

**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:** 67 (1948)

**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:** 12.01.2026

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

## Besprechungen und Anzeigen

---

### Drei neuere Bücher über die Aufgaben der Rechtsgeschichte und das Naturrecht.

Welche tiefere Notwendigkeit kommt der Rechtsgeschichte heute im Rahmen der Rechtswissenschaft, ja überhaupt der Geisteswissenschaften zu? Welches haben ihre Gegenstände und Methoden zu sein, damit sie die Hauptaufgabe der Jurisprudenz, nämlich die Erkenntnis des Rechts und der Gerechtigkeit, in einer dem modernen Geschichts- und Rechtsbewußtsein entsprechenden Weise erfüllen kann? In dieser Grundfrage lassen sich drei nach dem Kriege erschienene Bücher bekannter deutscher Rechtshistoriker wohl am besten zusammenfassen, trotz ihres verschiedenen Themas.

**Paul Koschaker, Europa und das römische Recht**, Biederstein-Verlag, München 1947, 378 S.; **Heinrich Mitteis, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte**, Böhlau, Weimar 1947, 131 S.; **Hans Thieme, Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte**, Helbing & Lichtenhahn, Basel 1947, 54 S.

Alle ziehen ein Fazit aus langjähriger Forschung und stimmen darin überein, daß nur von einem universalen Geschichtsbild her, nur aus der wissenschaftlichen und ethischen Verpflichtung Europas, sowohl der nackte Machtgedanke und Positivismus als auch der Historismus und die «Krise» der Rechtsgeschichte überwunden werden können. Mit besonderer Genugtuung kann man verzeichnen, daß dieselbe Grundforderung sowohl von kompetenter romanistischer wie germanistischer Seite erhoben wird und daß somit der alte Streit zwischen den beiden Schulen in Tat und Wahrheit nicht mehr besteht<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. die Ausführungen Koschakers (S. 151/152) über die akademische Entstehung des Gegensatzes im 19. Jahrhundert. Man kann sich kaum einen ernsthaften modernen Rechtshistoriker auch der germanistischen Sparte vorstellen, der Koschakers Definition der Rezeption (S. 146) als «Auseinandersetzung zwischen Germanismus und Romanismus im Recht»... «die Verbindung und Auseinandersetzung zwischen diesen beiden Elementen ist Europa» nicht bestimmen würde.

## I.

Die Rolle des römischen Rechts bei der Bildung Europas bildet das zentrale Problem der an rechtshistorischen Fragestellungen mannigfältigster Art reichsten der drei Arbeiten, derjenigen von Koschaker. Sie enthält tatsächlich ein unter dem Blickpunkt des römischen Rechts gesehenes Kompendium der europäischen Privatrechtsgeschichte und führt zum Teil Grundgedanken einer 1938 erschienenen, vielbeachteten Schrift des Verfassers<sup>2</sup> weiter aus. Das Buch ist Salvatore Riccobono gewidmet, dem italienischen Meister, der mit größtem Gewicht die Überzeugung vertritt, daß die römische Rechtsentwicklung eine innerlich einheitliche war und daß ihre abendländische Ordnungskraft durch die kongeniale Leistung des Mos italicus, der Jurisprudenz der Kommentatoren, zur Grundlage der europäischen Rechtsüberlieferung wurde. Die umfangreiche Schrift ist durchweg mit lebhaftem Temperament geschrieben und trägt überall den erfreulichen Stempel der Persönlichkeit, wenn sie auch für den Außenstehenden fast zuviel Angriffe und Kontroversen enthält. Die lebendige Auseinandersetzung, die das Buch überall bringt, bedingt auch gewisse Wiederholungen und eine nicht immer leichte Übersichtlichkeit.

Einleitend schlägt der Verfasser auf breiter historischer Grundlage das Thema der Wechselwirkung seiner beiden Grundbegriffe, Europas und des römischen Rechts, an. Er versteht unter dem ersten vor allem ein kulturelles Phänomen, «eine eigentümliche Verbindung germanischer und klassischer, vorzugsweise römischer Kulturelemente, von denen das Christentum nicht zu trennen ist». Es hat politische Form zum erstenmal gewonnen im Reich Karls des Großen, dann im Imperium Christianum des Abendlandes und wirkt von da an nicht so sehr als politische denn als «kulturelle Romidee», als Bildungsideal und Grundstruktur des abendländischen Geistes, fort bis in die neueste Zeit. Eine fortwährend geübte vergleichende Betrachtung der europäischen Rechtsgeschichte, insbesondere überall präzise Ausblicke auf den englischen und französischen Rechtskreis, auf die spanische Entwicklung, das Roman Dutch Law usw., machen das Buch zu einer reichen Fundgrube allgemein historischen, kulturellen, rechtssociologischen und rechtsdogmatischen Stoffes und der entsprechenden Literatur. Von diesem Reichtum, einschließlich gelegentlicher Zusammenfassungen der modernen romanistischen Forschung, kann eine Besprechung keine Vorstellung vermitteln; sie muß sich mit einer Skizze des Gedankengangs begnügen.

Bei der Darstellung des römischen Rechts als Faktor der europäischen Rechtsentwicklung geht der Verfasser davon aus, daß

<sup>2</sup> Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Wissenschaft.

jede Verwendung des *Corpus Iuris* in der Praxis niemals bloße «Gesetzesanwendung» sein konnte, sondern immer die Schaffung von «Juristenrecht» erforderte. Der umfangreiche, widerspruchsvolle, komplizierte, kasuistische Charakter der römischen Rechtsquellen verlangte für die Praxis in der Tat immer einen zusammenfassenden Vermittler, eine Rechtswissenschaft, die Grundsätze über den Umfang und die Art der praktischen Anwendung zur Verfügung stellte. Sie wurde von den Glossatoren begründet, die Geistesverwandte der römischen Juristen waren. Hier mag man bedauern, daß der Verfasser auf die privatrechtliche, systematische Leistung der Glossatoren kaum eingeht, über die wir durch eine stattliche Reihe neuerer Arbeiten doch mehr wissen als nur allgemeine Daten. Während die Glossatoren aber noch zur politischen Idee des mittelalterlichen Kaisertums positiv oder negativ Stellung nahmen, erfüllten in Italien ihre Nachfolger, die Kommentatoren, die Mittleraufgabe durch die Erfassung des ausgedehnten, partikulären Rechtsstoffes. In eindrucksvoller Weise wird als Parallelerscheinung die trotz der Unabhängigkeit vom römischen Recht (über Einflüsse des römischen Rechts in England mehrfach sehr interessant, so S. 213 f., 217 f.) in vielen Grundzügen ähnliche Struktur des englischen Rechts herangezogen. Gewiß wird so in der Charakterisierung als *Juristenrecht* im mittelalterlichen und antiken Sinn ein wesentliches Moment der englischen Rechtsentwicklung herausgehoben. Im Gegensatz dazu und zu Frankreich, das seit der Glossatorenzeit und Beaumanoir, durch die frühen Rechtsschulen und dann die Parlamente, eine ähnliche Entwicklung genommen habe, sei die rechtzeitige Ausbildung eines für die Rechtsbildung verantwortlichen und soziologisch widerstandsfähigen Juristenstandes in Deutschland nicht gelungen (reiche Einzelheiten S. 223 ff. u. passim); die Rezeption sei zu spät, aber dann notwendig erfolgt; ein deutsches «common law», das sie allein hätte überflüssig machen können, hätte sich — wie in Frankreich und England — um die Wende vom 12. zum 13. Jahrhundert bilden müssen, zur Zeit des Zusammenbruchs der Hohenstaufen und des Interregnums.

Die Rezeption selbst, die für den Verfasser vor allem aus dem aktuellen Gesichtspunkt in Betracht kommt, daß das römische Recht eine europäische Rechtswissenschaft mit aufbauen half, wird von verschiedenen Blickpunkten beleuchtet (trefflich die Ablehnung der Theorie der Überfremdungerscheinung S. 155). Sie bedeutet — in der vornehmlich rezipierten Postglossatorenlehre — eben die Übernahme und Weiterbildung eines auf praktische Ausgleichung des römischen mit dem einheimischen gerichteten «*Juristenrechtes*». Dessen Begriff und Voraussetzungen (kasuisti-

sche, nicht in erster Linie auf Übersichtlichkeit angelegte Struktur, bewußte, standes- und innungsmäßige Rechtspflege und Schaltung, books of authority usw.) werden in lebendigen rechtsvergleichenden Ausführungen (S. 164 ff.) geschildert. Die plastische Herausarbeitung des Phänomens, seiner sozialen Verwurzelung und Funktionen, bildet das Hauptstück des Buches und macht sein ganz besonders glänzendes Verdienst aus. Im Zusammenhang damit weist der Verfasser etwa darauf hin, daß die Volkstümlichkeit und Gemeinverständlichkeit der Gesetzes- und Rechtssprache ein zum Teil aus dem naturrechtlichen Denken entstandenes Postulat sei, das über den Wert des Rechtes und seine Praktikabilität an sich nichts besagt<sup>3</sup>.

Vom Standpunkt des Verfassers erscheint die humanistische und elegante Jurisprudenz (mit Ausnahme der holländischen Schule, vgl. 66 ff., 118, 126, 247) als Produkt gelehrter Theorie («Professorenrecht» 211 ff.). Die Praktiker des Usus modernus pandectarum des 17. Jahrhunderts hingegen verfolgten mit neuen Methoden, befreit vom Autoritätsanspruch der römischen Quellen und der Scholastik, die von den Konsiliatoren eingeschlagene Bahn mit partikulärer Ausrichtung. Naturrecht und historische Schule, beide den Humanismus, seine Auffassung von der sozialen Funktion des Rechts voraussetzend, brachten wiederum Professorenrecht, also «Doktrin». Mit Recht wird das Europäertum Savignys unterstrichen, sein Angehören «weit mehr einem kulturellen Reich deutschen Geistes als einer konkreten politischen Gestalt dieses Reiches». Auch in der Beurteilung der historischen Schule liebt es der Verfasser in seiner frischen Art «à l'enfant terrible», einige bittere Wahrheiten über deren Purismus und ihr Abbrechen der juristischen Tradition, über den «Doktrinarismus deutscher Professoren» und «echter deutscher Traditionlosigkeit» zu sagen. Aber man kann die Geschichte — wie der Verfasser selbst unterstreicht — nicht umkehren und die historische Schule nicht von ihrer klassizistischen Bildungsidee trennen; es ist kaum anzunehmen, daß ein stärker mit der Fortbildung des gemeinen Rechts sich befassendes und die Interpolationenkritik einbegreifendes Programm, mit dem beinahe notwendigen Verzicht auf unmittelbare

<sup>3</sup> Hübsche Formulierungen nicht ohne Einseitigkeit S. 206: «Klare, präzise Fassung des Gesetzes unter allen Umständen erwünscht . . .»; «Eine Privatrechtskodifikation ist zur Verbreitung von Rechtskenntnissen im Volke nicht bloß ungeeignet, sie ist auch nicht notwendig . . .; Rechtskenntnisse, die über gewisse ohnehin verbreitete Vorstellungen hinausgehen . . . vermitteln heute die Zeitungen weit wirksamer als ein Gesetzbuch . . .; eine gemeinverständliche Fassung eines Einkommensteuergesetzes sei weit vordringlicher als die eines Privatrechtsgesetzbuches . . .; tüchtige und volksnahe Juristen mit Einsicht und Verständnis für die Rechtsbedürfnisse ihrer Zeit weit wichtiger als das beste und populärste Gesetzbuch.»

