

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:	51 (1932)

Buchbesprechung: Besprechungen und Anzeigen

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: 27.12.2025

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

Besprechungen und Anzeigen.

Von Tuhr, Andreas: Partie générale du Code fédéral des obligations. Traduit de l'allemand par **Maurice de Torrenté**, avocat, et **Emile Thilo**, docteur en droit, Greffier du Tribunal fédéral. Lausanne 1929—1931 (Imprimerie G. Vaney-Burnier S. A.). 785 et XLVII pages.

Des Gouttes, René (avocat au barreau de Genève): **Table des lois citées** (Gesetzesregister). Lausanne 1931 (Imprimerie G. Vaney-Burnier S. A.).

MM. de Torrenté et Thilo viennent d'achever leur utile travail: la traduction en français du traité de v. Tuhr. Ils l'ont complété par deux tables des matières analytique et alphabétique, beaucoup plus détaillées que celles de l'édition allemande. Plusieurs sondages me convainquent que ces registres ont été établis avec le plus grand soin: un „errata“ à la fin du second volume corrige même plusieurs références erronées de l'édition allemande. J'en signale une cependant qui a réussi à leur échapper: à la note 29, page 314, il faut lire: „le paragr. 165 BGB . . .“ et non „le paragr. 19 BGB . . .“ Mr. René Des Gouttes a fait paraître dans le même format, chez le même éditeur et dans les deux langues, une „Table des lois citées“ qui contient tous les articles des codes, lois, ordonnances, tant suisses qu'étrangers, expliqués ou mentionnés par v. Tuhr. Comme les traducteurs et l'imprimeur ont eu l'idée très heureuse de faire en sorte que la pagination soit la même dans l'édition française que dans l'édition allemande, les références de Mr. Des Gouttes valent pour l'une et pour l'autre. Grâce à ces très utiles compléments, l'ouvrage de v. Tuhr n'est plus seulement un beau livre de doctrine, il rendra aussi au praticien les services d'un commentaire du CO.

Le lecteur de langue française pourra se fier en toute sécurité au texte des traducteurs. Ils ont su rendre avec une parfaite fidélité la pensée de l'auteur. — Si une pareille entreprise n'est jamais facile, ici elle impliquait un travail de création: il fallait trouver le moyen d'exprimer les fines distinctions de v. Tuhr, souvent étrangères jusqu'ici à la tradition et à langue juridiques françaises. Les traducteurs ont eu généralement la main heureuse dans cette élaboration si délicate de termes nouveaux. Chacun approuvera leurs „droits formateurs“; „actes formateurs“, „actes

d'attribution“. On hésitera à adopter les à „droits expectatifs“, mais on opposera avec eux „l'objection“ du débiteur à „l'exception“, la „présupposition“ à la „condition“, moins volontiers „l'incombance“ à l'„obligation“. Ce souci du mot technique exact n'a point nui à la clarté et même à l'agrément du style. Il est bien rare dans ces deux gros volumes, qu'il faille s'y reprendre à deux fois pour être sûr de bien comprendre, et encore est-ce la pensée même de l'auteur, plutôt que la traduction, qui alors a eu un instant de défaillance (voir p. ex. page 232, II dès le chiffre 12: on ne voit guère comment on peut parler du but d'une promesse abstraite).

Cela est très rare, disons-nous; on peut trouver que v. Tuhr a trop peu d'exemples empruntés à la vie, qu'il se meut trop constamment dans les définitions et l'abstraction, mais chacun accordera que sa pensée est remarquablement claire, sa terminologie rigoureusement ferme, et sa langue simple, élégante et nette. S'il demande un effort d'attention, il récompense celui qui le donne, car le lecteur finit par découvrir que l'idée difficile à saisir en sa forme théorétique était arrivée à complète maturité, et que l'expression choisie est parfaitement adéquate à cette idée. On n'est pas dans le cas d'abandonner un passage, en désespérant de saisir ce que l'écrivain a voulu dire, et en doutant qu'il l'ait su lui-même (comme cela peut arriver avec d'autres de nos commentaires).

Dire que v. Tuhr est constamment compréhensible, ne signifie pas qu'on le suivra en tous points. Le professeur Simonius a publié dans cette revue (1931, p. 281 et suiv.), sur la méthode de v. Tuhr et certains de ses résultats, une étude du plus vif intérêt, où il fait les réserves nécessaires et ouvre des perspectives pleines de promesses à notre travail doctrinal. Quel plaisir par exemple de lire (p. 284/285) que l'art. 41 II CO est et doit être lettre mort, si l'on veut bien s'affranchir du BGB (§ 826) et faire enfin à notre art. 28 CC la place qui lui revient dans notre système! Nous applaudissons à la plupart des propositions de notre éminent Collègue bâlois. Il nous permettra de dire cependant que les expressions „Interessenabwägung“ et surtout „Rechtspolitik“ rendent à nos oreilles un son un peu inquiétant d'opportunisme juridique, auquel même l'implacable logique des pandectistes nous paraît préférable. „Le droit n'est pas un moyen . . . et n'a pas d'autre but que d'être juste“ (Burckhardt, Organisation der Rechtsgemeinschaft p. 130/132); s'il en est bien ainsi, la cohérence systématique est la meilleure des preuves et la plus solide des garanties de la justesse et de la justice des règles de droit, et des réponses du jurisconsulte ou du juge.

C'est, je crois, surtout parce qu'il „se tient“ admirablement, comme seule une oeuvre profondément pensée le peut, que le livre de v. Tuhr a acquis d'emblée une autorité considérable en Suisse romande aussi, et au-delà de nos frontières: il est cité à plus d'une reprise dans une étude de la récente jurisprudence belge que publie la Revue trimestrielle de droit civil (1931 p. 693/694). La doctrine de v. Tuhr brise en effet le cadre trop étroit de la loi particulière; elle est en quelque mesure, par la généralité de ses pénétrantes analyses, comme un premier apport à la formation de ce droit commun, qu'il serait si désirable de voir s'élever à nouveau, au-dessus de la lettre trop rigide et souvent bien imparfaite des codes nationaux, vraies barrières douanières de la science juridique. L'excellente traduction de MM. de Torrenté et Thilo favorisera sans doute beaucoup cette souhaitable diffusion.

F. Guisan.

Jaeger, Dr. Carl (Bundesrichter): **Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag**, begonnen von Hans Roelli, **II. Band**: Besondere Bestimmungen über die Schadensversicherung. Bern 1932 (Verlag K. J. Wyss, Erben). 580 S., Fr. 27.—.

Von Bundesrichter Jaeger ist der zweite Band des Kommentars über den Versicherungsvertrag erschienen, dessen ersten Band Prof. Roelli im Jahre 1914 herausgegeben hat. Er enthält die gesamte Schadensversicherung (Art. 48—72 des Gesetzes), und ihm soll noch dieses Jahr der dritte Band über die Personenversicherung nachfolgen. Die Juristen, die sich um das Zivilrecht mühen, wussten längst, dass Bundesrichter Jaeger sich des von Roelli als Torso hinterlassenen Kommentars angenommen hatte. Die Fertigstellung hatte sich aber aus verschiedenen Gründen verzögert. Dafür besitzen wir nun eine Fortsetzung des Werkes, die dem ersten Band ebenbürtig zur Seite steht.

Zuerst fällt äusserlich als erfreuliche Neuerung auf das grössere Format und der angenehmer zu lesende Druck. Dann ist die Anordnung noch systematischer und übersichtlicher gestaltet, indem jedem Artikel des Gesetzes ausser der einschlägigen Literatur und den Materialien die Stoffeinteilung vorangestellt wird an Stelle von Marginalien und diese Einteilung im einzelnen deutlicher in Erscheinung tritt als bisher, so dass das Ganze noch mehr den Charakter eines Lehrbuches erhält. Doch das sind Fragen der Einkleidung des Werkes. Dieses selbst ist, wie nicht anders zu erwarten stand, das tiefdurchdachte Ergebnis einer ganz ungeheuren Arbeit. Die Schweiz besitzt wohl ein äusserst sorgfältig verfasstes Gesetz über den Privatversiche-

rungsvertrag, aber nur einige Einzelbearbeitungen und den Ostertag-Hiestandschen Kommentar, während die fremde Literatur, namentlich die deutsche, französische und italienische, in Kommentaren, Lehrbüchern und Zeitschriften ausserordentlich stark angewachsen ist. Das alles, insbesondere auch die bedeutenden neuen Werke von Hagen und Bruck, daneben auch die Rechtsprechung dieser Länder galt es zu verarbeiten. In die Betrachtung sind einbezogen auch die ausländischen Gesetze von Deutschland, Österreich, Schweden, Frankreich, Italien. Jeder Gesetzesartikel bildet ein Kapitel für sich, worin die Entstehung der Bestimmung, ihr Zweck und ihre Bedeutung dargestellt und ihre rechtliche Tragweite nach allen Richtungen ausgeschöpft wird. Dabei zeichnet das Werk nicht nur eine klare und einfache Sprache, sondern namentlich auch die Kunst anschaulicher, konkreter Darstellung aus, der Blick für die vernünftige, praktisch brauchbare Lösung in sorgfältiger Abwägung von Zweifelsfragen und, was sehr wichtig ist, eine umfassende Kenntnis des Versicherungsgeschäfts in seinen heutigen weiten Verzweigungen.

Es würde zu weit führen, diesen Vorzügen überall im einzelnen nachzugehen. Nur wenige Stichproben seien hier herausgegriffen. Das Buch beginnt mit einer Einleitung über die Schadensversicherung im allgemeinen, worin als besonders bemerkenswert ein Abschnitt über die Schadensversicherung in der Ehe eingeflochten ist. Der Verfasser nimmt zutreffend an, dass der Versicherer befreit ist, wenn durch den Mann versichertes Frauengut von der Frau absichtlich beschädigt wird. Als Gegenstand der Schadensversicherung werden die Leistungen der Vertragsparteien bezeichnet, während der Gesetzestext das wirtschaftliche Interesse am Ausbleiben des befürchteten Ereignisses als Vertragsgegenstand annimmt. Das Interesse ist aber Vertragsbestandteil, weil an ihm diese Leistungen bemessen werden. Der Begriff des Versicherungsinteresses kann in der Lehre von der Schadensversicherung nicht entbehrt werden. Es ist, wie der Verfasser ausführt, die Beziehung einer Person zu einem Vermögensgut. Der Versuch, das Interesse vollständig auszuschalten (vgl. König, Gegenstand der Versicherung) und dafür die Sache oder die Person, deren Interessen versichert werden, an die Stelle zu setzen, scheitert schon daran, dass in der Schadensversicherung jedes Gut, Sache oder Vermögensgesamtheit, verschiedene Bedeutung für eine Versicherung hat, je nachdem der Eigentümer, Pächter, Niessbraucher, Pfandgläubiger usw. die Versicherung nimmt. Sodann sei erwähnt die eingehende, gründliche Darstellung über Versicherungswert, Versicherungs-

summe und Ersatzwert, über Doppel-, Über- und Unterversicherung. Dann namentlich der Abschnitt über die Handänderung, die Jaeger nicht, wie es oft geschieht, als Wechsel des Interesses, sondern richtigerweise als Übergang des Eigentums erklärt. Besonders ausführliche Kapitel sind dem Pfandrecht an der versicherten Sache, der Ersatzpflicht und der Haftpflicht gewidmet, welche an dieser Stelle, obschon das Gesetz ihrer nur in einem Punkte erwähnt, eine sehr willkommene, ausführliche Darlegung erfährt. In der Streitfrage, wann hier das Versicherungsergebnis eingetreten sei, tritt der Kommentar der wohl einzig haltbaren Auffassung bei, dass es erst die Belangung des Versicherten ist, nicht schon die den Schaden möglicherweise begründende Tatsache (also nicht schon z. B. die Unterlassung der Unterschrift eines Notars unter ein Testament, sondern erst die spätere Geltendmachung des Schadens aus diesem Fehler).

