dépasser le trois pour cent de la somme de l’achat ou cent francs (art. 227i et 226b).

Passé le délai de trois jours, l’avant-projet permet à l’acheteur de *résilier la vente*. Le droit de résiliation est plus cher que le précédent. La peine conventionnelle peut aller jusqu’au dix pour cent du montant à épargner, ou cinq cents francs (art. 227f).

Ces règles allègent la situation de l’acheteur. Elles n’en provoquent pas moins un sentiment de malaise. Ce droit de répudiation, ce droit de résiliation sont exorbitants du droit commun. Même pour une bonne cause, il nous déplait qu’on puisse, à prix fixe, déchirer un contrat.

Pour assurer la *sécurité* des fonds épargnés, M. Stofer (art. 227b) et moi-même proposons que les acomptes de

l'acheteur soient versés à une banque. La banque ouvrirait à l'acheteur un compte qui serait grevé d'un droit de gage en faveur du vendeur. Le postulat de la sécurité reçoit ainsi pleine satisfaction. On ne verra plus les acomptes des acheteurs-épargnants engloutis dans la faillite du vendeur. Malheureusement, l'institution du dépôt d'épargne obligatoire est lourde, compliquée, paperassière. Solution sûre, ce n'est pas une solution élégante.

Pour qu'une vente soit valable, si le prix n'est pas déterminé, il doit être déterminable. Il doit être *objectivement déterminable*. Il ne faut pas qu'une partie puisse le fixer à sa guise. C'est malheureusement ce qui arrive dans la vente-épargne. A cet égard, l'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Treuvag c. Staub est décevant. Il semble trouver normal que les prix pratiqués par le vendeur au moment du choix fassent règle. C'est livrer l'acheteur à l'arbitraire du marchand. Le Tribunal fédéral s'en défend. Les marchands, dit-il, vendent aussi au comptant. Ils doivent aligner leurs prix sur ceux de la concurrence. Rien n'est moins sûr. Du train dont vont les choses, certains marchands vont se livrer exclusivement à la vente-épargne. Avec une clientèle captive d'acheteurs-épargnants, ils n'auront pas à se soucier des prix de la concurrence. Mais, dit encore l'arrêt Treuvag, le marchand est tenu d'exercer ses droits selon les règles de la bonne foi, «nach Treu und Glauben». L'art. 2 du code civil protège l'acheteur. Protection bien incertaine. Où commence l'abus de droit ? A 40% de bénéfice ? A 50% ? A 55% ? Il faudra venir à Lausanne chercher la réponse.

Selon l'avant-projet de M. Stofer (art. 227 e), seront déterminants les prix au comptant les plus bas pratiqués par le vendeur; ils ne devront pas dépasser les prix moyens de la concurrence. Ici encore nous avons une règle qui cadre mal avec le droit commun. Nous ne voyons rien, dans notre législation civile, qui ressemble à cette intervention dans la formation du prix. Au surplus, la règle proposée est d'une efficacité douteuse. Elle suppose que le vendeur pratique aussi la vente au comptant. Ce n'est pas nécessairement le

cas, nous l'avons déjà vu. De plus, le prix au comptant le plus bas pratiqué par le vendeur n'est pas facile à déterminer. Ce prix n'est évidemment pas le prix affiché. Dans les ventes au comptant, les marchands accordent des rabais. Comment l'acheteur-épargnant pourrait-il connaître à coup sûr l'importance de ces rabais ? Quant au prix moyen pratiqué par la concurrence, il est également difficile à établir. Le juge commettra un expert. Voilà un important procès en perspective. L'acheteur-épargnant n'osera pas s'y lancer. Jeune homme de condition modeste, il reculera devant les délais et les frais. Il acceptera – en soupirant – les prix du vendeur.

En voilà assez sur la déterminabilité du prix. Ce que nous en avons dit vaut aussi, mutatis mutandis, pour la déterminabilité de la chose.

Le temps nous manque pour épuiser la liste des dispositions protectrices prévues par l'avant-projet. Nous y trouvons une règle qui permet au juge d'accorder des *facilités de paiement* à l'acheteur-épargnant (art. 226k et 227i), un article restreignant la *cession de salaire* dans le cadre de la vente-épargne (art. 226e et 227i), des dispositions spéciales sur la *durée du contrat* et sur les *effets de la demeure* (art. 227g et 227h).

Il est temps de conclure.

Il n'est guère possible de faire plus ou mieux que ne l'a fait notre co-rapporteur pour améliorer la vente-épargne. Pour autant, elle ne deviendra pas une institution socialement utile, qui réponde à un besoin sérieux et réel de nos concitoyens. L'avant-projet arrive tout au plus à en atténuer les défauts les plus criants, à la rendre à peu près inoffensive. Et à quel prix ? Au prix de règles exorbitantes de notre droit privé, de règles qui sacrifient le principe «*pacta sunt servanda*», qui font violence au principe de la déterminabilité objective du prix, qui font intervenir le législateur et le juge dans la formation du prix, de règles, en un mot, qui constituerait pour l'avenir de notre droit privé un dangereux précédent. La vente-épargne n'est pas

digne d'un tel sacrifice. Il faut poser très sérieusement cette question: la meilleure loi fédérale sur la vente-épargne ne doit-elle pas tenir en un article et quatre mots:

*«La vente-épargne est interdite».*

Zivilgerichtspräsident Dr. *H. Stofer*, Berichterstatter, Basel:

Jede rechtliche Beurteilung des Abzahlungsgeschäftes hat von dessen wirtschaftlicher Funktion auszugehen, den Bedarf minderbemittelter Leute an Produktiv- und Gebrauchsgütern zu decken und anderseits den Absatz von Handel und Industrie zu vermehren. Für den Gesetzgeber ist damit das Ziel gesteckt, ein Vertragsinstrument zu formen, das den Sozialschutz gewährleistet sowie die legitimen Belange der Verkäufer und die Interessen der Volkswirtschaft wahrt. Diese Aufgabe ist schwierig infolge der Mannigfaltigkeit der Finanzierungsmethoden und Vertriebsarten der Abzahlungsgeschäfte sowie des Wandels der wirtschaftlichen Bedeutung, den diese nach der jeweiligen Wirtschaftslage erfahren; so hat man bei jedem Postulat zu prüfen, ob der damit bezweckte Sozialschutz wirksam und durchführbar ist, ohne den Erwerb notwendiger oder nützlicher Güter zu verhindern oder zu verteuern, und ohne den Handel schikanös zu erschweren.

Im einzelnen erstrebt die Neuordnung zunächst eine Klarlegung der Kreditbedingungen; diese bildet den Hauptzweck der Formvorschriften. Sodann soll der Käufer vor einem unbedachten Vertragsabschluß bewahrt werden; hiezu dienen Widerrufsrecht und Anzahlungsgebot. Weiterhin ist die Kreditauswahl zu verbessern und die Wirtschaftlichkeit des Kredites zu sichern; hiefür sind Anzahlungsgebot und eine Beschränkung der Vertragsdauer vorgesehen. Einige weitere Rechtsinstitute verstärken im allgemeinen die Rechtsstellung des Schuldners, so die Begrenzung der Lohnabtretung, der Barauskauf und das Ver-

bot des Verzichts auf Einreden bei Abtretung des Kaufpreises. Endlich wird der Schutz des Käufers beim Verzug erweitert, insbesondere durch ein richterliches Stundungsrecht und ein Verbot von Gerichtsstandsklauseln. Dem Zwecke eines einleitenden Referates entsprechend kann ich hier nur kurz auf die wichtigsten Vorschläge eingehen, d. h. auf die Formvorschriften, das Widerrufsrecht, das Anzahlungsgebot und die Begrenzung der Vertragsdauer. So bedeutsame Probleme wie der Geltungsbereich und die analoge Anwendung des Gesetzes müssen unerörtert bleiben. Ebenso wenig nehme ich hier zur Frage Stellung, ob ein Bedürfnis nach einer Gesetzesreform bestehe; ich bejahe sie aus voller Überzeugung und verweise im übrigen auf meinen Bericht, dem ich in diesem Punkte nichts beizufügen habe.

Beim Katalog der *Formvorschriften* des Vorentwurfes, der ausdrücklich die Bezeichnung des Barpreises, Teilzahlungszuschlages, Gesamtpreises, sowie der Zahl und Höhe der Raten verlangt, beschränke ich mich auf einige wenige Ausführungen. Hier sind Phantasienamen und -Firmen sowie Postfachadressen auszuscheiden; deshalb wird die Angabe des Namens und Wohnortes der Parteien vorgeschrieben. Auch ist die Lieferzeit zu vermerken im Hinblick auf die Leistung der Anzahlung und die Begrenzung der Vertragsdauer. Die Angabe des Zinsfußes des Teilzahlungszuschlages soll dem Kunden zeigen, wie teuer der Kredit in Wirklichkeit ist, und verhindern, daß die Verkäufer bei Stundung oder Verzug den Käufer bewuchern, indem sie nach Empfang eines großen Teils des Kaufpreises Verzugszinsen von der ursprünglichen Restkaufpreisforderung berechnen, z. B. bei einem Rückstand von Fr. 500.– einen Zins ab Fr. 3000.– fordern. Beim Kauf eines Rasierapparates zum Preis von Fr. 50.–, zahlbar in drei Monatsraten, wirkt die Angabe des Zinsfußes von 50% für den Teilzahlungszuschlag von Fr. 4.– komisch, wie der Herr Korreferent zutreffend bemerkt. Bei Möbeln, die das 10- oder 100fache kosten, vergeht jedoch dem Käufer das Lachen, wenn er merkt, daß der durchschnittliche Jahreszinssatz für den

Zuschlag über 50% des jeweiligen Restkaufpreises beträgt. Lehnt man die Angabe des Zinses für den Teilzahlungszuschlag ab, so sollte man doch zur Vermeidung grober Mißbräuche die Mitteilung des bei Stundung oder Verzug geforderten Zinses verlangen. Wenn der Vorentwurf ferner zur Sichtbarmachung des Unterschieds zwischen einem Bar- und einem Abzahlungskauf die Angabe des Barkaufpreises verlangt, so garantiert dies dem Kunden nicht immer, daß ihm der «wirkliche» Barpreis berechnet wird; ob dieser versprochen wird, hängt von den Umständen ab. Man wird eine derartige Garantie beim Ladenkauf annehmen, beim Gelegenheitskauf dagegen nicht voraussetzen können, würde es doch den Handelsbräuchen zuwiderlaufen, müßte der Verkäufer stets von allen seinen Kunden die gleichen Preise fordern.

Der Vorentwurf hat ursprünglich auch eine Erweiterung der *Wucherbestimmungen* empfohlen zur Gewährleistung angemessener Preise und Zuschläge, doch fanden diese Anregungen keine Gegenliebe. Offenbar sind die Wucherer ausgestorben; die Kriminalstatistik, die höchstens 4 bessere Wucherfälle im Jahr enthält, beweist es.

Auch das Postulat der *Zustimmung beider Ehegatten* wurde fallen gelassen, denn es hätte häufig den Frieden der Ehe gefährdet und den Vertragsabschluß zu sehr gehemmt, besonders wenn Eheleute getrennt leben, was heute, wo man alte Vorurteile durch neue ersetzt hat, sehr häufig vorkommt.

Dagegen empfehle ich Ihnen nachdrücklich die Einführung eines *Widerrufsrechtes* des Käufers zur Abwehr gegen die modernen Werbemethoden, die bald mit dem Raffinement psychologischer Schulung, bald mit den plumpsten Mitteln auf primitive Gemüter einwirken. Das Widerrufsrecht verschafft dem Käufer eine Bedenkzeit zur Überprüfung des Vertrages und zur Beratung mit andern, insbesondere dem Ehepartner; es verstärkt die Wirkung der Formvorschriften, gestattet eine unüberlegte Bindung zu lösen und schützt manchen, der seine Anzahlung mit leich-

ter Hand geleistet hat und seinen Kauf bereut, nachdem ihm nachträglich die Erleuchtung gekommen ist.

Die Einwendungen gegen dieses Recht sind trotz aller Bedenken nicht stichhaltig. Im allgemeinen entstehen durch einen Widerruf fast keine Umtriebe; wird die Ware ausnahmsweise sofort geliefert, sind sie nicht größer als beim Kauf auf Probe oder beim Versandgeschäft, wo eine Rücknahme zum alltäglichen Risiko gehört. Der Grundsatz *pacta sunt servanda*, der uns allen teuer ist, wird hier so wenig verletzt wie bei Auflösung eines Auftrages, eines Werk- oder Lebensversicherungsvertrages. Wenn die Verkäufer in 40% der Fälle den Käufer sofort verpflichten, sich selbst aber die Genehmigung des Vertrages vorbehalten (natürlich ohne Reugeld), hat bisher niemand erklärt, dies schwäche das Vertrauen in das gegebene Wort. Wer ferner ein Reugeld zahlen muß, weiß, daß eine Unterschrift etwas kostet. Das Reugeld ist übrigens möglichst niedrig zu halten, würde doch sonst die Befugnis, den Vertrag aufzulösen, entwertet.

Das Widerrufsrecht bildet eine wichtige Ergänzung zum *Anzahlungsgebot* des Vorentwurfes, wo, wie im dänischen Gesetz von 1954 und in der Regulation W in USA, die Anzahlung noch bis zur Lieferung erbracht werden kann. In USA hat man mit diesem Anzahlungssystem beim Koreakrieg die Abzahlungsgeschäfte um etwa 4 Milliarden Dollar gedrosselt. Man hemmt damit einen Käufer unmittelbar, der eine Sache sofort oder innerhalb einer kurzen Zeit beziehen will, wie dies meistens zutrifft nach meinen Feststellungen bei Prüfung von einigen hundert Verträgen. Auch ein triebhafter oder leichtsinniger Käufer hat kein Interesse an einem sofortigen Kauf, wenn er die Ware doch nicht sogleich oder in der gewünschten Zeit erhält, weil er die Anzahlung nicht besitzt. Der Kunde ist jedoch an der Eingehung einer sofortigen Verpflichtung nicht stark behindert, wenn er über die Anzahlung noch nicht verfügt, aber eine Ware erst nach längerer Zeit beziehen will und sich die Anzahlung bis dahin noch beschaffen kann. Bedingt

indessen die Marktlage infolge einer Warenknappheit lange Lieferfristen oder ist die Kaufsache erst herzustellen oder herzurichten oder besteht ein dringender Bedarf, wie bei Brautleuten, die es eilig haben, hat der Abzahlungskäufer ein erhebliches Interesse an einem sofortigen Vertragsabschluß und an der Möglichkeit, die Anzahlung bis zur Übergabe zu begleichen, da er sich sonst oft nur unter erschweren Bedingungen eindecken könnte. Er sollte auch nicht von Gesetzes wegen gezwungen sein, ohne Sicherheit die Anzahlung von einem Viertel des Kaufpreises hinzugeben, sind doch bei Verträgen über Fr. 5000.– oder Fr. 10000.– die Risiken nicht mehr gering. Die Lösung des Vorentwurfes nimmt auf den Detailreisehandel Rücksicht, trotz vieler Machenschaften, die hier geschehen, weil man diese Vertriebsart nicht überall entbehren kann und nicht derart erschweren sollte, daß auch bei gutem Willen das Anzahlungsgebot nur mühsam eingehalten werden könnte. Hier besteht ohnehin bei langen Lieferfristen die Gefahr, daß Reisende den Käufer zum Abschluß eines Barkaufs überreden mit allerlei vagen Versprechungen über allfällige Zahlungs erleichterungen. Beim Versandgeschäft wird, wenn die Anzahlung nach der Lieferung, aber vor dem Vertragsabschluß geleistet wird, das Gesetz nicht verletzt, weil ja vor Vertragsabschluß kein Anzahlungsgebot besteht, keine Erfüllung stattfindet und keine eigentumsgleiche Benützung gegeben ist; macht man hier die Anzahlung zur aufschiebenden Bedingung des Vertrages, so ist der Zweck des Anzahlungsgebotes erfüllt, wenn sie vor oder mit dem Vertragsabschluß entrichtet wird.

Lehnt man das Widerrufsrecht ab, dann hat man das Anzahlungsgebot zu verschärfen und, wie dies der Herr Korreferent in erster Linie vorschlägt, die *belgische Lösung* in Erwägung zu ziehen, wonach die Anzahlung eine aufschiebende Bedingung der Gültigkeit des Vertrages darstellt; ohne totale Anzahlung kein Vertrag, keine Bindung der Parteien, gleichgültig ob geliefert wurde, kein Anspruch auf Anzahlung, kein Verzug mit der Anzahlung. Diese ein-

fache Regelung erweckt doch erhebliche Bedenken. Verweigert hier der Verkäufer nicht sofort einen Vertragsabschluß ohne sofortige totale Anzahlung, führt dieses System zu vielen Umtrieben. Hier ist eher Gelegenheit geboten, lateinisch zu reden und den Grundsatz *pacta sunt servanda* als gefährdet zu erachten. Wie viele Versprechungen, die Anzahlung zu leisten und wie viele Zusagen, die Kaufsache aufzubewahren, werden hier gebrochen werden! Klärt das Widerrufsrecht in Kürze die Gültigkeit des Vertrages ab, wobei meistens ein Reugeld zu begleichen ist, so wirkt sich die belgische Regelung wie ein unbefristetes Genehmigungsrecht des Käufers aus, das alles in der Schwebe läßt und den Verkäufer in seinen Verfügungen behindert. Dazu kommt, daß das Anzahlungsgebot an sich auch in der schärfsten Form kein Allheilmittel darstellt, da es nicht vor einem ungünstigen Kauf und dem Erwerb von Luxusgegenständen bewahrt, nicht die Prüfung des Vertrages erleichtert und keine Befreiung von einer unklugen Bindung gestattet; sehr oft, besonders bei kleinen Kaufpreisen, wird die Anzahlung infolge hoher Löhne der Käufer mühelos geleistet, bildet also kein Hemmnis gegenüber den Lockungen von Reisenden und Verkäufern; überdies wird das Gebot als unbeliebtes Hindernis nicht selten umgangen werden. Deshalb sollte man nicht alles auf diese eine Karte setzen.

Der Herr Korreferent bezeichnet die *Sanktion* der *relativen Nichtigkeit* bei Verletzung des Anzahlungsgebotes als drakonisch und bedauert den Verkäufer, der seinen Möbelwagen beim Schuldner entlädt, ohne die Anzahlung zu erhalten. Dieser Möbelwagen fährt nicht; und wenn er doch fährt, hat der Verkäufer einen guten Teil der Anzahlung erhalten, so daß sein Risiko nicht mehr groß ist, und im extremen Fall mag der Verkäufer in einem Mal büßen für seine andern, straflosen Umgehungsgeschäfte. Im übrigen erwächst nach der belgischen Regelung dem im eigenen Interesse gutmütigen Verkäufer in solchem Falle kein geringer Schaden, wenn er nach monatelanger Benützung

durch den Käufer die Ware wieder abholen muß unter Rückgabe des bisher geleisteten Teils der Anzahlung.

Eine dritte Variante, wonach der Verkauf *unheilbar nichtig* ist, wenn beim Vertragsabschluß die Anzahlung nicht oder nicht ganz beglichen wird, hätte unbillige Folgen, wenn der Richter die Nichtigkeit nach langer Vertragsdauer feststellte und die Vorschriften über eine ungerechtfertigte Bereicherung anwendete. Dabei wäre der Verstoß manchmal entschuldbar; so, wenn der Verkäufer seinem Kunden beim Vertragsabschluß eine kurze Frist zur Beibringung eines kleinen Restes der Anzahlung bewilligte.

Das Anzahlungsgebot wird durch die Begrenzung der Vertragsdauer verschärft. Bei billigen Gegenständen spielt die *gesetzliche Laufzeit* von  $2\frac{1}{2}$  Jahren keine große Rolle. Beim Erwerb höherwertiger Güter ist jedoch die Vertragsdauer sehr wichtig, wird doch dadurch auch die Zahl und Höhe der Raten bestimmt, die der Käufer aufzubringen hat. Häufig entscheidet bei einem gewiegten Abzahlungskäufer gerade die Höhe der Monatsrate über den Entschluß zum Kauf. Wieviel ein normaler Käufer von seinem Einkommen monatlich für einen Abzahlungskauf abzweigen kann, dafür bestehen Faustregeln, bei deren krasser und offenkundiger Mißachtung ein Umgehungsgeschäft anzunehmen ist. Man verhindert so Geschäfte, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Kunden in starkem Maße übersteigen. Das Postulat bedingt eine seriöse Kreditprüfung, das A und O jedes einwandfreien Abzahlungsgeschäftes.