Wirkung, zu einer so lebendig-weltweiten Wirkung hätte führen können. Die historische Rechtsschule wie nachher die Pandekistik, betont der Verfasser aber trotzdem, hatten das Verdienst, das römische Recht wieder neu zu einem lebendigen europäischen Kulturelement erhoben zu haben. Die neuhumanistische, geschichtlich orientierte Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, vor allem die Romanistik, verlor dann, zugleich mit der Erweiterung ihres Gesichtsfeldes und der Vervollkommnung ihrer Methoden, die innere Fühlung mit der Dogmatik. Auch dieser Kennzeichnung muß man, aufs Ganze gesehen, zustimmen. Aufs wärmste sind die Schlußfolgerungen zu begrüßen, die (S. 377 ff.), aus dem Gedanken der aktuellen europäischen Bedeutung des römischen Rechts, eine Neuausrichtung seines Betriebs als juristische Disziplin fordern. Damit lehnt K. natürlich durchaus nicht die modernen rechtshistorischen Forschungsmethoden ab. Er fordert dagegen die stärkere Berücksichtigung der Mediaevistik und der Dogmengeschichte des gemeinen Rechts, eine vermehrte Zuwendung zur Rechtsvergleichung, für die das römische Recht das natürliche Bindeglied sei. Eine derart erweiterte Rechtsgeschichte solle zur Abwägung verschiedener Lösungen und zur Aufzeigung typischer Gestaltungen und juristischer Denkformen hinführen. Damit aber wird, wie Verfasser dies selbst als gültige Formulierung (S. 345) gelten läßt, eine Art neuen, geschichtlichen und durch die Rechtsgeschichte selbst aufzubauenden Naturrechts als weites Programm hingestellt. So hofft Verfasser und will ausdrücklich seine Ausführungen «mehr als Warnruf denn als Nekrolog» verstanden wissen. Möchte auch in Deutschland eine notwendig universale und aufbauende Wissenschaft vom römischen Recht, die Rechtshistorie überhaupt, nachdem sie sich aus der Bedrohung und Gefahr ehrenvoll gerettet hat, Kraft und Möglichkeit gewinnen, dieses hohe Ziel — eine überzeugende Zusammenfassung der neuern Tendenzen der Forschung — tätig zu erfüllen! Bei uns in der Schweiz, wo die Rechtsvergleichung immer eine ungleich viel stärkere Notwendigkeit als in Deutschland bedeutete und wo die geschichtliche Rechtswissenschaft seit Keller, Heusler, Huber, von Tuhr u. a. von jeher eine praktische Ausrichtung aufwies, wird man das Programm K.s mit besonderer Sympathie zur Kenntnis nehmen.

## II.

Ist das Werk Koschakers im höchsten Maße «stoffgeladen», voll von Einzelexkursen, so bietet der Germanist Mitteis eine mehr zur Systematik der Geisteswissenschaften hin gewandte, die philosophische Abstraktion, Erkenntnistheorie und Methodologie glei-

chermaßen mit einbeziehende Erörterung der gegenwärtigen Aufgaben der Rechtsgeschichte im allgemeinen. Wie Koschaker letzten Endes auf die Erneuerung der historischen Rechtsschule in einem universalen Rahmen ausgehend, sieht Verfasser in der vorliegenden Schrift die Rechtshistorie zunächst nicht so sehr als die Geschichte des Rechts, sondern als «Geschichte unter dem Aspekt des Rechts» (S. 128). Mit dieser Betrachtungsweise geht einher der Versuch des Aufweisens einer tieferen Aufgabe, nämlich die Wandlungen des Rechts aus der Gerechtigkeitsidee selbst zu begreifen. In der Rechtsgeschichte — so erklärt der Verfasser programmatisch — solle entwickelt werden der Fortschritt des Rechts im Bewußtsein der Freiheit (S. 126); Freiheit aber ziele auf den letzten Wert alles Rechts, die Persönlichkeit in der Gemeinschaft (S. 113). Damit lehnt Mitteis ausdrücklich einmal die positivistische Auffassung der Rechtsgeschichte ab, die sich mit der Darstellung von in der Vergangenheit jeweils positiv geltenden Rechtszuständen begnügt, zum andern aber auch eine bloße formale Dialektik der Entwicklung ohne kritische Stellungnahme. Als Voraussetzung einer solchen sei der formale Rechtsbegriff von der Rechtsidee grundsätzlich scharf zu trennen. Die Aufgabe des Rechtshistorikers bestehe zwar zunächst einmal immer darin, festzustellen, was im gegebenen historischen Tatbestand überhaupt empirisch unter die Kategorie des Rechts falle, etwa im Abgrenzen gegenüber der Sitte. Andererseits ergebe sich dann erst die zweite wesentliche Forderung, das historische Recht darauf zu prüfen, wie weit es mit der Rechtsidee, mit der Gerechtigkeit, zusammenging oder ihr widersprach. Vornehmster und eigentlicher Gegenstand der Rechtsgeschichte ist somit nach dem Verfasser die «effektive, historisch nachweisbare Durchsetzung der Rechtsidee gegen unrichtiges Recht». Damit knüpft auch Mitteis ausdrücklich an die Tradition des Naturrechts an, für welches er, im Hinblick auf die eben erwähnte Doppelaufgabe der Forschung, zwei Funktionen unterscheidet. Er nennt «Kulturrecht» denjenigen Teil der rechtsgeschichtlichen Forschungsaufgabe, welcher das geschichtliche, positive Recht daraufhin prüfe, ob und wie es den Begriff des Rechts erfüllt habe (Folgerichtigkeit; tatsächliche Befolgung und Durchsetzbarkeit; Allseitigkeit und Widerspruchslosigkeit; Angemessenheit an die Ansprüche, die aus der Gesamtkultur einer Epoche sich ergeben). Auf dieser Grundlage müsse dann die höhere Kritik einsetzen. Nun sei zu beurteilen und festzustellen, inwieweit ein geschichtliches Rechtssystem der Rechtsidee sich annäherte und inwiefern es in seinen Wandlungen auf sie ausgerichtet war. Diese tiefste Frage der Rechtsgeschichte könne aber nur beantwortet werden zusammen mit der

Entwicklung eines anderen, sozusagen in höherer Region liegenden Teils des «Naturrechts», den Mitteis «Gewissensrecht» nennt. Diesem höheren Naturrecht, das aus der Gerechtigkeitsidee selbst sich ergeben müsse, komme — und hier spricht der Verfasser natürlich nicht nur für die Rechtsgeschichte, sondern auch de iure positivo et de lege ferenda — der Primat vor dem formalen, der Gerechtigkeitsidee nicht gemäßen Recht zu<sup>4</sup>. Freilich bestehe für das letztere immer zunächst eine Vermutung der Gültigkeit, ein gewisser «Besitzstand», auf den die Rechtsgenossen bis auf weiteres vertrauen können und es meist sollen. So wird als Thema der Rechtsgeschichte von Mitteis gesehen der Kampf der beiden Rechtsordnungen, des positiven und eines neuen, in seinen Prinzipien allerdings erst zukünftig zu erarbeitenden Naturrechts. Diese Aufgabe bedeutet im Sinne des Verfassers zugleich, daß die Rechtswissenschaft einzufügen ist in das Ganze eines modernen Systems der Geisteswissenschaften. Nur die volle Verantwortlichkeit der Gewissensentscheidung, die Hinwendung zum Ganzen des Geistes und der Geschichte schließt — damit stimmen Mitteis und Koschaker letztlich überein — auch in der Rechtswissenschaft die Überwindung des Positivismus in sich. Insbesondere bildet der Abschnitt «Die Rechtsgeschichte als Teil der Geschichtswissenschaft und ihrer Problematik» einen anregenden Abriß der Geschichtstheorie und historischen Arbeitsmethode. Mitteis macht zur seinigen Diltheys Forderung nach einer historischen Wesenslehre, möchte Max Webers Methode der Typenbildung auch in der Rechtsgeschichte fruchtbar gemacht wissen, philosophisch vor allem auf N. Hartmanns Ontologie der Geschichte verweisend. Die allgemeine Geschichtswissenschaft aber habe künftig wiederum von der Rechtsgeschichte entscheidende Hilfeleistungen und Ergänzungen zu erwarten, dies um so mehr, als ja die rechtliche Betrachtung für keinen einzigen Zweig der Geschichtswissenschaft unentbehrlich sei<sup>5</sup>. Das Gegenkapitel, die Darstellung der «Rechtsgeschichte als Teil der Rechtswissenschaft», schließt mit der Feststellung, daß die Rechtsgeschichte hinter der Gesamtentwicklung der Rechtswissenschaft zurückgeblieben sei (S. 57), und zwar als Folge der Verkümmерung der ursprünglich weiteren Möglichkeiten der historischen Rechtsschule

<sup>4</sup> Einen interessanten Versuch, naturrechtliche Grundsätze moderner Rechtsordnungen in diesem Sinn zu formulieren, stellt ein Buch des Frankfurter Romanisten Helmut Coing dar (Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neugründung des Naturrechts. 1947, 155 S.; Schriften d. Süddeutschen Juristen-Zeitung, Heft 4).

<sup>5</sup> Sehr anschaulich wird S. 64 ff. dargelegt, daß die meisten politischen Konflikte Rechtskonflikte sind, fast alle sogenannten «Machtkämpfe» in der Geschichte auf der Chance beruhen, rechtliche Vorteile ausnützen zu können.

durch Historismus und Positivismus. Jedenfalls, betont der Verfasser mit Fug, könne die Rechtsgeschichte ihre Aufgaben nur in bewußter Anlehnung an historische Forschungsmethoden erfüllen. Die für die Rechtswissenschaft selbst im Vordergrund stehende Forderung nach einer neu zu erarbeitenden Einheit von Philosophie, Geschichte und Dogmatik des Rechts will Mitteis theoretisch im Anschluß an Heinrich Maiers «Philosophie des emotionalen Denkens» begründen. Danach bestehe im Sollen kein Gegensatz zum Sein. Das Sollen stelle nur eine Form des Seins dar, der Imperativ nur eine Form der Erkenntnis. Ausführungen über die notwendige Abhängigkeit der modernen Rechtsdogmatik von einer fruchtbaren rechtshistorischen Forschung werden endlich vervollständigt durch ein Kapitel über den «Lebenswert der Rechtsgeschichte», das, ausgehend von Hegels Freiheitsbegriff, den Sinn der Rechtsgeschichte im Bewußtsein der Freiheit, das heißt im Fortschritt der Selbsterkenntnis, des Gefühls der Menschenwürde, im bewußten Tun des Notwendigen begreift. Als vielleicht etwas kurz geraten erscheint ein hübsches Kapitel über «Die Konsequenz als Rechtsprinzip, aequitas und bona fides» — wie überhaupt die dem Rechtshistorikertag 1947 als bedeutsamer Aufruf zu neuer Friedensarbeit gewidmete Gelegenheitsschrift sich wohl bewußt teilweise im Skizzenhaften hält.