Das Versicherungsrecht gehört zu den verwickeltesten, in seinen zahlreichen eigenartigen Rechtsbeziehungen schwierigsten Gebieten des Privatrechts, ist aber auch eine Fundgrube von Rechtsfragen und eine Schule für das juristische Denken. Die Juristenwelt kann froh und dankbar sein, dass ihr in Jaegers Werk ein zuverlässiger und kundiger Führer in die Hand gegeben ist. Wer nur einigermassen mit dem Privatversicherungsrecht vertraut ist, mag ermessen, welcher Fähigkeiten und Mühen es bedarf, um es in solcher Weise zu meistern.

Prof. F. Goetzinger, Basel.

Rennefahrt, Dr. H. (Prof., Bern): **Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte**, I. Teil, 1928, II. Teil, 1931. Bern (Stämpfli & Co.).

Dem 1928 erschienenen ersten Teil der Grundzüge der bernischen Rechtsgeschichte, der sich mit den Rechtsquellen und der verfassungsgeschichtlichen Entwicklung befasst, hat Rennefahrt im vergangenen Jahre einen zweiten folgen lassen. Dieser enthält nun die Darstellung der Privatrechtsgeschichte, mit Ausschluss des Vermögensverkehrsrechts. Im Genossenschaftsrecht wiederum werden die — wie wir heute sagen würden — Genossenschaften des öffentlichen Rechts in die Betrachtung miteinbezogen. Anschliessend soll — so kündigt der Verfasser an — noch ein dritter Teil das Strafrecht, Strafverfahren, das Recht des Vermögensverkehrs, inbegriffen den Rechtsgang um Schuld und um Gut, darstellen und ein vierter Teil den Überblick über die Rechtsentwicklung seit der Revolution und das Sachregister enthalten. Nicht berücksichtigt wird die Rechtsentwicklung der

ehemals bernischen Gebiete in der Waadt und im Aargau, hingegen wiederum des früheren Gebiets des Basler Fürstbischofs, soweit dieses zu Bern geschlagen worden ist. Gegenstand der Betrachtung ist mit andern Worten die rechtliche Entwicklung Berns in seinem jetzigen territorialen Bereich.

Bezüglich des ersten, verfassungsgeschichtlichen Teils wird eine Würdigung der auf grösster Sachkenntnis beruhenden Ausführungen des Verfassers durch seine Stoffgliederung, mit der wir uns nicht einverstanden erklären können, erschwert. Einmal verflieht er in seinen Ausführungen die verfassungsrechtlichen Verhältnisse des altbernischen Territoriums mit den ihnen in wesentlichen Punkten heterogenen des späteren Berner Jura, statt die Rechtsentwicklung in beiden Gebieten getrennt zu behandeln, was einer grösseren Einheitlichkeit der Darstellung zugute gekommen wäre. Untunlich scheint ferner z. B. die Einteilung in „Hoheitsrechte“ (S. 79 ff.) und „Herrschaftsrechte“ (S. 182 ff.), mag man diese Trennung auch durch die geschichtlichen Ursprünge der beiden Komplexe rechtfertigen können. Denn das, was Rennefahrt unter Herrschaftsrechten versteht, sind schliesslich ebenfalls öffentliche Kompetenzen, nur mit dem Unterschiede, dass sie sich ursprünglich in der Hand von Zwingherren befanden und nicht in der des staatlichen Gemeinwesens. Aber es ist ja überhaupt ein Merkmal des ancien régime, dass die öffentliche Gewalt nicht restlos beim Staate konzentriert war, sondern dass einzelne Herren oder auch Gemeinden eine beschränkte, jedoch auch gegenüber dem staatlichen Gemeinwesen im Grunde genommen originäre (nicht erst von ihm delegierte) Gewalt in einzelnen öffentlichen Bereichen besassen.

Bei der Betrachtung der verschiedenen öffentlichen Tätigkeitsgebiete in ihrer historischen Abwandlung geht Rennefahrt näher ein: erstens auf das Wehrwesen (S. 81 ff.), zweitens auf die Gerichtsbarkeit, worunter einem älteren Wortinhalt entsprechend auch das Gesetzgebungsrecht eingereiht werden durfte (S. 94 ff.), drittens auf die Verwaltung der nutzbaren Rechte (S. 115 ff.), Münz-, Juden-, Berg-, Postregal, gewerbliche Bannrechte, das öffentliche Abgaberecht und das Recht der öffentlichen Hand an Grund und Boden, und viertens auf die Besorgung der religiös-sittlichen Aufgaben des Gemeinwesens, wozu namentlich das Schul- und Armenwesen gerechnet wird (S. 154 ff.). Eine solche separate historische Darstellung dieser einzelnen Komplexe staatlicher Tätigkeit birgt gewiss mancherlei Vorzüge, erschwert jedoch, um nicht zu sagen verunmöglicht die Anschauung ihres effektiven Zusammengefügtheins und Zusammenspielens in einem staatlichen Ganzen. Uns scheint,

besser wäre eine periodenweise Darstellung der rechtlichen Form des altbernischen Gemeinwesens, welche dann auch einen zusammengefassteren Überblick über den allmählichen Ausbau der gesamten Staats- und Verwaltungsorganisation, ihrer Tätigkeitsrichtung und ihrer allgemeinen Funktion, welcher jetzt fehlt, ermöglicht hätte. So etwa nach dem allgemeinen Schema von Heuslers Schweizerischer Verfassungsgeschichte, einmal eine Darstellung der gesamten verfassungsrechtlichen Verhältnisse in der Gründungszeit Berns, dann eine solche für das Ende des Mittelalters und die beginnende Reformation, und schliesslich für die Wende des 17. und 18. Jahrhunderts. Innerhalb dieser periodenweisen Schilderung wäre jeweils genügend Raum verblieben, die Umgestaltungen der staatlichen Organisation und Funktion in der zeitlichen Nähe solcher historischer Durchgangspunkte zu beschreiben. Eine Darstellung in diesem Rahmen hätte allerdings eine wesentlich vermehrte Heranziehung ungedruckten Quellenmaterials nötig gemacht.

Die besondere wissenschaftliche Orientierung des Verfassers auf das Partikuläre kommt im zweiten, privatrechtlichen Teil zu einer wesentlich fruchtbareren Auswirkung. Jedenfalls bezüglich des altbernischen Gebiets ist der Quellenstoff, abgesehen von einzelnen monographischen Arbeiten, wie namentlich denjenigen von Karl Geiser, viel weniger ausgebeutet. Und hier versteht es nun der Verfasser, in, wie es scheinen will, höchst bemerkenswerter Beherrschung eines ungemein weitschichtigen Materials uns ein eindrückliches Bild der alten privaten Rechtszustände vor Augen zu führen. Unsere Kenntnis der Geschichte des schweizerischen Privatrechts erfährt hier durch Rennefahrt eine wesentliche Bereicherung und wir haben seinen überaus instruktiven Darlegungen nichts Wesentliches beizufügen.

Wackernagel.

Gasser, Dr. Adolf (Basel): **Entstehung und Ausbildung der Landeshoheit** im Gebiete der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ein Beitrag zur Verfassungsgeschichte des deutschen Mittelalters. Aarau 1930 (H. R. Sauerländer & Cie.) XX. u. 437 S. Fr. 17.50.

Das Problem der Landeshoheit, das im Mittelpunkt der deutschen Verfassungsgeschichte steht, hat in der schweizergeschichtlichen Forschung nicht diese überragende Stellung. Im Territorialstaat des Mittelalters sieht die deutsche Forschung den modernen deutschen Einzelstaat vorgebildet. Die Entstehung und Ausbildung der Eidgenossenschaft vollzog sich dagegen im Kampf gegen die Aufrichtung eines mächtigen Territorialstaates im Gebiete der heutigen deutschen Schweiz.

Auch die einzelnen eidgenössischen Orte bieten als Stadtstaaten (die Länderdemokratien fallen ausser Betracht) in ihrer Ausbildung nicht ein typisches Bild der Entstehung von Landeshoheit. Und selbst in den Untertanenlanden hat der Eingriff der Eidgenossen die Verfassungsentwicklung ganz entscheidend beeinflusst, so dass sie auch hier nicht zu einem eigengesetzlichen Abschluss gekommen ist. Dadurch wird einerseits das Forschungsgebiet für unser Problem erheblich eingeschränkt, anderseits aber die Entstehung der Landeshoheit besonders in ihrer letzten Phase von aussen her bestimmt. So weist das Gebiet der Schweiz kein landesherrliches Territorium auf, das in Parallelie gestellt werden dürfte zu einem der grossen deutschen Fürstenstaaten, dessen Entstehung der Gegenstand des Problems der Landeshoheit für die allgemeine deutsche Verfassungsgeschichte bildet. Aus diesen Erwägungen können sich wohl Bedenken erheben, ob aus der Erforschung der schweizerischen Verhältnisse Ergebnisse zu gewinnen sind, die geeignet wären, eine entscheidende Modifikation der allgemeinen Theorie von der Entstehung der Landeshoheit herbeizuführen.

Diese Bedenken können sich indessen nicht auf die voreidgenössische Zeit beziehen, also nicht auf die erste Phase der Entwicklung. Gerade sie ist nun auch der Teil, für welchen der Verfasser die herrschende Lehre bekämpft und eine eigene neue Theorie entwickelt. Das Buch zerfällt nämlich in zwei Teile: 1. Von der Grafschaftsverfassung zur Vogteiverfassung, 2. Von der Vogteiverfassung zur Territorialverfassung. Wir werden uns in dieser Besprechung also vorwiegend mit dem ersten beschäftigen.

Gasser: „Wir wollen lediglich zeigen, dass die herrschende Lehre über den Zusammenhang zwischen der spätmittelalterlichen und der karolingischen Gerichtsverfassung in wesentlichen Teilen unrichtig ist und durch eine zutreffendere ersetzt werden muss.“ (23.)

Dieser Zusammenhang kann nun aber nicht im Lichte der Quellen von einer Entwicklungsstufe zur andern nachgezeichnet werden. Die Quellen lassen uns vielmehr gerade für die Zeit des 11. und 12. Jahrhunderts, in welcher die entscheidende Wandlung stattgefunden haben muss, fast ganz im Stich. So gilt es, auf der einen Seite die karolingische Verfassung möglichst genau festzulegen, auf der andern den Stand der Verfassungsentwicklung im späteren Mittelalter.

„Der Haupteinwand, den wir gegen die herrschenden Anschauungen erheben müssen, besteht indessen darin, dass sie nicht einmal das klar vor uns liegende Endergebnis des gesamten

Umwandlungsprozesses, die territoriale Gerichtsverfassung des beginnenden Spätmittelalters, in zutreffender Weise beurteilen.“ (58.) Welches ist nun dieses klar vor uns liegende Endergebnis?