Für Anzahlungsgebot und Vertragsdauer sind zunächst einheitliche *Ansätze im Gesetz* festzulegen. Für die Bemessung der Anzahlung sollte der Barkaufpreis maßgebend sein, weil man bei Zugrundelegung des Gesamtkaufpreises das Geschäft meistens um ein geringes verteuern und dem Käufer die Überprüfung erschweren würde. Zur Anpassung an die Gegebenheiten bei den einzelnen Wirtschaftszweigen ist jedoch eine *Verordnung* notwendig, sonst müßte man öfters das Gesetz ändern, was zu umständlich wäre. Bei

einer Depression kann nicht das Gleiche gelten, wie bei einer Hochkonjunktur, und wo die Gefahr einer Krise besteht, erfordert auch der Sozialschutz höhere Anzahlungen, damit der Käufer bei einer Verminderung seines Einkommens weniger gefährdet ist.

Eine wichtige Neuerung bildet die Regelung der *Kreditgeschäfte*. Wo eine Bank mit dem Verkäufer zusammenarbeitet, insbesondere die Kaufpreisforderung erwirbt, sind Ratendarlehen notwendigerweise als Abzahlungsverträge zu behandeln. Andernfalls wäre der Sozialschutz in hohem Maße gefährdet, da häufig weder der Kaufvertrag noch das Darlehen für sich die Merkmale eines Teilzahlungskaufes besitzt, wobei jedoch beide völlig aufeinander abgestimmt sind und wirtschaftlich auf ein Abzahlungsgeschäft abzielen.

Große Schwierigkeiten entstehen bei Darlehen, an deren Verwendungszweck für den Erwerb beweglicher Sachen die Bank nicht interessiert ist, weshalb keine Verbindung zwischen Bank und Verkäufer besteht; hier ist gewöhnlich der Darlehensbetrag niedrig, so daß man auf einen Eigentumsvorbehalt verzichtet. Gibt man diese Darlehen frei, ist das Anzahlungsgebot gefährdet; verbietet man die Hingabe der Anzahlung durch persönliche Kredite, wird das Gebot oft verletzt im Einvernehmen beider Parteien. Nach dem Vorbild der USA, von Belgien und Frankreich verlangt auch der Vorentwurf hier die Einhaltung des Anzahlungsgebotes, obschon diese Vorschrift problematisch ist. Derartige Darlehen werden in steigendem Maße statt offener Warenkredite bewilligt; sie bilden den neuralgischen Punkt jeder Gesetzgebung über Abzahlungskredite für Waren. Immerhin wird ein Verbot im großen und ganzen eingehalten; es hemmt die öffentliche Anpreisung von Krediten zur Umgehung der Anzahlungspflicht und zwingt die Bank zu einer vorsichtigen Kreditgewährung. Wollte sie systematisch Warenkredite als persönliche Teilzahlungsdarlehen ohne Einhaltung des Anzahlungsgebotes leihen, so könnte sie bei einer Einvernahme ihrer Angestellten als Zeugen im Prozeß mit manchen Risiken rechnen. Ferner liegt es im

Zuge der Entwicklung, die Teilzahlungsbanken öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu unterstellen, womit ein zivilrechtliches Verbot mehr Gewicht erhält.

Es sei noch ein kleiner Seitenblick auf das *Verbot der Gerichtsstandsklausel* gestattet. Hier hält der Herr Korreferent das Verbot im Handelsreisendengesetz für ausreichend. Ich kann ihm nicht folgen, mußte ich doch an einem Morgen zehn Klagen beurteilen, die die Lausanner Filiale eines Möbelhauses auf Grund eines Kompromisses in Basel gegen ihre im Kanton Waadt wohnhaften Käufer angehoben hatte.

Kurz ein Wort zum Vorschlag des Herrn Korreferenten auf Einführung einer *Mobiliarhypothek*. Bei dieser kann zwar der Verkäufer durch eine Betreibung auf Pfandverwertung seine Rechte auf eine einfachere Weise geltend machen als beim Eigentumsvorbehalt; das Ergebnis ist jedoch für den Käufer viel ungünstiger. Man drückt hier dem Verkäufer eine scharfe Waffe in die Hand, weil er bei einer ordnungsgemäßen Betreibung dem Käufer stets die Kaufsache entzieht, indem er sie versteigern läßt, wobei auf der Gant meistens nur ein Schleuderpreis erzielt wird; wenn immer möglich ersteigert der Verkäufer die Kaufsache wieder und beansprucht nachher den Restkaufpreis, womit er ein Maximum herausholt. Demgegenüber hat der Käufer beim Eigentumsvorbehalt oft die Möglichkeit, nach Rückgabe der Sache und Begleichung eines angemessenen Mietzinses von weiteren Ansprüchen befreit zu werden. Auch sonst bietet die *Mobiliarhypothek* gegenüber dem Eigentumsvorbehalt keine Vorteile. So ist vor allem der vom Herrn Korreferenten empfohlene Aufschub im Betreibungsverfahren für den Abzahlungskäufer völlig ungenügend. Fordert der Verkäufer beim Verzug auf Grund der Fälligkeitsklausel den Restkaufpreis aufs Mal, so sollte der Schuldner diesen bei einem Aufschub durch den Betreibungsbeamten oft viel rascher bezahlen als bei einer normalen Vertragserfüllung; wie könnte er jedoch z. B. Fr. 2000.–, für die er nach Vertrag 20 Monatsraten zu Fr. 100.– hätte aufwenden müssen, in 8 Raten zu Fr. 250.– tilgen.

Derartiges ist meistens ein Ding der Unmöglichkeit. Da lob ich mir das im Vorentwurf vorgeschlagene *richterliche Stundungsrecht*, das gerade hier unentbehrlich wäre, da es eine Anpassung des Vertrages an die Vermögenslage des Schuldners gestattet. Die Zuständigkeit des Richters für diese Stundung ergäbe sich aus der kantonalen Prozeßordnung. Die Gerichtskosten sind übrigens beim Streit um den Eigentumsvorbehalt meistens gering, weil die Parteien ihre Sache selbst vertreten und sich auf den Einzelrichter einigen. Auch könnte man das Befehlsverfahren bei einer Mobiliarhypothek nicht entbehren, wollte man die Rechte des Verkäufers nicht gefährden. Man denke an die Weiterbenützung von nicht bezahlten Automobilen. Den Ersatz des Eigentumsvorbehalts, der sich seit 46 Jahren eingelebt hat, durch eine Mobiliarhypothek kann ich daher nicht empfehlen.

Nun noch einiges über den *Vorauszahlungsvertrag*. Hier interessiert vor allem der Sparvertrag, der den meisten Anfechtungen ausgesetzt ist. Das System des Zweck- und Zwangsparens ist bei der Vielzahl von kleinen Raten und wegen des Unterhaltes eines Mahnwesens unwirtschaftlich und verteuert die Ware. Selbst beim reinen Geldsparen könnte unter diesen Bedingungen kein wesentlicher Zins bezahlt werden. Der Sparvertrag rentiert nur, weil die Gewinnspanne des Händlers groß ist und der Barkäufer mitbelastet wird. Der Verkäufer, der inskünftig keinen Betriebskredit mehr erhält, hat nur den Vorteil, sich für die Zukunft seine Kundschaft zu sichern. Der Käufer hingegen besitzt an einer Bindung kein wirtschaftliches, aber öfters ein psychisches Bedürfnis: Wie beim Abzahlungserwirbt er auch beim Sparvertrag vielfach ein höherwertiges Gebrauchsgut, statt sein ganzes Einkommen zu verbrauchen. Auch ist es im ganzen doch vorteilhafter, vorauszu-zahlen, als auf Abzahlung zu kaufen mit hohen Zuschlägen. Ein Verbot der Sparverträge läßt sich daher mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht vereinbaren, der solange aufrecht zu erhalten ist, als sich ein Rechts-

institut zweckmäßig regeln läßt. Sichert man aber die Vorauszahlungen und erhält der Käufer ein angemessenes Widerrufs- und Kündigungsrecht, sind die wichtigsten Mängel der Sparverträge behoben. Man kann dann nicht behaupten, diese verstießen gegen elementare Grundrechte der Sparer, werden sie doch vom Bundesgericht und sogar vom Appellationsgericht in Basel in der heute üblichen, viel gefährlicheren Form grundsätzlich geschützt. Ein Verbot läßt sich deshalb nicht hinreichend rechtfertigen; allenfalls wäre die Vertragsdauer an die des Abzahlungsvertrages anzupassen und dem Käufer ein Wahlrecht zu versagen, so daß nur noch ein Spezies- und ein gewöhnlicher Gattungskauf statthaft wäre.

Die meisten Mißbräuche geschehen beim *Abschluß* eines Sparvertrages, wo der Käufer dem konzentrierten Angriff von Reisenden ausgesetzt ist. Über die Methoden des Kundenfangs weiß jedermann Bescheid. Ich verzichte daher auf die Wiedergabe von Anekdoten. Als Gegengewicht schlägt der Vorentwurf das Widerrufsrecht in Verbindung mit einem Reugeld vor; man könnte auch eine obligatorische Anzahlung beim Vertragsabschluß fordern.

Für die *Sicherung der Vorauszahlungen* erscheint die Anlage auf einem nach dem Bankengesetz privilegierten Sparheft als angemessen. Dabei darf die Bank nicht mit dem Verkäufer wirtschaftlich identisch sein, damit sie die Spargelder in ihrem und nicht im Interesse des Verkäufers weiter verleiht. Die juristische Konstruktion, nach der die Bank als Pfandhalter fungiert, ist praktisch durchführbar. Der Herr Korreferent schlägt für die Zwangsvollstreckung eine Betreibung auf Sicherstellung vor. Statt dieses gestrandete Rechtsinstitut wieder flott zu machen, wäre es einfacher, wenn die Bank den Verkäufer zu einer gewöhnlichen Betreibung ermächtigte mit der Verpflichtung, den Erlös ihr abzuliefern. Für die Zwangsvollstreckung seitens eines Dritten gegen Käufer, Verkäufer und Bank verweise ich auf meinen Bericht. Der Herr Korreferent macht darauf aufmerksam, daß Sparguthaben gesuchte Pfändungsob-

ekte bildeten; so könne ein Gläubiger des Sparers für eine Forderung von Fr. 300.– eine Vorauszahlung von Fr. 800.– pfänden lassen, wobei der Schuldner das Reugeld von 10% der Vertragssumme verliere. Derartige Unzukömmlichkeiten sind unvermeidlich. Die Folgen wären aber kaum anders, wenn beim Käufer für eine Forderung von Fr. 300.– Möbel oder ein Radio gepfändet würden, die er für Fr. 800.– gekauft hat. Meistens kann der Schuldner, der wegen Fr. 300.– betrieben wird, auch seinen Sparvertrag nicht mehr einhalten, so daß er sein Reugeld infolge seines Verzuges einbüßt unter Befreiung von weiteren Verpflichtungen. Auch der Rückkauf einer Lebensversicherung führt zu beträchtlichen Verlusten. Im übrigen begibt sich der Sparer zum Betreibungsbeamten, der ihm gestattet, die Fr. 300.– in 8 Raten zu Fr. 37.50 abzustottern, so daß er den Sparvertrag beibehalten kann. Im schlimmsten Fall aber springt er, um mit dem Herrn Korreferenten zu reden, noch ins Ungewisse und bittet den Richter um Stundung seiner Sparvertragsraten.

Ein *Kündigungsrecht* wird nur beim langfristigen Sparvertrag zugelassen, da der Käufer meistens bei einem unterjährigen Vertrag seine Bedürfnisse überblickt. Die Höhe des Reugeldes von 10% sollte nicht überschritten werden, weil dieser Ansatz für den Sparer gewöhnlich eine schwere Last darstellt; ein Reugeld von 10% entspricht dem Verlust einer Jahresprämie bei Auflösung eines 10jährigen Lebensversicherungsvertrages nach Jahresfrist; es scheint mir daher nicht unangemessen zu sein. Ein großer Möbelhändlerverband hat im letzten Jahr festgestellt, ein Reugeld von 10–12% bilde eine ausreichende Entschädigung. Als jedoch das Bundesgericht im bekannten Fall Treuvag und Brunner gegen Staub (BGE 84 II 13 ff.) ein Reugeld von 18% als recht und billig erachtete, haben verschiedene große Möbelfirmen Mut gefaßt, ihre Sparverträge wieder abgeändert und die Vertragsbedingungen zu Lasten der Käufer verschärft.

Endlich noch einige Worte zur *Vertragsdauer*. Hier schlägt der Vorentwurf 5 Jahre vor, also etwa doppelt so-

viel als die maximale Laufzeit beim Abzahlungsvertrag. Dabei ist der Käufer verpflichtet, pausenlos zu sparen, ansonst er nur für die im Vertrag vorgesehenen Raten Waren zu beziehen hätte. Man verlangt indessen oft eine längere Vertragsdauer, da die Sparer monatlich nur etwa Fr. 50.– aufbrächten, so daß sie die übliche Sparsumme von Fr. 5000.– in 5 Jahren nie erreichten. Dieser Betrag sei notwendig zur Beschaffung einer angemessenen Aussteuer, ferner komme der Einsatz von Reisenden zu teuer bei niedrigeren Sparsummen. Ich kann mich mit einem Sparvertrag, der 5 Jahre überdauert, nicht befreunden, muß der Käufer doch oft vorzeitig einen Abzahlungsvertrag abschließen, wobei die ganze Sparsumme von Fr. 5000.– erschöpft wird, obschon er sich mit wesentlich weniger bescheiden sollte. Bei einer Laufzeit von 5 Jahren sind die wirtschaftlichen Verhältnisse im allgemeinen und beim Verkäufer mit denen beim Vertragsabschluß noch vergleichbar, was für Art und Güte der Ware des Verkäufers und dessen Preisgestaltung wesentlich ist. Auch erweckt ein zu langes Zwangssparen auf die Dauer Widerwillen und hindert die Befriedigung anderer Bedürfnisse. Außerdem sollte man m.E. die Sparverträge drosseln. Wenn Großfirmen heute 70% ihres Umsatzes mit Sparverträgen erzielen, 12% mit Bar- und 18% mit Abzahlungsgeschäften, so ist dies eine ungesunde Entwicklung, bei der der Ausdehnungsdrang überbordet.

Zum Schluß möchte ich betonen, daß man bei den Reformbestrebungen eine privatrechtliche Lösung gewählt hat ohne Kontrollen, amtliche Formulare, Ausweise, Register, Normalverträge, ohne Konzessionen und Strafbestimmungen. Bei aller Beschränkung der Vertragsfreiheit wird der Käufer nicht bevormundet, sondern eine freiheitliche Ordnung vorgeschlagen. Möge dieser Versuch sich bewähren.

M. *Emile Thilo*, avocat, ancien greffier au Tribunal fédéral, rédacteur du *Journal des Tribunaux*, Lausanne:

Permettez-moi de rappeler qu'il y a 53 ans notre société, lors de son assemblée à Altdorf, avait pour thème de discussion celui que nous abordons aujourd'hui, à savoir «La vente à tempérament de lege ferenda». Les travaux de cette assemblée ont trouvé leur écho dans le code civil (art. 715 et 716) et dans le code des obligations (art. 226 à 228). Je forme le vœu que les débats de ce jour trouvent le même écho auprès du législateur.

Beaucoup de gens insistent sur les ombres de la vente à tempérament et de la «vente-épargne». Mais il y a aussi des lumières. D'abord, elles répondent à un besoin réel. L'achat au comptant est évidemment la meilleure solution. Malheureusement, il n'est pas à la portée de toutes les bourses. Et l'épargne, qui est une grande vertu, n'est pas à la portée de tous les caractères. De plus, elle ne résout pas le problème de celui qui doit se procurer une machine ou un instrument de travail dont il a besoin immédiatement et qu'il ne pourra payer qu'avec le produit de son activité. Dans ce cas, la vente à tempérament répond à une nécessité. Elle implique évidemment le *crédit*, et qui dit crédit dit *garantie*. Or le crédit sera d'autant meilleur et meilleur marché que la garantie sera plus efficace. La réserve de propriété est propre à jouer ce rôle; l'expérience l'a montré.

Quant à la vente-épargne, si décriée par certains, elle présente aussi des avantages pour celui qui peut attendre avant de faire son achat. Le vendeur lui verse notamment un supplément d'intérêt qui n'est pas toujours, comme on le dit, un cadeau illusoire. Je puis citer un exemple précis. J'ai acheté au comptant un article que j'ai payé fr. 1500.-. Le vendeur a refusé de m'accorder un escompte. Si j'avais constitué un capital de fr. 1500.- par le système de la vente-épargne, en versant fr. 25.- par mois, j'aurais pu choisir au bout de cinq ans auprès de la même maison de la mar-

chandise pour une valeur de fr. 1717.—. Je ne vois pas ce qu'il y aurait de malsain dans cette opération.

En terminant, j'exprime l'espoir que le législateur nous donnera une «loi» qui pose les principes et non un règlement qui se perd dans les détails, ce qu'on voit malheureusement trop souvent de nos jours. Laissons le soin des «prescriptions» au Conseil fédéral (ordonnances) et aux cantons (police du commerce).

Rechtsanwalt Dr. *Georg Gautschi*, Zürich:

Es besteht Übereinstimmung darüber, daß die Abzahlungs- und namentlich die Sparkäufer des Schutzes bedürfen. Diesem Zwecke dienen alle Revisionsvorschläge.

In der Praxis sind Spar- und Abzahlungsverträge fast durchwegs auf gedruckten *Formularen* verurkundet. Im Auftrage des Verkäufers von Juristen ausgeheckt, berücksichtigen diese einseitig das Verkäuferinteresse. Man kennt die endlosen «Allgemeinen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen», die vom Durchschnittskäufer vor Vertragsabschluß selten gelesen und noch seltener verstanden werden. Die Regeln über den Willenskonsens für den Vertragsabschluß funktionieren daher nur unvollkommen. Ich habe in einer Abhandlung von Radbruch gelesen, unser Privatrecht stelle sich das Rechtssubjekt immer noch als bonus pater familias vor, der seine Interessen selbst wahren könne. Wenn dieses Bild irgendwo nicht zutrifft, dann beim durchschnittlichen Abzahlungs- oder Vorauszahlungskäufer.

Der Vertragsschluß erfolgt zumeist durch Vermittlung von Vertretern, die auf Provision arbeiten. Dem Interesse der schwächsten Vertragspartei stehen also gegenüber:

1. das Interesse des Verkäufers an Massenumsätzen, das mit der Automation der Güterherstellung in geometrischer Progression steigt, namentlich, wenn den Verkäufer seinerseits eine Abnahmepflicht drückt;
2. das Interesse des Vertreters an den Provisionen, oft für diesen eine Existenzfrage.

Beim *Sparkauf* ist das Schutzbedürfnis des Käufers so ausgesprochen, daß der Berichterstatter französischer Zunge das Verbot vorschlägt. Es sind zwei weniger radikale Maßnahmen denkbar. Beide haben in der Praxis ihre Schutzfunktion bewährt. Der Sparkäufer verpflichtet sich in langfristiger Bindung, eine, meist nicht eindeutig bestimmte, Sache oder Sachgattung, Gegenstände aus einer gewissen Auswahl, zu erwerben. Ändern sich während der langen Vertragsdauer seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, oder macht die technische Entwicklung den Kaufgegenstand nicht mehr begehrenswert, so fällt das Erwerbsinteresse fort, für das relativ große Opfer gebracht worden sind. Das Geschäft kommt dem nahe, was das österreichische ABGB einen Hoffnungskauf nennt. Für die Unterart des Erbschaftskaufs wird dort die *öffentliche Beurkundung* gefordert, die wir für die Bürgschaft verlangen. Das Schutzbedürfnis ist beim Sparkauf nicht geringer als bei der Bürgschaft. Die Erfahrungen mit dem revidierten Bürgschaftsrecht beweisen, daß mit dem Erfordernis der öffentlichen Beurkundung, zu dem unter Umständen noch das der Zustimmung des andern Ehegatten tritt, einer Entwicklung gesteuert werden konnte, die sich zu einem Landesübel auszuwachsen drohte.