### III.

Die Schrift von Thieme gibt einen Überblick über die Entwicklung und Wirkungen des Naturrechts des 17. und 18. Jahrhunderts als historischer, universaler Erscheinung. Mit ihren sorgfältigen, reichen Literaturangaben und klaren Zusammenfassungen (u. a. auch einer kartographischen Darstellung der Naturrechtszentren und ihrer Beziehungen) füllt sie eine bisher fühlbare Lücke aus und bildet ein wertvolles Hilfsmittel der Forschung und Orientierung selbst für den Fernerstehenden. Sie gibt in ihrer knappen, klaren Eindrücklichkeit, in ihrer weitausholenden Erfassung der geschichtlichen Umstände ein anschauliches Bild dieser letzten gemeinsamen, bis heute noch fortwirkenden Grundlage der europäischen Privatrechte. Der Verfasser, der sich in Arbeiten um das Allgem. Preuß. Landrecht, jene interessanteste Kodifikation der Naturrechtszeit, schon früher diesem Gebiet der Forschung verdienstlich zuwandte, will hier im wesentlichen einen allgemeinen Überblick geben, die großen Entwicklungslinien und Daten zusammenfassen, ohne (mit Ausnahme von S. 38—42) auf Einzelheiten der Bildung privatrechtlicher Institute und Dogmen unter naturrechtlichem Einfluß ausführlich einzugehen. Diese letztere, vielverschlüngene Aufgabe würde ein schärferes Bild der ge-

meinrechtlichen Entwicklung, vor allem der Leistung der Kommentatorenzeit, voraussetzen als wir es heute besitzen. Eher mag es befremden, daß der Verfasser selten und kaum je aus einer zentralen Fragestellung heraus auf den eigentlichen Kern des Naturrechts zu sprechen kommt, nämlich auf die ihm zugrunde liegenden rechtsphilosophischen Anschauungen. Sie müßten, streng genommen, auch das erste Kriterium für die Bildung von Epochen des Naturrechts als historischer Erscheinung abgeben; so empfindet man (S. 23 ff.) beim Verfasser etwa die Entwicklung von Pufendorf zu Wolff und Thomasius allzu summarisch gekennzeichnet und vermißt, im besonderen bei Wolff, die Erwähnung von Leibniz. Aber die Art der Darstellung des Verfassers läßt sich durchaus rechtfertigen. Es war allerdings, um an Formulierungen H. Lauterpachts anzuknüpfen<sup>6</sup>, seit der Antike Aufgabe des Naturrechts, die positive Rechtsordnung mit der Ethik zu verbinden und der Willkür der Gesetzesanwendung dadurch zugleich Grenzen zu ziehen. Dies geschah niemals im Wege bloßer Spekulation, sondern auf Grund von Erfahrungen der praktischen Sozialethik. Von einem ähnlichen Blickpunkt der Einwirkung auf das überlieferte Recht kommt Th. zu einer Periodisierung des für ihn mit Grotius beginnenden Naturrechts in eine Zeit der Systematiker, Analytiker und «Synthetiker»<sup>7</sup>. Besonders verdienstlich ist der vom Verfasser gegebene Überblick über naturrechtliche Strömungen in Frankreich. S. 25 ff. wird freilich mit allzu naturrechtlicher Perspektive von «Rechtswirrwarr und Zersplitterung» des überlieferten, juristisch hochkultivierten Rechtes gesprochen; vgl. zu Domats Grundtendenz, das römische Recht als geschriebene Vernunft von allem Überflüssigen zu befreien und zu popularisieren, etwa Koschaker S. 253. Für die Schweiz wird auf die großen internationalen Gestalten von Barbeyrac, Bourlamaqui und Vattel hingewiesen (über weitere Naturrechtler in der Schweiz Ed. His, Schweizer Juristen S. 34 fr., 45 ff.). Im englischen Rechtskreis fällt richtig der Hauptakzent auf Blackstone, dessen Darstellungsmethode, Systematik, Rechtstheorie und allgemeine Lehren deutlich den naturrechtlichen Geist seiner Zeit widerspiegeln. Aber gerade hier wäre es unbillig — Verfasser verfällt wohl leise in eine solche Überbewertung der Methode —, die andere hohe Qualität Blackstones, nämlich seine getreue, mei-

<sup>6</sup> An International Bill of the Right of Man, New York, 1945 — meines Erachtens das bedeutendste Werk, das sich im anglo-amerikanischen Rechtskreis, im Zusammenhang mit den Vorarbeiten zur Charta der Vereinigten Nationen, mit eindringender juristischer Analyse für eine Verwirklichung der Naturrechtsidee einsetzt.

<sup>7</sup> Eine vielleicht doch nicht ganz befriedigende Terminologie — ob etwa «Gesetzgeber» besser wäre, ist freilich zweifelhaft.

sterhafte Wiedergabe des überkommenen Rechtsstoffes, seine grundlegende «satisfaction with things established», weniger zu betonen. Bentham und die Verwirklicher seiner Postulate im 19. Jahrhundert sind dann Nachzügler und gehören in die dritte, schon mit dem Liberalismus verbundene Periode des Naturrechts auf englischem Boden. Überall erfreut der Verfasser durch eine Fülle sachkundiger Bemerkungen und Hinweise. Die Schlußkapitel über den Verfall der alten Naturrechtsschule, das Wiederaufleben des «Naturrechts» in der neueren Rechtsliteratur führen auch bei Th. notwendig zu den aktuellen Fragestellungen der Rechtstheorie, zum Wiederaufleben des Naturrechtsgedankens in der modernen Welt. So bilden die drei Schriften zusammen eine höchst eindrückliche Manifestation einer von innen her, aus gemeinsamer Not und einem gemeinsamen Ethos, starken Einheit der historischen Rechtswissenschaft in ihren Hauptrichtungen. Alexander Beck.

**Koschaker, Paul:** *Europa und das Römische Recht*. Biederstein-Verlag, München/Berlin, XII und 380 S. Gr.-Oktav, Preis: RM. 12.50.

Das wirklich aktuelle Werk wendet sich nicht bloß an Fachgenossen, sondern an jeden nachdenklichen Juristen (Seite IX). Es stellt keine jener modernen romanistischen Monographien vor, die nach des Verfassers Befürchtung (S. 308) fast ein jeder schon bei der ersten interpolierten lateinischen Quellenstelle kopfschüttelnd beiseite legt, da er in ein Gewirr von philologischen und historischen Erwägungen verstrickt, und mit dem Griechisch der Papyri nicht vertraut, zum richtigen Verständnis womöglich noch gar ein halbes Dutzend altorientalischer Sprachen hätte lernen sollen. Hier handelt es sich vielmehr um etwas, das alle interessiert: Eine Besinnung auf das, «was das Römische Recht in den letzten 850 Jahren für das Recht in Europa geleistet hat und was mit ihm den Juristen aller Kulturvölker auch heute noch verlorengeht, wenn sein Studium — das droht in Deutschland nach kaum 30 Jahren bereits zum zweitenmal — zugrunde gehen oder, was demgleichen steht, für die Masse der Juristen bedeutungslos werden sollte» (353). Die Lektüre ist angenehm und nicht schwierig, zufolge der Maxime, beim Leser rechtshistorischer Abhandlungen möglichst wenig vorauszusetzen (346), das Beweismaterial in dem umfangreichen Apparat von Fußnoten, Textexkursen in Petitsatz sowie — eine Folge heutiger Drucknöte — in Nachträgen (354—368) untergebracht, und ein sorgfältiges Sachregister beschließt den Band. Jenes «andere Deutschland» mit seinem Glauben an Recht, Freiheit, Humanität und Völkerversöhnung lebt in dem Buch, das außerdem an Wirkung gewinnt durch die künstlerische Stoffan-

ordnung; nicht zufällig verfügt der angesehene siebzigjährige Verfasser (379)<sup>8</sup> auch über sehr viel praktisches Musikverständnis. Das Ganze bildet nämlich einen in spiegelbildlicher Symmetrie durchkomponierten siebengliedrigen Textorganismus: Am Anfang (Nr. 1) und am Ende (Nr. 7) steht, als Prolog (Kapitel 1—6) und Epilog (Kap. 17 und 18), das historisch-politische Thema Europa (S. 1—54, 311—353); im Inneren (Nr. 2 und 6, Kap. 7—10 und 14—16) die Geschichte der europäischen Privatrechtswissenschaft (S. 55—141, 245—311); das Herz des Werkes (Nr. IV, Kap. 12) ist eine «Soziologie des Juristenrechts» (S. 164—212), umrahmt (Nr. 3 und 5, Kap. 11 und 13) von Studien zur Rezeption des Römischen Rechts in der europäischen Staatenwelt (S. 141—164 und 212—245).

Die Abfassung des Werkes geschah unter dem Eindruck der seit 1933 gegen das Studium des Römischen Rechts ergriffenen Maßnahmen, die es in Deutschland, wo seine Beurteilung immer schon zwischen Vergötzung und Verdammung hin und her pendelte, wenn nicht ruiniert, so doch schwer geschädigt haben (311, 335). Verfasser, der 1938 in der Schrift «Die Krise des RR u. die romanist. Wissenschaft» wie auch schon vorher und seitdem öfter mutig zur Rechtfertigung und Verteidigung aufgetreten war, bietet, besonders in dem erwähnten allgemeinen Geschichtsrahmen, einen beachtlichen Beitrag zur Erforschung des Faschismus und Nationalsozialismus. Mit Recht ist er der Ansicht, daß es notwendig sei, die auch dem Gegner schuldige Objektivität zu wahren, um so mehr als ihm «gegenwärtig die strengsten Kritiker aus den Reihen seiner früheren, mehr oder weniger formellen Anhänger erstehten». Bloßes Totschweigen hat sich auf die Länge jedenfalls nirgends bewährt; ebensowenig würde die Bescheidung mit, gelinde gesagt, allzu sehr vereinfachenden und verharmlosenden Disqualifikationen des «Nazismus», wie zum Beispiel, was man oft hört, als «Perversion der Romantik», genügen. Verfasser dagegen geht auf die Parteidogmen, welche im Erfolgsfall Aussicht gehabt hätten, jene gewaltsame «Neuordnung Europas und der Welt», wie ein Hitler sie verstand, ideologisch zu beherrschen, der Reihe nach ein — «romfreies Kaiserium», «arisches Führerprinzip», «germanische Kontinuierung» — lauter mit geheimnisvollem Dunkel umgebene zweckbestimmte politische Konstruktionen, ohne Stütze in den historischen Tatsachen, die «das 3. Reich» als den rechten Alleinerben des Hl. Römischen Reiches deutscher Nation legitimieren sollten. «Da ich leider kein nordisches Blut in meinen Adern habe»,

---

<sup>8</sup> Zur Ergänzung: K. las nur vertretungsweise im Sommersemester 1947 in München und steht jetzt im Begriff, einer Berufung an die Universität Ankara zu folgen.

bemerkt Koschaker, der von Geburt Alpenländer aus Klagenfurt in Kärnten ist, voller Ironie, «und somit der Gefahr von Fehldeutungen besonders ausgesetzt bin, kommen die wichtigsten Vertreter dieser neuen Lehren selbst zum Worte, zumal sie vielfach ein eigenwilliges Deutsch schreiben, das man am besten unmittelbar auf sich wirken läßt» (316) . . . Die durchweg reichhaltigen Literaturnachweise in unserem Buch sind so sehr häufig auch politisch instruktiv und lassen uns bezüglich der Frage, ob es überhaupt autonome «Geisteswissenschaften» gibt, bisweilen skeptisch werden (199). In Tat und Wahrheit war jedoch Hitlers «Großdeutschland» nur der unmittelbare Nachfolger eines «Großpreußen», dessen «Dynamik» stets zu sehr östlich ausgerichtet war und das 1866—1871 dem alten deutschen Reichsgedanken endgültig den Garaus gemacht hatte; so allein findet auch die beiden Staaten gemeinsame indifferente bis animose herrschende Einstellung zum Römischen Rechtsstudium ihre überzeugende Erklärung (327, 332).

Demgegenüber wird unter Hinweis auf die Verdienste von Keller, Bluntschli, Heusler und das Bundesgericht die maßvolle, undoktrinäre Haltung der Schweiz hervorgehoben: Man übernahm vom Pandektismus die überlegene Dogmatik und Technik, ließ das heimische Recht aber in seinem Wesen unangetastet; heute noch sei das Römische Recht ein allgemeines Bildungsferment der Schweizer Juristen (148, 264, 280). Wir scheiden im folgenden alle mehr nur der Augenblickssituation geltende Polemik von der Besprechung aus (davon Referent in SJZ 44 [1948] 78 f. und NZZ vom 14. 2. 1948) und konzentrieren uns auf das, was unseren Schweizer Standpunkt bestätigen kann oder die Juristen als solche angeht, das heißt also auf den eingangs mit den eigenen Worten des Verfassers vermerkten Hauptgegenstand seiner Untersuchung: Die Geschichte des Privatrechtsstudiums vom Mittelalter bis auf die Gegenwart verständlich zu machen, und zwar entsprechend der europäischen Stellung des Römischen Rechts nach den jeweils leitenden Ideen sowie für die großen europäischen Länder und deren auswärtige Einflußgebiete (55—311). Nebenbei bemerkt: Daß ein international anerkannter Virtuose der Rechtsvergleichung seine Methode der bis anhin mehr nur biographisch und patriotisch gehaltenen Gebrauchsliteratur zur Geschichte der modernen Privatrechte zugute kommen läßt, macht allein schon Epoche, ganz abgesehen von den übrigen Verdiensten und Qualitäten seines Werkes.