Das ganze Gebiet ist aufgeteilt in eine Menge von kleinen und kleinsten Herrschaften. Es sind die niederen Gerichtsherrschaften, die im 13. Jahrhundert aus dem Dunkel der Vorzeit auftauchen. Sie umfassen in der Regel nur Dorfschaften. Dafür sind es aber um so intensivere Herrschaftsgebilde. Gasser steht nicht an, ihnen „staatliche Wesenheit“ zuzusprechen (44). Die Kompetenzen des Gerichtsherrn umfassen „alle wichtigen Rechte, die irgendwie zum Wesen staatlicher Gewalt gehören“ (34), also die gesamte Zivilgerichtsbarkeit, die niedere Strafgerichtsbarkeit, die Befugnis, Abgaben, Fronden und Kriegsdienste zu verlangen und schliesslich und vor allem andern „Twing und Bann“, welches nach Gasser ein selbständiges Recht ist (92) und die allgemeine obrigkeitliche Gebotsgewalt bedeutet.

Neben den Gerichtsherrschaften stehen die weltlichen und geistlichen Vogteien, die ersteren überall da, wo noch der bäuerliche Eigenbesitz überwiegt, auch sie sind nach dem Charakter der Herrschaftsbefugnisse den Gerichtsherrschaften beizuzählen.

Allen Gerichtsherrschaften ist überdies gemeinsam: die ausserordentliche Kleinräumigkeit (das „ortsgewaltliche Gepräge“) und das Fehlen der Blutgerichtsbarkeit.

Diese wird in grösseren Bezirken ausgeübt durch die Inhaber der „Grafschaften“ (das Wort wird von Gasser immer in Gänsefüsschen gesetzt, um Verwechslungen mit der karolingischen Grafschaft auszuschliessen). Diese „Grafschaften“ sind reine Blutgerichtssprengel. Dem „Grafschafts“inhaber stehen in den Gerichtsherrschaften und geistlichen und weltlichen Vogteien keine anderen Rechte zu als die Bestrafung der todeswürdigen Vergehen. Das waren ursprünglich bloss diejenigen der „schädlichen Leute“, also der Diebe, Räuber, Mörder. Später kamen hinzu: der Totschlag, Verwundungen, Ehrverletzungen, Marksteindelikte, Steinwürfe, abgewiesene Eigentumsansprüche und Ehehändel, zuletzt Friedensbrüche, diese erst im 15. Jahrhundert (288, 290, 321). Die Kompetenzvermehrung ist eine Folge der Landfriedensgesetzgebung. Die „Grafschaften“ sind vor allem Landfriedensorganisationen (133, 144, 220 ff.).

Die Frage lautet nun: In welchem Zusammenhang steht diese Gerichtsverfassung mit der karolingischen?

Diese letztere macht nun Gasser nicht zum Gegenstand selbständiger Forschung, sondern übernimmt als massgebend

das Bild, welches Sohm von ihr entwirft; es ist das der herrschen- den Lehre. Das Reich ist eingeteilt in Grafschaften als Verwal- tungs- und Gerichtsbezirke, an deren Spitze die Grafen stehen. Sie zerfallen in mehrere Hundertschaften, deren Vorsteher die Zentenare, in Sachsen Gografen, sind. Der Graf hat den Vorsitz im echten Ding, das zwei- bis dreimal im Jahr zusammentrat, und zu dem alle Hundertschaftsgenossen zu erscheinen hatten; der Zentenar leitete (als Beamter des Grafen) das gebotene Ding, das öfter zusammentrat, und an welchem nur ein Schöffenkollgium (ausser den Parteien und Zeugen) teilzunehmen hatte (Reform Karls des Grossen). Im echten Ding wurde geurteilt über Leben, Freiheit und Eigentum an Grund und Boden, im gebotenen über niedere Strafsachen, Klagen um Geldschuld und Fahrhabe. Das echte Ding war gleich wie das gebotene ein Organ der Hundertschaft und das gebotene gleich wie das echte für die ganze Grafschaft zuständig.

Gasser stellt nun fest, dass sämtliche Kompetenzen des karolingischen Grafen (und dazu gehören nach ihm auch die dem Zentenar anvertrauten) im späten Mittelalter den Gerichtsherren zustehen, keine von ihnen aber dem Inhaber der „Grafschaft“. Somit sind die *Gerichtsherren* die Nachfolger der karolingischen Grafen und nicht die Inhaber der Blutgerichtsbarkeit, wie die herrschende Lehre annimmt (zusammenfassend S. 96).

Wie sind die Gerichtsherren in diese Stellung gelangt? Die Antwort Gassers lautet: durch die Immunität. Immunität aber bedeutet nach Gasser vollständige Exemption von der gräflichen Gewalt (61 ff.). Diese wussten sich die Gerichtsherren zu erlangen auf Grund ihrer mächtigen privatherrschaftlichen Stellung als Grundherren und Schutzherrnen (Vögte).

Durch die Ausschaltung der provinzialen Beamten (des Zentenars und schliesslich des Grafen) gelangten sie zu den Befugnissen, die als Kern der staatlichen Gewalt, wie sie die karolingischen Grafen ausübten, anzusehen sind, nämlich zu Twing und Bann. „So ist nichts anderes möglich, als dass diese Gerechtigkeit hinsichtlich ihres Ursprungs unmittelbar aus den öffentlichen Hoheitsrechten des fränkischen Reichs hergeleitet werden muss.“ (91.) „Die gerichtsherrliche Gewalt ist zur Haupt- sache öffentlichen Ursprungs.“ (150.) Sie bildet nun aber auch den Kern der Landeshoheit (157). Es stammt also die Landeshoheit doch aus der gaugräflichen Gewalt, „freilich auf einem ganz anderen Weg, als das allgemein angenommen wird“ (158). Dieser Weg nimmt seinen Anfang schliesslich doch beim Inhaber privater grundherrlicher und vogteilicher

Rechte, der sich die Immunität erringt. So kommt Gasser zu einer Bestätigung der grundherrlichen Theorie Lamprechts (147) und kann in seiner Gerichtsherrschaft mit Recht den Patri-monialstaat C. L. v. Hallers, des Restaurators der Staats-wissenschaft, sehen (109, 152). Schliesslich betrachtet er im Anschluss an A. Waas (Vogtei und Bede 1919, 1923) Immunität und Vogtei als Zweige der Muntgewalt (also eines privatrechtlichen Herrschaftsverhältnisses). „Tritt uns doch in der Immuni-tät nichts anderes als die vornehmste Art aller Muntherrschaft, nämlich die Königsmunt entgegen.“ (108.)

Wir konnten diesen ganzen Entwicklungsgang skizzieren, ohne der „Grafschaftsgewalt“ auch nur Erwähnung zu tun, und das ist gerade bezeichnend für die Einschätzung der Blut-gerichtsbarkeit als Faktor in der Entwicklung von der Grafschaftsverfassung zur Vogteiverfassung durch Gasser. Nach ihm hat sie in der karolingischen Gerichtsverfassung überhaupt keinen Platz und ist bis ins 14. Jahrhundert hinein von einer ganz nebensächlichen Bedeutung. Die Immunitätsherren haben kein positives Interesse an ihr, man verkauft sie um geringes Geld, verzichtet sogar aus freien Stücken auf sie (131 f., 174, 226, 212, 222 ff.). Der Schluss der herkömmlichen Lehre, dass dem Inhaber der Blutgerichtsbarkeit die Territorialhoheit in seiner „Grafschaft“ (diese ist nichts anderes als dieser Blutgerichtssprengel) zustehe, ist nach Gasser so falsch als nur möglich.

Auch mit der karolingischen Grafengewalt hat die Befugnis des spätmittelalterlichen „Grafschafts“inhabers nichts zu tun. „Die ‚Grafschaften‘ sind Neuschöpfungen des hohen Mittel-alters.“ (144.) Sie sind volksrechtlich-allodialen Ursprungs (144, 173, 153/54 u. ö.). Die Blutgerichtsbarkeit ist zurückzu-führen auf das Verfahren bei handhafter Tat. Ein Schwerverbrecher, der auf frischer Tat ergriffen wurde, durfte sofort in einem Notgericht abgeurteilt und das Urteil ohne wei-teres vollstreckt werden. Dieses summarische Verfahren brauchte nicht vor dem Grafen vollzogen werden; es konnte ein Notrichter ad hoc bestimmt werden, in der Regel wurde das Handhaft-verfahren vom Zentenar geleitet, der ursprünglich ein Volks-beamter gewesen war. Der Zentenar aber ist Hundertschafts-beamter. So wurde die Hundertschaft Blutgerichtssprengel. Die spätmittelalterlichen „Grafschaften“ entsprechen deshalb den Hundertschaftsbezirken. Diese Theorie wurde von Hans Hirsch in seinem Buch: „Die hohe Gerichtsbarkeit im deutschen Mittelalter“, Prag 1922, entwickelt. Sie hat Gasser übernommen und zum eigentlichen Eckpfeiler seines Baus gemacht; mit ihr

steht und fällt er. Ja, man kann füglich behaupten, dieser erste Teil des Buches, von dem hier die Rede ist, sei die Anwendung der Lehre von Hans Hirsch auf die Schweiz und die Nachprüfung ihrer Richtigkeit am Beispiel der schweizerischen Verfassungsentwicklung. Sie scheint durch Gasser eine glänzende Rechtfertigung zu erfahren.

Der zweite Teil des Buches behandelt die Entstehung der Territorialverfassung. Sie vollzieht sich in zwei Stufen. Die erste ist erreicht mit der Vereinigung von Gerichtsherrschaften in ein und derselben Hand. Es ist dadurch eine Herrschaft entstanden, in deren Mittelpunkt eine Burg steht (183). „Jeder Vorgang, der irgendwie die Entstehung grösserer Herrschaftskomplexe bewirkte, ist bereits als Ausfluss der Territorialbildung zu betrachten.“ (176.) Erbschaft, Heirat, Kauf, Tausch, Verpfändung etc. sind die Mittel, mit denen Herrschaften zu Territorien zusammengefügt werden. Diese haben also ihren Entstehungsgrund in den verschiedensten Rechtsvorgängen des privaten Rechts. Sie bilden auch noch keineswegs wirkliche Territorialstaaten, sondern sind vielmehr „eine Art machtpolitischer Komplexe der verschiedenartigsten nutzbaren Rechte“ (191). Diese Territorialbildung vollzog sich in der Schweiz in der Zeit vom 13. bis 15. Jahrhundert. Wir fragen erstaunt, ob wir es da nicht mit einer Erscheinung zu tun haben, die das ganze Mittelalter hindurch allenthalben verfolgt werden könnte. Das stellt denn auch Gasser nicht in Abrede (193), aber alle früheren Territorien seien infolge von Erbteilungen, unglücklichen Kämpfen, Aufständen immer wieder auseinandergefallen (188). Es sind also zum grösseren Teil Zufälligkeiten, die eine frühere Territorialbildung in unserem Lande verhindert haben. Daneben macht Gasser (193) darauf aufmerksam, dass vor dem Aufkommen der Geldwirtschaft die Herrschaft über die Bauern nebensächlicher Natur gewesen sei; erst als Basis der Geldsteuer sei diese Herrschaft für die Herren wertvoll geworden. Dieses Moment mag wohl der Territorialbildung neuen Anreiz gegeben haben, erst hervorgerufen hat es sie sicher nicht. Man darf auch bezweifeln, ob die wirtschaftliche Bedeutung der Herrschaft über die Bauern in der Zeit der Naturalwirtschaft gering gewesen sei; in ihr lag doch die Möglichkeit zur Ausstattung der Vasallen mit den nötigen Einkünften, und auf ihren Diensten beruhte die ganze machtpolitische Stellung der mittelalterlichen Herren.

