

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: 6

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

Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie. 4. Aufl., nach dem Tode des Verfassers besorgt und biographisch eingeleitet von D. Dr. Erik Wolf, Stuttgart 1950 (K. F. Köhler Verlag). 392 Seiten. Fr. 12.50.

Radbruch, Gustav: Der innere Weg, Aufriß meines Lebens. Stuttgart 1950 (K. F. Köhler Verlag). 219 Seiten. Fr. 10.10.

v. Hippel, Fritz: Gustav Radbruch als rechtsphilosophischer Denker. Heidelberg 1951 (Lambert Schneider). 112 Seiten. Brosch. Fr. 6.70.

I.

Der Standort der Radbruchschen Rechtsphilosophie ist, wie dies schon die vorzügliche Einleitung Erik Wolfs zeigt, bestimmt durch die kultur- und wertphilosophische Richtung des Neukantianismus. Als Kantianer hält Radbruch fest an der Unmöglichkeit, «aus dem, was ist, zu erschließen, was wertvoll, was richtig ist, was sein soll», das heißt am «Methodendualismus». Das Problem der Positivität des Rechts versucht Radbruch aber dennoch, immer von seiner spezifisch kulturphilosophischen Richtung ausgehend, in einer den Dualismus abschwächenden Wendung zu bewältigen: «Kultur ist die Gegebenheit, die die Bedeutung, den Sinn hat, Werte zu verwirklichen.» Dabei erscheint die Rechtsidee als das «konstitutive Prinzip und zugleich der Wertmaßstab für die Rechtswirklichkeit». Das Recht als Kulturbegriff lässt sich nur durch Beziehung auf diese Idee definieren und verwirklichen. (Die Elastizität dieser Formulierung gab Radbruch nach dem Zusammenbruch des Dritten Reiches die Möglichkeit, in seine Rechtsphilosophie naturrechtliche Konzeptionen einzubauen.) «Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswert, der Rechtsidee zu dienen. Der Rechtsbegriff ist also ausgerichtet an der Rechtsidee.» Die Rechtsidee selbst aber lässt sich nur aus dem antinomischen Zusammenspiel ihrer drei Bestandteile erfassen: Gerechtigkeit, Zweckmäßigkeit und Rechtssicherheit. Was indessen die Rechtsidee in ihrer Anwendung auf konkrete geschichtliche und soziale Situationen erfordert, das kann nach Radbruch — wenn die Wissenschaft auch manche bereinigende Hilfe leisten mag — letzten Endes nicht durch Erkenntnis, sondern nur durch Bekenntnis zu einem der drei sich anbietenden weltanschaulichen Bewertungssysteme entschieden werden: individualistische, überindividualistische oder transpersonalistische Auffassung. Da zwischen

diesen Auffassungen nur das Bekenntnis der Einzelnen entscheidet, so bezeichnet Radbruch seine Rechtsphilosophie als Relativismus. Dieser Relativismus «ist die gedankliche Voraussetzung der Demokratie: sie lehnt es ab, sich mit einer bestimmten Auffassung zu identifizieren, ist vielmehr bereit, jeder politischen Auffassung, die sich die Mehrheit verschaffen konnte, die Führung im Staate zu überlassen, weil sie ein eindeutiges Kriterium für die Richtigkeit politischer Anschauungen nicht kennt, die Möglichkeit eines Standpunktes über den Parteien nicht anerkennt».

Wäre die Rechtsphilosophie Radbruchs mit dieser Standortbestimmung auch nur annähernd erschöpfend erfaßt, so könnte man es bei ihrer Erwähnung bewenden lassen, man dürfte sogar an der Berechtigung zweifeln, daß sie nach dem Tode des Verfassers (1949) nochmals in nur wenig umgearbeiteter Form erschienen ist und müßte sie nach den geschichtlichen Erfahrungen unserer Zeit sogar als nicht ungefährlich bezeichnen. In Wirklichkeit erweist sich aber das Gegenteil als wahr: Die Versenkung in dieses Werk enthüllt auf Schritt und Tritt seine Lebendigkeit, seine Wertbeständigkeit und Fruchtbarkeit. Es bewährt sich an ihm auch, daß es in der Rechtsphilosophie bei weitem nicht bloß darauf ankommt, was sie sagt, sondern auch wie sie es sagt: Der menschlich-geistige Untergrund des Gesagten, die Tiefe, aus der die Weisheit der Erkenntnis strömt, kann ebenso wesentlich und bildend sein wie der «Standpunkt».

