

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: 70 (1951)

Heft: 1

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: 29.01.2026

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

Besprechungen und Anzeigen

Schwarz, Andreas B.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der ausländischen Rechtsentwicklung. Zürich 1950 (Schultheß). 90 S. Fr. 8.—.

In seiner großen Rede, mit der Eugen Huber den Entwurf des Zivilgesetzbuches im Nationalrat einführte (SJZ 2 S. 56), schilderte er die Gefahr, daß die zersplitterten und wenig beachteten kantonalen Gesetzgebungen von ausländischen Rechten verdrängt werden könnten. «Bessere Widerstandskraft dürfen wir dagegen von einem auf unserer eigenen nationalen Grundlage aufgebauten einheitlichen Recht erwarten. Von diesem darf man hoffen, daß es imstande sei, gegenüber dem Ausland sich selbstständig zu entwickeln und auch als eine Individualität im Völkerrechtsverkehr anerkannt zu werden, als ein Recht, das in der Entwicklung des internationalen Rechts eine ganz andere Beachtung finden kann, als dies in betreff der kantonalen Rechte erwartet werden kann, ein Recht, das, wenn es einmal dazu kommen sollte, eine europäische Kodifikation zu schaffen, einen nicht unbedeutenden Einfluß auf diese Entwicklung ausüben dürfte.» Eine wie große, damals ganz unvorstellbare Bedeutung das Zivilgesetzbuch für ausländische Gesetzgebung und Wissenschaft erlangt hat, setzt die anzuseigende Schrift eines Verfassers in helles Licht, der in der Zeit seiner unvergessenen Tätigkeit als Professor des römischen Rechts an der Universität Zürich dem schweizerischen Recht nahegekommen ist und seit Aufnahme seiner Lehrtätigkeit an der Universität Istanbul das Schicksal unseres Gesetzbuchs in Wissenschaft und Gesetzgebung unentwegt verfolgt und in den großen Zusammenhang der modernen Privatrechtsentwicklung hineinstellt. Ein unübersehbares rechtsvergleichendes Material aus aller Welt liegt diesem erweiterten Vortrag zugrunde. Doch löst sich die Darstellung nie in bloße Einzelheiten auf, sie folgt stets leitenden Grundgedanken und verbindet wissenschaftliche Akribie (194 Anmerkungen geben den wissenschaftlichen Apparat) mit den höchsten Anforderungen an das gesprochene Wort.

Von Rechtsübernahme kann in verschiedenem Sinn gesprochen werden. Der Verfasser unterscheidet die globale von einer strukturellen (Beibehaltung der systematischen und begrifflichen Struktur) und schließlich von einer eklektischen (Übernahme von Einzelheiten). In allen diesen Richtungen ist das ZGB von aus-

ländischen Gesetzgebungen und Entwürfen meist bewußt übernommen worden. Bekannt ist die globale Übernahme durch die Türkei und Liechtenstein. Mit steigender Verwunderung wird aber der schweizerische Leser davon Kenntnis nehmen, wie stark der Einfluß des ZGB auf gesetzgeberische Arbeiten zum Beispiel in Ungarn, Griechenland, Tschechoslowakei, Rumänien, Polen, Albanien, Libanon, aber auch in südamerikanischen Staaten — Brasilien, Mexiko, Peru werden genannt — gewesen ist.

Indessen geht es dem Verfasser nicht um bloß äußerliche Feststellungen. Ihn interessiert «der Geist der Gesetze». Und so behandelt er namentlich die Kontrastwirkung des ZGB zum deutschen BGB in vertiefter, überlegener Darstellung. Als Pandektist läßt der Verfasser dem BGB alle Gerechtigkeit widerfahren. Er hebt vor allem die unerreichte begriffliche Durchbildung und systematische Vertiefung hervor, die stets auch im Ausland von hervorragenden Beurteilern anerkannt worden sind. «Aber die Herzen des Volkes ließ es kalt.» In allen Richtungen bildete das ZGB einen starken, sofort zum Bewußtsein kommenden Gegensatz. Es entstammte «aus dem klaren politischen und sozialen Weltbild der schweizerischen Demokratie, nicht aus den Spekulationen der Studierstube, nicht aus einer bestimmten wissenschaftlichen Richtung, sondern aus der lebendigen Anschauung der Realitäten des Lebens, seiner Spannungen und Konflikte». Mit besonderem Interesse wird man in der Darstellung von Schwarz verfolgen, wie der Nationalsozialismus alle die oppositionellen Regungen gegen das BGB auf seine Mühlen zu leiten suchte und wie er vielfach in äußerlicher Art in die Nähe des ZGB rückte, natürlich ohne das jemals zuzugeben und in unheilbarem Widerspruch zu dessen Grundhaltung. (Der Rezensent hat schon 1934 auf die ähnliche Lage bei der damaligen Revision der deutschen Zivilprozeßordnung hingewiesen — SJZ 30 S. 305, wiederabgedruckt in «Volkstümliche Rechtspflege», Zürich 1949 S. 33.)

Es ist klar, daß namentlich Einflüsse der letzteren Art (eklektische Rezeption) nur in Form einer sehr ins Einzelne gehenden Darstellung gegeben werden könnten. «Alle diese Einzelheiten zu erschöpfen, wird die Aufgabe einer rechtsvergleichenden Darstellung sein, welche das ZGB im großen Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung zu behandeln und die Einflüsse aufzudecken haben wird, welche dasselbe empfangen hat und von ihm ausgegangen sind.» Wir möchten wünschen, daß ein solcher Plan verwirklicht werden kann. Einstweilen aber werden die Leser, und gerade die Unglücklichen, die nie Zeit haben, ein großes Werk zu studieren, dem Verfasser Dank wissen, daß er in seiner

Schrift nur Wesentliches in vorzüglicher Auswahl darbietet. So verfolgt er den Einfluß, den die Systematik des Gesetzbuchs, vor allem die Einreihung des Familienrechts vor dem Vermögensrecht und die Weglassung eines allgemeinen Teils, auf andere Rechte ausgeübt hat. Und dann wendet er sich den Artikeln zu, über die sich eine große Literatur gebildet hat wie Artikel 1 (Anwendung des Rechts, Richterrecht), Artikel 2 (Treu und Glauben, Rechtsmißbrauch) und Art. 27/28 (Schutz der Persönlichkeit). Auch hier verliert sich der Verfasser nirgends in Einzelheiten, es treten die Probleme in ihrer Gesamtheit und in ihrer außerordentlichen Bedeutung für die gesamte Privatrechtsentwicklung klar in Erscheinung.

Mit besonderer Spannung wird man den aus dem vollen schöpfenden Darlegungen über den Gang der Entwicklung in der Türkei verfolgen (S. 47f.). Man vernimmt, wie im akademischen Unterricht vorgegangen wurde, eine wie große Rolle Übersetzungen wichtiger schweizerischer Werke ins Türkische in der Praxis heute spielen, daß türkische Studenten, die in der Schweiz einen Teil ihrer Ausbildung geholt haben, jetzt in wichtigen Stellungen der Rechtslehre und Rechtsanwendung dienen. Den schweizerischen Leser wird es in keiner Art beunruhigen, wenn er erfährt, daß diese aller Überlieferung entgegengerichtete Rezeption sich nicht ohne alle Reibungen vollzogen hat und namentlich dort nicht ohne weiteres durchgesetzt werden konnte, wo das Volk selbst — und nicht bloß ausgebildete Juristen — handeln muß. So zum Beispiel konnte sich der Abschluß der Ehe durch den Gang aufs Zivilstandamt nicht überall durchsetzen, was den Gesetzgeber schon mehrmals dazu veranlaßt hat, Kinder aus nicht in der gesetzlichen Form vollzogenen Ehen durch Amnestiebeschluß zu legitimieren. «Aber das sind keineswegs Mißerfolge, ja nicht einmal die negative Seite der Rezeption des schweizerischen Rechts in der Türkei. Diese hat sich nach allgemeiner Überzeugung durchaus bewährt, sie ist populär, das Gesetzbuch beherrscht das Leben und die Praxis, aber eine Stabilisierung seiner noch durchaus im Fluß befindlichen Rezeption und seine Assimilation ist ein Prozeß auf lange Sicht, der sich in einer den eigenen Bedürfnissen angemessenen Weise vollzieht und auch vollziehen soll.»

Zum Abschluß befaßt sich der Verfasser mit dem prophetischen Ausblick Eugen Hubers auf die Möglichkeit einer Vereinheitlichung gewisser Teile des Privatrechts wenigstens in Westeuropa, wobei darin erinnert wird, daß das ZGB in gewissem Sinne selbst eine Synthese zweier der wichtigsten der vorhandenen Privatrechtssysteme Europas ist, des französischen und

des deutschen, woraus sich für das ZGB in dieser Hinsicht ein Vorzug ergeben könnte. Natürlich entgeht dem Verfasser nicht, daß vorderhand ganz anders dringliche europäische Probleme die Welt in Atem halten.

Der ganze Reichtum dieser Schrift zeigt sich am besten in der Unmöglichkeit, ihren Inhalt auch nur einigermaßen erschöpfend wiederzugeben. Da muß schon der Leser selbst eingreifen, und es müßte wunderbar zugehen, wenn sie nicht einen großen Leserkreis fände. Auf alle Fälle hat sich der Verfasser durch seine Arbeit, die August Egger gewidmet ist, um die schweizerische Rechtswissenschaft sehr verdient gemacht.

Hans Fritzsche

Schneider, Peter: Ignaz Paul Vital Troxler und das Recht.
(Studien zur Staatslehre und Rechtsphilosophie, Heft 4.) Zürich
1948 (Schultheß). 261 S. Fr. 6.—.

Zu den großen Schweizern des 19. Jahrhunderts, die, wie auch Bachofen, lange vergessen waren, gehört der Innerschweizer I. P. V. Troxler, dessen universelle Bedeutung als Politiker, Arzt und Philosoph schon in seiner Jugendzeit erkannt worden war, so daß ihm die Nachfolge Hegels als Professor in Berlin angeboten wurde. Statt diesem Ruf zu folgen, kehrte der heimatverbundene Troxler zunächst nach Beromünster zurück und wirkte später als Professor in Basel und in Bern, wo er nicht nur eine große Reihe von Schriften über zahlreiche Wissensgebiete herausgab, sondern auch als einflußreicher, oft auch umstrittener Politiker in die Geschicke des werdenden Bundesstaates eingriff.

Es ist ein ganz besonderes Verdienst Schneiders, den in den letzten Jahrzehnten wiederentdeckten Troxler in seiner Bedeutung als Rechtsphilosoph und Inspirator der Bundesverfassung, für die er einen Entwurf verfaßt hat, zu würdigen und die schweizerische Rechtswelt damit auf einen Mann aufmerksam zu machen, der zweifellos auch in die erste Reihe der schweizerischen Rechtstheoretiker gehört.

Troxler gestaltet seine Lehre aus einer ganzheitlichen Betrachtung des menschlichen Wesens heraus; er verwirft die isolierende, nur auf die Vernunft abstellende Denkweise der Aufklärung und deshalb auch Kant, weil dessen Schriften zur Spaltung zwischen der Vernunft und der Wirklichkeit führen müssen. Den theoretischen Materialismus wiederum lehnt er, trotz seiner Beziehungen zu Hegel, ebenso entschieden ab, weil er ihn als einseitig erkannte und den durch ihn bedingten Unglauben und Skeptizismus nicht teilte. Troxlars typisch schweizerische Denkweise lehnte ein nur abstrakt-logisches Philosophieren grundsätzlich ab, ebenso sehr aber auch jede dogmatische oder kon-

fessionelle Begrenztheit, weil sie seinem einheitlichen Weltbild widersprach. Am ehesten nähert sich deshalb seine Denkweise der ebenfalls ganzheitlichen Lebensphilosophie Goethes, die übrigens auch erst in den letzten Jahrzehnten in ihrer umfassenden, über das so lange allein gewürdigte Literarische weit hinausreichenden Bedeutung erkannt worden ist, während sie in der Zeit des Rationalismus nicht verstanden werden konnte.