Während die Zusammenfügung der Territorien aus den Gerichtsherrschaften eine in erster Linie räumliche Veränderung im Zustand der Verfassung darstellt, ist der Übergang zum

Territorialstaat organisatorischer Natur. Die Landeshoheit ist erst verwirklicht, wenn eine zentrale Organisation geschaffen ist, welche die Zusammenfassung sämtlicher räumlichen und rechtlichen Bestandteile der Territorialherrschaft (Landesherrlichkeit im Gegensatz zur Landeshoheit) zu einer Rechts-, Verwaltungs- und damit Gebietseinheit ermöglicht. Die notwendigen Bedingungen dieser Wandlung brauchen nicht im einzelnen erörtert zu werden, da es dieselben sind, die überall, wo moderne Staaten entstehen, vorhanden sind, also in der allgemeinen Verfassungsgeschichte sehr eingehend behandelt werden. Ich nenne das Aufkommen der Söldnerheere, welches wieder eine entwickelte Geldwirtschaft und Steuerpolitik zur Voraussetzung hat, die Verwendung der schweren Artillerie, die Landesverwaltung durch absetzbare Beamte, die Entstehung einer neuen Staatsauffassung, für welche mir aber Gasser den Einfluss des römischen Rechts in der Schweiz zu überschätzen scheint (200, 207).

Das überraschende Endresultat Gassers besteht nun aber darin, dass im Kampf um die Landeshoheit die Inhaber der „Grafschaften“, der Blutgerichtssprengel, als Sieger hervorgegangen sind. Bis ins 15. Jahrhundert hinein war es so gut wie bedeutungslos, ob eine Gerichtsherrschaft eigene Blutgerichtsbarkeit besass oder nicht (174), dann aber setzte eine höchst bedeutsame Wandlung in der Einschätzung der „Grafschafts“-rechte ein, die eine „eifersüchtige Überwachung“ dieser Befugnisse zur Folge hatte (267). Zu der schon angeführten Kompetenzvermehrung kriminalgerichtlicher Natur kam die Ausstattung mit zahlreichen Regalrechten. Forst-, Allmend-, Fluss-, Berg-, Jagd-, Zoll-, Markt-, Münz-, Befestigungs- und Geleitsregal, Regal über herrenloses Gut werden (291) aufgezählt; diese Rechte seien zwar nie in ihrer Gesamtheit in der Hand eines Blutgerichtsherrn anzutreffen (292). Trotzdem: Rechte von grösster Bedeutung sind an die „Grafschafts“-inhaber übergegangen. Die Erklärung dafür glaubt Gasser folgendermassen geben zu können: „Seitdem die Blutgerichtsbarkeit vom Standpunkt der königlichen Rechtstheorie und Gesetzgebung aus allgemein als reichslehenbare Herrschaftskompetenz und damit ebenfalls als Regal galt, lag es nahe, den „Grafschafts“-inhabern als den Verwaltern der wichtigsten provinzialen Rechtsbefugnis auch die Verwaltung der übrigen Regalien zu überbinden.“ (293.)

Da stellt sich die Frage — ich gehe damit zur Kritik über —: Konnte die Reichsgewalt im späten Mittelalter überhaupt noch über diese Regalien verfügen? Das war wohl seit dem 13. Jahr-

hundert nicht mehr der Fall. Was hätte sie wohl für ein Interesse daran gehabt, diese einträglichen Rechte den „Grafschafts“-inhabern zu „überbinden“? Oder war das nur ein Überbinden in der Theorie? Dann müssen die „Grafschafts“-inhaber die Regalien entweder von jeher innegehabt haben oder sie den Gerichtsherren entwunden haben. Das erste ist nach der Auffassung Gassers nicht möglich, so bleibt nur das zweite. Das gleiche Problem ergibt sich auch inbezug auf die „Übertragung“ immer neuer Kriminalfälle an den Grafschaftsinhaber. Diese Fälle müssten nach Gasser bis dahin im Sühneverfahren der Gerichtsherren entschieden worden sein; was konnte diese dazu bewegen, sie an den „Grafschafts“-inhaber abzutreten, wo doch damit eine finanzielle Einbusse verbunden war? Dafür gibt es keine Erklärung; wenn die „Grafschaft“ wirklich von jeher das schwächliche Gebilde gewesen ist, das sich „in gleichsam schattenhafter Weise über die niederen Gerichtsherrschaften hinweg legte“ (300), wie sollten die „Grafschafts“-inhaber es vermocht haben, die mächtigen Gerichtsherren aus diesen Rechten zu verdrängen? Wie konnte es ihnen schliesslich sogar gelingen, die Gerichtsherren unter ihre Hoheit zu zwingen, da doch „das Emporkommen der ‚gräflichen‘ Landeshoheit immer mit einer Einschränkung der gerichtsherrlichen Gebietshoheit verbunden war“ (158)? Der Einfluss der rechtsrechtlichen Theorie des 13. Jahrhunderts reicht dazu gewiss nicht aus.

Da ist vor allem darauf hinzuweisen, dass diese Inhaber der „Grafschaften“ keineswegs blosse Blutrichter gewesen sind; der Schwerpunkt ihrer wirtschaftlichen und machtpolitischen Stellung ruhte in eigenen Herrschaften. In diesen Herrschaften waren sie Gerichtsherren und Blutgerichtsherren zugleich, vereinigten also sämtliche herrschaftlichen Rechte in ihrer Hand. Das hat Gasser keineswegs übersehen (vgl. S. 183/4, 260, 319, 342/3, 141: Die Jurisdiktion über das Blut wurde überaus häufig durch die unmittelbaren Nachfolger der alten Gaugrafen ausgeübt, so in den kleinräumigen Landgrafschaften). Aber es scheint mir, diese Tatsache stehe nicht ganz im Einklang mit dem Bild der spätmittelalterlichen Verfassung, wie es Gasser entworfen hat. Hier fallen für den Umfang der betreffenden Herrschaften Twing und Bann mit der „gräflichen“ Gewalt zusammen, sie bilden für diesen Bezirk eine Einheit und Ganzheit, die Trennung nach zwei verschiedenen Verbänden (Gerichtsherrschaft und „Grafschaft“), die nach Gasser die Vogteiverfassung der deutschen Schweiz charakterisiert, ist hier nicht vorhanden, sie besteht nur für die Gebiete, in denen den „Grafschaften“ die grundherrliche Basis fehlt.

Wie ist nun aber diese Einheit von Gerichtsherrschaft und „Grafschaft“ zu erklären? Gasser wird sagen, es liege Personalunion vor; die gerichtsherrlichen Rechte seien wie überall aus der Immunität zu erklären, die „gräflichen“ aber hätten eine andere Wurzel, die volksrechtliche des Handhaftverfahrens; durch ein zufälliges Ereignis (Erbschaft, Kauf etc.) wäre danach die Vereinigung zustandegekommen. Da drängt sich eine andere Lösung auf: die Zentenare, denen die Blutgerichtsbarkeit zukam, waren nicht besitzlose Beamten, sondern sie gehörten zu den mächtigen Grundherren ihrer Hundertschaft (Gasser scheint dem zuzustimmen, 136). Ihnen stand der Weg der Immunität ebensogut offen wie den anderen Grundherren, ja, er war für sie sogar weit kürzer: für diejenigen staatlichen Befugnisse, die ihnen von Amtes wegen schon zustanden, bedurfte sie ihrer gar nicht, diese unterlagen der Tendenz zur Vererblichkeit, wie alle andern Amtsfunktionen im Feudalstaat. Wo es sich darum handelte, die tatsächliche Immunität zu erlangen, waren die Zentenare in der besten Position, ihr Charakter als Beamte hat diese nicht geschwächt, sondern gestärkt. Als mächtige Grundherren in der Hundertschaft, als Angehörige adliger Geschlechter hatten sie in ihrem Amtsbezirk eine starke allodiale Stellung. Diese gab ihnen auch in der Amtsführung grosse Unabhängigkeit. Sie waren immer in der Hundertschaft anwesend, während der Graf, dem sie unterstanden, nur ganz kurze Zeit zur Ausübung seiner Amtsfunktionen in ihr anwesend war. So ist es ganz natürlich, dass sich die Kompetenzverteilung zwischen Graf und Zentenar in denjenigen Hundertschaften, in denen nicht die Grundherrschaft des Grafen selbst von Bedeutung war, sich zugunsten des Zentenars verschob. In allen Fällen, wo rasch gehandelt werden musste, wie eben gerade im Verfahren bei handhafter Tat, war der Zentenar der gegebene Vertreter des Grafen, solche und andere Fälle der Vertretung mussten, wo sie sich regelmäßig wiederholten, zu einer Vermehrung der Funktionen des Zentenars führen. So dürfen wir eine tatsächliche Substitution des Grafen durch den Zentenar in mancher Hundertschaft annehmen, bevor die Grundherren (die späteren Gerichtsherren) die Immunität erlangt hatten. Ihre Immunität war deshalb in Wirklichkeit ebensosehr eine Exemption von der Gewalt des Zentenars wie von der des Grafen. Nur vermochte sie gegenüber dem Zentenar nicht vollständig durchzudringen. Dieser behielt die Blutgerichtsbarkeit und andere Rechte, wenn auch zweifellos viele Fälle vorkommen, wo sich die Immunität selbst auf die Blutgerichtsbarkeit erstreckt, was Gasser für sein Untersuchungsgebiet jedoch nicht feststellen kann.

Aus diesen Erwägungen ziehen wir den Schluss, dass die alten Hundertschaften nicht blosse Blutgerichtsbezirke waren, sondern zum Teil wenigstens eigentliche Herrschaften mit Twing und Bann und Blutgerichtsbarkeit gebildet haben, dass sich aber die Gesamtheit dieser Rechte nur da erhielt, wo die grundherrschaftliche Basis des Zentenars vorhanden ist, während im weiteren Umkreis die anderen Grundherren tatsächliche Exemption zu erlangen vermochten. So können wir die Rechte, die den „Grafschafts“inhabern in späterer Zeit ausser der Blutgerichtsbarkeit in der „Grafschaft“ zustanden, nur als Überreste aus der Zeit betrachten, wo die Gerichtsherrschaften noch nicht ihre volle Ausbildung erfahren hatten. Ein späteres Hinzugewinnen in der Auseinandersetzung mit den Gerichtsherren oder aus königlicher Verleihung scheint mir ausgeschlossen.