Es besteht aber noch eine andere Erfahrung, deren Auswertung eine allgemeine Lösung brächte. Zu Beginn des Jahrhunderts wurde für das Gebiet der Privatversicherung das VVG erlassen, ein Spezialgesetz, das viele zwingende Bestimmungen zum Schutze des Versicherungsnehmers enthält. Auch der Versicherungsnehmer bezahlt eine zukünftige unsichere Gegenleistung zum voraus. Auch der Versicherer wirbt mit dem Einsatz von Agenten um stereotyp Massenverträge. Man erachtete hier den Schutz durch die Norm und ihre richterliche Anwendung als ungenügend. Man schuf eine *prophylaktische Kontrolle* durch das Versicherungsamt, das u.a. die allgemeinen Versicherungsbedingungen auf ihre Übereinstimmung mit dem Wortlaut und Sinn des Gesetzes prüft. Eine ähnliche Kontrolle sollte

den gewerbsmäßigen Betrieb des Vorauszahlungs- und Abzahlungsgeschäftes und die gewerbsmäßige Belehnung solcher Geschäfte erfassen. Die Belehnung wird heute meist bankmäßig betrieben, ohne daß die Institute der Bankenkontrolle unterstünden, weil sie keine Publikumsgelder annehmen. Die Praxis gewisser Finanzierungsinstitute ist nicht über jede Kritik erhaben.

Ich bin de principio gegen eine staatliche Kontrolle der Wirtschaft. Doch kann der Richter das verhältnismäßig junge Phänomen der Massenverträge nur unvollkommen, d.h. nur *kasuistisch* in den krassesten Fällen erfassen. Das ist ein ungenügender Schutz. Die gewerbsmäßige Abzahlungs- und Belehnungsorganisation kann es sich leisten, daß diese oder jene Klausel der vorgedruckten Verträge in einem Einzelfall vom Richter desavouiert wird. Deshalb ändert man die Formulare nicht, sondern versucht, ob es das nächste Mal besser geht. Ein Beispiel: Die Abzahlungsverträge enthalten oft nichtige, weil übersetzte, Abreden über Mietzins und Abnutzungsschädigung für den Fall, daß der Verkäufer seinen Eigentumsvorbehalt geltend macht. Der Verkäufer weiß das in der Regel. Man läßt es darauf ankommen. In der Mehrzahl der Fälle wird man (außergerichtlich) damit durchkommen.

Bis sich eine feste Bundesgerichtspraxis über alle Zweifelsfragen gebildet hat, wird es lange dauern. Die große Mehrzahl der Käufer ist geschäftsunkundig und kennt das Gesetz nicht, geschweige denn die richterliche Praxis. Das läßt sie schutzlos. Die soziale Gefahr ist bei Spar- und Abzahlungskäufen nicht geringer als im Bürgschafts- und im privaten Versicherungsrecht. Von einer echten Vertragsfreiheit kann dort nicht gesprochen werden, wo die wirtschaftlich stärkere, rechtlich und geschäftlich gewandtere Partei die Bedingungen diktiert, die der Wahrung ihrer Interessen dienen. Hier kann es tatsächlich von Segen sein, wenn der Staat seine schützende Hand unbemerkt über dem Schwächeren hält. Der Schutz durch das Handelsreisendengesetz vom 4. Oktober 1930 ist fragmentarisch und

ungenügend. Es geht von der falschen Vorstellung aus, der arme Handelsreisende sei der Sünder, während sein Chef stets eine blütenweiße Weste trage. Der korrekte Geschäftsmann darf seine Formularverträge einer Aufsichtsbehörde ebensogut vorlegen wie er sie im Streitfall dem Richter vorlegen muß. Die Aufsicht hat das private Versicherungsgewerbe nicht geschwächt, sondern gestärkt. Massenverträge, die einer Vorprüfung durch den Juristen nicht standhalten, verdienen keinen Schutz. Und selbst wenn die Aufsichtsbehörde die Interessen der Abzahlungsverkäufer grundsätzlich zurückbinden würde, sind die Konsequenzen erträglicher als die Schutzlosigkeit zahlloser kleiner Leute.

Mit Recht betont der Berichterstatter deutscher Zunge (S. 347a), die Richteraufgabe werde schwierig und die Umgehungstendenzen würden zahlreich sein. Das Bundesgericht hat es sicher selbst als unbefriedigend empfunden, daß es de lege lata dem Sparkauf nur mit dem beschränkten Behelf aus Art. 27 ZGB entgegentreten kann.

Die *Handels- und Gewerbefreiheit*, die man bedenkenlos mit viel weniger notwendigen «Eingriffen» durchlöchert hat, soll hier nicht tangiert werden. Wir fordern keine Konzessionierung. Wer aber sein Geschäft auf den Opfern der wirtschaftlich schwächsten Bevölkerungsschicht aufbaut, sollte einsehen, daß der Staat ein Recht und sogar eine Pflicht hat, den Schutz zu übernehmen, den sich die stärkere Partei regelmäßig verschaffen kann. Sie läßt die Verträge, die mit Laien abgeschlossen werden, durch kundige Juristen formulieren. Es ist ein Gebot der Billigkeit, den nämlichen generellen Schutz dem Schwächeren zuteil werden zu lassen. Das gewerbsmäßige Vorauszahlungs-, Abzahlungs- und Belehnungsgeschäft sollte an allgemeine Vertragsbestimmungen gebunden sein, die der Genehmigung einer beispielsweise dem Versicherungsamt angegliederten Stelle bedürfen. Die Prüfung soll sich auf die *Wahrung von Sinn und Wortlaut des Gesetzes und die Eliminierung von Gesetzesumgehungen* beschränken. Damit wird der

privatrechtliche Charakter der Lösung so wenig tangiert wie beim Versicherungsvertrag. Schon der psychologische Effekt, der davon ausgeht, daß man Massenverträge kündigen und kritischen Augen unterbreiten muß, könnte gegen zahlreiche anerkannte Übermarchungen heilsam wirken.

*Hugo Lüthy, Fürsprecher und Notar, Brugg:*

Die Abhandlungen beider Referenten enthalten außerordentlich wertvolle und interessante Anregungen für die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Abzahlungs- und des Vorauszahlungsvertrags. Ich persönlich würde es begrüßen, wenn die künftige gesetzliche Regelung zum *Konzessions- system* überginge. Die gewerbsmäßige Abwicklung von Abzahlungsgeschäften mit Eigentumsvorbehalt stellt an den Verkäufer gewisse Anforderungen. Es sollte vermieden werden, daß, wie es unlängst vorkam, eine offenbar sehr geschäftstüchtige Frau nebenberuflich an Steigerungen Möbel erwirbt und diese dann unter Eigentumsvorbehalt abzahlungsweise veräußert, wobei wohl schon die erste Rate nahezu den Steigerungswert deckt. Daß sie sich dabei in dem mir bekannt gewordenen Fall nicht nur die Unterschrift der kaufenden Braut, sondern auch die der Mutter geben ließ, und daß sie nach Auflösung der Verlobung der Käuferin zu keinem Entgegenkommen bereit war, sei nur nebenbei erwähnt.

Bedenken habe ich gegen das von Prof. Jeanprêtre vorgeschlagene Institut der *Mobiliar-Hypothek*, die wir von der Viehverpfändung her kennen, die im übrigen jedoch unserer nun seit 46 Jahren geltenden Zivilrechtsordnung fremd ist. Wenn man die Mobiliar-Hypothek einführen wollte, so könnte sie nicht auf Abzahlungsgeschäfte beschränkt bleiben. Die Schaffung dieses neuen Instituts müßte daher reiflich überlegt werden, und man müßte sich ernstlich fragen, ob es unter unseren Verhältnissen notwendig und zweckmäßig sei.

Dem von Prof. Jeanprêtre vorgeschlagenen *Verbot des*

*Vorauszahlungsvertrages* möchte ich zustimmen. So, wie er von der Verkäuferseite praktiziert wird, ist der sog. Sparvertrag nichts anderes als Kundenfang. Die dadurch bewirkte Bindung ist zur Hauptsache einseitig, da der Käufer gezwungen ist, beim Verkäufer zu kaufen und ihm Anzahlungen zu leisten, während der Verkäufer bis zur Deckung eines angemessenen Teils des Kaufpreises frei bleibt. Diese einseitige Bindung hat zur Folge, daß der Sparer über seine Zahlungen nicht mehr verfügen kann. Es handelt sich hier um eine Daueranlage von Spargeldern. Das aber ist eine Aufgabe, die den Banken und den Versicherungsgesellschaften vorbehalten bleiben soll, und die nicht in den Tätigkeitsbereich eines Handelsunternehmens gehört. Die Banken dürften auch in der Lage sein, für solche Daueranlagen den Sparern einen etwas höheren Zins zu vergüten. Diese Lösung, die dem Publikum durch eine bessere Aufklärung nahe zu bringen wäre, hätte den Vorteil, daß der Sparer in der Auswahl der Kaufgegenstände und des Lieferanten frei bleibt.

Warum ein Verbot oder allenfalls eine Ungültigerklärung der Vorauszahlungsverträge nicht möglich sein soll, sehe ich nicht recht ein. Der Zeitpunkt für eine gesetzliche Regelung der Materie ist jedenfalls da; wird doch nicht nur die Zahl der Abzahlungs- und Vorauszahlungsverkäufe, sondern auch die der Unternehmen, die diese Geschäfte betreiben, weiterhin steigen. Auch wenn man kein Freund von Spezialnormen ist, wird man sich der Einsicht nicht verschließen, daß auf diesem Gebiete eine Sondergesetzgebung nicht zu umgehen ist.

Prof. Dr. Peter Jäggi, Fribourg:

Gestatten Sie mir einige Bemerkungen zum Vorzahlungsvertrag, und zwar de lege ferenda. Bereits wurde uns die *lex ferenda* in Gestalt eines sorgfältig ausgearbeiteten Vorentwurfs unterbreitet. Es scheint mir nicht unsere Aufgabe zu sein, diesen Entwurf im einzelnen zu besprechen. Viel-

mehr sind einige grundsätzliche Vorfragen aufzuwerfen, die sich für den Verfasser des Entwurfs nicht stellten, da er sich an die Entscheidungen einer Expertenkommission zu halten hatte.

Der Entwurf beschränkt sich auf privatrechtliche Bestimmungen, und zwar soll der Titel des Obligationenrechts über den Kauf ergänzt werden. Es fragt sich daher: Wird damit unsere Privatrechtskodifikation nicht schon rein äußerlich durch einen Zusatz verunstaltet? Kann man es nicht bei den Generalklauseln bewenden lassen?

Dieses Bedenken wiegt für den Juristen schwer, ist aber m.E. doch nicht entscheidend. Höher als die formale Schönheit der Gesetzgebung steht doch die materielle Gerechtigkeit. Eine Rechtsordnung, die mit der Zeit Schritt hält, sieht nicht wie eine tote Säulen halle aus, sondern eher wie ein Wald, worin das Lebendige wachsen und mitunter auch wuchern kann. Sobald im Verkehr ein Vertragstyp eine gewisse Bedeutung erlangt hat, geht es nicht mehr an, den Richter auf die Generalklauseln zu verweisen. Wenn beispielsweise die übermäßige Bindung im Sinne von Art. 27 ZGB für den einen Richter bei einer Vorzahlungsdauer von fünf Jahren, für den andern bei zehn Jahren beginnt, so hält sich zwar beides im Rahmen der Generalklausel. Aber dieser Zustand der Rechtsunsicherheit in einer Frage, die das Volk beschäftigt, schadet dem Ansehen der Gerichte. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, rasch und zweckmäßig einzutreten. Aber wie?

Wir Juristen sind geneigt, vorab den Inhalt der Vorzahlungsverträge ins Auge zu fassen und Punkte wie die Bestimmbarkeit der Leistungen und die Dauer der Verträge als wichtig anzusehen. De lege ferenda kommt es aber nicht in erster Linie darauf an. Würde nämlich der Vorzahlungsvertrag unter Kaufleuten abgeschlossen, so würde niemand am verkehrsüblichen Inhalt Anstoß nehmen und niemand nach einer gesetzlichen Regelung rufen. Die Fragwürdigkeit des Inhalts röhrt von außen her, von der Person des Käufers. Weil dieser fast immer wirtschaftlich schwach und

häufig geschäftsunerfahren ist, zeigt sich das Bedürfnis nach seinem Schutz. Und zwar geht es nicht um den Schutz im Einzelfall, sondern um den Schutz des Publikums im allgemeinen. Dieser Schutz ist aber nicht so sehr Sache des Privatrechts, als vielmehr des öffentlichen Rechts, namentlich der Handelspolizei. Erinnern wir uns an das private Versicherungswesen. Hier hat der Gesetzgeber zuerst die Konzessionspflicht und die Staatsaufsicht eingeführt; das Versicherungsvertragsgesetz kam viel später.

Das Gesagte gilt vor allem für das Hauptanliegen des Käuferschutzes, den Schutz vor der Zahlungsunfähigkeit der Verkäuferfirma. Hier genügt es m.E. nicht, bei fehlender Sicherung des Käufers privatrechtlich die Nichtigkeit des Vertrages vorzusehen. Auch wenn der Vertrag nichtig ist, bleibt das Geld verloren. Schon wirksamer ist das Konkursprivileg. Am wirksamsten wäre es, wenn der gewerbsmäßige Abschluß von Vorzahlungsverträgen einer Bewilligungspflicht unterstellt würde; damit könnten un seriöse Firmen vorweg ausgeschieden werden. Will man nicht so weit gehen, so ist an Strafbestimmungen zu denken, gemäß dem Vorschlag des französischen Referenten (S. 443a). Wir hätten dann ein Gegenstück zu den Strafbestimmungen des Wettbewerbsrechts.

Die privatrechtliche Regelung sollte sich zur Hauptsache, wenn nicht ausschließlich, mit dem Abschluß des Vorzahlungsvertrages befassen. Hier fragt es sich aber, ob eine Sonderregelung für den Vorkaufs- und Abzahlungsvertrag das Richtige trifft. Was nämlich in der öffentlichen Meinung weitaus am meisten Anstoß erregt, ist der forcierte Abschluß der Verträge durch Vertreter. Wenn wir uns einen Käufer denken, der sich ganz aus eigener Initiative zu einem Möbelhändler begibt und einen Vorzahlungsvertrag abschließt, so empfinden wir kaum das Bedürfnis, ihm später zu helfen. Insbesondere bildet das vorgeschlagene Widerrufsrecht das m.E. adäquate Gegengewicht gegen den forcierten Abschluß. Die Gefahr eines solchen Abschlusses besteht aber nicht nur bei Vorzahlungs- und Ab-

zahlungsverträgen, sondern ebensosehr bei jedem andern Vertrag, der durch Reisende im Detailhandel zustande kommt, auch wenn innert kurzem geliefert und voll bezahlt werden muß. Daher ist zu erwägen, ob die Regeln des Vorentwurfs über den Vertragsabschluß nicht in das Handelsreisenden-Gesetz gehören, oder ob ihr Anwendungsbereich im Kaufsrecht des Obligationenrechts nicht anders umschrieben werden sollte.

Weiter läßt sich überlegen, ob nicht sogar der allgemeine Teil des Obligationenrechts ergänzt werden soll. Es scheint sich nämlich ein neuer Grundsatz herauszuschälen. Bis jetzt handelt das Gesetz von der illoyalen Ausnützung der Unerfahrenheit des Verhandlungspartners nur bei der laesio enomis, also dann, wenn sich das illoyale Verhalten im Vertragsinhalt auswirkt, in einem offensichtlichen Mißverhältnis der Leistungen (Art. 21 OR; Randtitel zu Art. 19 ff.). Im heutigen Geschäftsverkehr gewinnt eine andere Ausnützung der Unerfahrenheit an Bedeutung: Der Verhandlungspartner wird zu einem Vertrag veranlaßt, der zwar inhaltlich nicht zu beanstanden ist, aber in einem offensichtlichen Mißverhältnis steht zu seinem Bedarf oder zu seiner finanziellen Leistungsfähigkeit. Der Grundgedanke des Art. 21 OR ist der Erweiterung auf diesen Fall fähig. Die Vertragstreue würde durch eine solche Erweiterung nicht berührt. Denn wer die intellektuelle oder Charakterschwäche des Partners treuwidrig ausnützt, kann sich nicht auf die Vertragstreue berufen. Natürlich darf der Begriff der Unerfahrenheit nicht zu weit ausgedehnt werden. Heute werden in dieser Hinsicht wohl zu large Ansichten vertreten. Vor allem geht es nicht an, alle wirtschaftlich Schwachen zu Geschäfts-unerfahrenen zu degradieren. Auch der wirtschaftlich Schwache ist in der Regel intelligent genug, Vorzahlungsverträge zu verstehen. Der Staat selber rechnet mit dieser Intelligenz, wenn er seinen Bürgern und Soldaten Drucksachen aller Art zukommen läßt.

Was schließlich die vorgeschlagenen zwingenden Bestimmungen über den Inhalt des Vorzahlungsvertrages an-

belangt, so sind sie zwar nützlich, aber es fragt sich, ob damit diesem Vertragstyp nicht zu viel Ehre angetan wird. Solange wir nicht wissen, ob das Vorzahlungsgeschäft nur eine Modeerscheinung ist, läßt sich ein einfacheres und elastischeres Mittel verantworten: Wenn der gewerbsmäßige Abschluß von Vorzahlungsverträgen einer Bewilligungspflicht unterstellt wird, kann der Formularinhalt administrativ beeinflußt werden. Abzulehnen ist dagegen das vom französischen Referenten (S. 452a) erwogene vollständige Verbot des Vorzahlungsvertrages. Es verstößt gegen einen Grundgedanken der Privatautonomie. Denn diese besteht wesentlich auch darin, Unnützes und Unzweckmäßiges rechtswirksam wollen zu können. Es ist nicht Sache des Privatrechtsgesetzgebers, wirtschaftliche Überlegungen über die Vor- und Nachteile eines frei gewollten Vertrages anzustellen.

Doch bietet der erwähnte Vorschlag Anlaß, die Aussprache über den Vorzahlungsvertrag ebenfalls in den Bereich des Grundsätzlichen zu erheben, wie das gestern mit der Aussprache über den verwaltungsrechtlichen Vertrag geschehen ist. Hiezu eignet sich eine Reminiszenz, die mehr als eine Reminiszenz sein soll: Beim Erlaß des ersten Obligationenrechts hat der Gesetzgeber bewußt davon abgesehen, ein besonderes Handelsrecht zu schaffen. Er hat die Rechtsinstitute des kaufmännischen Verkehrs, sogar den Wechsel, für jedermann offen gehalten. Die Botschaft des Bundesrats (vom Jahre 1879, S. 26) begründete dies mit dem demokratischen Prinzip und mit dem Hinweis auf «die wohl in keinem Lande Europas in so hohem Grade für alle Schichten der Gesellschaft gleichmäßig verbreitete Schulbildung und geschäftliche Begabung des Volkes». Zwischen dem naiven Optimismus von damals und dem ängstlichen Fürsorgetrieb von heute sollte eine Mittellinie eingehalten werden. Gewiß hat die Freiheit ihre Gefahren; und der Schwäche bedarf des Schutzes. Aber es gibt auch andere Werte, die der Gesetzgeber pflegen muß: die Freude an der Freiheit, den Stolz des einfachen Mannes, ernst genommen

zu werden, auch in seinen geschäftlichen Entscheidungen, und den Mut zur eigenen Verantwortung.

Dr. *Erwin Denneberg*, Rechtsanwalt, St. Gallen:

Auch einem Praktiker muß auffallen, daß mit dem vorgeschlagenen Widerrufsrecht ein vollständig neues Moment in unsere Privatrechtsordnung eingeführt würde. Der Berichterstatter deutscher Zunge hat selbst darauf hingewiesen, daß bis heute ein gesetzliches Widerrufsrecht bei einem gegenseitigen Vertrag nirgends vorgesehen ist. Lohnt es sich, wegen zwei verhältnismäßig unbedeutender Rechtsinstitute den bisher hochgehaltenen Grundsatz «pacta sunt servanda» zu durchbrechen? Ich glaube kaum; insbesondere dann nicht, wenn andere gesetzgeberische Möglichkeiten bestehen, dem erstrebten Ziele wenigstens einigermaßen nahe zu kommen.

