

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

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 2 (1883)

**Buchbesprechung:** Litteraturanzeigen

**Autor:** Schneider

### **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:** 08.02.2026

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

## Litteraturanzeigen.

---

1. **Exner, Ad.,** Der Begriff der höheren Gewalt (*vis major*) im römischen und heutigen Verkehrsrecht. Wien, Hölder. 1883. 86 S.

Das schweizer. Obl.-Recht hat in Art. 486 die gemeinrechtliche Haftung der *caupones* für höhere Gewalt adoptirt, ohne diese höhere Gewalt zu definiren; und es hat mit dieser Unterlassung wohl Recht gehabt, denn der Begriff der höheren Gewalt ist bis dahin immer in so unbestimmter Weise und so verschiedenartig erklärt worden, dass es gerathen erscheinen musste, die Subsumtion der unter sich so verschiedenen Fälle von Beschädigungen dem Richter zu überlassen. Um so wichtiger ist für uns die vorliegende Monographie, welche auf den Grundgedanken des Edicts zurückgeht und für das heutige Verkehrsrecht, die *a. de recepto*, die Haftpflichtgesetze, die *remissio mercedis* des Pächters, höchst wichtige Consequenzen daraus zieht.

Der Verfasser weist nach, dass die neuen Gesetze den Begriff der höheren Gewalt nicht erst neu aufstellen, sondern lediglich den von den Römern überkommenen Begriff zur Anwendung bringen wollen, was übrigens auch nicht bestritten ist, dass aber schon in der Glosse zwei einander entgegengesetzte Auffassungen desselben zu Tage treten:

Nach der einen trägt ein Ereigniss den Charakter der höheren Gewalt absolut an sich selbst in seinem objectiven Bestande, gleichviel welchem Verpflichteten es gegenüber trete;

nach der andern erhält es diesen Charakter erst durch sein Verhältniss zum Verhalten des Verpflichteten. Es erscheint nämlich hier als *vis major* dasjenige, was auch nicht einmal durch *levissima culpa* des Verpflichteten verschuldet worden ist. Obgleich nun bekanntlich in neuerer Zeit (seit Hasse) der Begriff der *levissima culpa* (ein Ausdrück, der übrigens ja auch nur bei der *lex Aquilia* von den Römern angewendet wurde) beseitigt worden ist, hat doch die heute herrschende Lehre den letzteren der beiden Standpunkte aufgenommen. Geradezu und unumwunden erklären die Commentatoren das franz. *code civil* *force majeure* und *cas fortuit* für gleichwerthige Begriffe. Aber wie E. nachweist, kommt auch die gegenwärtig in Deutschland herrschende Ansicht auf das nämliche heraus, so dass, seitdem allgemein dem Restitutionspflichtigen, der nicht unversehrt restituiren kann, die Beweislast für sein Nichtverschulden auferlegt wird, zwischen der Haftung *ex recepto* und derjenigen des Vermiethers (resp. *conductor operis*) kein Unterschied mehr besteht. Denn auch die Haftung für blosse *levis culpa* schliesst, wie der Verfasser ausführt, die Verantwortlichkeit für kunstgerechte Erfüllung einer übernommenen Verpflichtung in sich.

Der entgegengesetzte, abstrakte Standpunkt ist derjenige des englisch-amerikanischen Rechts; er war bis in die Mitte dieses Jahrhunderts herrschend, und wird jetzt nur noch von Wenigen (Brinz, Pernice) getheilt. Nach ihm ist *vis major* der seiner objectiven Art nach unabwendbare Zufall. Beseitigt wurde er hauptsächlich durch die bekannte Abhandlung Goldschmids in seiner Ztschr. Bd. III, p. 58, 331 ff., mit Nachtrag Bd. XVI p. 324 ff., der darin ein Princip vermisste,

dem Begriff damit die Existenzberechtigung absprach, und, folgerichtig dessen Aufnahme in das deutsche H.-G.-B. bekämpfte. Gerade vom Handelstande aber ist die Aufnahme des Begriffes durchgesetzt worden; und da nach dem herrschend gewordenen Standpunkte die Haftung für vis major nichts Anderes als eine besonders strenge Haftung für jedes, auch aussergewöhnlich leichtes Verschulden sein soll, für ein solches aber kein sicherer Massstab geboten werden kann, so ist nun diese Haftung ganz unter ein vages subjektives Billigkeitsgefühl des Richters gestellt, nach welchem er erkennen soll, ob noch ein Verschulden angenommen werden könne oder nicht.