Wenn die „Grafschaften“ Landfriedensorganisationen darstellen, wie Gasser bemerkt, so sind sie doch gewiss nicht erst Schöpfungen der Landfriedensgesetzgebung. Diese konnte die Wahrung des Landfriedens nur Gewalten übertragen, die bereits vorhanden waren und zur Wahrung des Landfriedens die erforderlichen Kompetenzen schon besassen oder aber die Macht, sie sich zu erringen. Unsere „Grafschafts“inhaber waren nach Gasser im Gebiete der Gerichtsherren, die zu ihrer Grafschaft gehörten, so gut wie machtlos. Wie sollte es ihnen da gelungen sein, diesen gegenüber auch nur ein einziges Recht, das ihnen nicht von jeher zugestanden hatte, geltend zu machen, sei es nun die Beurteilung eines Kriminalfalles im „Grafschafts“-gericht, der bisher im Sühneverfahren der Gerichtsherren erledigt worden war, oder sei es die Geltendmachung eines Regals, möchte es ihnen auch vom König übertragen worden sein, oder irgend eines anderen Rechts? So können wir nicht umhin, den „Grafschaften“ grössere Macht zuzusprechen, als das Gasser tut, wenigstens für das hohe Mittelalter, wir dürfen das auf Grund unserer Hypothese über ihre Herkunft.

Dieser Hypothese liegt nun aber, wie bereits bemerkt, die Annahme einer Kompetenzverschiebung zugunsten des Zentenars in der karolingischen Gerichtsverfassung vor der Entstehung der Gerichtsherrschaften zugrunde, die Gasser wiederholt strikte ablehnt (S. 13 f., 14 Anm. 6, 57). Er lässt die Herrschaftsgebilde des Spätmittelalters unmittelbar hervorgehen aus dem Zustand, wie er der Gerichtsreform Karls des Grossen entsprechen würde. Nur so kann er in den Befugnissen der Gerichtsherren die gaugräfliche Gewalt, und in denjenigen der „Grafschafts“inhaber ebenso genau die des Zentenars wiederzuerkennen glauben. Auch die geringste Verselbständigung des

Zentenars gegenüber dem Grafen, jede Verschiebung der Kompetenzen müsste die ganze Konstruktion Gassers zu Fall bringen. Dass eine solche nicht stattgefunden habe, ist natürlich nicht quellenmässig zu beweisen, dass sie nicht stattgefunden haben könne, sucht Gasser zu erklären, m. E. aber beweist sein Argument, dass der Zentenar „Grafschafts“beamter gewesen sei, dass er keinen eigenen Amtsbezirk und keine selbständigen Kompetenzen gehabt habe, dass er nicht Vorsteher eines selbständigen Niedergerichts gewesen sei (siehe oben), durchaus nicht, was es sollte. Es scheint mir, dass Gasser hier die historisch-dynamische Seite der Frage, auf die er sonst als Historiker das Hauptgewicht legt, gar nicht sieht oder nicht sehen will, da ihre Berücksichtigung seiner Theorie gefährlich wäre. Es steht nicht ausser Frage, ob die Gerichtsreform Karls des Grossen überhaupt durchgedrungen ist und überall in gleicher Weise zur Durchführung gelangt ist (Hirsch a. a. O. 186, 190/91); dass die karolingische Gerichtsverfassung nicht Veränderungen und Umbildungen unterworfen war, die auch das Verhältnis zwischen Graf und Zentenar berührten, scheint vollends ausgeschlossen. Wenn Gasser das völlig in Abrede stellt, so müsste er sich doch zum mindesten in allen Punkten an die karolingische Gerichtsorganisation halten und nicht nur in einigen, er müsste dann die Beurteilung der Strafsachen, die an das Leben gingen, der Kompetenz des Grafen und nicht des Zentenars zuweisen, er müsste das Verbot Karls des Grossen, über Leben und Freiheit im Gericht des Zentenars zu urteilen, ebenso berücksichtigen, wie er im übrigen an der Gerichtsordnung des Kaisers nicht rütteln lassen will. Es geht wohl nicht an, den Gaugrafen von der Blutgerichtsbarkeit vollständig auszuschalten und das Verfahren bei handhafter Tat als einzige Möglichkeit der Ausübung von Blutgerichtsbarkeit hinzustellen. Das tut nicht einmal Hirsch, der sich viel vorsichtiger ausdrückt als Gasser, der sich ganz auf ihn stützt.

Die Grundherren wurden zu Gerichtsherren durch Erlangung der Immunität. Unter diesem Begriff kann, wie er hier angewendet wird, wohl nichts anderes verstanden werden als die tatsächliche Ausschaltung des Grafen und Zentenars vom Immunitätsgebiet, die sich schrittweise vollzog (63). Kann man hier überhaupt noch von Immunität im strengen Sinne reden, die doch als königliches Privileg betrachtet werden muss, auch wenn es weltlichen Grossen gegenüber regelmässig nicht verbrieft wurde? Diese gerichtsherrlichen Immunitäten hätten aber kaum königliche Anerkennung finden können, sondern wären vielmehr von den Vertretern der Reichsinteressen als

feindliche Gewalten empfunden worden. Geht es an, den Umfang der Befugnisse der „Immunitätsherren“ nach dem Wortlaut der Immunitätsprivilegien zu beurteilen, die sie gar nicht erhalten haben, wie es Gasser (63) tut? Kann man auf diese „Immunitäten“ den Begriff der königlichen Munt anwenden? Die Fragen können nur verneint werden, aber davon abgesehen: wie sollte man diese Immunität und die Vogtei als Ausprägungen des gleichen Gedankens der Munt ansehen können? Man müsste den Immunitätsherrn als Muntunterworfenen des Königs ansehen, den Vogt aber als Muntherrn der in seinem Schutz stehenden Bauern. Dabei ist das Muntverhältnis in den beiden Fällen von ganz verschiedener Bedeutung, in der Vogtei begründet es Herrschaft, in der „Immunität“ rein tatsächlicher Art, mit der wir es hier vorwiegend zu tun haben, aber gestaltet sich das Verhältnis des Immunitätsherrn zum König in keiner Weise zu einem schutzherrlichen um.

Im folgenden seien nun noch einige Fragen von vorwiegend methodischer Bedeutung besprochen.

Die bis zu diesem Punkt angestellten Erörterungen sind historisch-dynamischer Natur. Gasser bemüht sich daneben aber auch um die juristische Charakterisierung des historischen Faktaums und ist bestrebt, die beiden Methoden voneinander begrifflich zu trennen. Im Vorwort (S. VI) räumt er dem juristischen Gesichtspunkt den Vorrang ein: es gelte, „die juristischen Grundlagen klarzulegen, auf denen ein fruchtbares Weiterbauen künftig möglich sein wird“. Dadurch scheinen mir die folgenden kritischen Bemerkungen vom Standpunkt des Juristen aus sachlich gefordert.

Lamprecht sah in der Entstehung der Gerichtsherrschaften den Sieg der privaten Grundherrlichkeit über die staatliche Gewalt. „Rein hystorisch-dynamisch betrachtet“, sagt Gasser, habe er recht, vom juristischen Standpunkt aus gesehen ergebe sich aber die inhaltliche Übereinstimmung zwischen den gräflichen Rechten (des karolingischen Staates) mit denen des Gerichtsherrn; die gerichtsherrliche Gewalt sei deshalb „zur Hauptsache öffentlichen Ursprungs“ (150). Aus der inhaltlichen Übereinstimmung der Rechte des Gaugrafen mit denen des Gerichtsherrn folgert Gasser also, dass diese, wie er an einer anderen Stelle sagt, „hinsichtlich ihres Ursprungs unmittelbar aus den öffentlichen Hoheitsrechten des fränkischen Reichs hergeleitet werden müssen“ (91). Es müsste also der Historiker die grundherrliche Theorie Lamprechts anerkennen, der Jurist dagegen zum Ergebnis gelangen, die Gerichtsherrschaft sei öffentlichen Ursprungs. Dieser Schluss ruht natürlich auf

der Annahme, dass die Befugnisse der Gerichtsherren öffentlich-rechtlicher Natur seien. In der Tat stellt Gasser diese Behauptung S. 109 auf: juristisch betrachtet — und das heisst ihrem Inhalt nach — seien es öffentliche Rechte, in der Realität aber — und der Form nach — private. Die Landeshoheit habe ihren Ursprung in juristischer Beziehung in der Gerichtsherrschaft, weil ihre Ausbildung mit einer Einschränkung der gerichtsherrlichen Gebietshoheit verbunden sei (419), während „genetisch betrachtet als der wirkliche Rechtsgrund für die Aufrichtung der Landeshoheit die machtpolitische Gewalt des Landesherrn . . . anzusprechen ist“ (419).

Diesen Aufstellungen Gassers liegt eine fundamentale Verkennung der Eigenart und der Aufgabe der juristischen Betrachtungsweise zugrunde. Die Frage nach dem Ursprung einer Institution ist nun einmal keine juristische. Mit juristischen Mitteln kann nicht entschieden werden, wie eine Rechtseinrichtung entstanden ist. Stellt der Rechtshistoriker aber die Frage nach der Entstehung, so muss er sich notwendigerweise der historischen Methode bedienen, eine spezifisch rechtshistorische Methode gibt es nicht oder doch nur in dem Sinn einer Verbindung der historisch-dynamischen Erforschung des konkreten Gegenstandes mit seiner juristisch-systematischen Charakterisierung; dass von vielen Rechtshistorikern das erstgenannte Moment vernachlässigt wird, ist eine Unvollkommenheit, die durchaus nicht im Wesen der rechtshistorischen Forschung liegt. Die genetische Aufdeckung des wirklichen Rechtsgrundes, von der Gasser spricht, ist logisch unmöglich. Verfehlt scheint mir auch Gassers Erörterung über den öffentlich-rechtlichen Charakter der gerichtsherrlichen Befugnisse. Dieser ist nach ihm gegeben, wenn man auf den Inhalt abstellt, nicht vorhanden im Hinblick auf die Form und — sonderbarerweise — der Realität nach. Von diesen drei Gesichtspunkten zugleich aus kann aber eine Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht überhaupt nicht vollzogen werden. Das inhaltlich gleiche Recht kann sowohl öffentlicher als privater Natur sein: die gleiche Aufgabe kann in inhaltlich genau der gleichen Weise durch den Staat oder durch Private erfüllt werden (Staatsschule — Privatschule, staatliche Versicherung — private Versicherung); dennoch haben wir es im einen Fall mit einem Institut des öffentlichen, im andern des privaten Rechts zu tun. Es ist deshalb auch nicht richtig, wenn Gasser im Anschluss an G. v. Below schliesst: Wenn die gaugräflichen Rechte öffentlich-rechtlichen Charakter gehabt haben, so muss dieser auch den gerichtsherrlichen zukommen, da sie den gleichen Inhalt wie

jene haben. Unverständlich ist mir, wie man sagen kann, die Landeshoheit habe ihren Ursprung in der gerichtsherrlichen Gewalt, weil sie sich im Zurückdrängen eben dieser ausgebildet habe. Wäre das richtig, so hätte z. B. ein staatliches Brandversicherungsmonopol seinen Ursprung in den privaten Versicherungsanstalten, denn es konnte sich nur verwirklichen in der Zurückdrängung dieser.