Die Begründung des Referenten, ein gesetzliches Widerrufsrecht könne schon deswegen ohne Bedenken eingeführt werden, weil sich in 41% der Fälle der Verkäufer vertraglich einen Genehmigungsvorbehalt einräume, will mir nicht einleuchten. Widerrufsrecht und Genehmigungsvorbehalt sind doch zwei ganz verschiedene Dinge, da der Käufer für sich selbst handelt, der Verkäufer jedoch durch seinen Handelsreisenden vertreten wird und die Möglichkeit bewahren sollte, dessen Rechtshandlungen zu genehmigen oder nicht. Will man schon gleiches Recht für beide Parteien gesetzlich verankern, so erscheint mir eine dem Art. 347 Abs. 3 OR analoge Regelung den Vorzug zu verdienen. An Stelle des bisher vorgeschlagenen Art. 226b OR würde mir etwa folgende Bestimmung vorschweben:

«Enthält der Abzahlungsvertrag einen Genehmigungsvorbehalt zugunsten des Verkäufers, so wird der Käufer frei, wenn er innerhalb dieser Frist dem Verkäufer mitgeteilt hat, daß er vom Vertrag zurücktrete.»

Würde dagegen das Widerrufsrecht in der im Vorentwurf II vorgesehenen Form eingeführt, so würde das zu

unhaltbaren Folgen führen. Wie der Referent selbst dargelegt hat, würde das Widerrufsrecht Gelegenheit zu unlauteren Machenschaften im Wettbewerb bieten. Er schlägt daher eine Ergänzung des UWG vor. Diese Ergänzung scheint mir jedoch keine genügende Sicherheit gegen unlautere Machenschaften der Konkurrenz zu gewähren. Es wird insbesondere die in den Augen des Konkurrenten als gering erscheinende Höhe des Reugeldes sein, die unlautere Machenschaften erleichtern wird. Kommt eine Firma oder ein Handelsreisender mit einem Kaufsinteressenten in Verbindung, der bereits einen Abzahlungs- oder Vorauszahlungsvertrag abgeschlossen hat, so werden sie ohne weiteres bereit sein, das geringfügige Reugeld von Fr. 50.– oder Fr. 100.– zu vergüten, um den Kaufsinteressenten zu veranlassen, den abgeschlossenen Vertrag zu widerrufen und mit ihnen selbst zu kontrahieren.

Wie aber soll im konkreten Falle bewiesen werden, daß der Käufer durch einen Konkurrenten des Verkäufers zum Widerruf oder zur Kündigung veranlaßt wurde? Wer kann dafür einstehen, daß nicht im Hinblick auf die dreitägige Widerrufsfrist Verträge um mindestens drei Tage zurückdatiert werden? Wie kann der Beweis dafür erbracht werden? Besteht nicht die Gefahr, daß der Käufer innerhalb der Widerrufsfrist vom Handelsreisenden noch intensiver bearbeitet werden wird als bisher, damit er ja von seinem Widerrufsrecht keinen Gebrauch mache oder einen allenfalls erklärten Widerruf zurückziehe? – Gemäß Entwurf gilt der Kauf auch dann als genehmigt, wenn der Käufer den ihm übergebenen Kaufgegenstand innerhalb der Widerrufsfrist anders als nur zur üblichen Prüfung benutzt. Wie sehr auch diese Vorschrift mißbraucht werden könnte, zeigt sich beispielsweise an dem Fall, da ein Vertreter einen Käufer überredet, mit dem soeben auf Abzahlung gekauften Auto eine Spritztour zu unternehmen, damit das Widerrufsrecht verwirkt werde.

Wenn schon ein Widerrufsrecht eingeführt werden soll, ist im übrigen nicht einzusehen, weshalb dieses lediglich für

Abzahlungs- und Vorauszahlungsverträge gelten solle und nicht für alle Verträge, die durch Vermittlung von Kleinreisenden abgeschlossen werden. Wie manche Hausfrau hat schon die Bestellung eines Küchengeräts oder eines anderen Gegenstandes, dessen Kauf in ihre Schlüsselgewalt fällt, bereut, weil sie von einem gerissenen Handelsreisenden überredet worden ist. Man könnte hier einwenden, der Preis der Gegenstände, die bei Erhalt sofort und volumnfänglich zu bezahlen sind, stehe in keinem Verhältnis zu den Summen, zu deren Bezahlung sich der Käufer in Abzahlungs- und Vorzahlungsverträgen verpflichtet. Wenn man aber in der Praxis sieht, Welch teure und oft für den Käufer unbrauchbare Sachen den Konsumenten durch Kleinreisende gegen Barzahlung aufgeschwatzt werden, so erscheint es nicht als gerechtfertigt, das Widerrufsrecht nur für eine der verschiedenen Arten von Verträgen einzuführen, die durch Kleinreisende abgeschlossen werden.

So viel zum Widerrufsrecht. Ein anderes, ebenfalls wesentliches Problem, dessen Lösung ich im Vorentwurf vermisste, erblicke ich in folgendem: Oft ist der Käufer bei Abschluß eines Abzahlungs- oder Vorzahlungsvertrags noch minderjährig. In der Regel wird dann der Vertrag seitens der Käuferschaft vom Inhaber der elterlichen Gewalt unterzeichnet. Obschon es fraglich ist, ob dieser für seinen Sohn oder seine Tochter rechtsgültig derartige Dauerschuldverhältnisse eingehen kann, kommt es immer wieder vor, daß die Käufer, einmal volljährig geworden, sei es, weil sie sich hierzu verpflichtet fühlen, oder weil sie vom bisherigen Inhaber der elterlichen Gewalt dazu mehr oder weniger genötigt werden, eine oder mehrere Raten bezahlen, damit den Vertrag genehmigen und daran gebunden sind. Außerdem ist an den Fall des Art. 295 Abs. 2 ZGB zu denken, wo das Kind mit Zustimmung der Eltern außerhalb der häuslichen Gemeinschaft lebt, somit über seinen Arbeitserwerb verfügen und insoweit auch selbständig Abzahlungs- und Vorauszahlungsverträge abschließen kann.

Wenn wir schon verlangen, der Käufer müsse bei Ein- gehung eines Abzahlungs- oder Vorzahlungsvertrags seinen eigenen wahren Willen zum Ausdruck bringen können, und wenn wir ihn zu diesem Behufe durch Einführung der Schriftform und des Widerrufsrechts zur Besinnung anhalten und ihm Gelegenheit geben wollen, sich die Sache unbeeinflußt zu überlegen, dann müssen wir auch verlangen, daß nur der Handlungsfähige Partner eines solchen Vertrags sein könne. Das Gesetz sollte daher in Klarstellung der bisher schwankenden Praxis ausdrücklich bestimmen, daß zu Lasten des Unmündigen keine Abzahlungs- oder Vorzahlungsverträge eingegangen werden dürfen, was am ehesten durch eine Ergänzung des Art. 408 ZGB geschehen könnte (der ja gemäß Art. 280 Abs. 2 ZGB auch auf Unmündige unter elterlicher Gewalt anwendbar ist), und daß anderseits von Unmündigen abgeschlossene Abzahlungs- und Vorzahlungsverträge für sie auch dann unverbindlich sind, wenn sie über eigenen Arbeitserwerb oder eigenes Vermögen im Sinne von Art. 295 Abs. 2 bzw. 296 ZGB verfügen.

*Dr. Leo Fromer, Advokat, Basel:*

Es erweckt ein gewisses Unbehagen, daß wir mit Bezug auf die Versager und Fälle von eigentlichen Mißbräuchen beim Abzahlungsgeschäft auf bloße Vermutungen angewiesen sind. Aus dem prozentualen Anteil der Abzahlungs- und Eigentumsvorbehaltstreitigkeiten an sämtlichen Prozessen eines erstinstanzlichen Zivilgerichts dürfen jedenfalls keine Schlüsse gezogen werden; könnte man sonst doch aus der Tatsache, daß 60% aller verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten Steuern betreffen, das Postulat auf Abschaffung der Steuern ableiten! Maßgebend ist vielmehr das Verhältnis der Versager zur Gesamtzahl der Abzahlungsgeschäfte. Es wäre darum gut, wenn das Postulat von Nationalrat Ackermann anhand genommen würde, welches die Be- schaffung statistischer Unterlagen über den heutigen An-

teil der Abzahlungsgeschäfte am gesamten Detailhandel fordert.

Persönlich bin ich der Überzeugung, daß der Prozentsatz der Versager dann sehr gering ist, wenn sich der Verkäufer vom Käufer keine besondere Kreditsicherung einräumen läßt, wie z.B. den Eigentumsvorbehalt oder die Lohnzession. Dies hängt damit zusammen, daß der Verkäufer, der auf besondere Kreditsicherungen verzichtet, sich vor Abschluß des Abzahlungsvertrags von der Kreditwürdigkeit des Käufers Rechenschaft geben muß. Der Verkäufer wird im eigenen Interesse davon absehen, einem finanzschwachen Käufer wirtschaftlich nicht vertretbare Kredite einzuräumen. Diese automatische Bremse fällt weg, sobald der Abzahlungsverkauf unter Eigentumsvorbehalt und oder Lohnzession erfolgt; denn der Verkäufer, der eine Sicherheit in Händen hat, läuft kein oder nur ein geringes Risiko, wenn er in der Kreditgewährung an den Käufer zu weit geht.

Das Postulat Bourgknecht aus dem Jahre 1953 hat denn auch m.E. zu Recht nur verlangt, daß die Mißbräuche bei den Abzahlungsverträgen in Verbindung mit Eigentumsvorbehalt und nicht bei den Abzahlungsverträgen schlechthin durch eine gesetzliche Regelung bekämpft würden.

In seinem Referat weist Zivilgerichtspräsident Dr. Stofer darauf hin, daß die neue Gesetzgebung die Handels- und Gewerbefreiheit nur beschränken soll, soweit es der Sozialschutz verlangt; dabei könne als Reflexwirkung auch der Schutz volkswirtschaftlicher und konjunkturpolitischer Interessen eintreten. Ich teile diese Auffassung, möchte aber etwas weiter gehen und verlangen, daß es sich hier wirklich nur um Reflexwirkungen und nicht um primäre Ziele handeln darf. Leider wird dieser wichtige Grundsatz durch gewisse *Behütungstendenzen* des Gesetzgebers überschattet, welcher den Staat zur Gouvernante des handlungsfähigen Bürgers machen und diesen vor den Konsequenzen der Privatautonomie und Mündigkeit bewahren möchte. Man stelle sich indes vor, was eintreten würde, wenn diese Be-

hütungstendenzen zur vollen Entfaltung gelangten. Müßte der Schutz des Bürgers nicht alsdann auf alle längerfristigen finanziellen Bindungen, wie z. B. Versicherungs-, Miet- und Dienstverträge ausgedehnt werden? Ich glaube, es stünde der schweizerischen Referendumsdemokratie, welche dem stimmfähigen Bürger die Entscheidung über wichtige Fragen der Staats- und Verwaltungspolitik überläßt, schlecht an, wenn sie den gleichen Bürger auf wirtschaftlichem Gebiet derart weitgehend bevormunden würde.

Der Vorschlag von Prof. Jeanprêtre, die Anzahlung zu einem Gültigkeitserfordernis des Abzahlungsgeschäfts zu machen, würde einen bedauerlichen Rückschritt nicht nur ins römische, sondern ins altrömische Recht bedeuten, indem auf das in jahrhundertelanger Entwicklung aufgebaute System des Konsensualkontrakts verzichtet und an seiner Stelle der längst aufgegebene Realkontrakt zum Leben erweckt würde. Dazu kommt, daß der Realkontrakt, der den Bedürfnissen der altrömischen Naturalwirtschaft entsprochen haben mag, in keiner Weise zur Systematik des schweizerischen Obligationenrechts paßt; denn dieses kennt ja nur die dem modernen Wirtschaftsleben allein entsprechenden Konsensualkontrakte.

Frau Dr. *Lotti Ruckstuhl-Thalmessinger*, Wil, SG:

Ich beschränke mich auf die Besprechung folgender Fragen:

1. Soll auf das Gültigkeitserfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten verzichtet werden?
2. Ist das Widerrufsrecht vorzusehen?

*Ad 1:* Der Vorentwurf I machte die Gültigkeit des Abzahlungsvertrags von der schriftlichen *Zustimmung des andern Ehegatten* abhängig. Der Vorentwurf II hat dieses Erfordernis fallen gelassen. Sowohl das Widerrufsrecht als auch die Zustimmung des andern Ehegatten vorzusehen, würde in der Tat den Abschluß von Abzahlungsverträgen

allzu stark erschweren. Ich möchte aber doch nochmals die Frage aufwerfen, welchem der beiden Erfordernisse der Vorzug zu geben sei.

Bei Beantwortung dieser Frage haben wir davon auszugehen, daß die vorgeschlagene Ordnung nur für Verträge gelten soll, die den Kauf von Gegenständen für den privaten Gebrauch zu einem Gesamtkaufpreis von weniger als Fr. 15 000.– betreffen (Art. 226m Abs. 2 OR). Es leuchtet ein, daß bei der Regelung derartiger Geschäfte der Gedanke des Familienschutzes im Vordergrund zu stehen hat. Alle während der Ehe geschlossenen Abzahlungskäufe dieser Art gehen das Familienbudget und somit beide Ehegatten an. Der Berichterstatter deutscher Zunge weist mit Recht darauf hin, daß die Verfügungsfreiheit der Ehefrau schon nach geltendem Recht praktisch begrenzt ist, indem ihr für Geschäfte, die offensichtlich nicht in ihre Schlüsselgewalt fallen, der nötige Abzahlungskredit selten eingeräumt wird. Ja sie ist, sofern ihr eingebrachtes Gut nach dem ordentlichen Güterstand der Güterverbindung vom Mann verwaltet wird und er die Zinsen einzieht, sogar daran verhindert, aus dem Geld, das sie vor der Ehe selbst verdient hat, etwas zu kaufen, selbst wenn es gegen Barzahlung wäre. Der Ehemann ist somit davor geschützt, daß die Frau größere Käufe ohne sein Einverständnis vornimmt. Allerdings ist die Frau frei, Abzahlungskäufe aus Sondergut zu tätigen, das sie in selbständiger Erwerbstätigkeit während der Ehe beschafft. Sofern ein solcher Zusatzerwerb der Ehefrau zur Erhaltung der Familie unbedingt notwendig ist, kann auch ein zu Lasten des Sonderguts gehender Abzahlungskauf eine untragbare Belastung bedeuten. Es hat darum einen Sinn, auch hiefür die Zustimmung des Ehemannes zu verlangen.

Die Ehefrau aber ist gegen Torheiten des Ehemannes mit Abzahlungsgeschäften ohne besondere gesetzliche Bestimmung überhaupt nicht geschützt. Dabei gehen seine Käufe oft in weit höhere Beträge. Ich denke vor allem an die Anschaffung eines Motorfahrzeugs, sei es eines Rollers

oder eines Kleinautos. Mit solchen Abzahlungskäufen kann eine ganz einschneidende Kürzung des Haushaltgeldes einhergehen, ohne daß die Ehefrau – wenn es bei der Fassung des Vorentwurfs II bleibt – etwas dazu zu sagen hätte. Um die Familie vor finanziellen Schwierigkeiten zu bewahren, bleibt ihr nichts anderes übrig, als selber arbeiten zu gehen. Solches zu befördern kann aber unmöglich der Sinn des neuen Gesetzes sein.

Die Streichung des Erfordernisses der Zustimmung des andern Ehegatten wird hauptsächlich damit begründet, daß es häufig zu Streit führe, wenn diese Zustimmung verweigert werde. Es fragt sich aber, ob nicht noch viel mehr Streitigkeiten entstehen, wenn sich ein Abzahlungsgeschäft, das gegen den Willen oder gar hinter dem Rücken des andern Ehegatten abgeschlossen worden ist, finanziell verheerend auszuwirken beginnt. Zum Streit kommt da noch die Not; zuletzt womöglich die Scheidung. In den Fällen, in welchen die Ehefrau die Zustimmung des Ehemannes heute schon braucht, befürchtet man übrigens diesen Streit offenbar nicht. Wenn der Ehemann nein sagt, hat sich die Frau einfach zu fügen. Warum hier nicht gleiches Recht schaffen und auch der Frau die Möglichkeit geben, ein Veto gegen Abzahlungskäufe des andern Ehegatten einzulegen, kann sie doch oft besser als der Mann beurteilen, welche Belastung das Familienbudget noch erträgt?

Wir kennen das Erfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten übrigens schon im Bürgschaftsrecht (Art. 494 OR). Meines Wissens ist seit dem Bestehen dieser Vorschrift eher weniger Streit und Not in den Familien entstanden als vorher. Ich möchte daher ernstlich darauf dringen, daß das Gültigkeitserfordernis der Zustimmung des andern Ehegatten wiederum in den Entwurf aufgenommen werde.

Im einzelnen müßte der Entwurf dann noch wie folgt ergänzt werden:

a) Es wäre vorzusehen, daß die Zustimmung nicht erforderlich ist, wenn den Ehegatten das Getrenntleben rich-

terlich bewilligt worden ist und sie in der Tat getrennt leben.

b) Dem Käufer oder der Käuferin sollte keine Frist zur Beibringung der Zustimmung des andern Ehegatten gesetzt werden. Dagegen müßte sich der Verkäufer ausbedingen können, daß er an den Vertrag, der rechtlich noch einer Offerte gleichkommt, nicht gebunden ist, sofern die Genehmigung durch den andern Ehegatten nicht innert einer bestimmten Frist erfolgt, welche aber nicht kürzer als drei Tage bemessen sein dürfte.

*Ad 2:* Gegen das vorgesehene *Widerrufsrecht* hege ich große Bedenken. Zu seiner Rechtfertigung wird ausgeführt, der Vertragsschließende vermöge seine wahren Interessen oft erst nachträglich zu erkennen. Diese Feststellung gilt indes nicht nur für das Abzahlungsgeschäft. Auch bei einem Barkauf, ja bei einem Liegenschaftskauf, kann der Käufer nachträglich von Reue erfaßt werden. Reue kann sich auch nach Eingehung eines Dienstvertrags einstellen, wenn dem Dienstpflichtigen später eine bessere Stelle angeboten wird. Gleichwohl wird man sich hüten, das Widerrufsrecht auch auf solche Verträge auszudehnen; denn das würde unser ganzes Rechtssystem ins Wanken bringen und die Rechtsicherheit gefährden. Das Widerrufsrecht müßte sich auf das Abzahlungsgeschäft beschränken; es bliebe ein Unicum im Zivilrecht.

Wollte man das Widerrufsrecht auf diesem Gebiete trotzdem einführen, so wäre es nur am Platze, wenn der Verkäufer den Käufer in seiner Wohnung, am Arbeitsort, in Wirtschaften u. dgl. aufgesucht hat. Hat sich der Käufer hingegen selber zum Verkäufer begeben, so ist anzunehmen, daß er sich die Sache einigermaßen überlegt hat, und daß für die gekaufte Ware ein Bedarf besteht.

Hauptsächlich gibt mir aber zu denken, daß dieses Widerrufsrecht weder den Verheirateten noch den Ledigen einen wirklichen rechtlichen Schutz bieten würde. Es könnte der betreffenden Bestimmung ergehen wie so vielen andern:

Im breiten Publikum und ganz besonders unter den Frauen hätten jene, die es angeht, oft ganz einfach keine Kenntnis davon. Unkenntnis schützt aber bekanntlich vor dem Gesetze nicht. Kann man jedem einzelnen Bürger und jeder einzelnen Frau zumuten, solche Rechtskenntnis zu haben? Die kurze Frist von drei Tagen könnte leicht verpaßt werden und der Käufer oder die Käuferin zu spät von ihrem nicht ausgeübten Recht Kenntnis erlangen. Ich denke hier, um nur ein Beispiel von vielen zu nennen, an gewisse Praktiken beim Verkauf von kleinen Waschmaschinen in ländlichen und besonders in Gebirgsgegenden. Wird die Käuferin, eine einfache, nicht schreibgewandte Bäuerin, selbst wenn sie um das Rücktrittsrecht weiß, tatsächlich innerhalb drei Tagen einen Chargébrief mit rechtlichem Inhalt schreiben und Zeit finden, ihn fristgemäß zur Post zu bringen? Wird die einfache Arbeiterin, der ein Staubsauger aufgeschwatzt worden ist, innert dieser drei Tage den Kauf schriftlich widerrufen? Wenn man das Widerrufsrecht überhaupt einführen will, müßte das Gesetz deshalb ausdrücklich vorschreiben, daß der Käufer im Vertrag deutlich und in großen Lettern darauf aufmerksam zu machen ist, daß er den Kauf innert drei Tagen annulieren könne.