Auf dem nämlichen Standpunkte stehen Dernburg, der in seinem preuss. Privatrecht II § 69 diese Haftung darin findet, dass der Verpflichtete für die Unvollkommenheit seiner Veranstaltungen verantwortlich sei, wenn ihn auch im gegebenen Falle kein Vorwurf treffe, und Windscheid, der darin eine Præstation besonderer custodia erblickt.

Dem gegenüber verweist E. zunächst darauf, dass das Edict ursprünglich die betreffenden Recipienten ganz einfach für unversehrte Ablieferung des receptum haftbar machte, ganz abgesehen davon, ob ein Verschulden sie treffe oder auch nur treffen könne, sie also wie einen Versicherer des Gutes haften liess. Erst Labeo gab ihnen die exc. der vis major; der nauta u. s. w. musste aber nun schon in jure diese vis major behaupten und substantiiren, und es war lediglich Sache des Prätors, zu untersuchen, ob die von ihm behaupteten Umstände wirklich eine vis major darstellen oder nicht. Das wurde von Fall zu Fall entschieden, zu einer gesetzlichen Normirung des Begriffes ist es im röm. Rechte nicht gekommen.

Was aber ist der Grund jenes Versicherungsstandpunktes? Die Unmöglichkeit, dem Recipienten gegenüber nicht etwa sein Verschulden zu beweisen — denn die Beweislast wird ja allgemein dem Recipienten auferlegt — sondern auch nur dasselbe substantiirt zu behaupten. Gerade wie bei der actio de effusis et dejectis und wie bei der Haftung der horrearii (l. 1 C. de locato 4, 65), so soll auch hier für den Schaden unbedingt gehaftet werden, weil es in den meisten Fällen unmöglich wäre, den Schuldigen herauszufinden und die Art seines Verschuldens sich klar zu machen.

Und nun wird auch der Fortschritt, der in der Neuerung Labeos liegt, sofort klar: wo dieser Grund entfällt, wo das schädigende Ereigniss der Art ist, dass die Ursache der Schädigung als eine dem Recipienten, fremde Gewalt sofort Jedem offenbar ist, da würde jene Haftung des Recipienten, jene Versicherung des Risico, eine Unbilligkeit sein und soll sie daher nicht eintreten.

Das gibt uns nun auch ein Kriterium dafür, was als höhere Gewalt zu betrachten sei. Es ist eine Gewalt, die

1) von aussen kommt, nur eine solche erscheint als vis, ein Ereigniss, das nicht „im Innern des technischen Ganzen der Unternehmung“, des Betriebes, stattfindet; denn sonst würde ja die ratio des Versicherungsstandpunktes zutreffen; und zum Betriebe gehört auch jede Handlung, die ein Angestellter während seines Dienstes vornimmt; und

2) in einem Ereignisse liegt, das „vermöge der Art und Wucht seines Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt“; denn nur ein solches wird allgemein bekannt und prägt sich als Ursache von Schädigungen nicht nur dem Recipienten selbst ein. Nur in diesem Sinne ist das Requisit der Unabwendbarkeit (casus cui resisti non potest) begründet.