Gasser sieht den Kern der gerichtsherrlichen Gewalt im Twing und Bann. In diesem Recht — und es ist ein selbstständiges Recht, zu trennen von der regelmässig damit verbundenen (niederen) Gerichtsbarkeit (92) — konkretisiert sich die staatliche Wesenheit der Gerichtsherrschaft. In ihm liegt die „allgemeine Gebotsgewalt“ und die „oberste Gebotsgewalt“ und die „ursprüngliche Herrschaftsgewalt“ (90, 152). Es ist klar, dass da die gebräuchliche Definition von Twing und Bann als die Befugnis, bei Strafe gebieten und verbieten zu können, nicht ausreicht; sie ist für Gasser nur Ausgangspunkt. Solche Befugnis könnte ja selbst etwa einer Markgenossenschaft zu kommen (vgl. z. B. K. Meyer, Blenio und Leventina S. 49), für die gewiss nicht staatliche Wesenheit in Anspruch genommen werden kann. Oberste und ursprüngliche Gebotsgewalt sind die Merkmale des Souveränitätsbegriffs, und allgemeine Gebotsgewalt entspräche etwa der Kompetenzkompetenz, wir hätten somit in der Gerichtsherrschaft den modernen souveränen Staat vor uns — ein Resultat, das sicher auch Gasser ablehnen würde, obgleich es aus den sich übersteigernden einzelnen Bestimmungen, die er dem Wesen von Twing und Bann zuteil werden lässt, mit Notwendigkeit folgt.

Ich habe die kritischen Bemerkungen zum Buche Gassers in den Vordergrund gestellt. Sie beziehen sich in erster Linie auf die Probleme der allgemeinen deutschen Verfassungsgeschichte. Gasser hat mit grosser Energie und Selbständigkeit des Denkens in die Revision der herrschenden Lehre, wie sie von anderen Forschern bereits angebahnt war, eingegriffen. Es ist ihm sicher auch der Nachweis gelungen, dass die herrschende Lehre in mehr als einem Punkte eine Modifikation erfahren müsste, um auf die schweizerischen Verhältnisse die richtige Anwendung finden zu können. Dass aber diese Konsequenzen für die allgemeine Verfassungsgeschichte von so grundlegender Bedeutung seien, wie der Verfasser annehmen zu dürfen glaubt, scheint mir auf Grund der dargelegten Überlegungen doch zweifelhaft. Es wäre doch sehr verwunderlich, wenn die zahlreichen Spezialarbeiten zur Entstehung der Landeshoheit fast durchwegs auf einem so fundamentalen Irrtum beruhten. Ich erinnere

hier nur an das Buch von Hermann Aubin, *Die Entstehung der Landeshoheit nach niederrheinischen Quellen*, Berlin 1920, weil ich mich in der einen und anderen der oben genannten Ansichten mit ihm in einer Übereinstimmung befinde, die sich mir aus eigenen Studien zur Verfassungsgeschichte der graubündnerischen Hinterreintäler ergab.

Sehr hoch schätze ich die Bedeutung des besprochenen Buches für die schweizerische Verfassungsgeschichte ein. Mit einer bewundernswerten Beherrschung der so komplizierten räumlichen Verhältnisse und erstaunlicher Bewältigung des grossen Materials (besonders wenn man die kurze Entstehungszeit des Werkes berücksichtigt) hat Gasser die Grundzüge der Organisation einer so überaus grossen Zahl von herrschaftlichen Gebilden, wie sie die deutsche Schweiz des Spätmittelalters aufweist, klar darzustellen vermocht. Das sind die Vorzüge, die den Verfasser auch zur Herausgabe der „Historischen Karte zur territorialen Entwicklung der Schweizerischen Eidgenossenschaft 1291—1297“, deren Erscheinen unmittelbar bevorstehen dürfte, in hervorragendem Masse befähigen müssen. Durch dieses Werk werden wir eine höchst willkommene Ergänzung zum vorliegenden Buch erhalten.

Den besonderen Wert, den ich der besprochenen Arbeit als schweizergeschichtlichem Werk zumesse, möchte ich aber doch nicht zuletzt begründet sehen in der engen Durchdringung von quellenmässiger Einzelforschung und grosszügiger Verwertung der Ergebnisse der allgemeinen deutschen Verfassungsgeschichte, wofür uns Adolf Gasser ein eindrucksvolles Beispiel gegeben hat.

Dr. Peter Liver, Flerden (Graub.).

Baumann, Dr. Werner: Die Entwicklung der Wehrpflicht in der Schweizer. Eidgenossenschaft 1803—1874. Zürich 1932 (A.-G. Gebr. Leemann & Co.). 588 S. Fr. 18.50.

Das vorliegende Buch, von dem einige Teile als Zürcher Dissertation verwendet worden sind, bildet eine der erfreulichsten Monographien zur schweizerischen Staatsrechtsgeschichte und steht weit über dem Niveau gewöhnlicher Dissertationen. Wegen seines Umfangs kann es hier nicht eingehender betrachtet werden; es enthält eine Fülle wertvoller Erkenntnisse und ist mit musterhafter Gründlichkeit verfasst. Verdienstlich ist vor allem die erschöpfende Verwendung des gedruckten Materials und die Herbeiziehung zahlreicher ungedruckter oder archivalischer Quellen.

Die Ausbildung der allgemeinen Wehrpflicht gehört zu den eigensten und bodenständigsten Besonderheiten unseres

Milizsystems und unseres Staatsrechts überhaupt. Der Verf. untersucht einleitend auf rund 90 Seiten die Vorgeschichte der Wehrpflicht in der alten Eidgenossenschaft und in der Helvetischen Republik; der nachfolgende Hauptteil umfasst die Zeit des sog. Kontingentsheeres (1803—1874); die Periode der Bundesverfassung und Militärorganisation von 1874 ist nicht mehr behandelt, abgesehen von einleitenden Verhandlungen seit den 60er Jahren. Das Hauptgewicht legt der Verf. auf die besondere Ausgestaltung der Wehrpflicht im weitesten Sinne. Einbezogen ist somit auch die Entwicklung des Militärpflichtersatzes, des Vorunterrichts, des freiwilligen Schiesswesens, der Verhältnisse von Bekleidung, Bewaffnung und Ausrüstung und anderer, oft etwas breit dargestellter, mehr formeller Einrichtungen. Interessant sind auch gewisse Besonderheiten und überlebte Residuen, wie Loskauf, Stellvertretung, Montierungspflicht, zahlreiche Dienstbefreiungen usw. Zu Ehren gezogen sind auch halb vergessene Erscheinungen, wie die liberalen Revisionsversuche von 1831 bis 1835 und das Reformprojekt von Bundesrat Emil Welti (1868), der anlehnd an den Preussen Rüstow eine weitgehende militärische Vorbildung der Jugend postulierte.

Rechtshistoriker, Historiker, Juristen und Militärs werden diese reiche Gabe des Verf. mit Dank entgegennehmen. Sie bildet infolge ihres fleissigen Eindringens in alle Fragen und ihrer erschöpfenden Quellenverwertung eine abschliessende Darstellung der Materie. Selbst über das so schwer feststellbare Wirken der Gesetze in der Praxis (oder das Gegenteil, ihre Nichtanwendung) konnten oft sehr interessante Ergebnisse zutage gefördert werden. Die allgemeinen Grundsätze und ideellen Ausgangspunkte sind im Schlusswort scharf zusammengefasst. His.

Reicke, Dr. Siegfried (Privatdozent, Berlin): **Das deutsche Spital und sein Recht im Mittelalter.** I. Teil: Geschichte und Gestalt. Heft 111 und 112 der Kirchenrechtl. Abhandlungen, hg. von Ulrich Stutz und Joh. Heckel. II. Teil: Das deutsche Spitalrecht, Heft 113 und 114 derselben Abh. Stuttgart 1932 (Ferd. Enke). I. 326 S. Mk. 29.—, II. 320 S. Mk. 29.—.

Auf Anregung von Ulrich Stutz hat der Verf. ein sehr verdienstliches rechtshistorisches Unternehmen begonnen, das eine eigentliche Lücke ausfüllen soll. Während über Kirchen, Stifte und Klöster schon eingehende Untersuchungen vorliegen, wusste man über das Spital noch herzlich wenig. Der Verf. behandelt das ganze deutsche Sprachgebiet, also auch die deutsche Schweiz mit musterhafter Gründlichkeit. Der I. Teil zeigt uns das Entstehen der klösterlichen, altstiftischen und

bruderschaftlichen Spitäler, zu welch letztern auch die ritterlichen (der Johanniter, Deutschritter und Lazariter) und die nichtritterlichen Ordensspitäler (der Antonier, Heilig-Geist-Orden u. a.) zählen, und dann die Verbürgerlichung der Spitäler und das Aufkommen bürgerlicher, vorab städtischer Pilger- und Pflegeanstalten. Den Schluss bildet ein Überblick über die Differenzierung der Spitäler in besondere Arten (Hauptspitäler, Fremden- und Pilgerspitäler, Armen- und Seelhäuser, Blatter- oder Franzosenhäuser, Leprosenspitäler). Die eigentliche juristische Betrachtung folgt im II. Teile. Hier lernen wir die Verfassung und Verwaltung des Spitals, besonders des bürgerlichen Spitals (Rat, Pfleger, Spitalmeister usw.) kennen, dann die besondern kirchlichen Verhältnisse (Spitalseelsorge, Spitalgeistliche) und zuletzt das Recht der Spitalinsassen (Verpfreundung, Anfallsrecht usw.), wobei die eigenartige Rechtsstellung der Leprosen eingehend herausgearbeitet ist.

H.

Kläui, Dr. Paul: Die Gerichtsherrschaft Flaach-Volken.

Phil. zürch. Diss. Winterthur 1932 (Buchdruckerei Winterthur vorm. G. Binkert A.-G.). Mit Plan. 188 S.

Ein lokalhistorischer Beitrag zur Rechtsgeschichte, der die Besitz-, Staats-, Feudal- und Gerichtsherrschaftsverhältnisse bis zum Ende des 18. Jahrhunderts behandelt.

Neuner, Robert R. (Prof., Prag): Der Sinn der international-privatrechtlichen Norm. Eine Kritik der Qualifikationstheorie. 3. Heft der Rechts- und staatswiss. Abhandl. der Deutschen Univ. Prag. Brünn 1932 (Rudolf M. Rohrer). 135 S.

Neuner untersucht in dieser scharfsinnigen Studie die Verwendbarkeit der vom internationalen Privatrecht aufgestellten sog. Qualifikationstheorie, d. h. vor allem des Verhältnisses von Sachnorm und Kollisionsnorm und die Qualifikation ausländischer Sachnormen, bei Diskrepanz in der Auffassung zweier Staaten. Unter Herbeiziehung von Beispielen aus dem deutschen und französischen Recht betrachtet er die Konflikte zwischen Form und Inhalt der Rechtsgeschäfte, Güterrecht und Erbrecht, Sachen- und Vermögensrecht, Erbrecht des Staates, Delikt und Deliktsort, materielles und prozessuales Recht. Er hält die Qualifikationstheorie für einen begrifflichen Lösungsversuch, gegen den gewichtige Bedenken geltend gemacht werden können.

L'Imposition des Entreprises étrangères et nationales en Allemagne, en Espagne, aux Etats-Unis d'Amérique, en France et

dans le Royaume-uni. Genève 1932 (Société des Nations, Section d'Information, chambre 156). 209 p. Fr. 12.50.