Über diese Qualitäten belehrt uns schon Erik Wolf in seiner Einleitung: Wie ein roter Faden zieht sich durch die Radbruchsche Erkenntnistätigkeit das Festhalten an der Rationalität («Aufklärung») und das Verwerfen der irrationalistischen Zeitströmungen; die Tugend der Humanität «als eine seelisch-geistige Offenheit und Erfahrungsbereitschaft, der nichts Menschliches fremd ist»; eine unerschöpflich quellende Lust an Empirie, «eine historische Neugier auf das Besondere und Eigenartige» und schließlich «seine wissenschaftliche und menschliche Grundhaltung der Toleranz, des Ethos der Selbstkritik und der Menschenliebe», verbunden mit der an seiner starken Beziehung zu Goethe geläuterten Formgebung. Fügt man hinzu, daß Radbruch ein selten weites Problemgebiet in einer Lebendigkeit und Abgewogenheit bearbeitet hat, die sich nirgends in unfruchtbare Rechthaberei und Polemik verkrampt, so wird man sagen dürfen, daß die grundsätzliche Stellung des modernen Menschen zum Recht hier wohl ihre treffendste Formulierung gefunden hat. Keiner wird das Buch aus der Hand legen, ohne große Belehrung und Belebung empfangen zu haben.

II.

Die geschilderten Eigenschaften Radbruchs treten auch in der von seiner Frau herausgebrachten und von Marie Baum mit einer Ergänzung über die Jahre 1945—1949 versehenen Selbstbiographie hervor. Wir sehen hier noch deutlicher, daß Radbruch weit über sein juristisches Fach hinausragte und daß er auch nicht bloß Rechtsphilosoph, sondern zugleich beachtenswerter Schriftsteller gewesen ist, der übrigens die verschiedensten Gebiete bearbeitet hat. Als ein Beispiel unter vielen möge sein sehr lesenswertes, tiefesinniges Büchlein «Theodor Fontane oder Skepsis und Glaube» erwähnt sein oder die charakteristische Tatsache, daß Radbruch, der seine beiden Kinder verloren hat, nach dem Tod seiner Tochter deren Dissertation «Der Deutsche Bauernstand zwischen Mittelalter und Neuzeit» selbst beendigte. «Der innere Weg» ist daher ein aufschlußreiches Kulturdokument der Zeit Radbruchs, auch der politischen Geschichte, wobei auch an Radbruch das Wort wahr wird, daß Deutschland zwar gute Denker und Dichter, aber keine guten Politiker hervorbringt. Die tiefe Herzensgüte und tapfere Offenheit Radbruchs tragen alle Züge an sich, die Deutschland in der Welt geachtet hätten machen können. Sie zeigen gleichzeitig aber auch nur allzu klar die Hilflosigkeit human-toleranter Demokraten gegenüber den emporkommenden Wölfen des Dritten Reiches in einer von kommunistischer Barbarei zersetzen Demokratie. Der Selbstbiographie Radbruchs möchten wir eine möglichst große Verbreitung auch unter den schweizerischen Juristen wünschen. Sie bietet in Muße- oder Ferienstunden eine spannende Lektüre und ist geeignet, uns auch wieder die Begrenztheit des eigenen «Raumes» bewußt werden zu lassen. Und vor allem: sie zeigt einen bis zum Tod lebendigen, tief bescheidenen Menschen, den das ihm und seinem Volk auferlegte Leiden nicht gebrochen, sondern zu einem Weisen geläutert hat.

III.