In seinen Vorlesungen über Rechtsphilosophie beleuchtet Troxler die auch heute noch zentralen Fragen des Verhältnisses zwischen Individuum und Gesellschaft, Recht und Ethik, Rechtsordnung und Staat, das Problem der Macht und vieles andere. Überall sucht er nach der höheren Einheit dieser polaren Phänomene. Nicht Gegensätze darzulegen, sondern eine «organische» Verbundenheit aufzuzeigen, erscheint ihm die Aufgabe eines wirklichkeitsnahen Philosophen zu sein, der überdies die Äußerungen des Geistes aus den menschlichen Naturanlagen ableitet. Mit Recht bemerkt Schneider, daß Troxler die Gabe gehabt habe, komplizierte Fragen zu vereinfachen — nicht als ein «terrible simplificateur» —, sondern weil es für ihn selbstverständlich war, von der innersten Einheit aller Phänomene auszugehen und die Einzelerscheinung aus ihren Zusammenhängen zu erkennen. So ist es Troxler auch gelungen, höchst originelle und vielfach überzeugende Darlegungen und Formulierungen über die erwähnten rechtlichen Grundprobleme zu finden. Formulierungen übrigens, die niemals abstrakt wirken, aber gerade deswegen einem strengen Analytiker oder Rationalisten gelegentlich sehr mißfallen müssen. So ist es sehr wohl verständlich, daß erst eine Zeit wie die unsere, welche das dualistische Weltbild immer stärker in Frage stellt, Troxler neu entdeckte, eine Zeit, welche die grundsätzliche Trennung zwischen dem Ich und der Umwelt, zwischen Geist und Materie, Wissenschaft und Weltanschauung zu überwinden sucht.

Die schweizerische Rechtslehre hat die deutsche Begeisterung für die reine Theorie niemals geteilt, ja sie hat oft sogar die Rechtsphilosophie als solche mit Mißtrauen betrachtet, eben weil sie wirklichkeitsfremde Abstraktionen ablehnt. Troxlars Werk gegenüber wäre ein derartiges Mißtrauen unberechtigt, und es ist sicher richtig, wenn Schneider am Ende seiner Schrift bemerkt, daß Troxlars Lehre nicht nur bei der Gestaltung des schweizerischen Bundesstaates mitgewirkt, daß einige seiner Begriffe im Verfassungsrecht Eingang gefunden haben, sondern daß seine denkerische Haltung — was viel wichtiger ist — mit derjenigen von späteren schöpferischen Juristen der Schweiz übereinstimmt. Auch der Unterzeichnete hat vor längerer Zeit darauf

hingewiesen, daß der so bedeutungsvolle allgemein menschliche Begriff von Treu und Glauben, die enge Verbindung zwischen Rechten und Pflichten, ja die ethische Verankerung der Rechtsnormen unseres Privatrechtes an sich mit den Lehren Troxlers übereinstimmt. Die Rechtslehren Eugen Hubers und seiner Nachfolger, welche ihre lebensnahe Menschlichkeit und ihr Ethos weiterentwickelt haben und deshalb auch den Zusammenhang mit dem Rechtsempfinden des Volkes wahren konnten, können in diesem Sinne als ein Fortwirken der schon in Troxler zum Ausdruck gelangten besonderen schweizerischen Rechtstradition verstanden werden. Diese enge Beziehung zwischen Troxler und der schweizerischen Rechtstheorie der Gegenwart erkennt auch Schneider; weniger überzeugend ist er allerdings, wenn er in diesem Zusammenhang auch Karl Barth erwähnt, dessen credo quia absurdum dem organischen Einheitsdenken Troxlers sicher wenig entspricht.

Wir können Troxler wohl als den bedeutendsten schweizerischen Rechtsphilosophen des 19. Jahrhunderts bezeichnen, als einen Denker, der die Bedürfnisse der menschlichen Gesellschaft aus ihrer Verankerung in der menschlichen Natur heraus zu verstehen suchte und dessen Idealismus niemals den Boden der Wirklichkeit verlor, weil er diese mitumfaßt, und der deshalb gerade heute besonders zeitgemäß erscheinen muß.

Prof. W. F. Bürgi, St. Gallen

von Gierke, Julius: Große deutsche Juristen der Vergangenheit.
Ein Hilfsbuch für den Rechtsunterricht. Stuttgart 1949. 40 S.*

Es bereitet den Studenten und vielen andern oftmals Mühe, in den Registern der Bücher über Rechtsgeschichte nachzuschlagen, um die großen Meister des Rechts herauszufinden. Vielfach wird deren Bild zu spärlich umrissen. Vielfach werden auch die Früchte ihres historischen Schaffens zu unvollständig aufgeführt.

Diesem Mangel will Gierke abhelfen. Er kennzeichnet 33 Juristen und bedient sich dabei einer prägnanten, dichterischen Form. Ein origineller Gedanke! In wenigen Strophen entwirft er jeweils ein sprechendes Bild des Mannes, nennt dessen Hauptwerke und wichtigstes Schrifttum, das über den Gelehrten existiert. Wie schön sagt er zum Beispiel vom deutschen Privatrecht Heuslers:

«Wir werden in ein Idyll versetzt,
sein Buch wird als Juwel geschätzt.»

* Professor Hans Fehr in Bern sandte uns die folgenden Zeilen mit der Bitte um Aufnahme. *Red.*

Gierke beginnt mit dem Verfasser des «Sachsenspiegels», Eike von Repgow, und endet mit seinem großen Vater Otto von Gierke, über den er schmerzlich ausruft, er habe:

«mit germanischer Leidenschaftsglut
gefordert ein deutsches Zukunftsrecht,
fand aber, ach, ein taubes Geschlecht.»

Nicht alle Sprüche sind gleich gut ausgefallen. (Wie könnte man dies von einem Poeten verlangen!) Rudolf Stammmer steht zum Beispiel etwas mager da! Bluntschli, Eugen Huber und Ulrich Stutz fehlen ganz.

Das ansprechende Büchlein ist mit viel Liebe und großer Einsicht geschrieben. Man muß dem Germanisten Gierke danken, daß er auch der Romanisten Savigny, Windscheid und Dernburg und der kriminalistischen Antipoden Binding und von Liszt poetisch gedacht hat.

Manche schweizerische Juristen mögen mit Interesse lesen, daß der große Naturrechtler Johannes Althusius in Basel den Doktorhut erwarb und daß Windscheid 1847 ordentlicher Professor daselbst wurde.

Prof. Hans Fehr, Bern

Müller, Jakob A.: Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung im schweizerischen Erbrecht. (Abhandlungen zum schweiz. Recht NF Heft 271.) Bern 1949 (Stämpfli). 122 S. Fr. 6.—.

Die Institute der Ausgleichung und Herabsetzung gehören zu den Kernstücken des Erbrechts, da sie dem gesetzlichen Erbrecht und dem Pflichtteilsrecht aufs engste verbunden sind. Die an diese Institute sich knüpfenden zahlreichen Kontroversen röhren nicht zum wenigsten daher, daß die Auslegung einerseits dem logischen System der Normen folgt, andererseits aber auch nicht die soziologischen Grundlagen des Erbrechts unberücksichtigt lassen kann.

Die Abhandlung setzt sich zunächst mit diesen Streitfragen gründlich auseinander, denen der weitaus größte Teil der Darlegungen (111 Seiten) gewidmet ist, worauf gleichsam als Fazit das Verhältnis der beiden Institute auf 10 Seiten (111—121) behandelt wird. Der Titel sollte daher umfassender lauten: «Ausgleichung und Herabsetzung sowie ihr gegenseitiges Verhältnis im schweizerischen Recht».

Den Berührungspunkt der beiden an sich grundverschiedenen Institute bilden nur die lebzeitigen Zuwendungen, da die Herabsetzung der Zuwendungen von Todes wegen in der Ausgleichung keine Parallelie hat. Verfügungen von Todes wegen

können zwar herabgesetzt, aber nicht der Ausgleichung unterstellt werden.

1. Die Ausgleichungspflicht

Schon die Rechtsnatur der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen ist kontrovers. Das ZGB stellt durch Verwendung der Worte «zuwenden» (ZGB Art. 626) und «Zuwendungen» (ZGB Art. 630) auf die materielle Wirkung des Aktes ab und nicht auf formalrechtliche Momente. Unbestritten ist, daß es sich dabei nicht um eine Schenkung im Sinne der Art. OR 239 ff. zu handeln braucht. Die Zuwendung ist zwar ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, sie bedingt aber nur eine Entreicherung auf der einen, hingegen keine Bereicherung auf der andern Seite. So liegt zum Beispiel keine Bereicherung des Empfängers vor, wenn ihm der Zuwendende eine Vergnügungsreise leistet.

In der Literatur wird nun selbst von Autoren, welche die Vertragsnatur der Schenkung anerkennen, für die unentgeltliche Zuwendung auch ein Realakt mit Schenkungsabsicht als genügend erklärt (zum Beispiel Vernichtung eines Schuldscheins, Verjährenlassen einer Forderung). Das Bundesgericht sieht hingegen auch die unentgeltliche Zuwendung als vertragliches Abkommen an (69 II 305, 373). Davon macht es aber beim Ausgleichungsdispens für Nachkommen (ZGB Art. 626 II) eine Ausnahme. Durch die Wendung «sofern der Erblasser nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt», insbesondere durch das Wort «verfügt», werde die Befreiung der Nachkommen von der gesetzlichen Ausgleichungspflicht deutlich von den vertraglichen Bestimmungen des Zuwendungsgeschäftes herausgehoben. Dieser Dispens habe vorwiegend erbrechtlichen Charakter, müsse daher nicht schon im Zuwendungsvertrag enthalten sein.

Damit wird der Ausgleichungsdispens gegenüber Nachkommen (ZGB Art. 626 II) als ein einseitiges, empfangsbedürftiges und frei widerrufliches Rechtsgeschäft gekennzeichnet (BGE 68 II 78). Gegen diese Abweichung von der sonst auch vom Bundesgericht anerkannten Vertragsnatur der Zuwendungsge schäfte wendet sich der Autor in scharfer Stellungnahme. Die ausführlichen Argumente lassen sich in folgendem zusammenfassen:

Eine Zuwendung kann nur dann als Schenkung angesprochen werden, wenn sie, abgesehen von andern Voraussetzungen, nicht der Anrechnung auf den Erbteil unterstellt wird. Eine Ausgleichungspflicht widerspricht nämlich dem Begriff der Schenkung. Hat nun die lebzeitige Zuwendung vertraglichen Charakter, so ist die Anordnung der Ausgleichungspflicht oder der Dispens von ihr bestimmt für die Rechtsnatur des Geschäftes. Eine

einseitige nachträgliche Änderung des abgeschlossenen Vertrages, zum Beispiel durch Widerruf des Dispenses, kann nicht zugelassen werden. Ein solches Gestaltungsrecht müßte schon im Zuwendungsvertrag vorgesehen oder positivrechtlich festgelegt sein.

Dem Wort «verfügt» in ZGB Art. 626 II kann eine solche Bedeutung nicht beigelegt werden. Der Artikel ZGB 626 enthält in seinem ersten Absatz den allgemeinen Grundsatz, wonach die gesetzlichen Erben lebzeitige Zuwendungen nur ausgleichen müssen, wenn sie der Erblasser ihnen auf Anrechnung an ihren Erbanteil zugewendet hat. Hier kann dem deutschen wie den beiden welschen Texten nichts entnommen werden, was für eine einseitige Verfügungsbefugnis des Erblassers sprechen würde. Der zweite Absatz statuiert für die Nachkommen in bezug auf die dort genannten Zuwendungen eine gesetzliche Ausgleichungspflicht, wenn der Erblasser «nicht ausdrücklich das Gegenteil verfügt». Der Nachdruck liegt bei dem Wort «ausdrücklich» in dem Sinne, daß stillschweigende Zubilligung, wie sie sonst durch konkludente Handlung bei Verträgen genügt, hier nicht ausreicht.