Könnte man das Studium des Römischen Rechts mit einer weit verbreiteten Meinung nicht anders als durch die Rezeption rechtfertigen, so müßte man es allerdings sofort preisgeben (125). Aber Römisches Recht wird gelehrt selbst in Ländern, die, wie vor

allen die Schweiz (264), England und die Angloamerikaner, niemals eine Rezeption erfahren haben. Anderseits steht in den Rezeptionsgebieten einer seit rund 150 Jahren fortlaufenden Liquidierung seiner praktischen Geltung, die für so gut wie abgeschlossen gelten kann, bis gegen 1933 gar eine besondere Blüte der romanistischen Rechtswissenschaft und Intensivierung des akademischen Unterrichts im Römischen Recht gegenüber. Das Argument der Rezeption ist also unzulänglich. Und zwar nicht weniger in der literarisch gleichfalls stark nachwirkenden, auf Savigny (System 1, 104) zurückführenden Formulierung, zum Beispiel noch bei Girard (*Manuel élém. de droit rom.*,<sup>7</sup> 1924, Chapitre préliminaire), daß die modernen Gesetze materiell viel Römisches Recht enthalten und «les études de droit romain sont avant tout un incomparable instrument d'éducation historique» zur Erforschung des geltenden Rechts — man denke: für praktische (!) Rechtsstudenten.

Savignys dogmatische Anhänger, die Pandektisten von Puchta und Keller bis Brinz, Regelsberger und Windscheid, die der Historischen Schule überall in der Welt ihr Ansehen von fast naturrechtlichem Charakter verliehen haben, bekunden durch ihre Leistung, daß nach ihrer Überzeugung innere Vorzüge gegenüber den nationalen Rechten, zumindest seine überlegene Begrifflichkeit, der wahre Geltungsgrund des Römischen Rechtes seien. (Vielleicht über das Naturrecht, die Humanisten und älteren französischen Legisten, die sich s. Z. dadurch gewisser Ansinnen von Seiten einer politischen Reichspublizistik ihrer Zeit zu erwehren verstanden, in Nachwirkung antiker und altkirchlicher Lehren von der *Naturalis ratio*.) Es liegt K. fern, die hohen Qualitäten des Römischen Rechts, des klassischen wie auch des vor- und des nachklassischen, jeweils in ihrer besonderen Art, gering zu achten. Aber schon der geniale junge Mommsen hatte davor gewarnt, «den übrigen Völkern und Zeiten und der Weltgeschichte selbst eine so starke Impertinenz zu sagen» (Jur. Schr. 3, 595). Diese Zürcher Rede vom 8. Mai 1852 fand unglücklicherweise keine Beachtung. Das sollte sich im juristischen Forschungs- und Lehrbetrieb rächen: eine «leidige und lächerliche» hundertjährige Batrachomyomachie einiger reichsdeutscher Germanisten gegen die Romanistik (149, 252, 261, 359) ist jedenfalls «bedauerlich und auch der Sache schädlich» (274, 345) gewesen.

Die rein rechtshistorisch-kritische Richtung sodann, der um die Jahrhundertwende die Ersatzerbschaft des Pandektismus in Deutschland und Italien zufiel, geht vollends so weit, unseren Studierenden das Römische Recht aus der einmaligen beispielhaften geschichtlichen Erfahrung der unvergleichlichen Rechtskunst der

seit Hugo sogenannten «klassischen» Juristen besonders der Jahre von ca. 130 bis 230 n. Chr. Geb. rechtfertigen zu wollen. Man lese nur etwa, was sogar ein Lenel (gest. 1935, in Holtzendorff-Kohlers Rechtsenzyklopädie 1<sup>7</sup> [1915] 358/9) von der einzigen und unerreichten dastehenden schöpferischen Rechtskunst der römischen Klassiker und dem konsequenten System in ihrer Kasuistik Wundersames zu rühmen weiß. Koschaker trifft den Nagel auf den Kopf mit dem nüchternen Einwand, wir Heutigen seien «nicht in der Lage, die Bedingungen herzustellen, unter denen die römischen Juristen arbeiteten» (310), und fügt hinzu, daß uns die Methoden und Ergebnisse der nach klassischen Bemühungen um die klassische Rechtsliteratur in den Rechtsschulen und für den Unterricht Ost-Roms in den Justinianischen Rechtsbüchern weit näher sind (355). Referent gelangt in einer Abhandlung aus dem Winter 1945/46 (Schweiz. Beitr. z. Allg. Gesch. 5, 1947/48, 28 ff., 47, 71 ff. — unabhängig auch von Andeutungen bei Wieacker in Z. f. d. ges. Staatswissenschaft 102, Tübingen 1942, 471 —) zum selben Ergebnis, und desgleichen für das folgende oben S. 95 ff., 127 ff. in diesem Zeitschriftband:

Warum können wir Heutigen jene frühbyzantinischen *Corpus iuris*-Kollegen besser verstehen als die nationalrömische Rechtspraxis im Reich 100 und mehr Jahre vor Constantin dem Großen (welch letztere, wenn auch wesentlich noch auf «stammesstaatlicher Entwicklungsstufe» [W. Wundt] verharrend, in ihrer Weise Bedeutendes geleistet hatte, vgl. 166)? Weil seit Constantin die Römische Jurisprudenz schon etwas wie Scholastik im Sinne des Hochmittelalters war und die systematische Rechtsdogmatik seit ihrer Entstehung zu Bologna im 12. Jahrhundert bis auf den heutigen Tag Scholastik geblieben ist (63, 90, 337). Mehr als «Konvergenz» in der Technik der Rechtslehre von «Beryt und Bologna» (Pringsheim 1921) ist für das Privatrechtsgebiet übrigens nicht nachgewiesen. Immerhin sind es Methoden des hellenistischen Wissenschaftsbetriebs, die mit der rhetorischen Bildung ins Abendland und unter dem Einfluß der systematischen und dogmatischen Theologie sowie (trotz Riccobono) von deren nichtkirchlichen Gegnern im 4. Jahrhundert in die Rechtslehre gelangt waren (199, 255). Wer mit der Bibel, dem *Corpus iuris* oder modernen Gesetzeswerken, wofern diese letzteren ein Menschenalter oder länger in Kraft stehen und je länger durch desto mehr Novellen verändert sind, arbeiten muß, ist nach wie vor zu scholastischem, das heißt autoritätsgebundenem Denken gezwungen. Gesetzesartikel ändern im Wandel der Verhältnisse in der praktischen Anwendung ihren Sinn und können schließlich etwas ganz anderes bedeuten. Gestattet der historische Sinn der Normen unmittelbare Geltung,

wie sie das Gesetz beansprucht, nicht mehr, so werden im Wege der Auslegung so viele Vorstellungen und Begriffe der Gegenwart in den Wortlaut hineingepreßt, bis die praktische Geltung, wenn auch wahrscheinlich auf Kosten des historischen Sinnes, wiederhergestellt ist; was hat nicht das deutsche Reichsgericht aus § 242 BGB «Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern» bis zur Entwicklung einer Aufwertung durch die Inflation der ersten Nachkriegszeit entwerteter Forderungen und Hypotheken gemacht! Was man bei und seit Savigny (254, 265) mit einem weder in England noch in Frankreich noch in Italien und der Neuen Welt bodenständigen Terminus «Rechtswissenschaft» nennt, ist mithin genau so wie die Theologie mit einer Duplizität des Wissenschaftsbegriffs belastet. Der Kern, die Dogmatik, ist scholastisch. Die rein historisch-kritische Romanistik jedoch, die nach zweckfreier Wahrheitserkenntnis strebt und in der rechtsgeschichtlichen Forschung gewaltige Fortschritte erzielt hat, auf die niemand verzichten will, droht, das Römische Recht vollends zu einem Teil der Geschichtswissenschaft zu machen und so aus der Jurisprudenz auszuscheiden, in der es rapid an Resonanz verliert. Darin liegt das Wesen einer Krise des Römischen Rechts, die wir heute überall erleben, daß seit 800 Jahren zum erstenmal das Römische Recht von der Rechtslehre ausschließlich als historisches Phänomen behandelt wird.

Zu den reizvollsten Partien des Buches gehören die dem sorgfältig und umsichtig geführten Nachweis der Tatsache geltenden, daß im kirchlich-universalen autoritär gebundenen Denken des Hochmittelalters das politische und kulturelle Dogma der sogenannten Romidee die im Bereich Gregors VII. und der Markgräfin Mathilde von den Glossatoren begründete Wissenschaft des Römischen Rechts alsbald europäischen Charakter gewinnen ließ, eine Eigenschaft, die sie weiterhin behalten hat. «Wäre auch das Römische Recht hundertmal vollkommener gewesen, als man ihm nachrühmt, so wäre doch kein einziger Student zu den Glossatoren nach Bologna gezogen, wäre es nicht das Recht des Imperium Romanum ihrer Zeit gewesen. Was die mittelalterlichen Schriftsteller vor sich sahen, war ein Kaiser, der sich selbst «imperator Romanorum» nannte, in Rom vom Papst die Kaiserkrone erhielt als Schützer der universellen Kirche und so, in hierarchischer Überordnung über die anderen Fürsten Europas gestellt, die Spitze der abendländischen Christenheit war, welch letztere er gegen die Heiden zu verteidigen hatte und in der er das Prinzip der Ordnung und des Friedens vertrat. Das genügte dem Mittelalter, im Durchdenken der autoritären Romidee das antike und mittelalterliche

Imperium zu identifizieren und den deutschen Kaisern ein Weltimperium zuzuschreiben. Nach dem geschichtlichen Charakter des römischen Imperiums hat man nicht gefragt, sondern völlig ungeschichtlich denkend die antiken Begriffe mit Gegenwartsinhalt aufgefüllt. Den umgekehrten Weg geht die historisch-kritisch denkende moderne Forschung. Aber wenn sie vom geschichtlichen römischen Mittelmeerimperium ausgehend nach den Weltherrschaftsgedanken oder gar nach Weltimperialismus im alten deutschen Kaisertum fragt und ihn verneint, so stellt und beantwortet sie ein Problem, das im Grunde nicht existiert. Politisch war die Romidee eine Ideologie. Wir sind aber nicht berechtigt, zu bezweifeln, daß so gewaltige Herrscherpersönlichkeiten, wie sie uns von den sächsischen bis zu den staufischen Kaisern fast in ununterbrochener Folge begegnen, von ihr innerlich ergriffen waren und in gewissem Grad an sie glaubten, zumal sie einer realen Grundlage nicht entbehrte. Diese lag aber nicht in den tatsächlichen Machtverhältnissen, sondern in dem mittelalterlichen Bildungsideal.» Dieses auf Rom ausgerichtete Bildungsideal hat, seitdem Karl der Große die politische Verbindung mit Rom hergestellt hatte, allmählich die Oberschichten in ganz Europa wie durch die Kirche auch die Massen ergriffen und zu einer Einheit in kultureller Hinsicht zusammengeschlossen, in die auch das Römische Recht gehört (38, 54, 80).

Die Lehren von der sogenannten «theoretischen» und «praktischen» Rezeption im 14.—16. Jahrhundert in Deutschland fallen einem da vielleicht ein. Seit erstmals Mommsens weniger bedeuternder Landsmann Georg Beseler 1835 von Basel aus die deutsche Rezeption als eine den Deutschen aufgezwungene Verirrung und Überfremdung anprangerte, glorifiziert oder verdammt man im heutigen Deutschland die damaligen Vorgänge, und Verfasser hält somit eine neuerliche direkte Erörterung der Probleme für unersprießlich.«Was wir brauchen, sind Untersuchungen über den Hergang der Rezeption in kleinen und kleinsten Gebieten. Erst durch Zusammenstellung dieser vielen Mosaiksteine könnte ein zuverlässiges Bild der Rezeption im ganzen gewonnen werden. Die Herbeischaffung dieser Steine würde aber naturgemäß die Kräfte des einzelnen übersteigen und könnte nur durch organisierte wissenschaftliche Zusammenarbeit vieler geschehen, heute in Deutschland ein aussichtsloses Unternehmen» (142). Koschaker fragt nicht, was die Rezeption war, wie und warum sie zustande kam, sondern: War die Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland überhaupt zu verhindern? So mit Hilfe eines gleichzeitig auch von Meinecke (Die deutsche Katastrophe, Zürich-Wiesbaden 1946, 87. 95) und schon von Stintzing (Gesch. d.