Einen besseren Schutz als das Widerrufsrecht würde der von Prof. Jeanprêtre gemachte Vorschlag bringen, den Abzahlungskauf als *Realvertrag* auszubilden, der erst perfekt wird, wenn die gesetzlich vorgeschriebene Anzahlung geleistet worden ist. Um dem Käufer klar zu machen, daß nicht die schriftliche Vereinbarung das Geschäft besiegelt, müßte das Gesetz wiederum ausdrücklich vorschreiben, daß auf dem Vertrag in großen Lettern anzugeben sei: «Diese Abmachung tritt erst mit der Leistung der Anzahlung von Fr. ... durch den Käufer in Kraft». Andernfalls würde mancher Käufer eine Anzahlung nur deshalb leisten, weil er irrtümlich annähme, er sei bereits durch seine Unterschrift rechtlich dazu verpflichtet. Es wäre im weiteren zu regeln, wie lange der Verkäufer an seine in der Form des

schriftlichen Vertrags gemachte Offerte gebunden sei. Besondere Bestimmungen wären zudem für die Überlassung eines Gegenstandes zur Ansicht oder zur Probe aufzustellen.

Doch auch die Einführung des Realvertrages würde die Familie nicht genügend schützen. Die Handelsreisenden werden diesfalls vor allem am Zahltag bei ihren Kunden vorsprechen, wenn diese das Geld für die erste Anzahlung haben. Mancher Käufer wird sich dann aber nicht darüber Rechenschaft ablegen, daß die weiteren Abzahlungen das Familienbudget zu stark belasten würden. Die Zustimmung des andern Ehegatten sollte daher meines Erachtens auch im Falle der Einführung des Realvertrags vorgesehen werden.

Amtsgerichtsdirektor Dr. *H. Ewald*, Hamburg:

Zu meiner Legitimation diene, daß ich das Civil-Dezernat des Amtsgerichts Hamburg leite. Zu diesem gehören u.a. 18 reine Prozeßabteilungen, in deren Zuständigkeit Sachen mit einem Streitwert bis zu 1000 DM fallen, ausgenommen Handelssachen, Mietsachen, Verkehrsunfallsachen und Unterhaltsbeiträge an außereheliche Kinder. In jeder Abteilung werden im Jahr etwa 1500 bis 1600 Sachen anhängig. Nach meinen Ermittlungen entfielen davon im Jahre 1954 15% auf Abzahlungssachen. In anderen Großstädten Deutschlands sind die Zahlen teils niedriger, teils höher, so z. B. in Duisburg 9,15%, in Gelsenkirchen 46,7%. Daraus ergibt sich das große Interesse der Gerichte, durch geeignete Maßnahmen, auch durch eine klarere Gesetzgebung, die Zahl der Prozesse zu vermindern.

Welche Bedeutung das auch in Ihrem Entwurf vorgesehene Verbot von Gerichtsstandsklauseln hätte, zeigt sich darin, daß in Hamburg 62% der Klagen auf auswärtige Beklagte entfielen, in Ulm 87,5%, in Gelsenkirchen 55,68%. In Oesterreich hat man mit dem Verbot keine schlechten Erfahrungen gemacht. Es ist nicht zu erwarten, daß das Abzahlungsgeschäft als solches dadurch beeinträchtigt werde.

Ihr Entwurf unterstellt Dienstverträge absichtlich nicht dem Gesetz. Angesichts der Tatsache, daß es heute bereits «Urlaubsreisen auf Abzahlung» gibt, sollte aber erwogen werden, ob nicht dem belgischen Gesetz zu folgen sei. Dieses ermöglicht es, bestimmte Dienstleistungen durch Verordnung dem Gesetz zu unterstellen, was für Luftreisen und Autoreparaturen bereits geschehen ist. Alle Dienstleistungen dem Gesetz zu unterstellen, dürfte allerdings nicht angehen.

Zu erwägen wäre auch, ob nicht Bardarlehen, die in Raten zurückzuzahlen sind, dem Gesetz zu unterstellen seien. Solche Darlehen gibt es in Holland in großem Umfang, und in Deutschland hatte eine führende Abzahlungsbank im letzten Jahr eine erhebliche Steigerung dieses Geschäfts zu verzeichnen. Mindestens wäre zu überlegen, ob nicht solche Geschäfte dem Gesetz zu unterstellen seien, mit denen nach Wissen des Darlehensgebers Sachen gekauft werden sollen, ohne daß dabei die bisher üblichen Finanzierungsmethoden verwendet werden.

Die Gültigkeit eines Abzahlungsvertrags von der Einhaltung der Schriftform abhängig zu machen, halte ich für bedenklich. Auf diese Weise würde ein bequemes Mittel geschaffen, um sich von einem lästig gewordenen Vertrag zu befreien. Der Verlust des Teilzahlungsaufschlags erscheint mir als eine bessere Sanktion.

Die Anzahlung ist m. E. schon bei Vertragsschluß zu leisten; denn diese Notwendigkeit hemmt ungenügend überlegte Vertragsschlüsse. Allerdings muß dann verhindert werden, daß der «Vertreter» die Anzahlung vorschießt.

Zusätzlich zum Teilzahlungszuschlag zu leistende «Gebühren» sollten verboten werden; denn durch sie wird die wahre Höhe des Zuschlags verschleiert.

Das Widerrufsrecht wäre m. E. eine Art Bevormundung; es käme zudem auch dem zugute, der nicht unüberlegt gekauft hat, sondern aus sonstigen nicht zwingenden Gründen loskommen will.

Ausgezeichnet ist die Bestimmung, wonach vor Verzugs-eintritt eine schriftliche Mahnung erforderlich ist; es sollte aber (wie in Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 VVG) vorgeschrieben werden, daß in der Mahnung auf die Säumnisfolgen hinzuweisen ist.

Im Entwurf fehlt eine Bestimmung, wonach im Rücktrittsfall die Leistungen beider Seiten Zug um Zug zu erfolgen haben. Eine solche Vorschrift hätte nicht nur eine Einrede zu gewähren; sie wäre vielmehr als eine Beschränkung des Rechts selber auszustalten. Auf Grund einer derartigen Bestimmung ist es in Deutschland in vielen Fällen gelungen, Versäumnisurteile zu verweigern, wenn nicht in der Klage selbst eine «Abrechnung» erteilt worden war. Durch eine solche «Abrechnung» werden viele Käufer überhaupt erst auf die ihnen zustehenden Rechte aufmerksam und in die Lage versetzt, sich sachgemäß zu verteidigen.

Der Entwurf schenkt m.E. der Finanzierung der Abzahlungsverkäufe zu wenig Beachtung; es wird gleichsam nur in einem Anhängsel zur Umgehungsklausel darauf eingetreten. Das wird der wirtschaftlichen Bedeutung des Problems nicht gerecht. Allerdings liegen die Verhältnisse in Ihrem Lande insofern anders als in Deutschland, als Sie unser «B-Geschäft» nicht kennen, bei dem das Darlehen dem Käufer gegeben wird, der den Kaufgegenstand dem Darlehensgeber zur Sicherheit übereignet; eine Rechtsfigur, die es in der Schweiz nicht gibt. In Deutschland entstehen wegen des Nebeneinanderbestehens von Kauf- und Darlehensvertrag mit dem Käufer-Darlehensnehmer als Schuldner insbesondere hinsichtlich der Einreden aus dem Kaufvertrag gegenüber dem Darlehensgeber Probleme, die bei der in der Schweiz üblichen Form der Abtretung der Kaufpreisforderung und des Eigentumsvorbehalts nicht auftreten. Die deutsche Finanzierungsform kann indes, wenn man auf die Sicherung durch den Kaufgegenstand verzichtet (was schon weitgehend der Fall sein soll), jederzeit auch in der Schweiz auftreten. Der Finanzierung sollte daher im Gesetz größere Aufmerksamkeit gewidmet werden.

Eine eingehendere Kritik des schweizerischen Entwurfs wird in der Schrift enthalten sein, die ich zu Beginn des Jahres 1959 im Verlag Carl Heymann in Köln erscheinen lasse.

*M. Guy Flattet, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne:*

On a prétendu remédier aux inconvénients bien connus de la vente à tempérament en développant une nouvelle forme de convention: la vente-épargne. Aux dires des commerçants qui la pratiquent, il s'agit toujours d'une vente, mais sans les dangers que le crédit peut faire courir à l'acheteur. Le crédit est remplacé par l'épargne, dont les bienfaits sont invoqués. C'est sur le terme d'«épargne» que se trouve aiguillée toute l'attention du client, c'est sur lui que pèse tout le poids de la publicité, c'est sur lui que se concentre tout l'intérêt de l'opération. Le marchand ou son représentant – en général un démarcheur spécialisé – dira au chaland éventuel qu'en constituant peu à peu, selon ses possibilités, la somme nécessaire, il pourra acquérir facilement et sans danger l'objet désiré, par exemple un mobilier. A l'épargnant de décider ce qu'il veut et quand il voudra payer, lui dira-t-on. L'attention du client est complètement détournée des obligations à contracter pour se fixer sur l'épargne. Et pour emporter la décision, le vendeur promet de faire un cadeau à son cocontractant en versant lui-même une petite somme pour contribuer à la constitution de l'épargne ou en servant un intérêt supérieur au taux usuel. Parfois, les deux avantages sont cumulés. La convention proposée prend l'allure d'un contrat de bienfaisance.

Les clauses de la vente-épargne varient d'un contrat à l'autre. Mais les clauses essentielles se ramènent généralement à ceci que le client s'engage à accumuler une certaine somme dans un délai maximum pour l'affecter à un achat chez un marchand. Que peut-on en penser?

Eh bien, ce contrat n'est ni une vente ni une épargne !

Ce n'est pas une vente. En effet, l'objet de la vente n'est pas déterminé. L'«acheteur» ne s'engage pas à acheter telle chose, mais à acheter à terme incertain, à concurrence d'une somme déterminée, une ou plusieurs choses qu'il choisira alors parmi celles que le marchand offrira. En réalité, ce que l'«acheteur» promet, *c'est sa clientèle* et rien d'autre. Et cette constatation se confirme si nous observons le contrat du point de vue du marchand. La situation de celui-ci n'est modifiée en rien: il enregistre simplement la promesse de son futur chaland. Et il se constitue ainsi, avec tous les contrats de vente-épargne conclus, un carnet de commandes, ou plutôt un carnet de clientèle qui, tenue d'acheter pour un montant déterminé dans un certain délai, lui assure pour chaque année à venir un chiffre d'affaires minimum. Pour lui, l'avantage est évident. Son avenir étant assuré du côté de l'écoulement de sa marchandise, il peut dresser un plan de fabrication, établir un programme d'achats, acheter des machines, passer des contrats à long terme, procéder à des placements, étendre rationnellement ses ateliers, obtenir facilement du crédit auprès de la banque, qui reçoit les dépôts des «épargnantes». Enfin, et ce n'est pas le moindre avantage, certaines maisons reçoivent elles-mêmes les dépôts et les utilisent dans leurs affaires, se dispensant ainsi de recourir au crédit. Ce contrat n'est donc pas une vente.

Mais ce n'est pas non plus une épargne. Sans doute est-il difficile de définir un terme économique, et l'«épargne» est une notion économique et non juridique. Toutefois, il est possible de dire qu'en l'occurrence nous ne trouvons pas les caractères habituels de l'épargne, bien que ce soit par ce terme qu'on attire le client. En réalité, l'«épargnant» s'oblige à payer au comptant ce qu'il choisira le moment venu. Dès la conclusion du contrat, *il est obligé* de faire des versements périodiques, il va donc exécuter une obligation, ce qui en bon français s'appelle *payer* et implique l'existence d'une dette. Ce n'est pas une économie que fait l'«épargnant», c'est une *dépense*. La prétendue convention d'épargne est

en réalité une convention de dépense. Et que l'on ne vienne pas dire que par son engagement, le client acquiert un avantage particulier. Le «cadeau» du marchand, la majoration d'intérêt sur les sommes versées sont les plus souvent illusoires. En effet, la plupart des commerçants accordent un escompte aux acheteurs au comptant. Cette ristourne de 3 ou 5% en général peut s'élever à 8 ou 10%, voire 20%. Et il convient de remarquer que, contrairement à ce qu'affirment leurs concurrents, ce sont des commerçants sérieux, vendant des articles de marque, qui consentent les plus importants escomptes. Celui qui a signé un contrat de vente-épargne ne bénéficie pas de ces faveurs. Il paye en conséquence un prix plus élevé que les acheteurs au comptant, ce qui compense largement les avantages qu'il a obtenus.

L'«épargnant» assume ainsi les mêmes obligations qu'un acheteur à crédit. Mais sa situation risque d'empirer. S'il ne peut plus payer les acomptes prévus et veut résilier le contrat, il devra payer des dommages-intérêts importants, qui représentent en général quinze ou vingt pour cent de la somme à épargner. Le marchand justifie ce chiffre élevé en invoquant ses frais d'acquisition du contrat. Il est piquant de remarquer qu'à la conclusion du contrat le même marchand expliquait qu'il pouvait faire un cadeau et augmenter le taux d'intérêt en raison des économies de publicité réalisées grâce au système de la vente-épargne. Quoi qu'il en soit, l'«épargnant» doit alors abandonner ce dédit sans aucune contre-prestation. Sa condition est pire que celle de l'acheteur à tempérament, lequel, en semblable occurrence, a au moins joui de la chose pendant un certain temps, si le contrat est résilié pour non-paiement des acomptes.

Pour échapper à ce résultat lamentable, l'«épargnant» peut demander à transformer la vente-épargne en vente à tempérament, les inconvénients de celle-ci s'avérant décidément moindres que les dangers de celle-là. Mais les conditions de la vente à crédit sont alors imposées par le ven-

deur, qui exige ordinairement un acompte de vingt pour cent du prix à la livraison. Il n'est pas toujours possible à l'«épargnant» d'y satisfaire.

La terme de vente-épargne est déceptif. Et l'on peut s'étonner qu'on laisse quiconque l'employer pour conclure des contrats, alors que le terme même d'«épargne» est sévèrement protégé par ailleurs. Ainsi, la loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, du 8 novembre 1934, prévoit, à son article 15, que seules les banques publient des comptes annuels peuvent accepter des dépôts portant la dénomination d'«épargne». Les autres entreprises ne peuvent ni accepter des dépôts de ce genre, ni faire figurer le mot d'«épargne» dans leur raison sociale ou dans la désignation de leur but social, ni *s'en servir à titre de réclame*. Cette sévérité à l'égard de banquiers soumis à un certain contrôle conduit à se demander s'il est normal que des commerçants qui ne présentent pas toujours toutes les garanties désirables pratiquent une opération qu'ils appellent vente-épargne sans être soumis à aucune surveillance.

Quoi qu'il en soit, il ne faut pas s'étonner si la quasi-totalité des décisions judiciaires cantonales est hostile à la vente-épargne. Le juge des poursuites refuse la mainlevée à l'opposition formée par l'«épargnant» contre le commandement de payer à lui adressé pour qu'il verse son «épargne» en dépôt. Ou bien le juge ordinaire déclare nul le contrat même.

Cette attitude va-t-elle se modifier à la suite de la prise de position du Tribunal fédéral en la matière? La validité de la convention de vente-épargne est-elle reconnue définitivement par l'arrêt rendu le 4 février 1958 par le Tribunal fédéral en la cause Treuvag, Treuwerte- und Verwaltungs-AG. et Brunner AG. contre Staub (RO 84 II 13 = JdT 1958 I 263)? Il est permis d'en douter sérieusement. L'arrêt Treuvag est une décision d'espèce, dont la solution est liée aux clauses particulières du contrat ainsi qu'à la situation financière et sociale de l'«épargnant». Et la lecture des considérants donne l'impression que le Tribunal fédéral

n'est pas très satisfait de la solution qu'il s'est estimé obligé d'adopter. Que dans une autre espèce toutes les circonstances de fait de l'affaire Treuvag ne soient pas réunies, il n'est pas du tout certain que le Tribunal fédéral jugera de la même manière. Sans faire le commentaire de l'arrêt, qu'il nous soit permis de relever un argument, qui peut prêter à controverses. L'«épargnant» avait soutenu, entre autres moyens, que le contrat était contraire aux mœurs, partant, nul selon l'article 20 du code des obligations, parce que certaines de ses clauses étaient trompeuses. Le Tribunal fédéral a rejeté le moyen en relevant qu'«on ne saurait tenir l'objet du contrat pour contraire aux mœurs lorsque les manifestations de volonté, écrites ou orales, sont simplement critiquables en leur énonciation...». Voilà bien l'un des points cruciaux de la question: des manifestations de volonté critiquables en leur énonciation, euphémisme courtois à l'égard d'une des parties. Si ces manifestations de volonté émanaient d'un simple particulier sans expérience des affaires, l'argument du Tribunal fédéral pourrait entraîner l'adhésion. En est-il de même quand les clauses du contrat ont été rédigées par de puissantes entreprises, dotées d'un service de contentieux spécialisé? Faut-il vraiment attribuer l'ambiguïté des clauses à une maladresse involontaire de rédaction, alors que les formules de contrat sont imprimées à plusieurs milliers d'exemplaires depuis plusieurs années? Posons-nous au moins la question.

Le Tribunal fédéral a adopté en l'espèce une attitude prudente, mais à notre avis décevante. C'est au législateur qu'il appartiendrait d'interdire la vente-épargne. Mais on connaît le peu d'enthousiasme du législateur moderne pour le droit privé et il peut sembler bien compliqué de saisir les Chambres pour obtenir une mesure de défense qui aurait pu résulter d'une décision catégorique du Tribunal fédéral. Au surplus, on peut craindre que le législateur se borne à établir une réglementation lourde et compliquée, alors que serait bien préférable la disparition d'une variété de contrat qui n'apporte aucun avantage sérieux au public. Et il

semble bien que ce soit là l'opinion des juridictions cantonales, qui persistent dans leur jurisprudence en dépit de l'arrêt Treuvag. Il y a quelques semaines, dans un canton voisin, soixante-quinze demandes de mainlevée d'opposition à commandement de payer ont été portées à l'audience par des commerçants contre des «épargnants». Le juge ayant rejeté d'emblée les deux premières demandes de mainlevée, les autres ont été retirées. Il nous semble que la mesure est bonne, qu'elle est simple et que sa généralisation peut conduire à l'effacement de la vente-épargne et des déceptions qu'elle engendre.

Si tel n'était pas le cas, je me rallierais sans réserve à la conclusion de Monsieur le Doyen Jeanprêtre en souhaitant une loi fédérale déclarant: la vente-épargne est interdite.

*Dr. Ludwig Frank, Oberrichter, Zürich:*

Ich erscheine hier sozusagen als Sprecher der I. Zivilkammer des Zürcher Obergerichts. Unsere Kammer hat als zweite Instanz alle Ehesachen, insbesondere Ehescheidungen und Eheschutzmaßnahmen, zu beurteilen. Wir kennen daher den Einfluß der zur Diskussion stehenden Geschäfte auf die Existenz der Familien. Diese Geschäfte entziehen nicht nur Jahr für Jahr einer großen Zahl von Haushaltungen die wirtschaftliche Basis; sie zehren darüber hinaus an der Lebenskraft und der Lebensfreude der Ehegatten und zerstören dadurch mittelbar auch die sittlichen Grundlagen der Ehe. Neben dem Abzahlungskauf von Möbeln gewinnt dabei der Kauf von Motorfahrzeugen auf Abzahlung ständig an Bedeutung. Derartige Geschäfte werden fast ausschließlich vom Ehemann abgeschlossen. Bedürften Abzahlungsverträge der Zustimmung des andern Ehegatten, wie dies von Frau Dr. Ruckstuhl gefordert worden ist, so käme sicherlich mancher Motorrad- oder Autokauf nicht zustande; viele Not könnte vermieden und manche Ehe gerettet werden. Der Einblick in die Leidensgeschichte Hunderter von Ehen hat uns gezeigt, daß das Benzin für die Ehe sehr oft noch gefährlicher ist als der Alkohol.

Unsere Kammer hat jedoch neben den Ehesachen auch andere zivilrechtliche Angelegenheiten zu beurteilen, was Anlaß gegeben hat, uns über die Rechtsnatur des Vorauszahlungsvertrages auszusprechen. Wir haben unsere Ansicht hierüber in dem in SJZ 54 S. 273 ff. wiedergegebenen Urteil niedergelegt. Wohl hat das Bundesgericht diesen Entscheid aufgehoben (vgl. BGE 84 II 266 ff.), doch muß ich sagen, daß mich die höchstrichterliche Beweisführung in diesem Fall keineswegs überzeugt hat.