Das Wort «verfügt» läßt an sich noch nicht den Schluß zu, daß damit eine Verfügung im Sinne eines einseitigen Rechtsgeschäftes gemeint sei. Dies könnte sich erst aus weiteren Umständen ergeben. Solche Umstände liegen aber nicht vor. Es sprechen im Gegenteil schwerwiegender ökonomische Gründe gegen ein solches selbstherrliches Eingreifen in ein Vertragsverhältnis. Der einseitige Widerruf eines Ausgleichungsdispenses stünde dem Widerruf einer Schenkung gleich, den das Gesetz nur aus besondern Gründen gestattet (OR Art. 249). Auch Interessen Dritter könnten dadurch verletzt werden, zum Beispiel wenn der Nachkomme in einem Nachlaßvertrag auch seine Erbanwartschaft in Anschlag gebracht hat (SchKG Art. 306 Ziff. 2).

Es kommt hinzu, daß der Erlaß oder die Auferlegung der Ausgleichungspflicht an sich keine Verfügungen von Todes wegen sind. Die Ausgleichungsobjekte sind nämlich keine Erbschaftssachen im Sinne des ZGB Art. 598, da sie aus dem Vermögen des Zuwendenden, nicht aus seinem Nachlaß stammen. Die Ausgleichungsberechtigung ist somit keine eigentliche Erbberechtigung, obschon sie ihre Grundlage zum Teil im Erbrecht hat; nur zum Teil, weil auf Seiten des Ausgleichungspflichtigen ein vom präsumtiven Erblasser abgeschlossenes Rechtsgeschäft inter vivos die Voraussetzung zur Ausgleichung schafft.

Diese Gründe sind überzeugend genug, um dem Autor zuzustimmen, daß der präsumtive Erblasser durch ein Ausgleichungsdispens sich des Widerrufes begibt. Hingegen bleibt es dem Erb-

lasser unbenommen, letztwillig den Erlaß einer Ausgleichungspflicht zu verfügen. Er schafft dadurch ein Vorausvermächtnis, welches den Erlaß einer Verbindlichkeit zum Gegenstand hat. Er kann auch im Umfang des nicht pflichtteilsgeschützten gesetzlichen Erbteils mit Verfügung von Todes wegen die Ausgleichung eines Vorempfanges nachträglich anordnen. Diese testamentarisch auferlegte Ausgleichungspflicht ist rechtlich ein Entzug oder teilweiser Entzug des gesetzlichen Erbanteils: eine materielle Verfügung über die Erbmasse.

2. Die Kollationsobjekte

Umstritten ist auch die Abgrenzung der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen von den nicht ausgleichungspflichtigen, da ZGB Art. 626 II keinen numerus clausus schafft, sondern von «Heiratsgut, Ausstattung, Vermögensabtretung, Schulderlaß und dergleichen» spricht. Die Mehrzahl der schweizerischen Autoren dehnt die Konferendenliste des ZGB Art. 626 II im Sinne des französischen Rechts so weit aus, daß praktisch alle Zuwendungen an Nachkommen, unter Vorbehalt der im Gesetz ausdrücklich erwähnten Ausnahmen, der Ausgleichungspflicht unterstellt werden. Dazu hat offenbar der in der Konferendenliste enthaltene Schulderlaß verleitet. Das Bundesgericht scheint in seiner früheren Praxis (45 II 513) diese Ansicht geteilt zu haben. In seiner neuern Praxis zählt es aber die Schenkungen nicht mehr zu den Kollationsobjekten (71 II 69).

Die in ZGB Art. 626 II genannten Zuwendungen betreffen Rechtsgeschäfte des Erblassers, durch welche sein Vermögen vermindert und dasjenige der Nachkommen vermehrt wird (Pra 33 Nr. 53), während der Begriff der ausgleichungspflichtigen Zuwendungen ganz allgemein wohl eine Vermögensverminderung des Erblassers im wirtschaftlichen Sinne voraussetzt, nicht aber notwendig auch eine Bereicherung im Vermögen des Ausgleichungspflichtigen. Dies bedeutet einerseits eine Beschränkung der Zahl der Kollationsobjekte des Absatzes 2, gestattet aber anderseits die Ausgleichung auch eintreten zu lassen, wo keine unentgeltliche Zuwendung ausgerichtet wurde, der Nachkomme aber im wirtschaftlichen Effekt bereichert wird. Maßgebend ist somit nicht die rechtliche Form, sondern der wirtschaftliche Effekt. Mit dieser Begründung hat das Bundesgericht im letzt erwähnten Entscheid eine verjährte Forderung der gesetzlichen Ausgleichungspflicht unterstellt.

Diese Stellungnahme widerspricht nicht dem Ausgangspunkt des Autors, wonach die lebzeitige Zuwendung nur durch zweiseitiges Rechtsgeschäft möglich sei. Beim Verjährenlassen der

Schuld handelt es sich nämlich nicht um eine unentgeltliche Zuwendung, da die Forderung auch weiterhin, wenn auch als Naturalobligation, besteht. Darnach sollte eine verjährte Schuld den Erben bei der Erbschaftsteilung eigentlich angerechnet werden. Da aber eine Naturalobligation nicht als Forderung im Sinne des ZGB Art. 626 II gilt (Pra 33 Nr. 53), wird in diesem Sonderfall der Nachkomme gemäß ZGB Art. 626 II aus Billigkeitsgründen ausgleichungspflichtig.

3. Die Herabsetzung

Ihrer juristischen Natur nach macht die Herabsetzungsklage nicht einen Anspruch geltend, sondern ein Gestaltungsrecht. Sie richtet sich nicht auf Verurteilung des Beklagten zu einer Leistung, sondern auf Abänderung der erblasserischen Verfügung. Erst auf Grund eines Herabsetzungsurteils erhält der Pflichtteilsberechtigte einen Anspruch auf Rückerstattung.

Nun steht die herrschende Meinung auf dem Standpunkt, die Hinzurechnung von Zuwendungen unter Lebenden finde nur im Umfang der Bereicherung statt. Dadurch wird aber die Erbmasse und damit auch die Pflichtteile vermindert. Befriedigender erscheint darum die Stellungnahme des Autors, wonach die Herabsetzungsklage in vollem Umfange zuzusprechen und die Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung erst gegen den Herausgabeanspruch des Pflichtteilsverletzten zuzulassen ist. Die Pflichtteile der einzelnen Berechtigten werden so von einer Erbmasse bemessen, bei welcher die herabgesetzte Zuwendung in vollem Umfang mitberechnet wird.

Folgendes Beispiel illustriert das Resultat nach der einen und der andern Lösung:

Der Erblasser hinterläßt Fr. 5000.—, von denen er Fr. 2500.— einem Institut vermacht. Alleinerbe ist der überlebende Ehegatte A. Vier Jahre vor dem Erbfall hat der Erblasser einem Dritten Fr. 15 000.— zugewendet, die dieser gutgläubig verbraucht hat, so daß er zur Zeit des Erbgangs nicht mehr bereichert ist. Die Lösung

nach herrschender Meinung		nach dem Vorschlag des Autors	
	Fr.		Fr.
Erbmasse	5000.—	Erbmasse	20 000.—
Pflichtteil	2500.—	Pflichtteil	10 000.—
A erhält	2500.—	A erhält	5 000.—

A bleibt nach dem Vorschlag des Autors um Fr. 5000.— pflichtteilsverletzt. Das Legat an X kann er auf Null herabsetzen lassen.

Der Pflichtteil des Verletzten ist bei dieser Berechnung höher, als wenn eine nicht mehr vorhandene Bereicherung des Empfängers einer lebzeitigen Zuwendung überhaupt nicht zur Erbmasse hinzuzuzählen wäre. Überdies hat der Verletzte in allen Fällen ein Vorteil von dieser Regelung, wenn die Hinterlassenschaft selbst ausreicht, um ihn zu befriedigen, oder wenn der Herabsetzungsbeklagte sich einer lebzeitigen Zuwendung nur teilweise entäußert hat.

Gegen diese Berechnungsart läßt sich geltend machen, daß sie in gewissen extremen Fällen zum Nachteil des Pflichtteilsverletzten ausschlagen kann. Ein solcher Fall wäre zum Beispiel folgender:

Ein Erblasser hat von seinen drei Kindern dem A vier Jahre vor dem Erbgang Fr. 12 000.—, dem B zwei Jahre vor dem Erbgang Fr. 36 000.— als nicht ausgleichungspflichtige Zuwendung zukommen lassen. Bei seinem Tode bleibt für C nichts übrig, weil keine Hinterlassenschaft vorhanden ist. Ist nun B zur Zeit des Erbgangs zahlungsunfähig, so ergibt die vorgeschlagene Lösung:

$$\begin{array}{lll} \text{Erbmasse} & = \text{Fr. } 12\,000.- \text{ plus Fr. } 36\,000.- & = \text{Fr. } 48\,000.- \\ \text{Pflichtteile} & = 3 \times \text{Fr. } 12\,000.- & = \text{Fr. } 36\,000.- \end{array}$$

C ist im Betrage von Fr. 12 000.— pflichtteilsverletzt. C hat gegen B die Herabsetzungsklage, bekommt aber wegen dessen Zahlungsunfähigkeit lediglich einen Verlustschein. Wegen eines so seltenen Einzelfalles rechtfertigt sich aber kaum, eine Regelung zu vertreten, die sich im Normalfall zweifellos als unbillig erweist.

4. Das Verhältnis von Ausgleichung und Herabsetzung

Beide Institute wollen die lebzeitigen Zuwendungen erfassen, schließen sich aber gegenseitig aus, so daß eine Zuwendung nur entweder der Ausgleichung oder der Herabsetzung unterliegt. Selbst wo eine in einem einheitlichen Akt vorgenommene lebzeitige Verfügung teils der Ausgleichung, teils der Herabsetzung unterstellt sein kann (ZGB Art. 629), gilt für die beiden Teile, daß sie entweder nur der Ausgleichung oder nur der Herabsetzung unterliegen.

Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß die Ausgleichung auf Disposition, die Herabsetzung auf zwingenden Normen beruht. Die Ausgleichung dient dem wirklichen oder vermutlichen Willen des Erblassers, die Herabsetzung soll hingegen eine Erbfolge auch gegen den Willen des Erblassers ermöglichen. Die Ausgleichung bleibt begriffsnotwendig auf die Erben beschränkt,

während der Herabsetzung auch Dritte unterworfen werden können. Folgerichtig kann sich ein Erbe durch Ausschlagung der Erbschaft der Ausgleichungspflicht, nicht aber der Herabsetzung entziehen.

In bezug auf die ausgleichungspflichtigen und herabsetzbaren Zuwendungen wird in Literatur und Praxis die Fassung von Ziff. 1 Art. 527 ZGB als sehr unklar und widersprechend bezeichnet und damit eine dem Wortlaut direkt entgegengesetzte Interpretation gerechtfertigt. Darnach ist in ZGB Art. 527 Ziff. 1 der Ausdruck «Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil» in einem objektiven Sinn zu verstehen und darunter auch die in ZGB Art. 626 II genannten und von ZGB Art. 527 Ziff. 1 übernommenen Zuwendungsobjekte zu subsumieren, selbst wenn sie der Erblasser von der Ausgleichungspflicht befreit hat.

Diese objektive Auslegung wird vom Autor abgelehnt, da er den Sinn des Art. 527 Ziff. 1 ZGB weder unklar noch widerspruchsvoll findet. Der französische Text lässt über den Sinn keinen Zweifel. Von einem Widerspruch in dieser Ziffer kann keine Rede sein, weil es möglich ist, daß ausgleichungspflichtige Zuwendungen nicht zur Ausgleichung gelangen, zum Beispiel wenn der Ausgleichungspflichtige nicht Erbe wird oder nicht Erbe bleibt. Auch auf Billigkeitserwägungen kann sich die herrschende Auffassung nicht stützen. Das wäre nur dann der Fall, wenn die Pflichtsteilsberechtigten hilflos zusehen müßten, wie der Erblasser die einen Erben durch Dispens von der Ausgleichung begünstigt und dadurch ihren Pflichtteil schmälert. Dem Pflichtteilsverletzten steht aber immer noch die Herabsetzungs-klage aus Ziff. 3 und 4 des Art. 527 ZGB zu, sofern er die Voraussetzungen durtun kann.