Deutschen Rechtswissenschaft 1, 113) u. a. erfolgreich verwendeten heuristischen Prinzips begreift Verfasser (161, 212, 240) jene Rezeption als eine Notwendigkeit, notwendig deshalb, weil wegen der Unzulänglichkeit der Organisation des Reichs ein Reichsjuristenstand fehlte, der allein imstande gewesen wäre, einerseits ein gemeinsches Deutsches Privatrecht zu entwickeln, anderseits den Angriff des Römischen Rechts (wie in England wiederholt) zurückzuschlagen oder (wie in Frankreich) wenigstens abzuschwächen. Die Rechtseinheit verdanken die Deutschen der Rezeption zwar nicht; denn diese war mit einem subsidiären Reichsrecht nicht zu erzielen und konnte auch wegen des in einzelnen Gebieten verschiedenen starken Widerstands des heimischen Rechts nicht erreicht werden. Wohl aber eine Jurisprudenz, die, weil durch das Römische Recht bestimmt, einheitlichen Charakter hatte. «Wenn man die Rezeption aber trotzdem verurteilt, so möge man auch zugeben, daß die Deutschen selbst die Verantwortung vor der Geschichte dafür tragen, sie stärker erfahren zu haben als andere Völker (245), zumal da Deutschland, als letztes unter den großen europäischen Ländern und rund 200 Jahre später als Westeuropa von der Rezeption ergriffen, weit mehr Zeit gehabt hätte, sich auf den Angriff des Römischen Rechts zu rüsten» (236).

Wenn sonach die Grundlagen des heutigen romanistischen Studiums in der 850jährigen europäischen Privatrechtsdoktrin liegen, so bedeutet die Antithese von «Juristenrecht» und «Professorenrecht» die Krönung der Beweisführung. Die rezeptiv und zunehmend rechtsschöpferisch tätigen Schüler und Nachfolger der Bologneser Doktoren waren es, die in den Denkformen der Scholastik, wie das Englische Common law (100, 170, 213) und das Französische Ancien droit (167, 177, 221), so ebenfalls an den Universitäten Padua, Pavia, Pisa, Perugia usw. aus der Synthese der Statutarrechte, des langobardischen und kanonischen mit dem ihnen von der Glosse unübertroffenen vermittelten Justinianischen Recht ein für ihre Gegenwart allgemein anwendbares «ius commune» hervorgebracht und das Römische Recht zum Substrat einer Jurisprudenz gemacht haben, die weiterhin und endlich «nach dem Westfälischen Frieden (1648)» (248) im Gefolge der Naturrechtslehre und der Pandektenlehre zur europäischen Privatrechtswissenschaft wurde — eine juristische Leistung, die man *a priori* noch höher als die Wirksamkeit der Humanisten bewerten möchte, wenn auch «das Studium der gewaltigen Literatur der Kommentatoren mit ihrer weitschweifigen Kasuistik und ihren ungezählten Kontroversen kein Vergnügen ist und ein großes Maß von Geduld und Entzagung voraussetzt, infolgedessen die Dog-

mengeschichte bezüglich einzelner Institute des Privatrechts, die doch sehr notwendig gewesen wäre», wegen der Abneigung Savignys und seiner Anhänger gegen alle Konsiliarpraxis und der fast ausschließlich literaturgeschichtlichen Interessen seiner Mediävistenschule so gut wie ganz fehlt (273).

In Deutschland spielte Juristenrecht immer eine verhältnismäßig geringe Rolle, Vorurteile, Mißverständnisse oder Illusionen wie die «sentimentalen» Lehren vom Volksgeist und von der gebotenen Volkstümlichkeit oder Gemeinverständlichkeit der Gesetze und Kodifikationen standen seiner objektiven Beurteilung im Wege (196, 207, 245, 260). Was nach Koschakers eindrucksvollen sozialgeschichtlichen Untersuchungen Juristenrecht ist, wer seine Träger sind und wie diese arbeiten, kann auf beschränktem Raum nicht wiedergegeben werden; Andeutungen müssen genügen. Art. 1 ZGB «meint sachlich schöpferisches Juristenrecht in möglichster Anknüpfung an das bestehende, im Grunde also nichts Verschiedenes von dem, was auch anderswo geübt wird. Der Gedanke an ein Richterkönigtum liegt ihm ferne» (195). Und folgende Rechte von geschichtlicher Bedeutung haben den Charakter des Juristenrechts (abgesehen vom außereuropäischen Bereich etwa des Islamischen oder des Talmudischen Rechts): das Römische, das auf ihm von den Glossatoren und Kommentatoren sowie allen späteren Anhängern des Mos Italicus in der Praxis errichtete gemeine Recht, ebenso das Englische, das Niederländische und das Französische Recht, beide letzteren zumindest im Ancien régime.

Demgegenüber nennt Verfasser jegliches von den Juristen nicht in ihrer Praxis geschaffene Recht (mangels eines geeigneteren Ausdrucks) «Professorenrecht» (208, 248). Das bedeutet, daß in der Wertung gewisser Zeiten die Praxis hinter einer schulmäßig betriebenen Rechtslehre zurücktritt, also die Trennung der Theorie von der Praxis bis zur Ausartung der Theorie zum leeren Spiel, der Praxis zum bloßen Handwerk (Savigny, Syst. 1, XX. XXV, 11 und Gesch. d. Röm. R. i. MA.<sup>2</sup> 5, 224 f.). Die spätromische Schuldoktrin, sodann die Humanisten und viele elegante Juristen, das Naturrecht, die Historische Rechtsschule mit ihrem Pandektenrecht, ihrem Deutschen Privatrecht und dem BGB produzierten Professorenrecht. In Wirklichkeit vermag jedoch kein Rechtstheoretiker mehr als bestenfalls Anregungen für die Praktiker zu liefern, die erst Recht werden, wenn diese sie übernehmen. Die bedeutsamste Verbindung mit der Praxis wird (von Glosse und Spruchfakultäten abgesehen) dadurch hergestellt, daß Professorenrecht in die Gesetzgebung übergeht, indem es diese weitgehend fördert, ja oft überhaupt erst ermöglicht; man denke nur an die historischen großen Kodifikationen, auch manche Gesetze in klei-

nen Staatswesen, und die Namen ihrer Urheber, etwa von der CCC über die cinq codes bis auf die Gegenwart. —

Koschaker wie schon am Ende des 18. Jahrhunderts Gustav Hugo in Göttingen, ferner Ihering, Mommsen (Jur. Schr. 3, 598), Ludwig Mitteis (301, 344, gest. 1921), und heutzutage auch Rabel, Partsch (gest. 1925), Eger, Lewald, Schwarz (um nur Romanisten zu erwähnen, die vorübergehend in der Schweiz tätig waren oder es noch sind), schwebt für die nächste Zukunft ein europäisches Naturrecht vor, ein Naturrecht, das nicht spekulativ aus der Vernunft, nach Art der vergleichenden Rechtsgeschichte eines Montesquieu, sondern «streng historisch aus der Vergleichung derjenigen Privatrechtssysteme gewonnen wird, die zum rechtlichen Aufbau Europas und darüber hinaus der ganzen Kulturwelt beigetragen haben, an der Spitze das Römische Recht, das die Verbindung zwischen diesen Rechtssystemen herstellt; ein Römisches Recht, das die vernünftigen Rechtserfahrungen aller Kulturvölker sammelt, die Europa aufbauen geholfen haben» (346) . . .

Alle Wissenschaft sei Luxus (Mommsen a. a. O.), wird immer von neuem behauptet — aber im Zeitalter der besonderen und sehr einträglichen «Luxussteuern» gesteht man vielleicht zu, doch in der Tat ein Instrument mehr, um möglicherweise unsere Welt aus der gegenwärtigen Misere herauszuführen. «Die Rechtsgeschichte ist ein Stück Kultur- das heißt Geistesgeschichte, die ihren Wert in sich trägt. Wie wir die Idee des Schönen nur in den Werken erfassen, welche die Kunst geschaffen hat, und jedes neue Werk eine Bereicherung unseres Geistes ist, so werden wir auch der Idee des Guten und Gerechten nur inne in den Werken, in denen sie Gestalt gewonnen hat. Jede neue Gestalt ist eine Bereicherung unseres Geistes, auch wenn sie gegenwärtig nicht nachgeahmt werden kann. Die Geschichte hat Sinn, auch wenn sie nichts nützt<sup>9</sup>.»

F. Ebrard.

**Bündner Urkundenbuch**, herausgegeben durch die Historisch-antiquarische Gesellschaft von Graubünden, bearbeitet von Elisabeth Meyer-Marthalier und Franz Perret. Druck und Verlag Bischofberger & Co., Chur. I. Band, 1. Lieferung 1947.

Die Herausgabe eines allen heutigen wissenschaftlichen Anforderungen entsprechenden Urkundenbuches ist eine große, verant-

---

<sup>9</sup> Walther Burckhardt, Methode und System des Rechts, Zürich 1936, Seite 22 f.

wortungsvolle und auch mit großen finanziellen Aufwendungen verbundene Aufgabe. Die wissenschaftliche Bedeutung eines solchen Werkes reicht weit über die literarische Produktion einer Generation von Geschichtsforschern hinaus. Mit umfassenden Quellenwerken wird auf viele Jahrzehnte oder gar auf Jahrhunderte die notwendige sichere Grundlage der historischen Forschung im allgemeinen und aller ihrer weitverzweigten Spezialgebiete geschaffen. In Graubünden konnte man an dieses Unternehmen herantreten, weil da die Anteilnahme an der Erforschung der eigenen Geschichte in breiteren Kreisen des Volkes als anderswo lebendig ist und namentlich auch zur selbstverständlichen Tradition der kantonalen Behörden gehört. Diese ermöglichen das Unternehmen durch großzügige Unterstützung mit Beiträgen aus den Erträginnen der Landeslotterie. Möchten diese Einnahmen der Kantone doch allgemein für derartige Werke von dauernder kultureller und vaterländischer Bedeutung eingesetzt werden!

Die Dezentralisation des Archivwesens im Kanton Graubünden bereitet der vollständigen Sammlung des Quellenmaterials besondere Schwierigkeiten. Aber die Bereitwilligkeit, ihre Urkunden für die Herausgabe zur Verfügung zu stellen, ist bei allen Stellen vorhanden, vor allem auch beim Bischoflichen Archiv in Chur, dessen Gunst und aktive Mitwirkung für das Zustandekommen des Urkundenbuches notwendige Voraussetzung ist. In Graubünden muß indessen heute auch nicht erstmals an die Edition der Urkunden herangetreten werden. Schon in den Jahren 1848 bis 1863 ist der Codex diplomaticus ad historiam Raeticam in 4 Bänden erschienen. Die Herausgeber waren Theodor von Mohr und sein Sohn Conradin von Moor. Mit bewunderungswürdiger Hingabe und unter großen finanziellen Opfern haben sie sich der bündnerischen Geschichtsforschung und namentlich der Sammlung und Herausgabe von Quellen gewidmet. Ihr Codex diplomaticus ist aber längst vergriffen und könnte den heutigen wissenschaftlichen Ansprüchen selbstverständlich auch nicht mehr genügen. Die seither geleistete wissenschaftliche Arbeit läßt manches Quellenstück in einem anderen Lichte erscheinen; die Methode und die Aufgaben der Quellenedition haben sich gewandelt; recht erheblich ist auch die Zahl der Dokumente, welche inzwischen neu aufgefunden oder der Forschung wieder erschlossen worden sind. So mußte ein neues Werk in Angriff genommen werden. Es ist in langen Jahren unter der Leitung des hochverdienten Ehrenpräsidenten der Historisch-antiquarischen Gesellschaft, Prof. Dr. F. Pieth, vorbereitet worden. Für die Bearbeitung konnten bestgeschulte und bewährte Kräfte gewonnen werden: Frau Elisabeth Meyer-Marthaler, Dr. phil., Frauenfeld, die sich durch ver-

schiedene ausgezeichnete Beiträge zur rätischen Rechts- und Verfassungsgeschichte bekannt gemacht hat, und Franz Perret, lic. iur., der Herausgeber und Bearbeiter der *Fontes ad historiam regionis in Planis*, Zürich 1936 ff. Der vorliegende erste Faszikel läßt bereits erkennen, daß das Bündner Urkundenbuch den besten großen modernen Urkundenpublikationen an die Seite zu stellen ist und für jede wissenschaftliche Beschäftigung mit der älteren rätischen Geschichte, auch neben Mohrs *Codex diplomaticus*, schlechthin unentbehrlich sein wird.