Unser Hauptargument geht dahin, daß es an den für den Abschluß des Vertrages nötigen übereinstimmenden gegenseitigen Willensäußerungen über die wesentlichen Punkte (Art. 1, Art. 2 Abs. 1 OR) fehlt, weil die *Kaufgegenstände* weder bestimmt noch objektiv bestimmbar sind. Art. 71 OR gelangt auf diesen Fall nicht zur Anwendung, da diese Norm eine viel engere Wahlmöglichkeit voraussetzt. Wohl ist beim Vorauszahlungsvertrag die geschuldete Sache, wie Art. 71 Abs. 1 OR sagt, «nur der Gattung nach» (d.h. nach Merkmalen, die eine Gattung ausmachen) umschrieben; die genannte Vorschrift verlangt aber darüber hinaus, daß sie dadurch tatsächlich auch «bestimmt» sei, so daß sich jede Partei beim Vertragsschluß im einzelnen vorstellen und überblicken kann, worum es sich handelt. Das aber trifft beim Vorauszahlungsvertrag nicht zu; vermag doch weder der Käufer noch selbst der Verkäufer sich beim Vertragsschluß vorzustellen oder zu überblicken, wie das Assortiment (des Verkäufers oder gemäß vielen Verträgen auch das anderer Händler desselben Geschäftszweigs) beschaffen und zusammengesetzt sein wird, aus dem der Käufer in soundsoviel Jahren seine Auswahl zu treffen haben wird. Ähnliches gilt mit Bezug auf den vom Bundesgericht angerufenen Art. 72 OR. Auch hier sollten sich die Parteien die Leistungen, zwischen denen eine von ihnen die Wahl treffen kann, beim Vertragsschluß einzeln vorstellen und sie überblicken können, was aus den angeführten Gründen beim Vorauszahlungsvertrag nicht zutrifft.

Daß anderseits der *Preis* bestimmbar sei, haben wir zu-

gegeben; auch diese Feststellung ist jedoch nur theoretisch richtig. In der Praxis sieht es anders aus. Stellen Sie sich den Fall vor, daß der Käufer heiraten will oder heiraten muß, daß er mit dem Verkäufer über die Auswahl und den Anrechnungspreis der auszuwählenden Waren aber nicht einig wird. Der Verkäufer wird dann nicht liefern; der Käufer muß klagen. Schon die Formulierung des Klagebegehrens wird Schwierigkeiten bereiten. Diese Schwierigkeiten häufen sich im Prozeß: das Urteil wird nicht ohne Begutachtung gefällt werden können; oft sogar werden mehrere Sachverständige angehört werden müssen, da sich der Vertrag auf Waren verschiedener Art bezieht. Noch vor dem Entscheid der ersten Instanz wird das erste Kind, noch vor dem Urteil des Bundesgerichtes das zweite Kind da sein ... Deshalb werden praktisch keine solchen Prozesse angehoben werden; jeder pflichtbewußte Anwalt müßte seinen Klienten davor warnen.

In SJZ 54 S. 273 ff. haben wir ferner festgestellt, daß es beim Vorauszahlungsvertrag an der Einigung über einen weiteren Punkt fehlt: die *Zahlungsbedingungen* für den – in der Regel eintretenden – Fall, daß der Käufer die Ware vor Entrichtung der ganzen Vertragssumme beziehen will. Das Bundesgericht behandelt das als Nebenpunkt im Sinne von Art. 2 OR. Diese Auffassung läßt sich vor den Gegebenheiten des täglichen Lebens nicht halten. Für einen Arbeiter, der monatlich 700 Franken verdient (und aus solchen Arbeitern setzt sich ja die Kundschaft der Vorauszahlungsunternehmen zu einem wesentlichen Teil zusammen), der 150 Franken für die Wohnung zu bezahlen hat, und der mit 550 Franken eine Familie ernähren und kleiden soll, ist es sicherlich im höchsten Maße essentiell, ob von seinem Einkommen 50, 100 oder 200 Franken im Monat für Abzahlungsraten abgehen. Auch im kaufmännischen Verkehr können übrigens Zahlungsbedingungen darüber entscheiden, ob ein Kauf tragbar sei oder nicht. Mit der richterlichen Ergänzung des Vertrags ist dem Käufer nicht geholfen; wird ein Prozeß, der dies zum Gegenstand hätte, doch

wohl ebensowenig geführt werden wie ein solcher um die Preisbestimmung.

Was Art. 27 Abs. 2 ZGB anbelangt, dessen Anwendbarkeit das Bundesgericht im gegebenen Fall im Gegensatz zu uns verneint hat, müssen wir uns die Dinge so vor Augen halten, wie sie wirklich sind. Gewisse Firmen ermitteln – vermutlich mit Hilfe der Einwohnerkontrollen – die Adresse von Leuten, die vor kurzem mündig geworden sind und die ordentlich verdienen. Diese jungen Arbeiter und Angestellten beiderlei Geschlechts werden bearbeitet durch Vertreter, die gänzlich oder doch zur Hauptsache nach der Höhe ihrer Abschlüsse entlohnt werden, und die daher ohne Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Leistungsfähigkeit der Käufer große Vertragssummen herauszuholen suchen. Im so zustande gekommenen Vertrag übernimmt der Käufer auf lange Jahre hinaus hohe Verpflichtungen, denen keinerlei Vorteile gegenüberstehen, es sei denn die sehr bescheidene Zinsdifferenz. So sieht sich der Käufer an Händen und Füßen gebunden – de iure zwar nicht unumschränkt, de facto aber gänzlich. Hätte der gleiche Kontrahent statt dessen einfach ein Sparheft geäufnet, so hätte er größere Vorteile und dazu die völlige Freiheit der Wahl.

Das Bundesgericht wendet in diesem Zusammenhang allerdings ein, die Vertragsfreiheit gewährleiste dem Einzelnen auch die Möglichkeit, sich entgegen seinen Interessen auf derartige Verträge einzulassen. Dasselbe Bundesgericht hat indes immer wieder betont, die Vertragsfreiheit (wie auch die Handels- und Gewerbefreiheit) gelte nur innert der Schranken der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit und von Treu und Glauben im Rechtsverkehr. Nachdem das höchste Gericht den Schutz dieser Rechtsgüter mit Bezug auf den Vorauszahlungsvertrag nicht glaubt übernehmen zu können, wird es Sache des Gesetzgebers sein, dies zu tun. Es geht dabei vor allem um den Kampf gegen die Auswüchse des Vorauszahlungsgeschäfts, die Sicherung des Publikums vor unanständigen Firmen. Im Gegensatz zum welschen Referenten sehe ich die Lösung

denn auch nicht in einem Verbot der Vorauszahlungsverträge, sondern – ähnlich wie Prof. Jäggi – eher in einer Reform von Art. 21 oder 71 OR. Mit der Gesetzesreform ist es jedoch nicht getan. Es geht vielmehr gleichzeitig und vor allem auch um eine Aufgabe der Erziehung.

Dr. Peter Binswanger, Winterthur:

Eine Besonderheit des Abzahlungsvertrags liegt darin, daß er noch stärker als der herkömmliche Kreditkaufvertrag mit Risiken belastet ist, die den Abzahlungsgläubiger dazu veranlassen, dem Schuldner harte, oft zu harte Bedingungen aufzuerlegen. Richtigerweise haben daher beide Referenten nach Mitteln und Wegen gesucht, um diese Risiken wenn nicht auszuschließen, so doch zu mildern. Dabei scheinen sie ein wichtiges Mittel der Risikoverminderung, das im Ausland stark verbreitet ist, entweder übersehen oder dann in seiner Bedeutung verkannt zu haben. Dieses Mittel ist die Kreditversicherung, von der ein hoher Funktionär des Versicherungsamts des Staates New York kürzlich festgestellt hat:

«Die Kreditversicherung hat sehr geholfen, die Konsumentenkreditgeschäfte in unserem Staate zu stabilisieren, indem sie den Kreditgeber vor Verlusten aus Kreditgeschäften und den Kreditnehmer bzw. seine Familie im Falle des vorzeitigen Todes oder bei Eintritt von Erwerbsunfähigkeit gegen die nachteiligen finanziellen Folgen schützt.»

Welche Risiken können im Zusammenhang mit Abzahlungsgeschäften durch eine Versicherung gedeckt werden? Grundsätzlich alle, die zu einer vorübergehenden oder gänzlichen Zahlungsunfähigkeit des Abzahlungsschuldners führen können. Es wird allerdings nicht notwendig sein, alle diese Risiken zu decken. So sollte es z.B. möglich sein, durch sorgfältige und seiöse Auswahl der Person des Schuldners das Risiko der Zahlungsunfähigkeit wegen Pfändung oder Konkurses weitgehend auszuschalten. Daraus entspricht eine alle Ursachen der Zahlungsunfähigkeit

berücksichtigende Versicherung wohl keinem Bedürfnis. Dagegen vermag sich der Gläubiger allein durch das Mittel gewissenhafter Schuldnerauswahl nicht gegen das Risiko zu schützen, daß der Schuldner infolge Krankheit, Unfall, Invalidität oder wegen vorzeitigen Todes zahlungsunfähig wird. In solchen Fällen kann *de lege lata* wie auch nach dem Vorentwurf höchstens die doch recht fragwürdige Lohnzession, die Verwertung von hinterlegten oder verpfändeten Vermögenswerten, die Realisierung von Eigentumsvorbehalten oder die Belastung der Erben einen gewissen Ausgleich bringen. Alle diese Mittel sind indes – sofern sie überhaupt wirksam werden – sehr hart für den Schuldner bzw. seine Hinterlassenen. Die Deckung des Risikos der durch Krankheit, Invalidität oder Tod verursachten Zahlungsunfähigkeit des Abzahlungsschuldners in einer dem Postulat vermehrten Sozialschutzes Rechnung tragenden Weise stellt daher zweifellos ein Bedürfnis dar. Ihm kann durch die Kreditlebensversicherung entsprochen werden.

Das Wesen einer solchen Kreditlebensversicherung besteht darin, daß im Zeitpunkt der Begründung des Abzahlungsgeschäfts eine Versicherung auf das Leben des Abzahlungsschuldners abgeschlossen und in der Weise mit dem Abzahlungsvertrag koordiniert wird, daß bei Zahlungsunfähigkeit wegen Krankheit oder Invalidität Leistungen im Ausmaß der fällig werdenden Abzahlungsraten und bei vorzeitigem Tod des Schuldners Leistungen in der Höhe der Restschuld fällig werden. Die Versicherung übernimmt somit die Verpflichtungen des Abzahlungsschuldners, wenn dieser wegen Krankheit oder Invalidität zahlungsunfähig wird oder wenn er vorzeitig stirbt.

Die Erfahrungen in den USA belegen die Wirksamkeit und die soziale Bedeutung der Kreditlebensversicherung mit aller Deutlichkeit. Sie lassen allerdings auch gewisse Möglichkeiten des Mißbrauchs erkennen. Diesen gilt es durch geeignete Maßnahmen der Versicherungsaufsichtsbehörde rechtzeitig zu steuern. Von großer Bedeutung ist natürlich auch die Höhe der Kosten: Der Abschluß einer

Kreditlebensversicherung darf nicht zu einer ins Gewicht fallenden Verteuerung des Abzahlungsgeschäfts führen. Eine solche Ausgestaltung liegt im Bereich des Möglichen.

Gelingt es, die Kreditlebensversicherung auf einwandfreie und billige Weise durchzuführen, dann erscheinen verschiedene der von den Referenten aufgezeigten Probleme in einem etwas anderen Licht. So lassen sich insbesondere die Fragen der Anzahlungspflicht, der Lohnzession sowie des Zahlungsverzugs und seiner Folgen sozial viel günstiger lösen. Es drängt sich deshalb auf, diese wesentliche, in den Referaten aber unbeachtet gebliebene Seite des Abzahlungsgeschäfts mit in Erwägung zu ziehen. Dabei werden einerseits die Ausgestaltung der Kreditlebensversicherung sowie der notwendigen Sicherungsvorschriften und anderseits die Auswirkungen des Abschlusses einer solchen Versicherung auf die einzelnen Kautelen des Abzahlungsvertrags zu prüfen sein. Mir scheint, daß bei dieser Prüfung verschiedene Bestimmungen des Vorentwurfs – so insbesondere die Art. 226a Abs. 2, 226c, 226d Abs. 2 und 226h Abs. 2 – im Sinne einer Verstärkung des Sozialschutzes ergänzt werden könnten.

*M<sup>me</sup> Valy Degoumois, docteur en droit, Genève:*

Ce n'est pas en qualité de juriste, mais d'assistante sociale que je désire présenter quelques remarques sur les effets de la vente à tempérament et de la vente-épargne. Ces nouvelles possibilités d'achat prennent une importance considérable. Le 90% des personnes dont j'ai eu l'occasion de m'occuper en ont fait usage. Seuls les vieillards ne se laissent pas tenter. Les jeunes gens sont une proie facile pour les vendeurs et leurs représentants, surtout s'ils sont surpris dans l'euphorie de leurs vingt ans. Les jeunes mariés, en particulier ceux qui sont obligés de se marier, trouvent dans ce genre de contrat le moyen d'acquérir le nécessaire pour se mettre en ménage. Les uns et les autres oublient que la vente à tempérament donne lieu à des abus qu'il faut absolument réprimer.

Non seulement le vendeur se garantit par la réserve de propriété, mais il fait encore signer des cessions de salaire au mari et même à la femme, lorsqu'elle gagne quelque argent; la situation financière du ménage en est rendue très précaire. Je puis citer le cas d'un père de famille auquel il restait, de sa paie de la quinzaine, fr. 1.75 pour vivre, lui, sa femme et ses 2 enfants.

La réserve de propriété permet au marchand d'agir avec malhonnêteté. Lorsque l'acheteur ne peut plus payer les acomptes, le vendeur reprend l'objet, souvent très brusquement, ce qui peut laisser une famille dans un grand désarroi (par exemple privée de tous ses meubles). Il repolit le mobilier repris et le revend, en général à tempérament. Il peut ainsi répéter l'opération jusqu'à trois ou quatre fois et réaliser un profit illicite.

L'application de l'article 227 du code des obligations donne aussi lieu à des abus. L'acheteur est contraint de restituer la chose et doit payer en outre une forte somme. En effet, l'indemnité d'usure, souvent très difficile à déterminer, est parfois calculée d'avance, dans une clause du contrat, et cela de manière astucieuse: elle est fixée à 1, 1½ ou 2 pour mille par jour, ce qui mène rapidement à une forte somme, sans que l'acheteur s'en soit rendu compte au moment de la signature du contrat. J'ai connu une personne qui avait acheté à tempérament un appareil ménager valant fr. 450.– et avait cessé de payer les acomptes après avoir versé fr. 250.– Elle a dû restituer l'appareil et payer fr. 30.– de frais divers plus fr. 250.– pour loyer dit «équitable» et frais d'usure.

Or les avocats et les magistrats ne voient guère de tels cas abusifs, et pour cause! Les personnes auxquelles j'ai fait allusion n'ont, en effet, pas les moyens de consulter un homme de loi ou n'ont pas l'intelligence de se défendre, en sollicitant, au besoin, le bénéfice de l'assistance judiciaire gratuite. Le débiteur se sent dans une situation d'infériorité telle que, parfois, il n'ose même pas résister aux prétentions injustifiées de son créancier. De plus, ce débiteur est fré-

quemment lié par une clause de prorogation de for à laquelle il n'a pas pris garde lorsqu'il a signé le contrat et qui l'obligerait à faire un déplacement onéreux pour se présenter à l'audience.

Les acheteurs ont besoin d'une protection. De leur côté, les vendeurs tireraient également profit d'une réglementation plus stricte de la vente à tempérament. Que l'on songe, en particulier, à toutes les petites maisons qui ne sont pas spécialisées dans ce genre d'opération: elles doivent suivre la concurrence et proposer de tels marchés, mais cela entraîne des frais (enquête, contentieux, etc.) hors de proportion avec le bénéfice qu'elles en peuvent escompter.

C'est pourquoi je crois pouvoir affirmer, en conclusion, que tous les travailleurs sociaux seraient heureux que le législateur adopte une solution qui permette de protéger les acheteurs à tempérament contre les abus dont ils sont trop souvent les victimes, et interdise la vente-épargne.

Dr. *Ulrich Moser*, Rechtsanwalt, Winterthur:

Ich möchte mich zum Problem der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit des Kaufpreises beim Vorauszahlungsvertrag äußern, und zwar de lege lata wie auch de lege ferenda.

1. Das Bundesgericht hatte sich im Urteil vom 4. Februar 1958 i.S. Treuvag und Brunner AG. gegen Staub (BGE 84 II 13 ff.) und im Urteil vom 29. April 1958 i.S. Widmer-Müller AG. gegen Läber (BGE 84 II 266 ff.) mit dem Vorauszahlungsvertrag zu befassen. Im Falle Treuvag und Brunner AG. war folgende Preisbestimmungsklausel zu prüfen:

«Maßgebend sind die dannzumal (d. h. im Zeitpunkt der Auswahl) in den Ausstellungsräumen angeschriebenen oder in den Prospekten enthaltenen Barzahlungspreise, sowie die in den Detail-Preislisten des Schweiz. Engros-Möbelfabrikantenverbandes aufgeführten Barzahlungspreise.»

Im Falle Widmer-Müller AG. lautete die Abrede:

«Der Käufer bezieht die Waren bei der Verkäuferin zu den üblichen Verkaufs- und Lieferungsbedingungen und zu den normalen, jeweils gültigen Preisen.»

Das Bundesgericht kam zum Schluß, sowohl die eine wie die andere Klausel vermöge den Anforderungen zu genügen, die nach Art. 184 Abs. 2 OR an die Bestimmbarkeit des Kaufpreises zu stellen sind. Gegen diese Auffassung hat Prof. Jeanprêtre auf S. 428a–439a seines Referates Bedenken geäußert, die ich durch weitere Argumente unterstützen möchte.

2. Im Urteil i.S. Widmer-Müller AG. spricht sich das Bundesgericht zur Frage der Bestimmbarkeit des Kaufpreises wie folgt aus:

«Maßgebend ist Ziffer 2 des Vertrages, wonach die Kläger die Ware „zu den normalen, jeweils gültigen Preisen“ zu bezahlen haben. Das kann nach Treu und Glauben nur dahin verstanden werden, daß die Kläger die Preise zu bezahlen haben werden, zu welchen die Beklagte die von ihnen auszuwählenden Gegenstände im Zeitpunkt der Auswahl gegen bar auch Dritten anbieten wird. Diese Preise werden im Streitfalle anhand von Anschriften, Preislisten, Geschäftspapieren bestimmbar sein.» (BGE 84 II 274)

Das Bundesgericht setzt somit den Preis, zu welchem dem Barzahler offeriert wird, dem Preis gleich, der sich aus den Anschriften, den Preislisten, den Geschäftspapieren ergibt. Diese Annahme erweist sich als unrichtig, was ich anhand einiger Tatsachen darlegen möchte.

Der Prozeßvertreter einer Sparvertragsfirma brachte in diesem Zusammenhang folgendes vor:

«Es spielt auch keine Rolle, ob ein Fremder, der noch keinen Vertrag hat, oder ein Käufer mit Vorauszahlungsvertrag oder gar ein Kunde kommt, der einen Abzahlungsvertrag wünscht. Immer bleiben die Preise gleich. Der Unterschied liegt lediglich darin, daß beim Vorauszahlungsvertrag in der höheren Verzinsung eine Vergünstigung liegt, beim Abzahlungsvertrag dem Kunden ein Zuschlag belastet wird, und

beim Barzahlungsgeschäft dem Käufer ein Rabatt gewährt wird.»

Was heißt das? Doch nichts anderes, als daß dem Barzahler ein Barzahlungsrabatt gewährt wird, den der Vorauszahler nicht erhält; mit anderen Worten: daß der Barzahlungspreis nicht identisch ist mit dem angeschriebenen Preis, den der Vorauszahler zu erlegen hat, sondern tiefer liegt.