Wenn sich also die herrschende Auffassung auf den Standpunkt stellt, daß lebzeitige Zuwendungen, welche der Konferenzenliste des Art. 626 II ZGB entsprechen, ohne weitere Voraussetzung unter ZGB Art. 527 Ziff. 1 zu subsumieren seien, wann immer ein gesetzlicher Erbe Empfänger der Zuwendung ist, so wird damit offenbar ein Mißbrauch der Verfügungsfreiheit seitens des Erblassers stillschweigend vorausgesetzt.

Dagegen spricht aber, daß nach Ziff. 3 und 4 des Art. 527 ZGB lebzeitige Schenkungen der Herabsetzung nur unter der Voraussetzung unterstellt sind, daß sie innert der letzten 5 Jahre vor dem Erbgang oder in fraudem legis ausgerichtet wurden. In subjektiver Hinsicht wird hier kein Unterschied gemacht, ob Erben oder Dritte beklagt sind. Da aber nach Ziff. 1 des Art. 527 ZGB bei «Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil», die objektiv der Ausgleichung unterworfen sein könnten, gegen prä-

sumtive Erben ohne weitere Voraussetzungen auf Herabsetzung geklagt werden kann, wären diese Erben schlechter gestellt als Dritte, was eine Unbilligkeit wäre.

Die herrschende Lehre und Praxis subsumiert Schenkungen des präsumtiven Erblassers nicht unter die Ausgleichungspflicht des Art. 626 II ZGB. Ist es nicht unbillig, wenn einerseits lebzeitige Zuwendungen an gesetzliche Erben nur deshalb unbeschränkt der Herabsetzung unterliegen sollen, weil sie in der Kollationsliste des Art. 626 II ZGB enthalten sind, obschon die Ausgleichungspflicht vom Willen des Erblassers abhängt, während anderseits lebzeitige Zuwendungen, deren Schenkungscharakter gleichfalls vom Willen des Erblassers abhängt, unter den besondern Voraussetzungen der Ziff. 3 oder 4 des Art. 527 ZGB der Herabsetzung unterstellt sein sollen?

Es ist dem Autor beizupflichten, daß unter «Zuwendungen auf Anrechnung an den Erbteil, als Heiratsgut, Ausstattung oder Vermögensabtretung» diejenigen zu verstehen sind, welche gemäß ZGB Art. 626 I oder II der Ausgleichung unterliegen sollen. Die weitere Wendung von Ziff. 1 des Art. 527 ZGB «wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind» ist auf den Fall zu beziehen, daß der Zuwendungsempfänger nicht Erbe wird oder nicht Erbe bleibt, also auf Ausschlagung, Erbunwürdigkeit, Enterbung. Es soll verhindert werden, daß ein Zuwendungsempfänger, der an der Erbschaftsteilung nicht teilnimmt und daher nicht zur Ausgleichung angehalten werden kann, seine Miterben in ihrem Pflichtteilsrecht beeinträchtigt. Die Herabsetzungsklage verhilft in diesem Falle dem erblasserischen Willen zum Durchbruch.

Des weitern ist aus Art. 527 I ZGB zu entnehmen, daß ausgleichungspflichtige Zuwendungen, «wenn sie nicht der Ausgleichung unterworfen sind», der Herabsetzung unterliegen, somit dem Empfänger auf den Pflichtteil zu imputieren sind.

Die Müllersche Abhandlung ist durch klare und saubere Lösungen gekennzeichnet und liefert einen bemerkenswerten Beitrag zu einem Kernstück unseres Erbrechts.

Dr. Arthur Jost, Luzern

Haug, Dr. Hans: Die Schranken der Verfassungsrevision. (Studien zur Staatslehre und Rechtsphilosophie, Heft 2.) Zürich 1947 (Schultheß). 247 S. Fr. 6.—.

Die Zürcher Dissertation des gegenwärtigen Sekretärs des Schweizerischen Roten Kreuzes trägt den Untertitel: «Das Postulat der richtigen Verfassung als normative Schranke der souveränen verfassungsgebenden Gewalt (Betrachtung zum Wieder-

aufbau einer materialen Rechtslehre)). Haug beschränkt sich nicht auf eine Untersuchung der in den modernen Verfassungen gelegentlich enthaltenen ausdrücklichen Schranken für die Verfassungsrevision. Seine Fragestellung ist grundsätzlich: welche Schranken gibt es für die verfassungsgebende Gewalt überhaupt und welcher Art sind diese Schranken? Der Verfasser geht von einer Untersuchung über den Staats- und Verfassungsbegriff aus und zeigt die in der rechtsstaatlichen Verfassung verankerten Werte auf, die einer überstaatlichen Wertordnung angehören. Von dieser Wertordnung aus ergeben sich die Schranken für jede Änderung der Verfassung. «Die absolute Schranke der Verfassungsrevision fällt zusammen mit dem materialen Postulat, daß die Gerechtigkeit nicht im Wege der Setzung von gerechtigkeitswidrigem zwingendem Verfassungsrecht verletzt werde... Eine Verfassungsrevision, die das Unrecht einführen will, stößt an die absolute Schranke der Gerechtigkeit.» Das ist die These, in welcher die Untersuchung von Haug ausmündet. Dabei begnügt sich der Verfasser jedoch nicht, die Gerechtigkeit nur formal zu umschreiben; seine Ausführungen zum Beispiel über die Grundrechte sind ein Ansatz zu einer materialen Gerechtigkeit. Als Grundrechte will er nur die Schöpfungsrechte im Sinne der christlichen Ethik verstanden wissen. «Schöpfungsrechte sind Menschenrechte nur darin, daß der Mensch ihr Träger ist, nicht aber darin, daß sie das Werk, die Satzung des Menschen wären. Der Staat ist also nicht imstande, Grundrechte zu verleihen, er ist niemals ihr Schöpfer, sondern immer nur dazu aufgerufen, die überstaatlichen Grundrechte anzuerkennen und zu schützen.»

Die Arbeit von Haug ist ein wertvoller Beitrag zu einer (reformierten) Staats- und Verfassungslehre. Sie reicht über das Niveau der Dissertationen hinaus und verdient auch sprachlich alles Lob.

PD Dr. Hans Marti, Bern

Festschrift zur Hundertjahrfeier des Österreichischen Obersten Gerichtshofes. 1850—1950. Wien 1950 (Manz). 283 S. sFr. 18.50.

Die Judikate und Sprüche des Obersten Gerichtshofes seit seinem Bestande. Herausgegeben vom Redaktionsausschuß des Obersten Gerichtshofes. Wien 1950 (Manz). Gr. 8°, 960 S. sFr. 46.50.

I. Vor zweihundert Jahren (1749) schuf die Kaiserin Maria Theresia als besonderes Hofamt die «Oberste Justizstelle», keineswegs um dem esprit des lois (1748) zu huldigen, sondern aus dem Geiste des absolutistischen Staates heraus, als zentrales Organ zur Durchsetzung der Einheit des Staates gegenüber den Son-

derinteressen des Landes. Die oberste Justizstelle bildete denn auch das Justizministerium und den Obersten Gerichtshof in einem als supremum justitiae consilium. Auch das ABGB von 1811 stellte sich in den Dienst der Einheit des Staates. Die Erfüllung dieser Aufgabe überwachte nach wie vor die Justizstelle. Erst nach den Stürmen der 48er Revolution wurde ein eigenes Justizministerium geschaffen, und der obersten Justizstelle verblieb die Gerichtsbarkeit. So entstand 1850 der Oberste Gerichtshof. Noch war ihm die Aufgabe gestellt, im materiellen und im Verfahrensrecht die Einheit des Reiches kraftvoll zu wahren und, soweit nötig, in die Wege zu leiten und durchzusetzen und damit den Einheitsstaat zu verwirklichen. Die politischen Geschicke, die unser Nachbarland in diesen hundert Jahren erzielten und die wir freundnachbarlich miterlebt und miterlitten haben, bedürfen keiner Darlegung. Ihnen fiel 1939 auch der Oberste Gerichtshof zum Opfer, der dann aber 1945 sofort wiedererstand. — Auch das höchste Gericht Österreichs sieht sich vom Ausbruch des ersten Weltkrieges an vor Fragen von größter politischer, sozialer, wirtschaftlicher Bedeutung gestellt, die Kronenauflistung (die es im Gegensatz zum deutschen Reichsgericht ablehnte), die clausula, die Sicherungsübereignung (mit einem unserem ZGB Art. 717 entsprechenden Endergebnis), die Dispensehe und anderes mehr und in den letzten fünf Jahren stellt die Bewältigung der drei Schichten übereinander gelagerten Rechts: des früheren bis 1933, desjenigen der Diktatur von 1933 bis 1938 und der Okkupation von 1938 bis 1945, zumal angesichts der verheerenden Kriegsfolgen, ganz besonders hohe Anforderungen an die Intuition der Richter.

Angesichts dieses unerhörten Ablaufes, der im Beitrag von Otto Leonhard, «Aus der Geschichte des österreichischen Obersten Gerichtshofes», lebendig und anschaulich geschildert wird, muß ein Rechenschaftsbericht über die hundert Jahre Rechtsprechung auch unser Interesse in hohem Maße erregen. Unsere Gesetzbücher bergen einen umfangreichen Gemeinbesitz an befestigten Rechtsvorstellungen in sich, ein wertvolles Kulturgut, dem auch der verstiegene Nationalismus nicht beizukommen vermocht hat. Und die gewaltigen Umwälzungen, welche die letzten Dezennien gebracht, haben vor unseren Grenzen nicht Halt gemacht. So sehen auch wir uns vielfach vor die gleichen Probleme gestellt. Die gemeinsamen geistigen Grundlagen wirken sich, wie die Festschrift eindringlich ausweist, auch darin aus, daß Wissenschaft und Rechtsprechung sie hüben und drüben mit den gleichen Methoden zu bewältigen versucht. Doch in der Auswahl der heuristischen Mittel und Wege

und in der konkreten Stellungnahme zu dem immer neuen, immer jungen Problem der Stellung des Richters zum Gesetz setzt alsdann die Zeit- und Ortsbedingnis ein und damit das Spannungsverhältnis im Vergleich der österreichischen und der schweizerischen Rechtsprechung.

Einen zentralen Bericht erstattet Altmeister Heinrich Klang: «Der oberste Gerichtshof und die Entwicklung des bürgerlichen Rechts». Er stellt zuerst die vom OGH befolgten methodischen Grundsätze dar, die Gesetzesauslegung durch den OGH, die Analogie, die Berufung auf die natürlichen Rechtsgrundsätze (§ 7 ABGB), und würdigt dann die oberst-gerichtliche Rechtsprechung als Wegbereiter des Gesetzgebers, die berichtigende Gesetzesauslegung, die Ausgestaltung nicht oder nicht genügend geregelter Rechtseinrichtungen sowie die Stellung zu Neuerscheinungen. Unter diesen Aspekten wird ein naturgemäß höchst umfangreiches Material bewältigt in einer bewunderungswürdig klaren und knappen Darstellung, die jeweilen in eine freimütige und zugleich vornehm zurückhaltende kritische Würdigung ausmündet. Es fehlt denn auch nicht ein Abschnitt über «Fehllösungen», die der Verfasser hauptsächlich auf das Bestreben zurückführt, Aufgaben mit den Methoden der Rechtsprechung meistern zu wollen, deren Lösung dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben muß. — Zusammenfassend weist der Verfasser auf den Wandel der Methode hin: die älteren Entscheide mit ausschließlicher Begründung durch begriffliche Konstruktionen, die jüngeren und jüngsten mit geschichtlichen Besinnungen und immer stärker mit teleologischer Beurteilung. Und neben die eine Aufgabe, die Einheit der Rechtsprechung und die Rechtsicherheit zu wahren, tritt mit dem Wandel der Verhältnisse die andere der zeitgemäßen Fortbildung, die sich nachgerade zur Aufgabe weitet, dem Gesetzgeber den Weg zur Neuregelung zu bereiten.