Das Quellengebiet des Urkundenbuches beschränkt sich nicht auf den heutigen Kanton Graubünden, sondern umfaßt auch die ehemals rätischen Nachbargebiete, insbesondere diejenigen des heutigen Kantons St. Gallen mit dem wichtigen Kloster Pfäfers. Die diesem Gebiet zuzurechnenden Urkunden sind in ihrem vollen Text gedruckt. Die Wiedergabe von scheinbar weniger wichtigen Urkunden in der Form von Regesten hätte die volle Brauchbarkeit des Werkes für die so mannigfachen Zwecke der weitverzweigten Geschichtswissenschaft nicht zu gewährleisten vermocht. Daß das erste Erfordernis jeder Quellenedition, die äußerste Sorgfalt in der Wiedergabe des Textes mit allen Lesarten und auch in der Ergänzung lückenhafter Texte, soweit sie zuverlässig erfolgen kann, erfüllt ist, braucht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Was aber an diesem Quellenwerk auf den ersten Blick auffällt, ist der große wissenschaftliche Apparat, mit welchem die diplomatische Würdigung jedes Stückes unterbaut ist. Verhältnismäßig viele Urkunden dieses ersten Faszikels verlangten die genaueste Untersuchung auf ihre Echtheit, auf ihre Vorlagen, auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung u. a. Merkmale. Man erhält den Eindruck, daß diese Fragen mit imponierender Literaturkenntnis, mit Umsicht, Sorgfalt und Selbständigkeit in aufschlußreicher Weise behandelt sind. Diese diplomatischen und quellenkritischen Erörterungen, aus denen sich auch wertvolle materielle Feststellungen ergeben, sind dem Urkudentext vorangestellt, durch den Druck deutlich von ihm abgehoben. In den Anmerkungen, abgetrennt von der Verzeichnung der Lesarten, werden knappe sachliche Erläuterungen und Hinweise gegeben und die in der Urkunde genannten Personen und Örtlichkeiten, soweit dies überhaupt möglich ist, identifiziert. Für deren richtige Wiedergabe und Erklärung bürgt die Mitarbeit des dafür zuständigen Spezialisten, Dr. A. Schorta. Die knappe Inhaltsangabe zu jeder Urkunde, welche wieder durch besonderen Druck hervorgehoben, an der Spitze, unmittelbar nach der Nummer, dem Ausstellungsort und dem Datum steht, zusammen mit den diplomatischen und quellenkritischen Bemerkungen und den Anmerkungen machen das

Werk für jedermann, der sich zuverlässig unterrichten will, auch wenn er nicht in der Lage ist, den lateinischen Urkundentext selber auszuwerten, brauchbar und unentbehrlich. Darauf hat die herausgebende Gesellschaft besonderes Gewicht gelegt.

Nicht leicht war es, alle genannten Bestandteile, welche das Operat einer jeden Urkunde ausmachen, so anzuordnen und zu gliedern, daß sich eine gute Übersicht ergab, ohne daß die Ruhe und Ausgeglichenheit des Druckbildes gestört wurde. Auch dies scheint mir bestens gelungen zu sein.

In der Formulierung der so wichtigen Regesten am Kopf jedes Stückes, bei der zwar mit Recht in erster Linie die inhaltliche Genauigkeit steht, wären Verbesserungen möglich. Schade ist es, daß dem ersten Faszikel nicht eine Einleitung beigegeben wurde, welche über die Editionsgrundsätze Auskunft gäbe und die verwendeten editionstechnischen Mittel erklären würde.

Schon die erste Lieferung enthält die Quellen zu Vorgängen und Rechtsverhältnissen, welche für die ganze mittelalterliche Verfassungsgeschichte des rätischen Gebietes grundlegend sind und deren Eigenart erkennen lassen. Sie beginnt mit römischen Quellenstellen, welche auf Rätien Bezug nehmen, und bringt dann die Urkunden und Inschriften des die römische Rechts- und Verwaltungstradition fortsetzenden rätischen Bischofsstaates der Viktoriden mit den Zeugnissen der militärischen Oberhoheit der Ostgoten und dann der Franken, welche die rätische Verfassung und das rätorömische Recht weiterbestehen ließ, wenn auch die fränkischen Einflüsse sich mehren. Aus dieser Zeit ist dann vor allem das berühmte Testament des Bischofs Tello vom Jahre 765 zu nennen, welches gute 10 Seiten der vorliegenden Lieferung einnimmt. Neben ihm sind die Urkunden und Fragmente aus dem Kloster Münster zu erwähnen, welche Robert Durrer unter dem Titel «Ein Fund rätischer Privaturkunden aus karolingischer Zeit» in der Festgabe Meyer von Knonau 1913 veröffentlicht hat. Auf die Urkunde Karls des Großen, welche die Verfassung des rätischen Bischofsstaates und sein hergebrachtes römisches Recht nochmals bestätigt (772—774), folgen dann die Quellen zur Divisio von Bistum und Grafschaft Chur, mit welcher der gleiche Kaiser kurze Zeit nachher die weltliche Herrschaft der Bischöfe aufhob und Rätien auch organisatorisch durch Einführung der Grafschaftsverfassung seinem Reiche eingliederte und damit die Voraussetzungen schuf für die Niederlassung von Beamten und Grundherren deutscher Herkunft und für die Durchsetzung deutschen Rechtes, das sich gerade im rätoromanischen Gebiet für alle Zeit in bemerkenswerter Reinheit behaupten sollte. Endlich finden sich im vorliegenden Faszikel auch schon die ältesten Immunitätsprivilegien

für die churische Bischofskirche und für das Kloster Pfäfers. Da streng, vielleicht allzu streng, zwischen Urkunden und den übrigen Quellengattungen, die in anderen Abteilungen des Quellenwerkes herausgegeben werden sollen, geschieden wurde, ist u. a. das älteste Urbar, welches bei Mohr als Einkünfte-Rodel des Bistums Chur aus dem 11. Jahrhundert gedruckt ist, aber seither von der Forschung als Reichsgutsurbar, vermutlich aus dem Jahre 831, erkannt worden ist, nicht aufgenommen worden. Es soll aber als Anhang dem I. Band beigegeben werden, damit man nicht genötigt sein wird, auch nach dessen Abschluß auf den alten Codex diplomaticus zurückzugreifen.

Das Bündner Urkundenbuch gehört ohne Zweifel zu den wichtigsten und wertvollsten Erscheinungen unserer Geschichtswissenschaft. Es gereicht der herausgebenden Gesellschaft, den Bearbeitern, dem Verlag und dem Kanton Graubünden zur Ehre und verdient die Unterstützung der zahlreichen Geschichtsfreunde, welche zur Subskription eingeladen sind. Jedes Jahr sollen mindestens zwei Lieferungen von 64 Seiten zum bescheidenen Preis von je 5 Fr. erscheinen.

Liebefeld bei Bern.

Prof. P. Liver.

**Keller, Iso, Dr. jur.: Rechtsethik und Rechtstechnik in der modernen kontinentaleuropäischen Zivilgesetzgebung am Zürcher Privatrechtlichen Gesetzbuch als Hauptbeispiel erläutert.** Verlag H. R. Sauerländer & Co., Aarau. 1947, 368 pages.

Ce gros volume est le développement d'une thèse de doctorat présentée à la Faculté de Droit de Zurich, sous le patronage du professeur Egger; il fait honneur à l'auteur et à son maître. L'intention en est intéressante: on a voulu montrer, par l'analyse de l'ancien Code civil zurichois, que ce sont en fin de compte les décisions morales du législateur, et pas les règles de la technique ou les concepts dogmatiques, qui déterminent le contenu des grandes lois civiles. Non sans quelques longueurs, dans une première partie, l'auteur passe consciencieusement en revue les diverses institutions du Droit privé, cherchant constamment, à propos de chacune d'elles, quel est le choix éthique fait par le législateur. La seconde partie expose que la technique elle-même de la loi dépend de décisions éthiques. M. Keller rencontre ici le philosophe vaudois: «Le dernier mot de la logique n'est donc prononcé que par la morale. Réciprocement, nous allons voir que le commencement de la morale est donné par la logique», a écrit Charles Sécrétan («Le principe de la morale», 1883, p. 95). Dans la troisième partie, l'auteur définit la décision suprême par laquelle le législateur zurichois a opéré la synthèse entre l'éthique et la technique juridiques; cette déci-

sion consiste à vouloir créer un Droit civil qui soit spirituellement et matériellement utile à la communauté (p. 311). A vrai dire, aurait-on pu raisonnablement se proposer autre chose ?

Nous ne saurions suivre pas à pas cette étude rétrospective minutieuse d'un texte aujourd'hui abrogé; rappelons cependant qu'il garde son intérêt puisqu'il a eu une influence considérable sur notre Code civil suisse. Aussi dirons-nous quelques mots de l'image qu'en donne M. Keller, puis de la philosophie du Droit de l'auteur lui-même.

Le Code civil zurichois, présenté par M. Keller, nous apparaît comme fortement marqué de notre empreinte nationale: mesure, bon sens, équité, sens moral et humanité. Mais on y trouve aussi ce parti-pris antidoctrinaire (p. 221), dont les Suisses sont un peu trop fiers, comme si le pratique demandait un esprit borné, et si l'utile était nécessairement compromis par une pensée pénétrante, systématique et profonde! Peu de principes, beaucoup de détails: M. Keller relève cette propension à la casuistique, s'alliant à un renvoi fréquent à la libre et équitable appréciation du juge. Malgré ce goût de la réglementation, M. Keller trouve que le Code zurichois a manqué de registres publics et de formalités (p. 249/250). Ce vice a été abondamment et surabondamment corrigé dans notre Droit suisse! — Il paraîtrait que le Code zurichois était redévable au Droit germanique d'une tendance au «social» (p. 99, 100, 160), et en même temps au respect de la personne et de la liberté individuelle (p. 115); il aurait mêlé Droit public et Droit privé, combiné le droit subjectif et l'obligation, composé entre les intérêts opposés, insisté sur l'équitable, bref aurait préféré «l'éthos» au formalisme (p. 338) et aux distinctions nettes des concepts. Ces traits se retrouvent certainement dans notre Droit suisse contemporain; j'hésite à n'y voir que des qualités.

Quant à la philosophie personnelle de l'auteur, comme de juste, elle reflète la pensée de ses excellents maîtres. Signalons-le avec joie: il est très éloigné de la «reine Rechtslehre», et il s'efforce de réintroduire les considérations morales dans notre «armselige moderne Jurisprudenz», comme disait Heusler en 1913. Son éthique juridique doit plus au sentiment subjectif, au sens spontané de l'équitable qu'à une doctrine raisonnée des principes objectifs du Droit naturel. Le Code zurichois, contemporain des grands succès de l'Ecole historique, et notre auteur à sa suite, font volontiers appel au vague «Rechtsempfinden», au nuageux «Volksgeist» et au fort suspect «Droit social». Cette position philosophique est caractérisée par cette idée centrale, maintes fois exprimée, que le législateur a un «choix» éthique à faire. Pourtant Bluntschli n'a-t-il pas dit, et avec raison, que la loi n'est pas créatrice mais décla-

rative du Droit (p. 231) ? Alors ne faut-il pas admettre qu'à la base des grandes lois civiles, il y a comme des « nécessités éthiques » devant lesquelles il s'agit, non de choisir, mais de s'incliner ?