Aus einem mir vorliegenden weiteren Dokument ergibt sich denn auch, daß eine bestimmte Gruppe von Detailgeschäften einen «Aussteuerrabatt» von 10% auf den Bezug von Möbeln und anderen Ausstattungsgegenständen gewährt, und zwar vermutlich in erster Linie dann, wenn ein Barzahler diese Vergünstigung verlangt. Die Einräumung solcher Vergünstigungen gehört nachgerade in der Schweiz zu den allgemeinen Gepflogenheiten namentlich des Möbel-, Radio- und Autohandels. Jeder, der ein Auto zum Listenpreis kauft und bar bezahlt, der überzahlt; denn auf Verlangen erhält er ansehnliche Rabatte. Die schweizerischen Verhältnisse unterscheiden sich in dieser Beziehung nicht wesentlich von den deutschen, worüber die «Neue Zürcher Zeitung» am 10. Juli 1957 (Nr. 2013) was folgt berichtete:

«Es ist schon lange ein offenes Geheimnis, daß... die Käufer solcher Artikel (gemeint sind dauerhafte Konsumgüter, namentlich elektrotechnische Haushaltungserzeugnisse) von zahlreichen Einzelhändlern substantielle Rabatte fordern und auch erhalten, wenn sie nicht geradewegs angeboten werden. Ein Skontoabzug von 3% ist gang und gäbe und gewissermaßen das Minimum. Nicht selten kommt es zu Preisnachlässen um 10 bis 20%.»

Man muß sich schon fragen, was der angeschriebene Preis bzw. der Katalogpreis unter solchen Umständen noch bedeutet. Wenn das Bundesgericht davon ausgeht, die Preise, zu welchen die vom Käufer auszuwählenden Gegenstände gegen bar auch Dritten angeboten werden, seien anhand von «Anschriften, Preislisten, Geschäftspapieren» bestimmbar, so sieht es weit an den Gegebenheiten des heutigen Detailhandels vorbei.

3. Im Urteil i. S. Treuvag und Brunner AG. sucht das Bundesgericht darzutun, daß die Vorauszahlungsfirma darum in der Bildung der Preise nicht frei sei, weil sie konkurrenzfähig bleiben müsse; eine willkürliche Preisfestsetzung von Seiten des Verkäufers sei deshalb nicht zu befürchten (BGE 84 II 20). Auch diese Annahme erweist sich als irrtümlich. Aus dem Aufbau und den Gepflogenheiten des Möbeldetailhandels (vgl. das Referat von Prof. Jean-prêtre, S. 435a–439a), sowie aus der unumschränkten Bindung des Vorauszahlers an die Vorauszahlungsfirma folgt, daß ein solches Unternehmen über die Preisregulierung durch Branchenkonkurrenz erhaben ist. Die Erfahrung zeigt, daß die Bruttogewinnmarge im Möbeldetailhandel zwischen 30 und 100% schwankt. Gleiche Stücke gleicher Herkunft können auf engstem Raum, z. B. in der Stadt Zürich, ganz verschiedene Preise haben. Und wiederum zeigt die Erfahrung, daß die Vorauszahlungsfirmen in der Regel höhere Preise haben als Geschäfte, die nur Bar- oder Abzahlungsumsatz haben. – Im übrigen dient ja gerade die wilde Rabattpraxis, worauf ich bereits zu sprechen kam, dazu, die «angeschriebenen», auf den gebundenen Vorauszahlern abgestimmten Preise zu korrigieren und den freien Barzahler vom fluchtartigen Verlassen der Geschäftsräume abzuhalten.

4. Noch ein Wort zur SEM-Preisklausel, wozu ich wiederum auf die zutreffenden Ausführungen von Prof. Jean-prêtre (S. 437a/438a) verweisen möchte. Die Detailpreisliste eines SEM-Fabrikanten kann niemals als objektive Grundlage der Preisbestimmung betrachtet werden; stehen die betreffenden Fabrikanten doch viel zu stark unter dem Druck der mächtigen Möbeldetaillisten, insbesondere der Sparvertragsfirmen.

5. Ich glaube nicht, daß sich die Preisbestimmungsfrage beim Vorauszahlungsvertrag befriedigend lösen läßt. Ich bin auch gegenüber der Regelung skeptisch, die der Vorentwurf Stofer in Art. 227e Abs. 2 (S. 356a) vorschlägt.

Diese Bestimmung ist zwar, theoretisch gesehen, ausgezeichnet formuliert; sie wird meines Erachtens aber in der Praxis toter Buchstabe bleiben, weil der Vorauszahler gestützt auf Art. 227e Abs. 2 erst nach erfolgter Auswahl der Kaufgegenstände die Sparvertragsfirma auf dem Wege des ordentlichen Zivilprozesses auf Abrechnung unter Ansetzung der niederen Barkaufspreise, die mittlere Konkurrenzpreise nicht übersteigen dürfen, belangen kann. Solche Prozesse wird es in der Praxis nie geben. Art. 227e Abs. 2 würde erst dann zum Leben erwachen, wenn eine staatliche Stelle seine Einhaltung von Amtes wegen überwachen würde.

Die grundsätzliche Schwäche des Vorauszahlungsvertrages liegt in der unumschränkten Bindung des Vorauszahlers an die Sparvertragsfirma und vor allem in deren Kompetenz zu einseitiger subjektiver Preisfestsetzung bei gleichzeitiger Erhabenheit über die preisregulierende Branche konkurrenz. Ich bekenne mich in diesem Punkte zur Auffassung von Prof. Jeanprêtre, der im Hinblick auf Art. 184 Abs. 3 OR eine «déterminabilité objective» verlangt (S. 433a). Es ist zu bedauern, daß das Bundesgericht in seinen eingangs angeführten Urteilen den Vorauszahlungsvertrag in seiner heute praktizierten Form nicht als unvollständigen Vertrag ohne rechtliche Verbindlichkeit gewürdigt hat. Der Bundesgesetzgeber sollte und könnte hier korrigieren, und zwar am besten mit der von Prof. Jeanprêtre vorgeschlagenen Bestimmung:

*«La vente-épargne est interdite.»*

Dr. iur. et oec. publ. *Guido von Castelberg*, Rechtsanwalt, Zürich:

Gerade wer überzeugt ist, daß die Revision der gegenwärtigen Ordnung des Abzahlungsvertrags und des Vorauszahlungsvertrags eines der wichtigsten Anliegen an den Privatrechts-Gesetzgeber darstellt, der bedauert, daß der von Zivilgerichtspräsident Dr. H. Stofer erstellte Vorent-

wurf II verschiedentlich von allgemeinen Regeln abweicht, ohne daß die besondere Interessenlage des Rechtsgeschäfts die Abweichung aufdrängte oder mindestens begründen ließe. Der Vorentwurf bedarf in dieser Hinsicht noch der Überarbeitung. Ich möchte dafür folgende Beispiele nennen:

1. Der Abzahlungskäufer muß ein *Doppel des Vertrags* erhalten. Wenn es sich dabei nicht um eine bloße Ordnungsvorschrift handelt, die diesfalls, weil unnötig, besser gestrichen würde, so liegt eine Abweichung von den allgemeinen Anforderungen an die Schriftform vor, die im allgemeinen Teil des OR aufgestellt sind. Nach der Interessenlage des Abzahlungsvertrags erscheint die Einführung einer neuen Form der Rechtsgeschäfte aber unter keinem Gesichtspunkte als erforderlich.

2. Der Widerruf eines Abzahlungsvertrags muß durch *eingeschriebenen Brief* erklärt werden. Es ist bekanntlich häufig der Fall, daß Anwälte in Verträgen vorsehen, eine Willenserklärung müsse in einem eingeschriebenen Brief abgegeben werden. Man kann dann darüber streiten, ob ein gewöhnlicher Brief eine genügende Erklärung darstelle. Mit dem Vorentwurf II soll nun das Erfordernis des eingeschriebenen Briefes im Gesetz verankert werden. Es ist wieder festzustellen, daß auch diese neue Form unter keinem Gesichtspunkt mit den Besonderheiten des Abzahlungsgeschäfts begründet werden kann. Dabei gehe ich auch hier davon aus, daß die Bestimmung als Formvorschrift und nicht als bloße Ordnungsvorschrift zu verstehen ist.

3. Die Widerrufserklärung muß innerhalb der Frist *der Post aufgegeben* werden. Ein Gestaltungsrecht wird nach allgemeiner Regel dann innerhalb einer Frist ausgeübt, wenn die Erklärung vor deren Ablauf beim Empfänger eintrifft. Im Vorentwurf II wird diese Regel durchbrochen. Man kann durchaus der Auffassung sein, die Regel befriedige nicht; nur sollte man sie dann ganz allgemein und nicht nur für den besonderen Fall revidieren.

4. Die *Lohnzession* wird *zeitlich beschränkt*. Es läßt sich sehr wohl die Meinung vertreten, eine Lohnforderung solle nicht unbeschränkt abtretbar sein. Der Lohn dient im allgemeinen dazu, den Lebensunterhalt zu bestreiten; es ist daher nicht unbedenklich, wenn Lohnforderungen abgetreten werden. Innert welcher Schranken dies zulässig sein soll, sollte indes das Dienstvertragsrecht bestimmen, wie der Berichterstatter französischer Zunge mit Recht bemerkt. Zur Lohnzession kommt es nicht nur bei Abzahlungsgeschäften; werden ihr lediglich mit Bezug auf derartige Verträge Schranken gesetzt, so gelten diese somit bloß für einen Teil des Anwendungsbereichs der Lohnzession.

5. Die *Konventionalstrafe* darf 10% des Barkaufspreises nicht überschreiten. Art. 163 Abs. 3 OR stellt die allgemeine Regel auf, daß der Richter übermäßige Konventionalstrafen nach seinem Ermessen herabzusetzen hat. Diese Regelung zum Schutze wirtschaftlich schwacher Vertragsparteien hat sich bisher bewährt. Es ist nicht erkennbar, warum im Recht des Abzahlungsvertrags Bedarf nach einer Sonderbestimmung bestehe, wenn in den übrigen Bereichen die Generalklausel befriedigt.

6. Wer einen Käufer veranlaßt, einen Abzahlungs- oder Vorauszahlungsvertrag zu widerrufen oder zu kündigen, um selber mit ihm einen derartigen Vertrag zu schließen, soll des *unlauteren Wettbewerbs* schuldig sein. Wenn der Verkäufer, der den Widerruf oder die Kündigung veranlaßt, wirklich billiger ist, so kann aber von einem unlauteren Wettbewerb im Sinne der Generalklausel des UWG nicht die Rede sein. Es liegt vielmehr ein typischer Fall des echten Leistungswettbewerbs vor. Die vorgeschlagene Revision des UWG läßt sich deshalb mit dem Grundbegriff des unlauteren Wettbewerbs, von dem dieses Gesetz ausgeht, nicht vereinbaren.

Man sage nicht, diese Einwände bezögen sich auf nebensächliche Einzelheiten. Es geht nicht um Details, es geht um die Grundfrage: Beschränkt sich der Gesetzgeber beim

Erlaß der vom allgemeinen Obligationenrecht abweichenden besonderen Vorschriften für den Abzahlungsvertrag darauf, was notwendig und sachlich gerechtfertigt ist? Kein Gesetz soll ergehen, das sich nicht in den «großen Bogen» einordnet, der unser Zivilrecht kennzeichnet. Jahrhunderte haben ein Zivilrecht herausgebildet, das verhältnismäßig einfach ist und leicht erfaßt werden kann. Das kann nur so bleiben, wenn die Revisionen des besonderen Teils des OR ausschließlich Normen bringen, die Anpassungen an die besonderen Interessenlagen darstellen. Möge die weitere Bearbeitung des Entwurfs – insbesondere durch die Expertenkommission – die angedeuteten Mängel beheben.

*M. Eric Bertherin, licencié en droit, Vuadens:*

Permettez-moi d'apporter à la discussion qui va se clore une simple précision de détail que m'a suggérée la rédaction de ma thèse de doctorat sur la vente à versements préalables.

Lorsque, dans un contrat de ce genre, l'acheteur doit effectuer ses versements en banque sur son propre compte d'épargne nominatif, il s'agit de définir les relations qui s'établissent entre les intéressés. Certes, l'institution du dépôt d'épargne obligatoire est lourde et paperassière. M. le rapporteur de langue française vient de le relever fort justement il y a quelques instants. Mais enfin pour le moment elle existe, elle est même abondamment utilisée et l'on est bien obligé de s'en occuper. On a proposé, pour l'éclairer, diverses solutions comme le compte-joint, le dépôt-séquestre, la détention fiduciaire des fonds par le banquier pour le compte des deux parties à la vente. On pourrait penser même à une cession conditionnelle des futurs droits de l'acheteur contre la banque. Ces constructions paraissent en vérité ou trop complexes, ou artificielles, ou encore incomplètes.

En accordant au vendeur un droit de gage, on se trouve au contraire déjà un peu en terrain connu. Il faut donc savoir gré à MM. les rapporteurs Jeanprêtre et Stofer de nous y avoir conduits.

On peut cependant aller plus loin. La clause de versements en banque représente un dépôt obligatoire en mains tierces, qui implique un droit de gage destiné à garantir le paiement du prix au vendeur. Ce sont dès lors les éléments d'une institution juridique précise qui se trouvent réunis, soit la consignation à titre de sûreté (Hinterlegung sicherheitshalber).

La consignation à titre de sûreté n'est pas réglementée par le droit suisse. Notre code des obligations se contente de prévoir certains cas de consignation qui, manifestement, constituent des exemples de consignation à titre de sûreté. Je pense aux articles 451, alinéa 1<sup>er</sup>, et 453, alinéa 2 du contrat de transport, et à l'article 709 qui a trait au dépôt d'actions par les administrateurs de la société anonyme pour la durée de leurs fonctions.

Si la consignation à titre de sûreté ne figure pas expressément dans notre droit civil, plusieurs auteurs ont cependant dégagé, ces dernières années surtout, les caractéristiques essentielles de l'institution. Je citerai, entre autres publications, la thèse genevoise de M. Georges Bonnant. La consignation en droit civil suisse, parue il y a huit ans, celle, d'un an postérieure, de M. Robert Amsler, de Berne, *Die Sicherheitshinterlegung im schweizerischen Recht*, et tout particulièrement le chapitre que le professeur Oftinger a consacré à ce contrat dans la partie systématique de son commentaire du droit de gage mobilier. Avec ce dernier ouvrage, la consignation à titre de sûreté est au fond devenue l'un des modes de constitution du gage mobilier.

La clause de dépôt d'épargne obligatoire dans la vente à versements préalables en représente aujourd'hui certainement le cas le plus fréquent. Sans doute serait-il pourtant bien difficile d'introduire ex abrupto la notion de consignation à titre de sûreté dans le droit suisse à l'occasion de la réglementation légale de la vente-épargne. Cela est d'ailleurs indifférent, car le praticien, averti de la nature juridique du dépôt d'épargne obligatoire, ne sera nullement empêché de rechercher dans l'étude de la consignation à titre

de sûreté une solution aux problèmes les plus délicats posés par cette clause de la vente à versements préalables et que le texte légal qui verra peut-être le jour n'aurait pas résolus.

Il me paraissait utile de le signaler ici.

*Dr. Kurt Luchsinger, Gerichtsschreiber, Glarus:*

Als Landgerichtsschreiber habe ich mich jede Woche mit Rechtsöffnungsbegehren zu befassen, die sich auf Abzahlungs- und Vorauszahlungsverträge stützen. Gestatten Sie mir einige aus dieser Praxis geschöpfte Bemerkungen.

Wendet sich der Käufer selber an eine Firma, um ein Abzahlungsgeschäft zu schließen, so wird er sich die Vor- und Nachteile überlegt haben. Mit solchen Verträgen hat sich in der Folge der Richter nur ausnahmsweise zu befassen; dann nämlich, wenn der Käufer wider Erwarten nachträglich die Raten nicht mehr aufzubringen vermag. Wenn der Entwurf (Art. 226c OR) eine Quote des Gesamtkaufpreises festsetzt, die beim Abzahlungsvertrag als Mindest-Anzahlung zu leisten ist, so dürfte das genügen, um den Käufer von unüberlegtem Handeln abzuhalten; vor allem, wenn davon die Gültigkeit des Vertrages abhängt. Eine solche Bestimmung wäre aber auch beim Vorauszahlungsvertrag durchaus am Platze, betont doch Prof. Jeanprêtre mit Recht, daß man einem «Kauf-Sparer» wohl zumuten könne, wenigstens Fr. 500.– aus freien Stücken zur Seite gelegt zu haben, bevor er die Verpflichtung eingehet, Fr. 5000.– zu sparen.

Damit bin ich bereits auf die Tragweite der sich aus den Vorauszahlungsverträgen ergebenden Verpflichtungen zu sprechen gekommen. Selten wird ein Mensch so dumm sein, von sich aus auf dem Wege eines Vorauszahlungsvertrags sparen zu wollen. Wenigstens ist mir in der Praxis dieser Fall noch nie zu Gesicht gekommen. Wer die Absicht hat zu sparen, auch wenn dies auf ein bestimmtes Ziel hin geschieht, wird sich zweifellos für die Eröffnung eines Spar-

hefts bei einer Bank entschließen, schon weil er darüber frei verfügen kann und er sich keinem Zwang unterwirft. Einen Vorauszahlungsvertrag jedoch schließt er nur dann ab, wenn er von einem Reisenden dazu überredet worden ist. Das ist die stetige Erfahrung aller unteren Gerichte.

Tatsächlich werden in der Möbel- und Aussteuer-Branche fast nur junge, erst mündig gewordene Leute von den Reisenden aufgesucht, und ihre Unerfahrenheit wird raffiniert ausgenützt, um sie zu einem unüberlegten Vertragsabschluß zu veranlassen. Die Methoden dieser Reisenden und «Werbedamen» reichen oft bis zur absichtlichen Täuschung. Allein schon über die im Kanton Glarus gemachten Erfahrungen könnte ich Sie stundenlang unterhalten. Wenn die jungen Leute nicht gerade am Arbeitsplatz überrascht werden, wo sie ohnehin keine Zeit haben, sich einläßlich mit dem Vorgebrachten zu befassen, läutet man ihnen geheimtuerisch dorthin an und erklärt, es handle sich um etwas Wichtiges und Dringendes; der junge Mann oder die junge Tochter solle nach Geschäftsschluß ins Restaurant Soundso kommen. Dort wird er oder sie zunächst einmal mit Getränken und erst recht mit vielen Worten traktiert. Man spricht von einer besonders günstigen Gelegenheit zum Sparen und fügt erst am Schlusse verschämt bei, es könnten dann aus diesem Geld – wiederum besonders günstig – Möbel gekauft werden. Meistens wird auf das von der Arbeit noch ermüdete Opfer eingeredet, bis es unterschreibt, nur um den lästigen Reisenden endlich los zu werden. Aber auch mit einer solchen Unterschrift hat sich der Kunde gebunden, ohne sich die Folgen seines Handelns überlegt zu haben. Anderseits gibt sich der Reisende kaum Rechenschaft darüber, welche Verzweiflung er um seiner schnöden Provision willen in eine Familie trägt. Nicht im Bild sind auch jene weltfremden Theoretiker und Richter höherer Gerichte, die glauben, solche Verträge würden von den (meist aus einfachen Bevölkerungskreisen stammenden) Käufern vor der Unterschrift gelesen oder gar mit dem Reisenden eingehend besprochen.

Versucht ein Kunde dies, so ist der Reisende plötzlich sehr pressiert und er erlistet sich die Unterschrift, in dem er erklärt, man könne sich das nachher immer noch überlegen und ihm berichten, wenn man den Vertrag dann doch nicht abschließen wolle. Auf derart hohle, lügenhafte Versprechungen fallen die Leute immer wieder herein. Nachher wird die Firma sich dann freilich auf den Wortlaut des vorgedruckten Vertrages berufen, und der geprellte Kunde hat alle Mühe, dem Rechtsöffnungsrichter wenigstens glaubhaft zu machen, daß er angeschwindelt worden ist.

Lassen Sie mich unter vielen Beispielen absichtlicher Täuschung, die bis zur Ergänzung der Vorkaufssumme um eine Null gehen, eines schildern: Ein junger Mann wird in einer Wirtschaft von einem Reisenden zum Abschluß eines Möbel-Vorzahlungsvertrages animiert. Er hält dem Reisenden entgegen, sein Onkel sei Möbelschreiner; wenn er einmal eine Aussteuer benötige, werde er sie selbstverständlich dort beziehen. Das hindert den Reisenden nicht, glattweg vorzuflunkern, unter den zahlreichen Möbelfirmen, bei denen aus dem vorgesparten Geld eingekauft werden könne, befindet sich auch sein Onkel. Auf diese Lüge hin hat der Jüngling unterschrieben. Später ist dieser Vertrag, wie schon mancher andere, vom Richter als für den Käufer unverbindlich erklärt worden.