Um diese Grundprobleme kreisen auch die meisten weiteren Beiträge. Albert Ehrenzweig schildert «die vor-gesetzliche Rechtsprechung des OGH in Versicherungssachen». Der Gesetzgeber schwieg, die allgemeinen Versicherungsbedingungen wurden von den Versicherungsgesellschaften in voller Freiheit geschaffen, und die Gerichte stützten diese Freiheit weitmöglichst. Und doch war «eigentlich jeder Versicherungsvertrag anfechtbar» (Steinbach), denn mit innerem und unwiderstehlichem Zwange setzten sich in einer gestaltenden Rechtsprechung die Schranken von Treu und Glauben durch. — F. Gschnitzer wirft die grundsätzliche Frage auf: Schafft Gerichtsgebrauch Recht? und bejaht sie mit Entschiedenheit. Rechtsübung und Rechtsüberzeugung der Rechtsgenossen sind heute als Quelle

neuen Rechts so gut wie ausgeschaltet, dagegen kann die Bedeutung des Gerichtsgebrauches nicht hoch genug eingeschätzt werden. Auf das gesamte Privatrecht wirkt er ein. Er stellt Sätze auf, die sich in der Folge widerspruchsloser dauernder Geltung erfreuen und die oft genug vom Gesetzgeber übernommen werden, wofür gewichtige Beispiele angeführt werden. Diese schöpferische Rechtsprechung erweist sich denn auch als wesentlich ausgewogener als die Lehrmeinungen der Wissenschaft. — Mit besonderer Kompetenz behandelt Fritz Schwind, der soeben auch einen Kommentar zum österreichischen Eherecht (1951) veröffentlicht, der sich durch seine Gründlichkeit und Umsicht auszeichnet, «die Fortbildung des Familienrechtes durch die Rechtsprechung des OGH als Beispiel für allgemeine Probleme der Rechtsauslegung». Eindringlich legt der Verfasser den Wandel der Verhältnisse dar, der sich «in den umwälzendsten anderthalb Jahrhunderten der Weltgeschichte» vollzogen hat: die Stellung der Frau hat mit der zu Beginn des 19. Jahrhunderts so gut wie nichts mehr gemein. Dazu kommt die Aufgabe der Amalgamierung völlig heterogenen Rechtsstoffes; denn das Ehegesetz von 1938 bleibt auch nach der Ausmerzung der nationalsozialistischen Elemente ein Fremdkörper im österreichischen Recht. Angesichts dieser Schwierigkeiten erweisen sich die Direktiven, die der Gesetzgeber in § 6 aufstellt, die eigentümliche Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und die klare Absicht des Gesetzgebers als unzureichende Behelfe. An instruktiven Beispielen wird dargetan, wie der OGH die Aufgabe bewältigte. Er gelangt dabei auch zur Aufstellung von Grundsätzen, die den schweizerischen Gepflogenheiten entsprechen, so betreffend die Unterhaltpflicht auch der Ehefrau oder den Unterhalt während des Scheidungsprozesses. In der Streitfrage, die bei uns ZGB Art. 142 Abs. 2 auslöst, sei auf die Ausführungen von Schwind S. 281 (und in seinem Kommentar zu § 55 EheG) verwiesen. — Nach diesen methodologisch orientierten Beiträgen überrascht Heinrich Demelius, «Der oberste Gerichtshof und das Handelsrecht», noch mit einer ganz anderen Betrachtungsweise: das Rechtsleben erhält sein Gepräge auch durch den Volkscharakter; daraus lassen sich wesentliche Unterschiede in der deutschen und österreichischen Rechtsprechung erklären. —

II. Das Gesetz als das Wort des Landesherrn, die Unerschütterlichkeit der Autorität, die Gesetzesgläubigkeit auferlegen dem Richter die Pflicht, das Gesetz und nur das Gesetz anzuwenden. So wenig wie die Lehren der *doctores* dürfen getroffene Entscheide ihn von dieser geraden Linie abbringen: der Richter ist an Vorentscheide nicht gebunden. Jedoch: Mit seinem Urteil verleiht er

dem Gesetz einen bestimmten Sinn; geht er davon ab, dann wird dieses widerspruchsvoll und seine Autorität wird erschüttert. Widersinn des «Präjudizienproblems»! Schon eine kaiserliche Instruktion von 1763 erklärt, daß auf Praejudicata kein fester Fuß zu setzen sei, zugleich aber auch, daß, wenn einmal in einem Einzelfall ein Grundsatz ausgesprochen worden sei, dieser auch in anderen gleichen Fällen observiert werden müsse, damit die contrarietas sententiarum soviel wie möglich selbst dem Scheine nach vermieden werden! Der Widerspruch besteht auch unter dem ABGB. § 12 versagt dem Urteil jeden über den eigenen Fall hinausgehenden Geltungsanspruch; aber ein kaiserliches Handschreiben von 1822 stellt höchst mißfällig fest, daß sich in die Rechtsprechung des OGH Widersprüche eingeschlichen hätten, und auferlegt ihm als seine oberste Pflicht, die Einheit der Grundsätze zu wahren. Urteile, welche hiegegen verstießen, sollen dem Plenissimum oder gar dem Kaiser selbst vorgelegt werden. Somit wiederum: Bindung an die Präjudizien. Aber sie erwies sich als nicht durchführbar. Noch wurden die Urteile nicht veröffentlicht, ja es wurde geradezu Vorsorge getroffen, daß sie über den Kreis der Beteiligten hinaus nicht bekannt wurden. Sie wurden zumeist auch diesen gegenüber nicht begründet. Noch fehlte die öffentliche Kontrolle, noch gab es die richterliche Unabhängigkeit im heutigen Sinne nicht. Die §§ 7, 8 und 12 ABGB hatten den Sinn, daß zweifelhafte Rechtsfragen dem Monarchen als dem obersten Gesetzgeber zu unterbreiten, die gesetzlichen Bestimmungen von ihm authentisch zu interpretieren seien.

Erst im Jahre 1853 wurde angeordnet, daß Vorkehren zur Evidenthaltung der Präjudikate getroffen und ein Präjudizienbuch angelegt werden solle, das den Gerichtsreferenten zur Einsicht offenstehe. Mit Erlaß von 1854 wurde verfügt, daß von einmal angenommenen Rechtsgrundsätzen ein Senat des OGH (mit 7 Mitgliedern) nicht mehr von sich aus abweichen dürfe: dies steht nur noch einem verstärkten von 15 Mitgliedern zu. Diese Entscheidungen sind in das nunmehr als Judikatenbuch bezeichnete Verzeichnis der grundsätzlich wichtigen Urteile aufzunehmen. Diese enge Umschreibung der aufzunehmenden Urteile allein schon verhinderte eine durchgeführte Einheitlichkeit der Rechtsprechung. Eine Verfügung von 1872 trifft deshalb weitere Vorkehrungen: Es wird ein Spruchrepertorium angelegt, in welches alle Entscheidungen eingetragen werden, die Gegenstand einer näheren Erörterung in einem Senat gebildet haben. Ein Abgehen von einem solchen Entscheide darf nur von einem verstärkten Senat von 15 Mitgliedern beschlossen werden. Diese Entscheidung ist in das Judikatenbuch aufzunehmen.

Diese Urteile sind bindend, solange sie nicht durch die Entscheidung eines aus 21 Mitgliedern gebildeten Senates des OGH abgeändert werden.

Über diese Vorgeschichte orientiert in Kürze Otto Leonhard in seinem Beitrag zur Festschrift (S. 195), ganz einläßlich und höchst instruktiv Senatspräsident Karl Wahle in der vorliegenden Ausgabe der Judikate und Sprüche durch die Redaktionskommission des OGH. Bis dahin gab es vor allem die bekannte ältere Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen des OGH von Glaser und Unger (bis 1915) und die amtliche Sammlung von Entscheidungen des OGH von Nowack; der erste Band brachte die Entscheidungen des Judikatenbuches und des Spruchreptoriums des OGH von 1833 bis 1878. Eine besondere Sammlung der Judikate und Sprüche gaben Jolles und Zeller 1910 heraus. — Heute wird die Folge der «Entscheidungen des österreichischen OGH in Zivil- und Justizverwaltungssachen» (zit. SZ) von seinen Mitgliedern herausgegeben. Eine unerlässliche Ergänzung bildet die vorliegende nachgeführte und vollständige Herausgabe der Judikate und Sprüche.

Angemerkt sei, daß die «Jur. Blätter» soeben (Bd. 73 H. 4) einen kritischen Überblick über Band 22, Jahrgang 1949, 1. Halbjahr, der Entscheidungen von OLG-Rat Adolf Ehrenzweig bringen, wie sie ähnlich die Zeitschr. bern. JV über die Entscheidungen unseres Bundesgerichts uns jährlich vorlegt. Vor allem soll noch erwähnt werden, daß Adolf Ehrenzweig soeben den ersten Band des «System des österreichischen allgemeinen Privatrechts» seines Vaters, Armin Ehrenzweig, in nachgeführter zweiter Auflage herausgibt. Auch in dieser neuen Ausgabe wird das Werk in der Schweiz die allgemeine Beachtung finden, die ihm mit Recht schon bisher zuteil geworden ist.

Durch die Darstellung, welche Karl Wahle der Vorgeschichte der Judikate und Sprüche widmet, rückt für den schweizerischen Juristen OG Art. 16 betreffend die Beschußfassung der vereinigten Senate des BGer. in neues Licht. — Die Verbindlicheklärung wird neuestens in Österreich auch in den Dienst des Arbeitsrechtes gestellt. Nach dem Gesetz über die Arbeitsgerichte können Fragen, welche durch Arbeits- oder andere Untergerichte eine verschiedene Beurteilung erfahren, durch das Justizministerium dem OGH zur Begutachtung unterbreitet werden; das Gutachten wird in das Judikatenbuch aufgenommen. Auch in unserem Rechtsleben gibt es Fragen, die nie zu letztinstanzlicher Entscheidung gelangen, so daß die Einheitlichkeit in die Brüche geht, es sei nur an OR Art. 335 erinnert. Das neue Arbeitsgesetz sollte Abhilfe bringen.

Prof. A. Egger, Zürich

Le droit privé français au milieu du XX^e siècle. Etudes offertes à Georges Ripert, membre de l’Institut, ancien Doyen de la Faculté de Droit de Paris, Prof. hon. à la Faculté de Droit d’Aix, 2 vol., Paris 1950.