Notre auteur est très fortement séduit par le raisonnement dialectique, que notre éminent Collègue M. Schindler a brillamment pratiqué. On l'aura remarqué : les trois parties du livre se présentent comme la thèse, l'antithèse et la synthèse de la formule dialectique. Cette méthode demande des précautions ; elle présente certains dangers. On risque de poser des antithèses peu heureuses : telle l'opposition de la « Rechtsidee » et de la « Volksnützlichkeit » (p. 328), tandis qu'il faut dire : « nihil utile quod non honestum » ; ou encore la polarité affirmée entre la « liberté » et le « bien commun » (p. 24 et 26), comme si la loi avait tâche de trouver une composante entre deux forces hostiles ; en réalité l'autonomie de la personne assurée par le Droit civil, loin d'être une concession arrachée au bien commun à son détriment, est au contraire une des conditions les plus certaines de la réalisation de ce bien commun.

L'auteur verra dans ces quelques remarques la preuve de l'intérêt avec lequel je l'ai lu, et de la haute estime que j'éprouve pour son grand travail et pour l'inspiration élevée qui l'anime. On doit vivement le féliciter d'avoir apporté une contribution de cette valeur à notre doctrine juridique suisse, où de pareilles recherches philosophiques sont malheureusement trop rares. F. Guisan.

**Bader, Karl Siegfried** (Prof., Freiburg i. Br.): **Die deutschen Juristen.** Heft 131 von: «Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart», Tübingen 1947 (J. C. B. Mohr [Paul Siebeck]). 44 S.

Angesichts des «Versagens» der deutschen Mentalität versucht der Verfasser sich in allgemeinen Vorschlägen zu einer Änderung und Besserung der deutschen Jurisprudenz. Er bespricht in großen Zügen gewisse praktische Abhilfen gegen die «Verzopfung» der deutschen Rechtswissenschaft im ehemaligen Kleinstaat und Beamtenstaat, die notwendige Hebung der sozialen Stellung der Juristen (Richter, Verwaltungsjuristen, Anwälte und Rechtslehrer), die Hebung des Niveaus durch Nachbildung und Nacherziehung der Referendare, auch durch eine «Würfelung» (Komplikation) und Förderung des Wechsels in der juristischen Ausbildung und dergleichen. Damit hofft Bader ein vertrauenswürdigeres juristisches Indigenat für die Staatsämter und überhaupt eine Stärkung des juristischen Standesbewußtseins mit höherem Berufsethos zu erreichen.

**Fulpius, Lucien** (Dr, Sous-directeur de la Caisse hypothécaire): **Le Régime hypothécaire Genevois** (des origines à 1912). Tiré de l'ouvrage: La Caisse hypothécaire et le développement

économique du Canton de Genève, par Antony Babel, prof. (Genève 1947).

Mit der Annahme der Reformation (1535) und der Edits politiques (1543) traten an die Stelle der älteren Genfer Rechtssätze, so besonders der Franchises von Adhémar Fabri (1387), neue Erlassse, so der Code des Lois civiles, und das Interesse am Zivilrecht wuchs zusehends. Der hervorragende Jurist Germain Colladon (ein Religionsflüchtling) widmete sich der Bearbeitung in Theorie und Praxis, nachdem das römische Recht der Verachtung anheimgefallen war. So sehen wir einen beständigen Gegensatz von neuem einheimischem und allgemeinem römischem Recht. Das läßt sich genau am Hypothekarrecht verfolgen, dem der Verfasser dieser Studie seine wertvollen Bemühungen gewidmet hat. Der Code civil von 1804 ließ manches alte Recht aus den Coutumes verschwinden; aus der Vermischung von altem und neuem Recht entstand ein modernes Recht, dessen Spuren bis heute bemerkbar sind. Die Studie von L. Fulpius läßt diesen eigenartigen Zustand erkennen, dessen letzte Spuren erst mit dem eidgenössischen ZGB verschwanden. Man darf der Caisse hypothécaire von Genf Dank wissen, daß sie die wissenschaftliche Untersuchung dieser Rechtsentwicklung ermöglicht hat.

His.

#### **Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911 bis 1945.**

Carl Jaeger und Dr. Martha Daeniker haben den Inhalt der als Ergänzung des Jaegerschen Kommentars erschienenen fünf Bände der «Praxis» neu bearbeitet und zusammen mit der Judikatur eines weiteren Lustrums zu einem stattlichen Band vereinigt, der die Rechtsprechung der Jahre 1911 bis 1945 umfaßt. Ein zweiter, schmälerer Band enthält die Nebengesetze und Auszüge aus solchen sowie die Vollzugserlasse des Bundesrates und des Bundesgerichtes; darunter ist namentlich die Verordnung über die Zwangsvollstreckung der Grundstücke (VZG) mit zahlreichen Erläuterungen versehen.

Im Vorwort zum 1915 erschienenen ersten Band der Praxis hatte Carl Jaeger ausgeführt, daß eine eigentliche Verarbeitung der Rechtsprechung einer Neuauflage des Kommentars vorbehalten bleibe. Die «Praxis» beschränke sich im wesentlichen auf eine Zusammenstellung und Einreichung der Entscheide in das durch die Noten des Kommentars gegebene Gerüst. Kritische und polemische Bemerkungen seien nur vereinzelt eingeflochten, und auch Auseinandersetzungen mit der neuen Literatur müßten einstweilen unterbleiben. Bei dieser beschränkten Zielsetzung ist es für die folgenden Bände der «Praxis» und nun auch für die vorliegende Zusammenfassung geblieben. Der zweibändige im Jahre 1911 er-

schienene Kommentar bleibt also nach wie vor der unentbehrliche Grundstock des Gesamtwerkes. Dessen muß man sich bewußt sein, wenn man der Neuerscheinung gerecht werden will. Man mag es bedauern, daß es Bundesrichter Jaeger nicht gegönnt war, seine so fruchtbare, durch unvergängliche Verdienste ausgezeichnete Lebensarbeit mit einer Neuauflage des Kommentars zu krönen, die eine kritische Verarbeitung der ganzen Literatur und Judikatur seit 1911 enthalten hätte. (Wird es ein frommer Wunsch bleiben, daß wenigstens das systematisch unübertreffliche und deshalb für ein gründliches Studium unentbehrliche Handbuch von Professor Blumenstein dereinst eine Neuauflage erleben möge?) Daß eine Bearbeitung beider Werke angesichts der Überfülle des Stoffs und der reichen Entwicklung, die die Rechtsprechung seit 1911 erfahren hat, eine eigentliche Sisyphusarbeit darstellen würde, kann freilich keinem Kenner des Betreibungsrechts entgehen. Gibt es doch kaum eine Materie, die einer umfassenden, schöpferischen und vielfach abgewandelten Rechtsprechung des Bundesgerichts derart freien Raum gelassen hätte als gerade das Betreibungsrecht.

Hält man sich die beschränkte Zielgebung des Werkes vor Augen, so wird man im übrigen gerne zugeben, daß den Verfassern ihr Vorhaben, die Ergebnisse der Judikatur noch gedrängter und übersichtlicher darzustellen, als dies in den früheren Bänden der «Praxis» geschehen ist, trefflich gelungen ist. Die Zusammenfassung führte auch zum glücklichen Ergebnis einer gewissen Systematisierung und zur Ausscheidung mancher obsoleten Auffassungen. Das zeigt sich, um nur wenige Beispiele zu nennen, bei der Behandlung des Rechtsvorschlags (Art. 74), der Rechtsöffnung (Art. 80 ff., wo immerhin die Arbeit von Gaßmann in der Festgabe für Goetzinger eine Erwähnung verdient hätte), der Lohnpfändung (Art. 93, wobei aber der grundlegende Aufsatz von Carl Jaeger, SJZ Band 32, S. 53 und 77, wenngleich in Einzelheiten überholt, ihren didaktischen Wert behält) und der Abtretung nach Art. 260. Für die Betreibung der Ehefrau gemäß dem bei der Revision des OR eingefügten Art. 38<sup>bis</sup>, die eine eigentliche Crux der Gesetzgebung darstellt, wird man sich weiterhin an die im vorliegenden Werk seltsamerweise nicht erwähnte umfassende und vorbildliche Darstellung von Bundesrichter Stauffer im Gmürschen Kommentar (zu Art. 15 der Schluß- und Übergangsbestimmungen zum rev. OR) halten. — Daß die Stellung der Konkursverwaltung im Verkehr mit Dritten (Art. 240 N. 4) auch heute nicht abgeklärt ist, wird man einem Werk, das auf eine eigentliche kritische Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur verzichtet, nicht zum Vorwurf machen. Aus den früheren «Praxis»-

Bänden ergeben sich die Wandlungen der bundesgerichtlichen Judikatur in dieser Frage. Auffällig bleibt, daß gewisse Rechtsgeschäfte, die von der Konkursverwaltung mit Dritten abgeschlossen werden können, von der vorherrschenden Auffassung einerseits als zivilrechtlicher Natur angesehen und in gewisser Hinsicht auch als solche behandelt werden (Anrufung des Richters, wenn beim Freihandverkauf der Käufer in Verzug gerät), während anderseits Gläubigern, deren Verfahrensrechte durch ein solches Geschäft verletzt werden, die Befugnis zugestanden wird, durch betreibungsrechtliche Beschwerde das Geschäft unmittelbar zu Fall zu bringen. — Der Streit im Widerspruchspröß geht nach der neuen von Bundesrichter Leuch in ZbJV 76, S. 1 ff., angeregten Auffassung des Bundesgerichtes um das vom Dritten geltend gemachte «Recht», nicht um die Frage, ob der Gegenstand im Pfändungsnexus zu bleiben habe, wie Blumenstein, Handbuch S. 390, annimmt. In der Neuerscheinung wird die Auffassung des Bundesgerichts abgelehnt, wobei vom «Pfändungspfandrecht» der Gläubiger gesprochen wird, einem Begriff, der durch die zutreffende Kritik Blumensteins (S. 329) erledigt sein dürfte. Im übrigen dürfte die Diskussion über den Gegenstand des Widerspruchspresses noch nicht geschlossen sein: Man denke an die Fälle, wo der Ansprecher sich nicht auf ein dingliches, sondern ein anderes den Pfändungsbeschlag ausschließendes Recht stützt (öffentliche Befugnis; obligatorischer Anspruch zum Beispiel aus Leih, dann wenn dessen Geltendmachung keine dingliche Befugnis des Pfändungsschuldners entgegengesetzt werden kann, vgl. Jaeger, Kommentar Art. 106 N. 5). — Diese wenigen Bemerkungen wollen nicht so sehr als Kritik des Werkes, sondern als Hinweis darauf aufgefaßt werden, wie sehr noch Raum bleibt zur Erörterung grundsätzlicher Fragen des Betreibungsrechts.

Daß die Neuerscheinung gleich den bisherigen «Praxis»-Bänden als Nachschlagewerk für den Praktiker unentbehrlich sein wird, bedarf keines besondern Hinweises. Hinderling.

**Entscheidungen des Eidgen. Versicherungsgerichts, — Arrêts du Tribunal fédéral des assurances, — Sentenze del Tribunale federale delle assicurazioni. (Amtliche Sammlung) (Verlag Hans Huber, Bern). 1947. Heft 1.**

Der Verlag teilt eingangs mit (was den Abonnenten und Lesern «sicher allen sehr willkommen» sein wird), daß der Aufgabenkreis dieser Zeitschrift fortan auch die grundsätzliche Judikatur über die Alters- und Hinterlassenenversicherung enthalten wird. Unter dem Zwang der fortzu steigenden Herstellungskosten wurde daher das Jahresabonnement von 6 Fr. auf Fr. 7.50 erhöht. H.