Aber viele bleiben in den Maschen des ihnen gestellten Netzes hängen und wagen es nicht, an den Richter zu gelangen, sondern stottern gezwungenermaßen ihre Vorspar-Raten ab. Das System der Vorsparverträge, so wie es gegenwärtig unter Zuhilfenahme eines oft skrupellosen Reisenden-Teams praktiziert wird, ist ein Polyp, der seine Fangarme zu Stadt und Land in weiteste Bevölkerungskreise streckt. Wir bekämpfen in der Schweiz mit Bundesmitteln die verschiedensten Krankheiten, rufen auf zum Kampf gegen den Alkoholmißbrauch – und sehen tatenlos zu, wie junge Leute durch solche Verträge auf perfide Art gebunden und geknebelt werden. Hier ist die von Prof. Jeanprêtre vorgeschlagene Lösung die einzige richtige,

nämlich das Verbot, beziehungsweise die Nichtigkeit der Vorauszahlungsverträge, und zwar gleichgültig unter welcher Flagge sie segeln. Von den vielen Tausenden von Kunden, mit denen sich die Sparvertragsfirmen brüsten, würden wohl die meisten für ein solches Verbot stimmen; denn gebrannte Kinder scheuen bekanntlich das Feuer. Wir Juristen aber müssen uns dafür einsetzen, daß solche das Schweizervolk schädigende Praktiken möglichst gründlich abgestellt werden.

Sollten die Vorauszahlungsverträge gleichwohl in einer gesetzlichen Regelung Eingang finden, so müßten wirkungsvolle Sicherheitsventile eingebaut werden, um die Bevölkerung davor zu schützen, sich leichthin zur Eingehung langjähriger Bindungen überreden zu lassen. Zwar ist im Entwurf, gleich wie für den Abzahlungsvertrag, zu Gunsten des Käufers ein Widerrufsrecht für die Dauer von drei Tagen vorgesehen. Bedenkt man, wie zögernd manche Leute sich auch nur zu einem Brief aufraffen, so sind drei Tage schon beim Abzahlungsgeschäft eine zu kurze Zeit. Im Sparvertragsgeschäft aber, wo mit Vorliebe Verträge mit jungen Leuten, die auswärts arbeiten, geschlossen werden, müßte die Widerrufsfrist mindestens zehn Tage betragen, so daß auf alle Fälle die Möglichkeit bliebe, sich über das nächste Wochenende mit den Eltern zu besprechen. Ein Reugeld dürfte für den Widerruf während dieser Frist auf keinen Fall verlangt werden, weil zu viele Käufer dieses verhältnismäßig kleine Opfer scheuen würden und das später büßen müßten.

Daß sowohl für den Abzahlungsvertrag als auch für den Vorauszahlungsvertrag ein Verzicht auf den Gerichtsstand am Wohnsitz des Käufers verboten werden muß, erscheint um so selbstverständlicher, wenn man bedenkt, daß zahlreiche Firmen entgegen Art. 11 des Handelsreisendengesetzes in ihren Verträgen immer noch frischfröhlich den Verzicht auf den wohnörtlichen Gerichtsstand des Käufers vorgedruckt haben.

Über diese wichtigsten Hinweise will ich nicht hinaus-

gehen. Das Schweizervolk erwartet mit großem Interesse, wie sich die schweizerischen Juristen zu diesen jedermann berührenden Problemen stellen: ob sie ungesunden Geschäften in theoretischer Verbrämung Vorschub leisten, oder ob sie ein Übel, das am Volksganzen nagt, an der Wurzel zu packen verstehen.

Vu l'heure avancée, le président invite les rapporteurs à présenter leurs conclusions par écrit et lève la séance à 12 heures 15.

### *Conclusions de M. Raymond Jeanprêtre*

La vente à tempérament et la vente-épargne se sont révélées un excellent sujet de discussion. On a rarement vu, à la Société suisse des juristes, des débats aussi nourris que ceux du 6 octobre 1958. Nous devons renoncer à répondre en détail à tous les orateurs. Nous nous bornerons à reprendre quelques points essentiels.

#### *1. Droit public ou droit privé*

Notre co-rapporteur a élaboré l'avant-projet d'une loi fédérale sur la vente à tempérament et la vente-épargne. Conformément au mandat conféré par le Département fédéral de justice et police, l'avant-projet relève du droit privé. MM. Gautschi, Lüthy et Jäggi ont proposé des mesures de droit public: approbation officielle des formules de contrat, autorisation de pratiquer professionnellement la vente à tempérament et la vente-épargne, etc. Ils tiennent pour insuffisante ou inefficace une protection de droit privé.

A notre avis, tout dépend du contenu de la législation de droit privé qui serait adoptée. Si elle contient des règles peu nombreuses, claires, précises, des règles qui laissent le moins de place possible à l'interprétation et à l'appréciation, des règles faites pour le juge de mainlevée et non pour la cour suprême, on peut se dispenser de recourir au droit public.

## *2. Les voyageurs de commerce*

M<sup>me</sup> Ruckstuhl, MM. Denneberg, Frank, Gautschi, Jäggi et Luchsinger ont insisté sur les inconvénients des contrats négociés ou conclus par des voyageurs de commerce, au moyen de formules de contrat préparées par les marchands. Les dispositions projetées (versement initial, droit de révocation) devraient s'appliquer à tous ces contrats, même s'il ne s'agit pas de ventes à tempérament ou de ventes-épargne. Elles auraient leur place dans la loi sur les voyageurs de commerce.

Ces opinions nous paraissent judicieuses. Sans les contrats conclus par l'entremise des voyageurs de commerce, on n'aurait sans doute pas à légiférer sur la vente par acomptes et la vente-épargne. Il est des contrats qui échappent à notre sujet et qui sont aussi nuisibles que ces ventes-là: ventes au comptant ou à deux acomptes, cours de langues étrangères, etc., lorsque le consentement du client a été «enlevé» par un voyageur de commerce.

Il faut retenir l'idée de protéger, par une disposition générale, les victimes – le mot n'est pas trop fort – des voyageurs de commerce.

## *3. La vente-épargne: réglementation ou suppression*

A la séance du 6 octobre 1958, la vente-épargne n'a trouvé – à l'exception peut-être de M. Thilo – aucun admirateur. Le débat se déroule entre ceux qui espèrent la rendre inoffensive en la réglementant et ceux (M<sup>me</sup> Degoumois, MM. Flattet, Luchsinger, Lüthy, Moser) qui estiment plus simple de la supprimer.

L'un des vices les plus graves de la vente-épargne réside dans l'absence de déterminabilité objective de la chose et du prix. Avec MM. Frank et Moser, nous jugeons décevants, à cet égard, les arrêts du Tribunal fédéral dans les affaires Treuvag et Widmer-Müller (RO 84 II 13 et 84 II 266). A ce vice, nous ne voyons guère d'autre remède que l'indication, dans le contrat, des objets déterminés, à des prix détermi-

nés parmi lesquels l'acheteur pourra faire son choix. Mais quel est le marchand qui pourrait se lier, dix ans à l'avance, à livrer un objet déterminé à un prix déterminé ?

Nous persistons à penser qu'il est vain de travailler à l'amélioration de la vente-épargne. *Delenda est Carthago.*

#### *4. Le contrat réel*

Pour mettre un frein aux achats inconsidérés, nous avons proposé de faire de la vente à tempérament un contrat réel. Le paiement de l'acompte initial serait une condition de la validité du contrat, comme la remise de la chose dans la donation manuelle (CO art. 242 al. 1). On pourrait, si on tient à conserver la vente-épargne, lui appliquer la même règle.

M. Fromer a vu dans notre proposition un déplorable retour à l'ancien droit romain, au mépris de l'évolution séculaire qui a conduit ce droit du contrat réel au contrat consensuel. Nous convenons volontiers, *in abstracto*, de la supériorité du contrat consensuel. Nous devons rappeler cependant que les Romains ne connaissaient ni les voyageurs de commerce ni les formules de contrat préparées par le vendeur. Les méthodes modernes de la technique commerciale imposent des règles dont les Anciens pouvaient se passer.

#### *5. Technique législative*

M. von Castelberg a attiré l'attention de la Société sur certaines dispositions de l'avant-projet qui dérogent, sans nécessité impérieuse, aux règles générales du droit des obligations.

Il était utile de soulever la question. L'émettement du droit inquiète à juste titre les juristes. Il importe d'en sauvegarder l'unité dans toute la mesure du possible.

Puisse le législateur adopter aussi la devise léguée à la Société par M. le Président Panchaud au moment où il déposait sa charge: *simplicitas legis amica.*

**Schlußwort von Zivilgerichtspräsident Dr. H. Stofer:**

Zunächst stelle ich fest, daß von allen Votanten die Notwendigkeit einer Gesetzesreform der Abzahlungsgeschäfte anerkannt wird. Über Art und Umfang der zu treffenden Maßnahmen gehen die Ansichten, wie zu erwarten war, weit auseinander.

Zu den Einwendungen gegen das *Widerrufsrecht* möchte ich bemerken, daß dieses eigentlich ein uraltes Postulat darstellt. So hat schon Philipp Heck, einer der Väter der Interessenjurisprudenz, 1893 beim Abzahlungsvertrag ein jederzeitiges Kündigungsrecht gefordert unter Zahlung einer Abnützungsentschädigung und eines bescheidenen Reugeldes. Dies war als Mittel gedacht, sich von einer langfristigen drückenden Bindung zu befreien. Von da bis zu einer kurzfristigen Vertragsauflösung ist nur ein kleiner Schritt. Gegenüber dem praktischen Bedürfnis an einer Überlegungsfrist wurden in einigen Voten theoretische Bedenken geäußert. Ich halte diese nicht für entscheidend angesichts der verschiedenen Möglichkeiten im Obligationenrecht, von einem Vertrag zurückzutreten; ich verweise auf den Auftrag, der doch oft einem gegenseitigen Vertrag nahekommt, auf den Werk- und den Lebensversicherungsvertrag sowie auf die Bedeutung der Probezeit im Dienstvertragsrecht. Man kann daher nicht behaupten, das *Widerrufsrecht* passe nicht in unser System oder gar es wirke wie eine Bevormundung. Es verursacht viel weniger Umtriebe als das Postulat der Zustimmung beider Ehegatten und umfaßt einen viel größeren Personenkreis als dieses, weil ein Drittel aller Abzahlungskäufer und der allergrößte Teil der Sparer nicht verheiratet sind. Beide Postulate könnte man aber, wie mit Recht bemerkt wurde, nicht zugleich verwirklichen.

Bei der Regelung der *Teilzahlungskredite* zum Erwerb einer beweglichen Sache unterscheidet der Vorentwurf zwischen den Darlehen, bei denen der Darleihgeber am Kauf oder der Verkäufer am Darlehen beteiligt ist, und den per-

sönlischen Krediten, bei denen keine Verbindung zwischen Darleher und Verkäufer besteht. Die zuerst genannten Rechtsgeschäfte werden in allen Teilen den Vorschriften des Abzahlungsvertrages unterstellt, wogegen bei den persönlichen Darlehen lediglich das Anzahlungsgebot und die Beschränkung der Vertragsdauer gelten. Diese Lösung wurde gewählt, um die Gewährung von persönlichen Teilzahlungskrediten durch Handelsbanken nicht zu sehr zu erschweren. Der Vorentwurf verzichtet auf eine kasuistische Regelung der Kreditgeschäfte, wie sie das belgische Gesetz enthält, wo die Bestimmungen über die Darlehen weitgehend den Normen über den Teilzahlungskauf entsprechen, im wesentlichen aber nur bei den Formvorschriften einige Unterschiede gemacht werden. Nach dem Vorschlag des Vorentwurfes sollte aber eine analoge Anwendung der Formvorschriften auf Kreditverträge keine besonderen Schwierigkeiten bieten, so daß man keinen Anlaß hat, für Darlehen ausführliche Sonderregeln aufzustellen, abgesehen von dem Anzahlungsgebot, der Beschränkung der Laufzeit und der Ungültigkeit des Verzichtes auf Einreden bei Abtretung des Kaufpreises. Im allgemeinen ist die Regelung der Finanzierungsverträge im Zusammenhang mit einem Abzahlungskauf in der Schweiz einfacher als in Deutschland, weil sich bei uns der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel bei einer Abtretung der Kaufpreisforderung durchaus bewährt hat und wir das problematische Rechtsinstitut der Sicherungsübereignung nicht kennen. Damit fallen viele Komplikationen weg.

Was den *Sparvertrag* angeht, so halte ich trotz aller Mißbräuche ein Verbot nicht für angezeigt. Eine völlige Unterdrückung ist m.E. nicht möglich und auch bei einer Begrenzung der Vertragsdauer auf  $2\frac{1}{2}$  Jahre unter Ablehnung eines Wahlrechtes müßte eine Regelung getroffen werden. Seit Jahrzehnten werden Bezugsverträge, wie sie z. B. Wirte mit Wein- und Spirituosenhändlern abschließen, von der Rechtssprechung geschützt, wobei man annimmt, der Preis sei in genügender Weise bestimmt, wenn mittlere

Konkurrenzpreise vereinbart werden, wobei der Händler Listen oder Kataloge anfertigt. Auch beim Möbelhandel ist keine andere Lage gegeben. Auch hier müßte im Notfall ein Sachverständiger feststellen, ob man bei der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes noch von einem mittleren Konkurrenzpreis sprechen kann. Es wurde gesagt, die vorgeschlagene Regelung des Sparvertrages sei schwerfällig und zu wenig wirksam. Demgegenüber möchte ich darauf hinweisen, daß die Sicherung der Spargelder bei einer Bank sich bis zum heutigen Tag bewährt hat, ohne Schwierigkeiten zu bereiten, und daß das Kündigungsrecht leicht durchzuführen ist; mit der Einführung dieser wichtigsten Postulate als zwingende Bestimmungen verliert der Sparvertrag weitgehend seine Gefährlichkeit für den Kunden.

In verschiedenen Voten wurden *öffentlich-rechtliche Maßnahmen* empfohlen, z.B. die Einführung des Konzessionssystems oder die Schaffung einer dem Versicherungsamt unterstehenden Behörde zur Überprüfung der Verträge und der Geschäftsführung der Verkäufer. Derartige Anordnungen hätten wohl ihren Nutzen, würden aber von weiten Kreisen abgelehnt, da sich bürokratische Ein- und Mißgriffe nicht vermeiden ließen. Eine formelle Prüfung der Verträge dürfte einiges, aber nicht allzu viel nützen. Eine materielle Prüfung aber wäre ein außerordentlich starker Eingriff in die Vertragsfreiheit; dabei könnte man die Mißbräuche beim Abschluß eines Vertrages nur wenig eindämmen. Jedenfalls sind manche Agenten und Inspektoren beim Abschluß eines Versicherungsvertrages nicht weniger hartnäckig und geschickt als die Handelsreisenden bei der Vereinbarung eines Abzahlungsgeschäftes. Eher würde ich die Einführung einer Polizeivorschrift gegen die Verletzung der zwingenden Regeln des Abzahlungs- oder Vorauszahlungsvertrages befürworten; es scheint mir jedoch richtiger, die Zahl der Übertretungstatbestände noch nicht zu vermehren, sondern zuerst den Versuch einer privatrechtlichen Ordnung zu machen und nur im Notfall die Polizei auf den Plan zu rufen. Bei einer jeden Gesetzgebung stellt

sich die Frage des Maßes sowohl bei dem, was man verbietet, als auch bei dem, was an Sanktionen verfügt wird. Ob man das richtige Maß gefunden hat, kann erst die Zukunft erweisen. Der Erfolg der Gesetzesreform hängt nicht zuletzt davon ab, ob die Rechtssprechung von den ihr gewährten Befugnissen einen angemessenen Gebrauch macht und sich nicht mit formalen Erwägungen bei der Beurteilung von Umgehungsgeschäften begnügt.

## XX.

Au banquet final, qui se tint au restaurant du Comptoir Suisse, le président salua les hôtes de l'assemblée: M. Markus Feldmann, conseiller fédéral, M. Wilhelm Schönenberger, représentant le Tribunal fédéral, M. Louis Prod'hom, juge au Tribunal fédéral des assurances, M. Louis Guisan, conseiller d'Etat, M. Georges Jaccottet, conseiller municipal, M. Guy Flattet, doyen de la Faculté de droit, M<sup>e</sup> Eugène Hirzel, bâtonnier de l'Ordre des avocats, MM. Zwahlen, Imboden, Jeanprêtre et Stofer, rapporteurs. Il adressa les remerciements de la société aux organisateurs, à l'Etat de Vaud, à la Ville de Lausanne, à l'Office des vins vaudois; il exprima également des félicitations et des sentiments de gratitude à la Faculté de droit et au Journal des Tribunaux pour leurs contributions à la science du droit, offertes en hommage à la société.

Après avoir marqué l'importance du Congrès de Lausanne au point de vue des travaux présentés et de la discussion aux assemblées, après avoir relevé l'affluence considérable des participants (500 personnes dont environ 140 dames), et après avoir pris congé de ses collègues du comité, M. *André Panchaud*, président de la société, s'exprima encore en ces termes:

L'intérêt intellectuel de l'assemblée qui prend fin était dirigé – une fois de plus, c'est l'éternel problème juridique – sur la position de l'homme faible face aux puissances. Les puissances, c'était hier l'Etat avec qui le particulier s'en-

gage par contrat; c'était ce matin l'entreprise de vente par acomptes. Nos rapporteurs d'hier, en général approuvés par les orateurs intervenus dans la discussion, se sont appliqués à définir un contrat de droit administratif qui trouvera peu à peu sa consécration par voie jurisprudentielle et qui, en se distinguant du contrat de droit privé, sauvegardera à la fois les justes intérêts du particulier et les légitimes intérêts de la collectivité. Ce matin, on s'est efforcé de préparer les bases d'une nouvelle législation sur cette variété des contrats de vente qui s'appelle vente à tempérament ou vente-épargne; et l'on a cherché, en dérogeant au droit commun du contrat de vente, à assurer la protection de l'homme en présence d'un phénomène économique et social jugé particulièrement dangereux.

«*Simplicitas legis amica.*» La loi aime les solutions simples. Pourquoi alors construire un contrat de droit administratif quand nous connaissons déjà, depuis des millénaires, le contrat de droit privé? Pourquoi légiférer sur la vente à paiements échelonnés quand nous avons un contrat de vente qui a fait ses preuves depuis le droit babylonien, en passant par le droit romain, les droits barbares et les droits des villes commerçantes du moyen âge? Pourquoi sacrifier la simplicité?

Parce que la simplicité – objet de nostalgie pour tous les juristes – se révèle trop souvent inéquitable. La vie n'est pas simple. Et les formes que prend le processus économique et social ne sont pas simples non plus. L'activité étatique et la concurrence commerciale, en se développant, font surgir des situations nouvelles, diverses et complexes. Le juriste, épris de justice, ne peut plus dès lors atteindre d'une seule règle de droit les phénomènes différents. S'il est prouvé – et les rapporteurs l'ont fait – que le contrat de droit privé appliqué aux rapports de l'Etat et du particulier est générateur d'injustice; s'il est constant – et on l'a aussi démontré – que le contrat de vente de droit commun apporte aux relations entre le vendeur par acompte et son acheteur des solutions qui heurtent l'équité, alors le juriste

doit lutter avec de nouvelles armes, qu'il lui appartient de forger.

Et pourtant: Quand le juriste aura discerné les données multiples de la vie, quand il aura pressenti les impératifs juridiques que l'équité impose à chacune d'elles, alors la simplicité reprendra ses droits. Car on demande à ce juriste de trouver les formules simples et lumineuses qui, poteaux indicateurs dans une forêt touffue, indiqueront les diverses avenues menant, par le droit, à l'équité.

C'est ce don de la simplicité dans l'expression, mais c'est aussi cette passion de l'équité dans les solutions que je souhaite à tous ceux – avocats et professeurs, juges et législateurs – qui, après notre assemblée de Lausanne, assumeront la tâche de construire le droit positif de demain.

«*Simplicitas legis amica.*» Mais j'ajoute: «*In jure aequitas spectanda est*».

L'assemblée entendit encore les discours de M. le Conseiller fédéral Markus Feldmann, de M. le Conseiller d'Etat Louis Guisan et du nouveau président de la Société, M<sup>e</sup> F. T. Gubler.

---