So erhält nun der Richter in der That einen festen, in den An-

forderungen der Verkehrssicherheit wohlbegründeten Massstab für alle vor ihn kommenden Fragen der höheren Gewalt. Dessen Sicherheit erprobt gleich der Verfasser selbst an einer Reihe von Fällen, die gegenwärtig von Theoretikern sowohl als Praktikern sehr verschieden beurtheilt werden. Es erscheint nicht als Folge höherer Gewalt der Schaden, der durch einen wahnsinnig gewordenen Kellner, einen Trunkenen an der Weiche, die durch plötzliche Bewusstlosigkeit des Führers steuerlos gewordene Locomotive, die Waaren benagenden Mäuse oder Heuschrecken, einen auf den Bahnzug schiessenden Menschen, verursacht wird; es ist nicht jeder durch elementare Gewalt herbeigeführte Schaden einer vis major zuzuschreiben; wohl aber erscheint ein Erdbeben, ein Cyclon, eine Invasion von Mäusen- oder Heuschreckenschwärmen, und so auch nicht nur Feindesmacht, sondern auch eine Massregel der eigenen Regierung (z. B. Niederreißen des Gasthofs aus militärischen oder feuerpolizeilichen Gründen) als solche.

Eine nothwendige Ergänzung hiezu bildet jedoch der Satz, dass auch bei vis major ein Verschulden, und demnach die gemäss dem jus commune eintretende Ersatzpflicht des Recipienten nicht absolut ausgeschlossen ist. Es ist Sache des Klägers, ein solches Verschulden zu behaupten, und Sache des Beklagten sodann, das Nichtverschulden zu beweisen. Dieser Beweis wird freilich durch den Nachweis der vis major meistens schon geleistet sein. Der Verf. führt als einen Fall dieser Art den in Liv. 25, 3, 10 erzählten Provianttransport an. Ein näher liegendes Beispiel liefert der Transport über unsere Alpenpässe. Eine Lawine, die Ross und Wagen sammt der Ladung in die Tiefe reisst, ist wohl als vis major zu betrachten. Der vorsichtige Fuhrmann aber richtet seinen Transport so ein, dass er die gefährlichen Stellen passirt, bevor die steigende Sonne die „schlafende Löwin“ geweckt hat.

Wie die Brochüre so dem Praktiker die grössten Dienste erweist, so ist sie auch für die Theorie der Lehre geradezu epochemachend, und Jeder, der künftig sich mit dieser Materie beschäftigt, mag er E. zustimmen oder nicht, wird sich mit ihm auseinander zu setzen haben. Für mich ist die Abhandlung überzeugend, und ich habe mich beeilt, den Standpunkt des Verf. in die 2te Auflage des Commentars zu Art. 486 O.-R. aufzunehmen.

August 1883.

Schneider.

**2. Martin, Alfr., Etude de la loi fédérale sur la capacité civile du 22 Juin 1881. Genève et Bâle, Georg. 1882. 107 S.**

Der Verfasser bespricht in systematischer Darstellung die Fragen der Handlungsfähigkeit an der Hand des neuen schweizer. Gesetzes, hauptsächlich in Vergleichung mit dem römischen, dem französischen und dem genferischen Rechte. Die Arbeit ist namentlich für den Genfer wichtig, indem sie sich eingehend mit der Untersuchung darüber beschäftigt, inwiefern die Gesetze des Kantons Genf neben dem eidgen. Gesetze fortbestehen können, in wie weit sie abgeändert werden müssen. Sie zeigt übrigens, wie schwierig es für den französischen Juristen ist, zwischen Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit scharf zu unterscheiden; denn auch ihr ist diese Unterscheidung nicht gelungen. Der Verfasser nennt Handlungsfähigkeit *capacité civile sensu stricto* und Rechtsfähigkeit *cap. civ. sensu lato*, was man wohl annehmen kann; aber er führt als Beispiele mangelnder Rechtsfähigkeit (d. h. mangelnder *jouissance de certains droits relatifs à certains objets*) an: Das Verbot der

Veräusserung des fundus dotalis, das Verbot eines Kaufvertrages zwischen den Ehegatten, die Unfähigkeit der Aerzte, gewisse Geschenke oder Legate zu erwerben, die Unfähigkeit, zu testiren, zu heirathen, zu adoptiren, und bezeichnet dagegen als Handlungsfähigkeit die Fähigkeit d'exercer ses droits d'une manière générale. Man würde, wenn diese Unterscheidung richtig wäre, doch wohl eher die Handlungsfähigkeit (l'exercice des droits, p. 16) capacité sensu lato, die Rechtsfähigkeit cap. sensu stricto nennen; aber dass die Unterscheidung überhaupt nicht in der angeführten Weise gemacht werden kann, ist wohl klar.