1) **Die Steuern der Schweiz.** Bearbeitet von der Eidgenössischen Steuerverwaltung, I. Teil, Einkommens- und Vermögenssteuern natürlicher Personen, Nachtrag 1947. 2) **Die Steuern der Schweiz.** Bearbeitet von der Eidgenössischen Steuerverwaltung, II. Teil, Ertrags- und Kapitalsteuern juristischer Personen. 1947. Beide Veröffentlichungen sind erschienen im Verlag für Recht und Gesellschaft AG., Basel.

Das Erscheinen dieses großen Sammelwerkes über die Steuern der Schweiz, das schon in Band 66 S. 331 f. dieser Zeitschrift ausführlich besprochen worden ist, schreitet rasch vorwärts. Der Nachtrag 1947 zu Teil I enthält zunächst verschiedene Ersatzblätter, die bei der bekannten Lose-Blätter-Form der Publikation an die Stelle bisheriger Blätter treten und damit Gewähr bieten, daß das Werk nicht veraltet. Im weiteren weist der Nachtrag eine größere Zahl von Ergänzungsblättern auf, und zwar für das Steuerrecht der Kantone Obwalden, Solothurn, Appenzell A.-Rh., Graubünden, Neuenburg und Genf.

Der zweite Teil enthält zur Hauptsache eine [kondensierte Wiedergabe der Vorschriften über die Ertrags- und Kapitalbesteuerung juristischer Personen nach dem Rechte des Bundes sowie nach den 25 kantonalen Steuerordnungen. Die entsprechenden Bestimmungen der wichtigeren Gemeinden werden ebenfalls in die Darstellung einbezogen.

Auch bezüglich dieses zweiten Teiles ist die bemerkenswerte Übersichtlichkeit in der Gliederung des Stoffes zu loben, welche die Orientierung über diese weitschichtige Materie bedeutend erleichtert. Es sei noch der Wunsch ausgesprochen, daß auch die weiteren Teile dieser Veröffentlichung, welche für die schweizerische Steuerpraxis ein unentbehrliches Nachschlagewerk darstellt, in Kürze erscheinen mögen.

Wackernagel.

**Blumenstein, Irene: Kommentar zum Bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern** (Herbert Lang & Cie., Bern, 1948), 620 S. geb. Fr. 46.—

Mit dem Gesetze vom 29. Oktober 1944 über die direkten Staats- und Gemeindesteuern hat sich der Kanton Bern nicht nur ein neues Steuergesetz gegeben, sondern er hat damit gleichzeitig ein Steuersystem verlassen, das er während mehr als hundert Jahren befolgt hatte. Während die frühere bernische Steuerordnung im schweizerischen Steuerrecht vor allem auch wegen der Aufteilung des Einkommens in ein Einkommen erster und ein Einkommen zweiter Klasse und wegen einer eigentümlichen Gestaltung der Vermögensbesteuerung eine gewisse Sonderstellung eingenommen hatte, ist mit dem neuen Gesetz eine beträchtliche

Annäherung an die Grundgedanken des Wehrsteuerrechts wie der modernen Steuergesetze anderer Kantone erfolgt. Das bernische Gesetz beruht nun ebenfalls auf dem System einer allgemeinen Einkommenssteuer mit ergänzender Vermögenssteuer, verbunden mit Spezialsteuern für Kapitalgesellschaften und gewisse Genossenschaften.

Gerade auch die Änderung des bisherigen Steuersystems machte eine sorgfältige Kommentierung des neuen Gesetzes besonders notwendig. Man kann wohl sagen, daß niemand berufener war, diese Aufgabe zu übernehmen, als Prof. Irene Blumenstein, die ja schon den vortrefflichen Kommentar zu den früheren Bernischen Gesetzen über die Staats- und Gemeindesteuern verfaßt hatte. Vor wenigen Jahren erschien ferner aus ihrer Feder die vielbeachtete Monographie über die allgemeine eidgenössische Wehrsteuer, in welcher die Darstellung ebenfalls einer Kommentierung des Wehrsteuerbeschlusses angenähert wurde.

Mit der jetzigen Publikation legt uns Irene Blumenstein ein Werk vor, in welchem sich ihre große wissenschaftliche Erfahrung auf steuerrechtlichem Gebiete in fruchtbarer Weise entfalten konnte.

Was bei diesem Kommentar vor allem in die Augen fällt, ist seine große Zuverlässigkeit und Vollständigkeit. Wenn man den Gesetzesstext durchliest und die dabei auftauchenden Probleme überdenkt, so wird man nur selten Fragen antreffen, auf die im Kommentar nicht eine wohl abgewogene und gut begründete Antwort zu finden ist, welche erforderlichen Falles durch zahlreiche Hinweise auf die Literatur und Praxis unterbaut wird. Dabei wird nicht nur die bernische Steuerpraxis, sondern auch die einschlägige Praxis anderer Kantone und vor allem des Bundesgerichtes zitiert. Auch Hinweise auf ausländische Entscheidungen fehlen nicht.

Wichtig ist, gerade für die heutige Zeit, daß die Darlegungen der Verfasserin von entschieden liberalem und rechtsstaatlichem Geiste getragen sind. In einzelnen Fällen wäre vielleicht eine etwas umfassendere theoretische Erörterung, weshalb die eine Ansicht richtig und die andere verkehrt ist, zu erwarten gewesen. Und wie es bei einem so umfassenden und großangelegten Werke eigentlich nicht anders möglich ist, mag hie und da auch eine andere Meinung vertreten werden können, so etwa bezüglich der Ausführungen über das Wesen der Steuerumgehung (S. 478) oder über die bekannte Streitfrage, ob überhaupt und mit welchem Werte Gratisaktien zum Kapitaleinkommen des Aktionärs zu rechnen sind (S. 182). Die Kritik der Verfasserin an Art. 29 des Gesetzes wie an der Praxis des Bundesgerichtes ist gewiß be-

rechtfertigt. Aber es will doch scheinen, daß darüber, wie Gratisaktien und ähnliche Erscheinungen steuerrechtlich richtig zu behandeln seien, das letzte Wort noch nicht gesprochen ist.

Der mit einem genauen Sachregister versehene Kommentar stellt ein ausgezeichnetes und unentbehrliches Hilfsmittel für die Anwendung des neuen Gesetzes dar. Er wird wohl seinerseits auf die zukünftige bernische Steuerpraxis nicht ohne Einfluß bleiben. Darüber hinaus aber ist er für das Steuerwesen anderer Kantone nicht ohne Nutzen. Man wird ihn auch für das Verständnis der Steuergesetze anderer Kantone oft mit Vorteil zu Rate ziehen können. Und nicht zuletzt bedeutet dieses schöne Werk eine wichtige Förderung der wissenschaftlichen Erkenntnis des schweizerischen Steuerrechts.

Wackernagel.

**Labori (Fernand): Les Notes, Manuscrites, sa vie (1860—1917):** par Marguerite-F. Labori. Editions Victor Attinger, Paris et Neuchâtel, 412 pages, fr. 31.—.

Wer sich der Tage erinnert, da das kriegsgerichtliche Verfahren und Deportation gegen den französischen Hauptmann Alfred Dreyfus (1894) und dann der Prozeß gegen Emile Zola (1898) die Gemüter erbitterte und erregte, wird diese mehr nur erägnzende Publikation der Witwe von Maître Fernand Labori, der als Vertreter von Dreyfus, Zola und Colonel Picquard einer der Hauptakteure jenes Prozesses war, würdigen und schätzen. Die Publikation bringt allerlei Details ans Tageslicht und läßt jene historischen Ereignisse aufs neue lebendig werden, wozu auch eine Anzahl Bilder das Ihre beitragen.

H.

**Discours sur le Code civil Hellénique par Jean Métaxas (Président du Conseil des Ministres), Agis Tambacopoulos (Ministre de la Justice) et Georges Balis (Prof. de l'Université d'Athènes).** Athènes 1940 (Imprimerie Nationale). № 1 des Publications de l'Institut Hellénique de Droit international et étranger. Dirigées par P. Vallendas. 31 pages (en français).

**Dikaion Ithageneias** (Athenai 1943).

**Eisagoge eis to Idiotikon diethnes dikaion en Eupeia, Ennoia** (Athenai 1943). Petrou G. Ballenda (en grec).

### Anzeigen.

Schlumpf, Dr. Arnold (Rechtsanwalt, Zürich): **Die Bundesgerichtspraxis zum Doppelbesteuerungsverbot.** Bern 1946 (Verlag Wirtschaft und Recht). 2 Bände ca. Fr. 18.—.

Higy, Camille (Prof., Zürich, Abteilungschef). Das schweizerische Steuersystem. Zürich 1947 (Verlag d. Schweiz. Kaufmännischen Vereins). 85 S. Fr. 6.—.

Friedli, Dr. O.: (Abteilungschef): Die Warenumsatz-, die Luxus- und die Ausgleichssteuer. (Verlag d. Schweiz. Kaufmännischen Vereins.) 92 S. Fr. 6.—.

Holenstein, Else: Der Zivilweg in seiner Abgrenzung vom Verwaltungsweg nach aargauischem Recht. Zürich. Diss. 130. Heft n. F. der Zürcher Beiträge z. Rechtswissenschaft. Aarau 1947 (H. R. Sauerländer & Co.). 166 S.

Thurnherr, Robert: Ausbeutung der Leichtgläubigkeit. Zürch. Diss. 131. Heft n. F. der Zürcher Beiträge z. Rechtswiss. Aarau 1947 (H. R. Sauerländer & Co.). 123 S.

Herforth, Hildegard: Der Gerichtsstand im schweiz. Jugendstrafrecht. Die örtl. Zuständigkeit nach Art. 372 StGB. Zürch. Diss. 133 Heft der Zürcher Beiträge z. Rechtswiss. Aarau 1947 (H. R. Sauerländer & Co.). 110 S.

Sulzer, Jürg: Das erstinstanzliche Ehescheidungsverfahren in den schweiz. Prozeßrechten. Zürch. Diss. Heft 135 n. F. der Zürch. Beiträge z. Rechtswiss. Aarau 1948 (H. R. Sauerländer & Co.). 114 S.

Muff, Alfred: Die Strafverfolgung gegen die obersten administrativen und richterl. Beamten der Kantone StGB Art. 366 II b). Zürch. Diss. Heft 135 n. F. der Zürch. Beitr. z. Rechtswiss. Aarau 1948. 187 S.

Blunschy, Alfred (Einsiedeln): Der Rückerstattungsanspruch im öff. Recht. Freiburger Diss. Einsiedeln 1947 (Verlagsanstalt Waldstatt AG.). 152 S.

Von der Mühl, Jan: Hilfeleistung und Bergung in Seenot. Basler Diss. Heft 22 der Basler Studien z. Rechtswiss. Basel 1948 (Helbing & Lichtenhahn). 104 S. Fr. 6.50.

Rosenkranz, Dr. Max: Der Doctorand. IV. Examinatorium. Bern 1948 (Paul Haupt). 2. Aufl. 77 S. Fr. 3.80.

Haenssler, Ernst (Dr. phil.): Die große Gewissensfrage an unsere Katholische Landesuniversität. Nr. 3 der Sammlung «Wissen und Wahrheit». Bern 1947 (Hans Huber). Fr. 7.80.

Schönke, Adolf (Prof., Freiburg i. Br.): Einführung in die Rechtswissenschaft. Karlsruhe 1947 (C.F. Müller). 2. und 3. Auflage. 227 S. RM. 9.—.

Süddeutsche Juristen-Zeitung (Redaktion in Heidelberg, Philosophenweg 16). Wir registrieren mit Genugtuung, daß in Süddeutschland wieder ein selbständiges rechtswissenschaftliches Publikationsorgan sein Erscheinen ankündigt.