Wenn Georges Ripert sein 70. Altersjahr erreicht und von seinem Lehramt zurücktritt und bei diesem Anlaß von der französischen Juristenwelt gefeiert wird, empfindet auch die schweizerische Rechtswissenschaft das Bedürfnis, dem Jubilaren ihren Dank auszusprechen und ihre Verbundenheit mit der französischen Schwesternwissenschaft zu bekunden. Das kann auch gar nicht anders sein. Alle Arbeit an einem nationalen Zivilrecht ist im Bereich der abendländischen Kultur Arbeit am heutigen Zivilrecht schlechthin — nach ihrer Natur wohnt ihr ein universaler Zug inne. Das gilt in besonderem Maße von dem Lebenswerk Georges Riperls. Es ist eine Verkörperung jener Rechtswissenschaft, die vom Throne der Selbstgenügsamkeit herabgestiegen und die splendid isolation, in welche sich die französische exegetische wie die deutsche gemeinrechtliche Schule eingekapselt hatten, durchbrochen und sich wieder mitten in das Leben hineingestellt hat. Wieder: ein Montesquieu, ein Savigny waren erfüllt von dem Bewußtsein der Beziehungen zwischen dem Recht und den (andern) Lebensmächten. Erst das 19. Jahrhundert brachte jenen Rückzug der Rechtswissenschaft in ihre eigene Begriffswelt, woran sie letzten Endes scheitern mußte. Der erste Entwurf eines deutschen BGB hatte ihre Sterilität in helles Licht gesetzt. Eine neue Lehre wird entwickelt — in nationalem Gewande eine große universale Geistesarbeit geleistet. Eine bedeutende methodologische Fundierung erhält sie noch Ende des letzten Jahrhunderts durch François Gény, dessen Werk Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif in erster Auflage 1899 herausgekommen ist. In der Rechtswissenschaft der ersten Jahrhunderthälfte erringt die neue Einstellung einen vollen Sieg. Georges Ripert hat sich an den Kämpfen um die neue Methode nur gelegentlich beteiligt, wohl aber hat er diese in einer Weise angewendet, die ihre Fruchtbarkeit und Unentbehrlichkeit in helles Licht rückten. Das Recht lebt in seinen Beziehungen zur Sittlichkeit, zu den politischen Mächten, zur Wirtschaftsordnung. Von diesen Mächten wird es bestimmt beeinflußt, dank seiner Eigengesetzlichkeit wirkt es aber auch auf sie ein — es ist ein ununterbrochenes Geben und Nehmen, eine «création continue et jamais achevée» (G. R.). In drei Werken legt Georges Ripert das Spannungsverhältnis dar, in welchen das Recht zu diesen Mächten steht.

Sein berühmtes Werk, *La règle morale dans les obliga-*

tions civiles, ist in erster Auflage 1925 erschienen und liegt heute in 4. Auflage, 1949, vor. In der schweizerischen Rechtswissenschaft hat Eugen Huber, Recht und Rechtsverwirklichung, 1920, das Ethos unter den Elementen des Rechts an die erste Stelle gestellt. Walther Burckhardt hat in seinem Werk über Methode und System des Rechts, 1936, die Selbständigkeit der Rechtsethik neben der Logistik recht eigentlich wissenschaftlich begründet. Aber zu einer eigenen Darlegung dieser Rechtsethik ist er († 1939) nicht mehr gelangt. Ich habe in jenem verhängnis schweren Sommer 1939 aus der damaligen politischen Weltlage heraus mir eine kleine Schrift über die Rechtsethik des ZGB abge rungen. — Jugendfrisch wie am ersten Tage liegt das Werk von Georges Ripert vor uns, eine unentbehrliche Ergänzung unseres eigenen Schrifttums, eine schlüssige Widerlegung jener Auffassung, die da glaubt, daß die Rechtswissenschaft sich in der Rechtsetchnik erschöpfe.

In einem zweiten Werk, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, 1935 (2. Auflage 1949), setzt sich der Verfasser kritisch mit dem Einfluß der Demokratie auf das Zivilrecht auseinander. Er ist ein strenger Richter. Er sieht hier Einflüsse am Werk, welche dem Rechtsgedanken Einbuße tun. In der Vorrede zur 2. Auflage erklärt der Verfasser selber, daß manche seiner Ausführungen heute nur noch einen historischen Sinn hätten und daß der Demokratie heute vor allem die Aufgabe zukomme, die Freiheit zu verteidigen. In unserem Lande schar ten wir uns schon damals um unsere Demokratie als die Hüterin der Freiheit (darf ich an meinen Vortrag: Die deutsche Staats umwälzung und die schweizerische Demokratie, Bern 1934, er innern?). So waren wir uns schon damals bewußt, daß die Ausführungen von Georges Ripert zum mindesten in einzelnen Teilen auf unsere Verhältnisse nicht zutrafen. Aber die Schrift behält ihren Wert. Sie ist ein Zeugnis wissenschaftlicher Freiheit und wissenschaftlichen Freimutes, und sie behält mit ihrer Grund tendenz einen dauernden hohen Wert: auch der Demokratie gegenüber muß sich der Rechtsgedanke behaupten. Die politische Demokratie ist nur formell oder konstitutionell frei; aber auch sie und ihr Recht unterliegen den Anforderungen von Recht und Gerechtigkeit. Auch eine Demokratie kann eine Entscheidung treffen, die nicht dem Rechtsgedanken entspricht. Als Staatsform trägt auch sie ihre Gefahren und Schwächen in sich, und es ist gut und notwendig, daß wir uns ihrer bewußt bleiben. Ein Jacob Burckhardt, ein Jeremias Gotthelf sollen für alle Zeiten unsere Mahner bleiben. Ein Carl Hilty übernahm in der Folge diese Aufgabe. In der heutigen Juristengeneration machen

ein Werner Kägi, ein Marcel Bridel und andere sich dies zur Pflicht. Unter diesem Aspekt behalten die Ausführungen von Georges Ripert auch für uns ihren Anregungswert.

Das nämliche gilt für die dritte Monographie, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1946 (2. Auflage u. d. Presse): Überlegene Beurteilung aus der Distanz, aus der Unbe- teiligkeit heraus, wie sie nur demjenigen möglich ist, der von hoher Warte aus die Gegebenheiten überblicken und bewerten kann. Diese Warte gewährt der Rechtsgedanke. Der Kapitalismus neuer Prägung bedient sich alter Rechtsvorstellungen, erobert sich dann die Freiheit der Entfaltung in einem neuen Gesellschaftsrecht (1867), erobert aber weiterhin die Menschen selber, deren Denkweise in allen Schichten von seinem Geist erfüllt wird. Eine weite Front kämpft gegen ihn an, aber wo bleiben die neuen Rechtsgedanken und die neuen Institutionen, die ihm Halt zu gebieten vermöchten? Ohne neues Recht keine neue Wirtschaftsordnung.

Der Rechtsentwicklung der letzten fünfzig Jahre steht Georges Ripert nicht ohne Skepsis gegenüber. Er behandelt sie in seiner neuesten Schrift über *le déclin du droit*, 1949, und in der Abhandlung *Le bilan d'un demi-siècle de vie juridique*, 1950 (Chronique Dalloz 1950 p. 1).

Hier setzt die vorliegende Festschrift ein, welche in zwei stattlichen Bänden eine große Zahl hervorragender französischer Rechtsgelehrter zum Worte kommen lässt und uns in glänzender Darstellung den Stand des heutigen französischen Zivilrechts und seinen Werdegang in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts darlegt. Nicht ohne innere Bewegung vernehmen wir im ersten Beitrag die Stimme von François Gény, der wie kein anderer berufen war, über die Evolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française zu uns zu sprechen, war doch er der erfolgreichste Wegbereiter der neuen Schule, die aus jeder Seite dieser Festschrift zu uns spricht (und die in ihr zuweilen, doch gewiß nicht richtig, als die psychologische bezeichnet wird).

Die Festschrift bringt im ersten Bande die Etudes générales und Abhandlungen zum Familienrecht, im zweiten diejenigen über das Eigentum, die Verträge und Obligationen und über das Wirtschaftsleben. Nur einmal wird der gesteckte Rahmen durchbrochen; über das heute bedeutsamste Thema des internationalen Strafrechts: *De la piraterie au génocide; les nouvelles modalités de la répression universelle* spricht der berufenste Sachkenner, H. Donnedieu de Vabres, Paris. Im Rahmen bleiben die Artikel über die Reform des Zivilprozeßrechtes, über die heute zwiespältige Relation zwischen Verwaltungs- und Zivilrecht

(J. Brethe de la Gressaye) und über das internationale Privatrecht. Eine nationalistische Tendenz macht sich hier geltend, die den Anwendungsbereich des eigenen nationalen Rechtes möglichst erweitern will; Pierre Louis-Lucas setzt sich für eine universalistische Konzeption ein und will die route royale de l'unité weit offen lassen. Einen universalistischen Zug bekundet auch Paul Lerebours-Pigeonnière, La déclaration universelle des Droits de l'homme et le droit international privé français. Der Richter kann diese Grundsätze nur im Rahmen des internen Rechts anwenden; aber die Mißachtung der Menschenrechte kann gegen den ordre public verstoßen. Es kann dem Schutzbedürftigen zu seinem Recht verholfen werden, wenn das anzuwendende ausländische Recht Grundsätze der Deklaration verletzt, welche dem (eigenen) ordre public zugerechnet werden dürfen.— Überaus zeitgemäß sind auch die Erörterungen von Marg. Vassel über die jüngste Entwicklung des Staatsangehörigkeitsrechtes: nach der heutigen Lehre gehört dieses dem öffentlichen Recht an. In Wirklichkeit beruht es auf dem Kollektivwillen der Einzelnen, welche die Nation bilden; deshalb muß den Individuen ihr eigener Gestaltungswille gewahrt werden. Anwendung auf das schweizerische Recht: das Bürgerrecht der Schweizerin, welche einen Ausländer heiratet.

Die Fülle der Beiträge, welche der Entwicklung des Zivilrechts in den letzten fünfzig Jahren gewidmet sind, legen mit überwältigender Eindringlichkeit dar, daß das Recht eine *création continue et jamais achevée* bildet und daß *le travail du juriste est sans cesse à reprendre*. Diese Kreation vollzieht sich in der Gesetzgebung, unablässig sind aber auch die Rechtsprechung und die Lehre am Werk. Überall erfüllt in diesen Beiträgen wie in den dargestellten Rechtsbildungsprozessen selber die Technik ihre Aufgabe, aber sie sieht nicht von der Substanz ab, die überall in der règle morale, in der Rechtsethik ihren Grund findet. Auch nach ihrem Gehalt können die Tendenzen, die sich durchsetzen, von ihr erfaßt werden. Unverkennbar ist ein déclin des Rechts — aber nur des Rechts des letzten Jahrhunderts, das man als das klassische bezeichnen möchte: durchaus individualistisch gerichtet, auf die Rechtssicherheit erpicht und eingestellt auf große abstrakte Prinzipien, die individuelle Freiheit und Gleichheit, die aber gerade dank ihrer Abstraktheit formal bleiben und im Leben draußen der Begründung neuer Unfreiheit und Ungleichheit die Wege öffnen.

Das Recht des zwanzigsten Jahrhunderts geht andere Wege. Die Souveränität des Einzelnen soll (wie diejenige der Verbände und weiterhin der Staaten) in ihre Schranken gewiesen

werden. Die subjektiven Rechte erhalten einen neuen Sinn. Das gilt in besonderem Maße vom Eigentum, wie G. Morin in seiner Abhandlung *Le sens de l'évolution contemporaine du droit de propriété* (II 3) nachweist. Auch das Recht der juristischen Personen unterliegt diesem Wandel. Wie weit wir von der Doktrin, die um die Jahrhundertwende herrschte und auch im schweizerischen ZGB ihren Niederschlag gefunden, bereits wieder abgerückt und die Gleichstellung mit den Einzelpersonen preisgegeben, wird von Paul Durand überzeugend dargelegt. Überall ist auch die Publicisation im Vormarsch begriffen. Neben die Hilfe in der eigenen Familie tritt die Hilfe der Sozialversicherung, neben die sécurité familiale die «sécurité sociale». Diese ist unentbehrlich geworden und erfüllt eine große Aufgabe. Es liegen in ihr auch Gefahren: sie soll jene unterstützen, nicht aber sie verdrängen — eindringlich entwickelt das Problem André Rouast, *La sécurité sociale et le droit de famille* (II 346). Es ist eine Fragestellung von entscheidender Bedeutung: soll über die Familie die Kollektivität siegen oder liegt im Sozialwerk eine Stärkung und Förderung der Familie, eine Fragestellung, die verallgemeinert werden muß. Liegt der Sinn der jüngsten Rechtsentwicklung im Kollektiv und in der Indienstnahme des Einzelnen und somit in einer neuen Hörigkeit, oder liegt sie nicht vielmehr im Menschentum und seiner Befreiung? Wer den Geist seiner Zeit erfassen will, muß auch in das Recht eindringen; aus ihm spricht dieser Geist besonders vernehmlich und verbindlich ihn an. Jean Boulanger, der Mitarbeiter von Georges Ripert bei der Ausgabe der neuen Auflagen des Lehrbuches von Planiol (es war mir eine Freude, die Ironisierung der üblichen Bezeichnung als «traité élémentaire» durch René Morel in seiner Festrede zu lesen) hat einen glänzenden Beitrag über die *Principes généraux du droit et droit positif* beigesteuert (I 51). Immer bleiben die allgemeinen Grundsätze in Geltung. Aber es gibt auch unter ihnen eine Hierarchie, eine Rangordnung und auch unter ihnen einen Bedeutungswechsel. Dem neuen Recht geht es weniger mehr um die bisherige individuelle Freiheit als um eine höhere Gerechtigkeit, weniger mehr um die bisherige Art der Gleichheit als darum, einem jeden das Seinige zu geben. — Ein Vorrecht des Juristen ist es und sein nobile officium, das Gebot der Stunde zu erkennen und ihm seine Kräfte zu leihen. Der Hort gegen neue Versklavung liegt in der Pflege einer neuen Menschlichkeit. Dank, tiefgefühlten Dank einer Festschrift, die dieses «Erkenntnis» verkündet.