Der Verf. benutzt namentlich die Autoren und Präjudiciensammlungen der französischen Jurisprudenz, nimmt auch bisweilen Bezug auf die Commentare von Carard und von Schneider-Fick, und untersucht eingehend auch die einschlägigen Bestimmungen des schweizer. O.-R. (Art. 30 u. ff.).

Auch die Frage der Ehemündigkeit nach dem Civilstandsgesetze wird kurz besprochen. An verschiedenen Stellen tadelt der Verfasser die französische Uebersetzung des schweizer. Obligationenrechts, und sucht sie durch eine bessere zu ersetzen.

August 1883.

Schneider.

**3. Sträuli, Dr. E., Kommentar zum Gesetze betr. die zürcher. Rechtspflege vom 2. Christmonat 1847 und 13. Brachmonat 1880. Winterthur, Bleuler. 1883. 570 S.**

Das Buch ist in Wirklichkeit nicht ein Kommentar, sondern eine bloss referirende Sammlung von Verfassungs-, Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen und besonders von Entscheidungen und Verfügungen der obersten zürcherischen Justizbehörden. Der Titel ist wohl gewählt worden in Anlehnung an das ebenfalls Kommentar genannte Buch von Ullmer, welches eine Präjudiciensammlung zum zürcher. privatrechl. Ges.-B. ist; er wird daher im Kanton Zürich kaum missverstanden werden, auswärts dürfte dies dagegen eher der Fall sein.

Eine Sammlung der vorliegenden Art zu veranstalten, wäre vielleicht überhaupt Niemand, jedenfalls Niemand so gut wie gerade der Verfasser, im Stande gewesen. Das Gesetz ist von ihm selbst und seinem Vorgänger im Präsidium des Obergerichts, dem jetzigen Advokaten Dr. H. Honegger in Zürich zusammen redigirt, und seither beständig unter seiner Leitung vom obersten ordentlichen Gerichte des Landes in Anwendung gebracht worden. So liegt denn nun in dieser Arbeit ein Werk vor uns, welches zugleich das Resultat der Erwägungen des Gesetzesredaktors und dasjenige der Interpretation der am meisten dazu berufenen Behörde enthält. Und das Letztere ist von um so grösserem Werthe, als die meisten der hier publicirten Entscheidungen noch nirgends abgedruckt sind. So ist das Buch für Jeden, der als Beamter oder als Advokat oder Geschäftsgent sich mit der Auslegung und praktischen Anwendung der zürcherischen Prozessgesetze vertraut zu machen hat, durchaus unentbehrlich.

Wir halten das jetzige Gesetz betr. die zürcher. Rechtspflege nicht für eine durchweg gelungene Umarbeitung seines Vorgängers; den deutschen Justizgesetzen ist es kaum ebenbürtig; manche Schwächen desselben sind freilich nicht den Redaktoren, sondern spätern Beschlüssen des Kantonsrathes zur Last zu legen; einiges wird auch in Folge der neuen eidgen. Civilgesetze geändert werden müssen. Allein um nichts desto weniger hat das vorliegende Buch auch für die Theorie des Rechts die grösste Bedeutung. Viele Paragraphen des Gesetzes



erhalten erst hierdurch ihre richtige deutliche Beziehung zu einander, bei vielen tritt die ratio legis erst durch die Sammlung klar zu Tage. Ich verweise hiefür beispielsweise auf § 200,<sub>1</sub>; § 706,<sub>5</sub>; § 318,<sub>18</sub>.