Die allgemeine Einleitung ist verfasst von Dr. Mitchell B. Carroll (U. S. A.), der Abschnitt Deutschland von Ministerialrat W. Paasche (Berlin), Spanien von Dr. Agustin Vinnales (Granada), Ver. Staaten von Joseph Weare und M. L. Mc Morris (U. S. A.), Frankreich von Jean Guillet und Roger Pierre (Paris), Grossbritannien von E. W. Verity (London). Im Anhang findet sich eine Bibliographie über diese Staaten. Jeder Abschnitt über eines der genannten Länder ist in drei Teile gegliedert; im 1. Teil wird das System der direkten Besteuerung behandelt, der 2. Teil vergleicht die verschiedenen Einkommensbesteuerungen gegenüber Einheimischen und Fremden, Einwohnern und Auswärtigen, der 3. Teil betrachtet die Steuerpflicht der Unternehmungen und die Berechnungsart für den zu besteuерnden Teil des Einkommens. Diese eingehende Untersuchung dürfte der Rechtsentwicklung nur förderlich sein.

Merlin, Dr. H., u. Schafhauser, E. (Vaduz): Die Steuergesetzgebung des Fürstentums Liechtenstein. Zürich 1932 (Polygr. Verlag A.-G.). 115 S. Fr. 5.—.

Anreihend an die handlichen Oktavbändchen mit schweizerischen Steuergesetzen gibt der Verlag hier die liechtensteinischen Steuererlasse heraus, nämlich diejenigen über die Landessteuern (Vermögens- und Erwerbssteuer, Erbschafts- und Schenkungssteuer, Gesellschaftssteuer, Getränkepatentsteuer und Kraftwagensteuer) sowie über die Gemeindesteuern, nebst Sicherungs- und Strafbestimmungen. Das grundlegende Steuergesetz von 1922 zeigt manche Verwandtschaft mit schweizerischen kantonalen Steuergesetzen, da Prof. J. Landmann † (Basel) zu den ersten Redaktoren zählte. Einige Anmerkungen und ein Sachregister sind schätzbare Zugaben.

Planiol-Ripert-Becqué: Traité pratique de droit civil français. Tomes XII et XIII: **Les sûretés réelles.** Paris 1927 et 1930 (Librairie générale de droit et de jurisprudence). 745 et 898 pages.

Mr. Emile Becqué, professeur à la Faculté de droit de Montpellier, a donné, dans le Traité pratique de droit civil français de MM. Planiol et Ripert, deux gros volumes sur les „sûretés réelles“. Ils ont paru en 1927 et 1930 déjà, et je dois tout d'abord m'excuser du retard de ce compte-rendu. Mais cette matière est difficile, et la lecture des 1600 pages de Mr. Becqué, si pleines et si instructives, n'est point l'œuvre d'un jour, quand on tient

à étudier, comme elle le mérite, cette oeuvre considérable. Quelle prodigieuse richesse de citations d'auteurs et d'arrêts! Que de textes expliqués, de questions vidées! L'érudition et l'énorme labeur de l'auteur n'ont point nui à l'agrément de l'expression, qui partout reste simple, claire et limpide. Si les renseignements historiques, et les discussions de doctrine générale occupent une petite place dans ce livre, tout l'effort ayant porté sur l'exposition du droit positif, par contre je ne pense pas qu'il soit possible de trouver une encyclopédie plus complète du droit de gage en vigueur en France.

On entend par „sûretés réelles“ tous les gages, tant mobiliers qu'immobiliers, et aussi les priviléges qui correspondent plus ou moins aux „privilegia inter personales actiones“ de notre art. 219, loi sur la poursuite et la faillite. Ce droit est en France très différent du nôtre. Mais rien n'est utile comme les comparaisons; elles viennent corroborer des solutions acquises chez nous, parfois elles permettront de préciser et rectifier nos conceptions. Mr. Becqué se montre partout un guide sage et équitable; il ne dissimule pas les défauts de sa loi nationale, manifestement vieillie en quelques portions de ce droit des priviléges, gages et hypothèques, mais il n'adopte pas non plus n'importe quelle proposition de réforme, en cédant trop facilement au goût du changement et à l'attrait de la nouveauté.

Le juriste suisse ne pourra s'empêcher de préférer notre inscription des hypothèques, forme constitutive nécessaire du gage, suffisante à le conserver indéfiniment, à l'inscription française, simple publicité de l'acte (non du droit réel lui-même), sujette en conséquence à la préemption au bout de dix ans, si l'inscription n'est pas renouvelée. Mr. Becqué montre d'ailleurs que cette prescription extinctive est une nécessité dans un système de publicité personnelle des actes (No. 826), tandis qu'on peut l'abandonner dans les pays à système réel de publicité. Tout en nous réjouissant donc de notre registre foncier qui réalise ce régime réel, nous nous rappellerons avec modestie que nous avons passé à l'autre extrême aux art. 208 L. P. et 807 C. civ., deux textes erronés en leur principe, qui ont déjà dirigé la jurisprudence vers des affirmations bien discutables. (Arrêts: Aargauische Hypothekenbank c. Tschabold, R. off. 1921 III p. 141 consid. 2, et Hoirs Gagnebin c. Masse du Crédit Mutual ouvrier, R. off. 1924 II p. 401.) C'est à l'art. 140 CO que notre législateur a vu juste: il fallait généraliser la règle.

Nous pouvons nous féliciter en Suisse d'ignorer les hypothèques judiciaires, les hypothèques légales des mineurs et inter-

dits, et surtout celle de la femme mariée qui occupent une place si considérable dans les livres de Mr. Becqué. L'auteur en décrit les inconvénients d'une façon très pénétrante (Nos 1367 à 1369), montrant qu'elles nuisent au crédit du mari, et compromettent par l'excès même de leur protection en définitive la sécurité économique de la femme qu'elles devaient garantir. Je pense que l'incapacité velléienne de notre art. 177 III rend de meilleurs services, et que notre loi a été trop critiquée sur ce point; il est seulement regrettable que le T. F., interprétant le mot „obligations“ d'une façon littérale, refuse la protection du texte à la femme qui constitue un gage en faveur d'un créancier du mari.

Notre poursuite en réalisation forcée des immeubles nous paraît parfois très compliquée. On peut dire cependant sans injustice qu'elle est une voie d'exécution remarquablement aisée, rapide et économique, si on la compare à la saisie immobilière et à la procédure de contribution et d'ordre du droit français. Mr. Becqué d'ailleurs admet lui-même qu'il y a quelque archaïsme dans ces trop longues et trop nombreuses formalités, car il critique l'exagération des frais, „qui deviennent absolument écrasants pour les immeubles de peu de valeur“, et il propose comme particulièrement nécessaire une simplification de cette procédure, dans son beau chapitre final sur la „Réforme hypothécaire“ (No. 1446). Le meilleur des droits civils n'est qu'un pauvre impotent s'il n'est soutenu par une bonne procédure.

Nous nous intéresserons aussi au problème de la pluralité d'immeubles hypothéqués pour une même créance. Notre loi, on se le rappelle, ne permet qu'exceptionnellement de grever chaque fonds pour toute la dette, et impose toujours une poursuite en réalisation simultanée de tous les immeubles grevés (art. 798 et 816 III). Au contraire, en France, le créancier peut faire porter tout le poids de son hypothèque sur l'un quelconque des immeubles grevés, à son choix, au détriment des créanciers de rang postérieur, et aussi du crédit du propriétaire. Une des réformes demandées en France, serait de supprimer cette conséquence excessive de l'indivisibilité de l'hypothèque, et d'adopter le principe de répartition de la charge qui est le nôtre (Nos 996 à 1002 et 1446).

Mais le lecteur suisse ne se bornera pas à relever quelques supériorités de son droit tout récent sur le vénérable code français; il trouvera dans l'ouvrage de Mr. Becqué maintes occasions de s'instruire sur plus d'un problème très actuel pour nous. Questions qui se posent dans les mêmes termes, mêmes solutions données par les arrêts ou les auteurs, parfois mêmes difficultés

insurmontables et mêmes controverses. C'est alors que l'apport de la science française sera particulièrement précieux.

Ainsi un arrêt de notre Tribunal fédéral, qui m'avait surpris à la lecture, trouve une complète confirmation dans le droit français. Contrairement à ce qu'enseignait Windscheid (vol. I § 248 No. 2 et note 9), le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'y a pas de principe général de subrogation, selon lequel l'hypothèque grèverait de plein droit l'indemnité venant remplacer la chose hypothéquée détruite en tout ou en partie. (Banque de Montreux c. Blaser et consorts, R. off. 1926 II p. 201). C'est exactement le point de vue du code civil français : en règle générale, pas de subrogation. Cette subrogation sur l'indemnité n'a lieu que si elle est ordonnée par des textes spéciaux (Becqué, Nos 964, 965 et suivants).

On sait quelle peine notre jurisprudence a éprouvé à établir des règles équitables et sûres en matière d'hypothèques légales des entrepreneurs ; aujourd'hui encore cette matière suscite maintes controverses. Or, les Français ont rencontré des difficultés du même genre que les nôtres, car elles tiennent aussi aux conditions d'acquisition du privilège : les entrepreneurs hésitent à prendre inscription au moment où ils briguent l'adjudication des travaux, et plus tard ils se heurtent à des formalités rigoureuses pour établir et faire inscrire le montant privilégié. (Voir Becqué, Nos 658 et suivants.) C'est à se demander, pour l'une comme pour l'autre des deux lois, si le principe fondamental de cette hypothèque légale est bien solide.

Mr. Becqué (No. 1439) constate que la liste des priviléges au profit du fisc s'allonge sans cesse. Il y a là un phénomène important, et probablement général, dont nous ferons bien de nous souvenir : voyez combien nombreuses étaient devenues les hypothèques légales et privilégiées dans le dernier état du droit romain. Chez nous, on a laissé la bride sur le cou aux cantons, à cet égard, sous prétexte de respecter leurs compétences de droit public, mais nous ferons de fâcheuses expériences avec notre art. 836 ; déjà, disent les hommes d'affaires, il est arrivé que de prétendues „améliorations foncières“ grèvent les propriétaires au point de compromettre les hypothèques de premier rang.

Mr. Becqué ne craint pas de parler, à diverses reprises, d'hypothèques du propriétaire sur son propre immeuble, et cette conception de l'hypothèque sur soi-même ne lui paraît pas appeler de justification dogmatique développée (Nos 333, 1143, 1160 à 1163 et 1345). Il en arrive ainsi à nier que la réunion sur la même tête des qualités de créancier et de

propriétaire de l'immeuble soit une cause d'extinction de l'hypothèque. Il n'est d'ailleurs pas le seul dans la littérature française récente à enseigner que la confusion et la consolidation paraissent le droit plutôt qu'elles ne l'éteignent. Incompréhensible subtilité, disait avec raison Planiol, en son traité élémentaire (vol. II No. 601).