Prof. A. Egger, Zürich

Arminjon, Pierre, Nolde, Boris, et Wolff, Martin : Traité de droit comparé. Tome II. Paris 1950 (Librairie générale de droit et de jurisprudence). 635 p.

Après leur excellent départ au tome I (dont nous avons rendu compte en cette «Revue», vol. 69/1950, p. 359), les trois auteurs en sont aujourd’hui au tome II de leur grand ouvrage. Nos félicitations bien vives les accompagnent.

Le premier tiers du livre continue l’exposé du droit français commencé précédemment. Le système du code Napoléon et ses reprises ou ses adaptations dans les codes dérivés sont examinées dans les obligations et le droit commercial. Certes, le souci de nos éminents jurisconsultes est de montrer qu’au moment précis où il va, lui-même, se rajeunir au complet, le droit français ne cesse d’influer sur les législations (et aussi sur les jurisprudences) des pays dits latins ou bénéficiaires de la civilisation dite latine (l’Egypte, le Liban, la Tunisie, par exemples). Ce souci est légitime, puisque le fameux code a eu, dès ses débuts, le rayonnement que chacun sait dans le monde né de la première des grandes révolutions des temps modernes. Et, pourtant, les codes «napoléonides» ont, eux aussi, marqué une grande évolution ou passé par des mutations brusques. Les divergences, les nuances, les «réceptions» étrangères au texte primitif, en bref, les libertés prises à l’égard de l’illustre maître nous intéressent beaucoup plus que les solutions gardées par paresse, par piété ou par sagesse juridique. En nous les signalant avec quelque complaisance, les savants professeurs ne nous déçoivent pas.

Que permission nous soit donnée de prendre trois exemples:

Le premier est celui des vices du consentement. La formule du code français les borne à l’erreur, à la violence et au dol (les trois verbes dont use l’art. 1109 sont, avant le temps, superbes de justesse et de distinction stendalienne). Sous l’influence du code suisse ou, déjà, du code allemand, plusieurs législations ont différemment développé la nature et les effets des trois vices et, le cas échéant, y ont ajouté la simulation et la réserve mentale. Alors? L’erreur du droit mexicain est bien éloignée de l’erreur du droit français, le dol du nouveau droit italien est plus voisin du dol du droit allemand que du dol du droit français et le «metus» du projet de droit portugais (ce projet avance-t-il?) rappelle tout autant la crainte fondée du droit suisse que la violence du droit français. (Voir n°s 357 à 360.)

Le second est celui de l’imputabilité de l’acte délictuel à qui n’a pas le discernement. Le code français ne dispose pas la moindre réparation, ni matérielle, ni morale, à la charge des

insensés quand ils sont innocents de leurs actes. Le code libanais s'inspire du droit suisse et du droit allemand et dispose l'indemnité que toute une doctrine estime, à tort, n'être qu'«équitable» et qui est parfaitement fondée en droit (nous y reviendrons ailleurs!). Et, de son côté, le code maltais (que ne citent pas nos auteurs) a une règle semblable. (Voir n° 372.)

Le troisième, très clair, est celui de la novation et de la reprise de dette où les deux codes, turbulents et originaux, du Mexique et de l'Italie innovent dans la famille réputée napoléonienne et précisent (peut-être encore mieux que notre propre code) la séparation entre les deux institutions. (Voir n° 422, 425 à 427.)

Ces trois exemples suffisent. Ils révèlent combien l'ouvrage est suggestif, mais combien aussi l'entreprise que se sont proposée les trois grands juriconsultes était malaisée. Le droit comparé ne peut être que rapide et incomplet, s'il ne fait que d'indiquer, en les isolant, les divergences qui se marquent, de plus en plus, entre des droits d'abord très proches. Ces divergences font une somme et cette somme finit par rendre le code qui la contient extrêmement original. En vérité, l'originalité du code italien, du code mexicain, du code péruvien, du code brésilien ou du code libanais qui a été signalée dans le premier volume n'apparaît plus aussi nette à l'étude des obligations, faite par «institutions», dans le second volume. Ne soyons, toutefois, pas exigeants à l'excès. L'analyse permettra, un jour, la synthèse, parce que les indications fournies sont intelligentes et, tout compte fait, suffisantes à un premier tour d'horizon. Ici et là, les données sont, assurément, insatisfaisantes à l'esprit qui demande plus. Pour ne retenir, entre plusieurs, qu'un passage, celui qui a trait à l'importante question de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, cumulées ou alternées, nous nous y trouvons embarrassés, et nous en désirons davantage. Ce n'est, après tout, que déception mineure. L'ensemble demeure imposant. Il se tient aux textes de lois et laisse délibérément de côté les applications jurisprudentielles. Et, pourtant, elles ne manquent pas, elles aussi, de susciter la plus vive curiosité intellectuelle. Donnons-en une illustration nous-même! Qu'un art. 1382 du code français se retrouve, en toutes lettres, dans un art. 1802 du code puertorriquain ou un art. 2315 du code louisianais est, en soi, sans grand intérêt! Ce qui passionne l'esprit, c'est, en revanche, l'adaptation de ce même texte à des «climats» juridiques différents. La recherche sera, sans doute, poussée, un jour, dans ce sens. La jurisprudence comparée est plus chaudement vivante que l'étude des législations comparées; elle révèle, année après année, l'histoire sociale et morale

des peuples... En attendant ces œuvres de longue haleine et, peut-être, utopiques, remercions les trois grands auteurs du «Traité» de leurs lumineuses pages et des voyages pleins d'aperçus et même de richesses, montrées et soupçonnées, que ces pages nous font faire dans ces droits nés novolatins.

Les systèmes juridiques allemand et suisse (et grec) viennent après le droit commercial de la France et des pays latins. Ces systèmes juridiques sont utilement rapprochés les uns des autres et aussi de ce système admirable que nous donne le code général de l'Autriche. La structure, la langue et les méthodes d'interprétation et de continual rajeunissement des lois et de leurs dispositions sont exposées de grande manière. Le doctrinaire et le magistrat qui œuvrent sur et dans le droit allemand ou dans le droit suisse et, aussi, dans le droit autrichien (mais en un moindre degré) ne sont pas les prisonniers d'un souci d'exégèse. Ils travaillent «en position» de leur époque et par leurs efforts, ils modèlent le droit, le forment aux besoins nouveaux. «Am Anfang war die Tat...» dit l'allemand, alors que le français répond qu'au début, c'est la parole qui était. Certes, nous ne pouvons entreprendre ici la critique des excès des écoles du libre droit, de la pesée des intérêts, et d'autres méthodes appelées à produire les solutions adaptées au moment et au lieu. Constatons que ces écoles ont eu leur influence non seulement en Allemagne et en Suisse et, par ces pays, au Japon, en Turquie, en Chine, au Siam, au Mexique, mais encore en France même et dans les immenses territoires du droit anglo-saxon. Et, pour notre part, nous regrettons que l'ouvrage des trois savants auteurs ne se soit pas attaché à relever cette pénétration des idées parfois fructueuses, parfois vénéneuses, des grandes pensées de l'Europe centrale dans le monde méditerranéen et atlantique. En France même, l'étonnant développement qu'a pris la théorie de l'abus de droit et de la socialisation des droits individuels est caractéristique de la solidarité des systèmes européens et de l'universalisme d'une «science» juridique qui place le souci du collectif au-dessus des commodités du personnel. Le «déclin du droit»? Allons donc!

Après avoir exposé la partie générale et la partie spéciale des droits allemand et suisse, le volume en arrive aux systèmes juridiques de la Scandinavie et au système du droit anglais. En tous, nos trois auteurs nous apportent des vues profondes et nouvelles, des éclairages ingénieux, des compréhensions définitives.

Merci aux infatigables pionniers du temps contemporain qui nous ont donné une somme considérable. Grâce à eux, nous avons une connaissance des traits fondamentaux qui unissent ou distinguent les grands droits de notre monde. Le tome III de

l'œuvre est impatiemment attendu et il sera le bienvenu dans les bibliothèques des comparatistes, comme ses deux frères ainés.

Charles Knapp

Velázquez, Guaroa: Directivas fundamentales del derecho internacional privado puertorriqueño. Rio Piedras (Puerto-Rico) 1945. (Junta Editoria de la Universidad de Puerto-Rico.) 105 p.

Quelques lignes peuvent être ici consacrées à ce livre intéressant et précis où l'auteur, professeur d'université, montre comment, même en droit international privé, les solutions adoptées aux Etats-Unis s'implantent jurisprudentiellement en un pays de droit civil (d'origine espagnole) incorporé auxdits Etats-Unis depuis un demi-siècle. Cette influence considérable de la «common law» (au sens large) sur les systèmes de droit qui, tout en lui étant étrangers, se trouvent dans son orbite politique a déjà fait l'objet de nombreuses études. Pour Puerto-Rico, signalons l'article de M. Ramos publié dans la grande «Tulane Law Review» (t. XXVIII, p. 1 à 37 et 345 à 367) et sous le titre «Interaction of Civil Law and Anglo-American Law in the Legal Method in Puerto-Rico». Ce même phénomène de pénétration juridique se retrouve dans la province de Québec, en Louisiane, dans les îles anglo-normandes (Jersey et Guernesey). Et nous voici revenus à MM. Arminjon, Nolde et Wolff, dont nous signalons ailleurs le bel ouvrage de droit comparé (mais qui ne s'attarde pas à ce phénomène de «common-lawisation»).

Charles Knapp

Grotius, Hugo: De Jure Belli ac Pacis, Libri tres. Drei Bücher vom Recht des Krieges und des Friedens. Paris 1625. Neuer deutscher Text mit Einleitung von Walter Schätszel. Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1950.

Die neue deutsche Übersetzung des klassischen Werkes über Krieg und Frieden von Hugo Grotius, welche der Mainzer Staats- und Völkerrechtslehrer Walter Schätszel veranstaltet, entspricht einem echten Bedürfnis. Die älteren deutschen Übersetzungen, die zum Teil bis auf 1707 zurückgehen (Heinrich Schweizer gab 1718 in Zürich die dritte Grotiusübersetzung heraus), sind unzulänglich und längst vergriffen. Auch die französische Übersetzung von Jean Barbeyrac¹ ist nur schwer erhältlich und die Lektüre der lateinischen Ursprache keineswegs leicht. Auf jeden Fall hat die elegante neue Übersetzung das Verdienst, Grotius unserer Generation wieder näherzubringen.

¹ Vgl. die ausgezeichnete Schrift von Philippe Meylan, Jean Barbeyrac (1674—1744) et les débuts de l'enseignement du Droit dans l'ancienne Académie de Lausanne, 1937, S. 126 f.