Laut der Vorrede ist der Verfasser mit den Präjudikaten bis zum Beginn vom Bd. IX der Gwaltertschen Zeitschr. zurückgegangen, so dass die Sammlung sich unmittelbar an die gleichartige mit Bd. VIII aufhörende Ullmer'sche Arbeit anschliesst, und beide „zusammen mit dem schon 1856 erschienenen I. Bande eines Handbuches des zürcher. Civilprozesses von Treichler ein fortlaufendes Bild der Entwicklung der Praxis auf diesen Gebieten geben sollten.“ Der Strafprozess ist bis zum Gesetze vom 30. September 1852, welches die Schwurgerichte einführt, zurück verfolgt. Wie man sieht, hat sich der Verfasser die Mühe nicht verdriessen lassen, aus dem grossen Haufen der dem geltenden Gesetze vorangehenden Entscheidungen die noch brauchbaren Körner herauszulesen und am richtigen Orte einzusäen.

Die einzelnen Entscheidungen erscheinen, wie bei Ullmer, nicht in extenso, sondern in bald kürzeren, bald längeren Auszügen. Diese sind, soweit ich beim Herausstechen einer grösseren Zahl von Nummern gesehen habe, mit grosser Kunst gemacht, kurz und knapp, und doch nicht undeutlich, der springende Punkt gezeigt und so eng als möglich umschrieben. Auch die Auswahl ist vortrefflich, nirgends habe ich Selbstverständliches, blosser Wiedergabe des im Gesetze schon vielleicht besser Gesagten, nirgends auch blosser Wiederholungen gefunden. Wenn ich auch selbst bei einem kleinen Theile der aufgenommenen Entscheidungen mitgewirkt habe, so wird man es mir doch wohl nicht verargen, dass ich die Ueberzeugung ausspreche, die in dem Buche sich zeigende Spruchpraxis der zürcher. obersten Gerichte wird sich die ehrende Anerkennung jedes unbefangenen Fachmannes erwerben.

Die äussere Anordnung des Buches ist sehr handlich. Schon das gute Papier und die hübschen scharfen Lettern thun dem Auge wohl; die letztern lassen selbst die ganz kleine Schrift mancher Anmerkungen deutlich erscheinen. Das Buch enthält an der Spitze die von der Rechtspflege handelnden Art. 56—59 der zürcher. Staatsverfassung; dann folgt der Text des Gesetzes, unter jedem Artikel mit den Präjudikaten u. s. w. in kleinerer Schrift versehen, so dass sich das Gesetz von dem Uebrigen recht klar und übersichtlich abhebt. Dieses Uebrige ist aber wiederum auf zwei verschiedene Arten behandelt; die Präjudikate sammt Angabe, wo sie bereits abgedruckt, oder, wenn dies nicht der Fall, wann und von welcher Gerichtsstelle sie erlassen wurden, erscheinen in grösserer, Zusätze anderer Art in ganz kleiner Schrift. Diese letzteren Zusätze sind nicht weniger wichtig als die Präjudikate. Sie enthalten Angaben über neue das Prozessrecht betreffende bundesgesetzliche Bestimmungen (z. B. § 2,<sub>1</sub>), Bekanntmachungen von Administrativbehörden (z. B. § 6,<sub>1</sub>; § 88,<sub>2</sub>), Verweisungen auf andere kantonale Gesetze (z. B. § 9,<sub>1</sub>, 2, § 11, Anm.; § 42,<sub>2</sub>; § 77,<sub>1</sub>; § 88,<sub>1</sub>), namentlich aber eine Menge von Bekanntmachungen und Verordnungen des Obergerichtes (z. B. § 17,<sub>1</sub>; § 18,<sub>1</sub>; § 22,<sub>1</sub>; § 24,<sub>1</sub>; § 26,<sub>2</sub>; § 28, 1—3; § 32,<sub>1</sub>; § 37,<sub>1</sub>; § 38, 1—4; § 42, 3—5; § 44,<sub>1</sub>; § 57,<sub>1</sub>; § 80,<sub>1</sub>; § 82,<sub>2</sub>; § 90, 2, 3 u. s. w.).

Die Novelle vom 13. Juni 1880 ist in den betreffenden §§ an Stelle des ursprünglichen Wortlautes eingefügt.

Am Schlusse folgt ein detaillirtes alphabetisches Register, das Jedem, der das Buch oder auch nur das Prozessgesetz selbst benutzen will, sehr willkommen sein wird.

Hottingen, September 1883.

Schneider.