C'est toujours avec une vive déception que nous voyons les auteurs français tendre à acclimater dans leurs pays les formules les plus contestables et les plus inutiles de la loi et de la doctrine allemandes contemporaines. Qu'est-ce qu'une hypothèque dépouillée de son droit d'entreprendre la réalisation forcée de l'immeuble ? Tous les cas pratiques traditionnels, où l'on croit nécessaire de trouver une „hypothèque du propriétaire“, s'expliquent par cette idée que les créanciers hypothécaires, s'ils sont en second rang, ont bien un droit de réalisation, mais limité par un prélèvement sur le prix, assuré à une autre personne, créancier hypothécaire de rang préférable. Or, il n'y a aucune raison de poser en principe que cette limitation tombera nécessairement si le droit hypothécaire de ce créancier se consolide en une pleine propriété, car il n'y a rien d'absurde a priori à ce qu'un créancier ne puisse faire vendre le bien d'un propriétaire qu'à la condition de lui laisser une partie du prix. Tout revient donc à se demander quand la limitation imposée aux créanciers de second rang tombe, quand et au profit de quelle personne elle subsiste, et la solution des difficultés discutées doit être cherchée dans la structure du gage en second rang, non dans un droit du propriétaire se surajoutant à sa propriété. Point n'est besoin d'ébranler des piliers aussi fondamentaux que le „nemini res sua servit“. „Neque pignus . . . rei suaec consistere potest.“ Ce qui précède n'est autre chose que le développement de la formule lapidaire et, à mon avis, décisive de Windscheid (I § 248 No. 4): „Un droit de se payer sur sa propre chose, cela n'a aucun sens, de sorte que l'hypothèque s'éteint, si le créancier acquiert la propriété de la chose, ou le propriétaire le droit de gage. Mais ceci a un sens que d'autres ne puissent se payer sur notre chose qu'en nous abandonnant une part déterminée de sa valeur.“

Qui veut s'initier aux chinoiseries juridiques qu'entraîne la fiction d'hypothèque du propriétaire essaie de débrouiller le „casus“ raconté dans les „Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts“ (Gruchot), année 1931 p. 561 ! Lire aussi le curieux jugement rendu par un tribunal roumain dont M. Vallinaresco donne une „construction“ juridique plus ingénieuse que vraiment solide (Revue trimestrielle de droit civil, 1931, p. 731/733).

L'hypothèque du propriétaire a pour corollaire la „mobilisation du sol“, autre marotte contemporaine, qui a joui d'une grande faveur en Suisse. On a considéré comme un progrès merveilleux que le propriétaire mette son immeuble dans son portefeuille, sous forme de cédules hypothécaires au porteur, et puisse l'aliéner ou l'engager au delà de la dernière tuile, sans plus de formalités qu'il n'en faut pour liquider ou lombarder des obligations au porteur. Ici nous avons le plaisir de lire de très sérieuses réserves chez Mr. Becqué: „... il n'y a aucun intérêt social à trop faciliter aux propriétaires, particulièrement aux petits propriétaires, les moyens d'emprunter sur leur immeuble. Le crédit hypothécaire est une arme à double tranchant, qui mène plus souvent à la ruine qu'à la fortune. Or, la mobilisation du sol risque de pousser les propriétaires d'immeubles à des emprunts inconsidérés . . .“

C'est sur ces sages pensées que s'achèvent les deux beaux volumes de Mr. Becqué, qui font grand honneur à l'auteur et à la science française.

F. Guisan.

J. V. Staudingers Kommentar zum (deutschen) Bürgerlichen Gesetzbuch und Einführungsgesetz. 9. Auflage. München, Berlin, Leipzig (J. Schweitzer Verlag, Arthur Sellier). 12 Bände.

Die neunte Auflage, völlig neubearbeitet, von Staudingers Kommentar zum BGB ist im Laufe des Jahres 1931 abgeschlossen worden; wir haben das Erscheinen der einzelnen Lieferungen jeweils angezeigt. Zum Abschluss des Ganzen sei kurz folgendes bemerkt. Die 12 stattlichen Bände dieses Werkes nehmen in der Rechtswissenschaft eine Stellung ein, die über die Grenzen des deutschen Rechtsgebiets von Bedeutung ist. Neben Plancks (Strohals) Kommentar, der in 4. Auflage vorliegt, steht Staudingers Kommentar als Führer durch das deutsche Privatrecht an erster Stelle. Sein Wert liegt darin, dass wissenschaftlich hochstehende, kritische Praktiker, vor allem Richter, die einzelnen Teile bearbeitet haben, und zwar in strenger Systematik und unter ausgiebiger Nennung der einschlägigen Literatur und der Judikatur. Die Kommentierung ist sehr ausführlich, ins einzelne gehend; an Raum und Breite ist nicht gespart. Ebensowenig war der Verlag zurückhaltend in der differenzierten Verwendung von verschiedenen Drucktypen. Auf Einzelheiten der Kommentierung kann hier natürlich nicht eingegangen werden. Es genügt, daran zu erinnern, dass ein solches Werk auch bei der vergleichsweisen Betrachtung des schweizerischen Zivilrechts nicht ausser acht gelassen werden darf. Die einzelnen

Teile des Kommentars verteilen sich folgendermassen: I. Einleitung und Allg. Teil, Dr. E. Riezler (1 Band); II. Recht der Schuldverhältnisse, Dr. Alfr. Werner, Dr. Karl Kober, Prof. Karl Geiler (3 Bände); III. Sachenrecht, Dr. Karl Kober (1 Band); IV. Familienrecht, Dr. Th. Engelmann, hg. Fritz Keidel (2 Bände); V. Erbrecht, Dr. Felix Herzfelder (1 Band); VI. Einführungsgesetz, Dr. Fritz Keidel, Dr. L. Raape (2 Bände); VII. Alphabetisches Gesamtregister, Fr. Keidel (1 Band). H.

Horrwitz, Hugo, Horrwitz, Dr. Walter und Ullmann, Dr. Fritz: Kommentar zum neuen Aktienrecht, auf Grund der (deutschen) Verordnung über Aktienrecht vom 19. September 1931 usw. Berlin 1932 (Otto Liebmann). 303 S. 11 Mk.

Das durch die Notverordnung vom 19. September 1931 und die Verordnung über erleichterte Kapitalherabsetzung vom 6. Oktober 1931 umgestaltete deutsche Aktienrecht hat rasch Kommentatoren gefunden. Die vorliegende Bearbeitung bietet eine übersichtliche Einführung in die wichtigen Neuerungen, so über erleichterte Kapitalherabsetzung und Bilanzierung, die neuen Publizitätsvorschriften und steuerrechtlichen Fragen. Stets wird auch versucht, an bisherige Literatur und Judikatur anzuknüpfen und auch die wirtschaftlichen Probleme zum bessern Verständnis heranzuziehen.

Swoboda, Ernst (Prof., Graz): **Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem**. Wien und Leipzig 1932 (Moritz Perles). 92 S. Mk. 3.80. (Ergänzter Abdruck aus dem „Zentralblatt für die jur. Praxis“.)

Eingehende Kritik des österreichischen und deutschen Rechts, die aber auch das schweizerische Recht nicht unberücksichtigt lässt, das in mancher Hinsicht dem österreichischen nachgebildet ist.

Dahl, Frantz (Prof., Kopenhagen): **Anders Sandoe Orsted as a Jurist**. Kopenhagen 1932 (Levin & Munksgaard). 48 S.

Eine kurze, in englischer Sprache erschienene biographische Skizze über Orsted (geb. 1778, gest. 1860), den Begründer der dänischen und norwegischen Rechtswissenschaft, der fruchtbar war als Schriftsteller über alle Teile des Rechts und der Rechtsphilosophie (Kantianer), sowie als Volkswirtschafter und Regierungsbeamter.

Anzeigen.

Piccard, Dr. Robert: *De la Taxe militaire. Exposé systématique de la Jurisprudence du Tribunal fédéral en 1929, 1930 et 1931.* Lausanne 1931 (F. Ronge & Cie, S. A.). 25 p.

Koffet, Guy: *L'Intervention du Ministère Public dans la Procédure Civile en Droit Suisse et en Droit Français.* Zürcher Diss. Paris 1931 (Impr. Louis Henriot, J. Guyot & Cie). 259 S.

Meyer, Dr. Francis: *L'assurance-abonnement selon le système des Primes en Droit Suisse.* Paris 1931 (E. de Boccard). 240 S.

Rappold, Dr. Max: *Die Gesetzeskonkurrenz. Ein Beitrag zur reinen Theorie des Rechtssatzes.* Zürcher Diss. (auch in der Internat. Zeitschr. für Theorie des Rechts, 1931/32, Heft 1). Brünn 1931 (Rud. M. Rohrer). 40 S.

Martinoli, Dr. Silvio: *Abonnentenversicherung in der Schweiz.* S.-A. aus: *Das Versicherungsarchiv.* 2. Jahrg. Nr. 9. (Wien, 15. März 1932.) 12 S.

Ehrbar, Ad. (Urnäsch): *Die Checkdeckung nach deutschem, französ. und schweizer. Recht, unter besonderer Berücksichtigung ihres Übergangs im Konkurs des Ausstellers nach dem schweizer. Entwurf 1928.* Zürcher Diss. Affoltern a. A. 1931 (Dr. J. Weiss). 120 S.

Schwalm, Dr. Wilh.: *Der Pfandbrief und seine rechtliche Sicherstellung im schweizer. Recht.* Bern 1931 (Paul Haupt). 74 S. Fr. 3.50.

Merz, Hans: *Der Einfluss des Wechsels auf das Grundgeschäft und der Wechselbereicherungsanspruch.* Berner Diss. Heft 72 der Abhandl. z. schweizer. Recht, hg. von Th. Guhl. Bern 1932 (Stämpfli & Cie.). 82 S. Fr. 3.—.

Eggen, Dr. Gerhard: *Der Zuschlag in der Zwangsvorsteigerung.* Berner Diss. Heft 71 der Abhandl. z. schweizer. Recht, hg. von Th. Guhl. Bern 1932 (Stämpfli & Cie.). 119 S. Fr. 4.—.

Fontes juris gentium. Ed. Victor Bruns. Von diesem Sammelwerk sind weiter erschienen: Series A, sectio 1, tomus 2: *Handbuch der Entscheidungen des Ständigen Schiedshofs 1902—1928,* hg. von E. Schmitz, A. H. Feller und B. Schenk Graf v. Stauffenberg. 307 S. Und Series A, sectio 2, tomus 1: *Die Entscheidungen des deutschen Reichs-*

gerichts in völkerrechtlichen Fragen, 1879—1929, Fasciculus 2 (pag. 449 ad finem). Berlin 1931 (Carl Heymanns Verlag).

Rheinstrom, Dr. Heinrich (München): Das neue Aktienrecht. Handkommentar zum 1. Teil der Verordnung des Reichspräsidenten vom 19. September 1931 über Aktienrecht und Bankenaufsicht. München und Leipzig 1932 (Duncker & Humblot). 247 S. Mk. 4.80, geb. 6.60.

Pröll, Hans (Berlin): Die Scheidung von Ausländern in Deutschland. Berlin 1932 (Carl Heymann). 50 S.

Baumbach, Dr. Ad. v. (Berlin): Zugabewesen, Ausverkaufswesen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse. Kommentar zur (deutschen) Verordnung zum Schutze der Wirtschaft vom 9. März 1932. Zugleich Nachtrag zu Baumbachs „Wettbewerbsrecht“. Berlin 1932 (Otto Liebmann), 54 S. Mk. 2.—.

Isaac, Dr. Martin (Berlin): Überlandverkehr mit Kraftfahrzeugen. Kommentar zur Verordnung vom 6. Oktober 1931 und den Durchführungsbestimmungen vom 9. Oktober 1931, zugleich Nachtrag zu Isaac-Sieburg, Komm. zum Automobilgesetz. Berlin 1932 (Carl Heymann). 93 S. Mk. 2.—.

Karadze-Iskrov, N. P. (Prof., Moskau): Die öffentlichen Sachen nach Sovetrecht. Sonderdr. der Zeitschr. für Ostrecht V 12 S. 849 ff. Berlin 1931 (Carl Heymann).