Schätszel versäumt es in seiner Einleitung auch nicht, die Biographien, Gesamtwürdigungen und Übersetzungen von Grotius in deutscher Sprache zusammenzustellen und im Anschluß daran die Publikation von Thomasius zu veröffentlichen, die er als Vorrede der Übersetzung von Schütz (1707) verfaßte. Sie enthält eine recht polemische Geschichte des Naturrechts, die in der Feststellung des großen Aufklärers gipfelt: «Die göttliche Vorsehung bediente sich des Hugo Grotius als eines Werkzeuges, das Naturrecht an das Tageslicht zu bringen.»

Der Herausgeber hat dem Werke mehrere nützliche Register beigefügt, unter denen das Sachregister und die Zusammenstellung der von Grotius angeführten Autoren auch der Gegenwartspraxis des Völkerrechts gute Dienste leisten werden. Mit Recht stellt nämlich Schätszel fest: «Die Autorität des Namens von Hugo Grotius hat sich bis zum heutigen Tage erhalten. Diplomatische Schriftstücke pflegen ihn auch heute noch zu zitieren. In den Nürnberger Prozessen ist er im Gerichtssaal wiederholt angerufen worden.»

Prof. Paul Guggenheim, Genf

Eingegangene Bücher

(Besprechung vorbehalten)

Albisetti, E.: Rechtskunde für Bankbeamte. (Leitfäden f. d. Bankwesen Bd. 5.) Zürich 1951 (Verl. d. Schweiz. Kaufm. Vereins). 176 S. geb. Fr. 8.50.

Becker, Helmut: Kraftverkehrs-Haftpflichtschäden. Die Regulierung in der Versicherungspraxis. Karlsruhe 1951 (C. F. Müller). 190 S. DM 7.10.

Borkowski, Rudolf: Kleine Steuerkunde. Ein Überblick über die Steuern, mit denen der Kaufmann laufend zu tun hat. 2. erg. Aufl. Zürich 1951 (Verl. d. Schweiz. Kaufm. Vereins). 82 S. Fr. 6.50.

Ehrenzweig, Armin: System des österreichischen allg. Privatrechts. 2. Aufl. Bd. I, erste Hälfte: Allgemeiner Teil, bearb. v. Adolf Ehrenzweig. Wien (Manz) 1951. 401 S.

Feine, Hans Erich: Kirchliche Rechtsgeschichte. Bd. I. Die katholische Kirche. Weimar 1950 (Böhlau). XIX u. 662 S. brosch.

Festschrift Karl Haff zum 70. Geburtstag dargebracht. Hrsg. von Kurt Bußmann und Nicolas Graß. Innsbruck 1950 (Univ.-Verlag Wagner). 415 S.

Flattet, Guy: Les Contrats pour le compte d'autrui. Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français. Paris 1950 (Recueil Sirey). 312 p.

Frey, Beat: Ausburger und Udel namentlich im Gebiete des alten Bern. (Abhandlungen z. schweiz. Recht NF H. 281.) Bern 1950 (Stämpfli). 157 S. Fr. 7.50.

Gasser, Adolf: Von den Grundlagen des Staates. Stuttgart 1950 (Verlag f. Wissenschaft u. Praxis). 104 S. DM 4.50.

Geiger, Willi: Die Gemeindeautonomie in der Schweiz und ihr Schutz nach schweiz. Recht. (Veröffentl. der Handelshochschule St. Gallen, Reihe A, H. 24.) Zürich 1950 (Polygr. Verlag AG). 240 S. Fr. 12.—.

Güggi, B., und Ritter, Fr.: Das Steuerrecht im Fürstentum Liechtenstein. Bern 1951 (Stämpfli). 60 S. Fr. 4.—.

Haff, Karl: Das Wasserkraftrecht (mit Grundwasserrecht) Deutschlands, der Schweiz u. Österreichs einschließlich der rechtsgeschichtl. Grundlagen. Innsbruck 1951 (Univ.-Verlag Wagner). 95 S. Fr. 5.—.

Jahrbuch, schweiz., für internationales Recht hrsg. von der Schweiz. Vereinigung f. internat. Recht, Bd. VI, 1949. Zürich 1950 (Polygr. Verlag AG). 292 S. geb. Fr. 20.—.

Krauer, M.: Die Zunftordnungen von Stadt und Talschaft Laufen im 18. Jahrhundert. Laufen 1950 (Genossensch.-Druk-kerei «Volksfreund»). XVI u. 102 S. Fr. 3.50.

Kirjoituksia omistettu Juhu Kusti Paasikivelle. (Festgabe für J. K. Paasikivelle.) Lakimies Bd. XLVIII/4. Helsinki 1950. S. 525—780.

Lienert, Xaver: Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweiz. Recht. (Zürcher Beitr. z. Rechtswissensch. NF H. 167.) Aarau 1950 (Sauerländer). 134 S. Fr. 7.—.

Lott, Hans Georg: Die Besonderheiten der Zwangsvollstreckung von eidg. Steuerforderungen nach schweiz. Betreibungsrecht. (Zürcher Beitr. z. Rechtswissensch. NF H. 166.) Aarau 1950 (Sauerländer). 128 S. Fr. 6.40.

Marti, Hans: Glaubens- und Kultusfreiheit. S.-A. Bern 1950 (Paul Haupt). 31 S. Fr. 3.—.

Mettler, Max: Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde und das Bundesgericht in Steuersachen. (Zürcher Beitr. z. Rechtswissensch. NF H. 169.) Aarau 1950 (Sauerländer). 209 S.

Mitteilungen, schweiz., über Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. Hrsg. von der Schweizergruppe der Internat. Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz. 1948 H. 2 und 1950 H. 1/2. Zürich (Polygr. Verlag AG). Abt. p. Jahrg. Fr. 7.—.

Niese, Werner: Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit. (Recht u. Staat 156/157.) Tübingen 1951 (Mohr-Siebeck). 66 S. DM 3.—.

Naef, Hans: Über die Auslegung des Versicherungsvertrages. (Zürcher Beitr. z. Rechtswissensch. NF H. 168.) Aarau 1950 (Sauerländer). 113 S. Fr. 6.50.

Le Nouveau Droit Yougoslave. Bulletin sur la Législation de la Républ. de Yougoslavie. Année 1, № 1—4. Beograd 1950. 51 p.

Perret, Ch.: Kommentar zur eidg. Wehrsteuer, 1951—1954. Textausg. m. Erläuterungen. Zürich (Polygr. Verlag AG). 291 S. geb. Fr. 16.—.

Pozzi, Mario: Das interkantonale Konkordat über wohnörtl. Armenfürsorge. Kritik u. Würdigung. (Berner Rechts- u. Wirtschaftswissenschaftl. Abhandlungen H. 59.) Bern 1950 (Paul Haupt). 112 S. Fr. 7.50.

Quellenwerk zur Entstehung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. II. Urbare und Rödel. Bd. 3. Rödel v. Luzern usw. bearb. v. Paul Kläui. Aarau 1951 (Sauerländer). 382 S. 4°, br. Fr. 35.—, geb. Fr. 45.—.

Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie. 4. Aufl., herausgeg. von Erik Wolf. Stuttgart 1950 (K. F. Koehler). 392 S., geb. DM 10.50.

Die Rechtsquellen des Kantons Bern. 2. Teil, Band 4: Das Recht des Landgerichts Konolfingen bearb. v. Ernst Werder (Sammlung schweiz. Rechtsquellen. 2. Abt. XIV). Aarau 1951 (Sauerländer). Fr. 60.—, geb. Fr. 75.—.

Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallen. 3. Teil, Bd. I: Landschaft Gaster mit Weesen bearb. v. Ferdinand Elsener. (Sammlung schweiz. Rechtsquellen. 14. Abt.) Aarau 1951 (Sauerländer). 728 S. br. Fr. 60, geb. Fr. 75.—.

Ricca-Barberis, Mario: Intorno al possesso dei crediti. Torino 1950 (G. Giappichelli). 94 p.

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. 5., neubearb. Aufl. München 1951 (C. H. Beck). 1079 S., geb. DM 38.—.

Schaumann, Wilfried: Die Landesplanung im schweiz., englischen u. französischen Recht. Zürich 1950 (Regio-Verlag). 332 S. geb. Fr. 28.50.

Schmitt, Herbert: Das vormärzliche Staatsdenken und die Revolution von 1848/49 in Baden, und Mackert, J. A.: Von der peinlichen Prozedur zum Anklageprozeß. (Baden im 19. u. 20. Jahrhundert Bd. II.) Karlsruhe 1950 (C. F. Müller). 211 S. DM 7.—.

Schönke, Adolf: Strafgesetzbuch-Kommentar. 5. neubearb. Aufl. München 1951 (Beck). XII, 910 S. geb. DM 36.—.

Sellin, Thorsten: Aims and practices in penal Treatment. Reprint from Yearbook of the Northern Association of Criminologists 1947/48. Stockholm 1949 (I. Haeggström). S. I—XXXII.

Sellin, Thorsten: Some current issues in penal treatment. Reprint from Yearbook of the Northern Association of Criminologists 1948/49. Stockholm 1950 (I. Haeggström). S. I—XXXVIII.

Spanner, Hans: Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Eine rechtsvergl. Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit. Wien 1951 (Springer). 110 S. Fr. 7.80.

Stadler, Hans: Subsidiaritätsprinzip und Föderalismus. Ein Beitrag z. schweiz. Staatsrecht. (Arbeiten aus d. jurist. Seminar d. Universität Freiburg Bd. 6.) Freiburg 1951 (Univ. Buchhdlg.). XIX+171 S. Fr. 10.50.

Stanzl, Gustav: Böser Glaube im Wechselrecht. (Beitr. zum Handels-, Wirtschafts- u. Steuerrecht Heft 1.) Graz 1950 (Herm. Böhlau). 128 S.

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 17. Aufl. neu bearb. v. Adolf Schönke. 8. (Schlußlieferung) und 1. Ergänzungslieferung. Tübingen 1950/51 (Mohr-Siebeck). DM 21.70 u. 18.20.

Steiner, Hans: Die amtliche Bewertung der Grundstücke nach dem bern. Steuergesetz 1944/48. Großhöchstetten 1950 (Buchdr. Jakob). 253 S.

Ulmer, Eugen: Urheber- und Verlagsrecht. (Enzyklopädie d. Rechts- u. Staatswissensch.) Berlin 1951 (Springer). XII, 341 S. geb. DM 29.70.

Vegting, W. G.: Domaine public et Res extra Commercium. Etude historique du droit romain, français et néerlandais. Alphen a. Rijn 1950 (N. Samson) u. Paris (Sirey). XI u. 291 S. fFr. 1710.—.

Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über den Gesamtarbeitsvertrag und dessen Allgemeinverbindlichkeit. Bericht und Gesetzentwurf. Bern 1950 (Bundesamt f. Industrie, Gewerbe u. Arbeit). 50 S. — Dasselbe französische Ausgabe.

Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Handwerk, Handel, Verkehr und verwandten Wirtschaftszweigen. Gesetzentwurf und Bericht des BIGA. Bern 1950 (Bundesamt f. Industrie, Gewerbe u. Arbeit). 121 S.
— Dasselbe französische Ausgabe.

Weiß, G., und Wolfer, E.: *Sammlung eidg. u. kant. Entscheidungen zum ZGB und OR usw. 1922—1937.* Lfg. 24/25 (3. Bd. Lfg. 7/8, Schluß). Zürich 1950 (Schultheß). S. 481—634. Fr. 10.40.

Welzel, Hans: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie.* Goettingen 1951 (Vandenhoeck & Ruprecht). 200 S. DM 12.80.

The Year Book of World Affairs 1951. Published under the auspice of the London Institute of World Affairs. London 1951 (Stevens & Sons). 428 S. geb. 30 Sh.

Yearbook of the Northern Association of Criminalists 1949/50. S. A.: Introduction by Karl Schlyter and Carl Holmberg. Stockholm 1950 (I. Haeggström). S. XV—XL.