Für denjenigen, der sich über die eigenen Werke Radbruchs hinaus noch eindringlicher mit ihm befassen möchte und nach einem kritischen Leitfaden der Beurteilung sucht, bietet das Buch Fritz v. Hippels ein wertvolles Hilfsmittel. Hippel zeigt einerseits — ohne die fruchtbaren Aspekte bei Radbruch zu erkennen — die innern Widersprüche des Radbruchschen Relativismus und die dogmatisch vorgefaßte Einseitigkeit der von ihm zur «Auswahl» gestellten drei «Standpunkte» («Einheitsbewertungen») deutlich. Er läßt andererseits aber auch die hohen Vorteile des Menschen und Werkes hervortreten. Die Verbindung

dieser beiden Aufgaben ist auf Grund eines umfassenden Quellenstudiums mit klarer Kritik und starker persönlicher Einfühlung zugleich gelöst. Im Grunde steht Hippel Radbruch sehr nahe, sowohl was die religiöse und humanistische Grundhaltung als was die Schulung an der kritischen Philosophie anbelangt. Aber er teilt weder seinen Relativismus noch den formal-neukantianischen Ausgangspunkt. Hippel eröffnet daher dem, der näher eindringt, zugleich eine Fülle über Radbruch hinausführender Gedanken. Radbruch ist wohl kaum je so treffend gewürdigt worden wie in der vom Verfasser geschriebenen, am Schlusse des Buches reproduzierten Adresse, die die Marburger Fakultät seinerzeit an den 70jährigen gerichtet hat. Und es gibt in unserer Zeit wohl auch kaum noch manche akademische Lehrer, zu denen Studenten in so uneingeschränkter Verehrung aufblicken wie zu Radbruch. «Für uns» — so schließt Hippel mit einem studentischen Zitat — «ist Radbruch so etwas wie ein Programm zur Gestaltung unseres Daseins, ein Stern, der ein für die meisten von uns unerreichbares Ziel andeutet, ein Etwas, das immer in uns lebendig bleiben wird.» Vom Augenblick an, da Radbruch durch seine «Einführung in die Rechtswissenschaft» tausende junger Juristen wieder für die Jurisprudenz erwärmte, galt für ihn bis zu seinem Tode in steigendem Maße das Wort Hippels: «Die vorgefundene Zerstückelung eines positivistisch-mechanistischen Zeitalters ist damit überwunden, der Drache tödlicher Langeweile, der bis zur Gegenwart unsere Jurisprudenz immer wieder verschlingen will, besiegt, das Recht der Bildung zurückgewonnen.»

Dr. Arnold Gysin, Luzern

Staat und Wirtschaft. Beiträge zum Problem der Einwirkung des Staates auf die Wirtschaft. Festgabe zum 70. Geburtstag von Hans Nawiasky. Einsiedeln 1950 (Benziger). XXIV + 319 S. Fr. 17.70.

Nach akademischem Brauch wird hier Prof. Hans Nawiasky, Dozent an der Handelshochschule St. Gallen, zu seinem 70. Geburtstag eine wissenschaftliche Festgabe dargebracht, zusammengestellt aus Arbeiten seiner Kollegen von der Handelshochschule St. Gallen sowie Beiträgen von schweizerischen und deutschen Staatsrechtslehrern. Wie die Herkunft der Mitarbeiter den großen, die Schweiz, Deutschland und Österreich umfassenden Wirkungskreis des Geehrten zeigt, so sind auch die Beiträge selber verbunden durch einen gemeinsamen Problemkreis, die Einwirkung des Staates auf die Wirtschaft, welcher indes — wie die imposante Liste der Veröffentlichungen von Hans Nawiasky (zusammengestellt von Willi Geiger, S. 297ff.) zeigt — selber nur

einen kleinen Ausschnitt aus dem großen Wissensgebiet Nawiaskys umfaßt. Dies kommt auch zum Ausdruck in den ehrenden Worten, welche der Rektor der Handelshochschule, Prof. Theo Keller, dem Werk voranstellt.

Von den insgesamt fünfzehn Studien können hier nur einige wenige herausgegriffen werden. Die erste von ihnen, «Professor Hans Nawiasky und die Bayerische Verfassung von 1946» von Dr. Wilhelm Hoegner, Ministerpräsident a. D., stellt ohnehin mehr eine persönliche Ehrung als eine wissenschaftliche Forschungsarbeit dar.

In seiner Arbeit «Außenhandel und Handels- und Gewerbefreiheit (Die rechtliche Tragweite der Zollartikel der Bundesverfassung als Vorbehalt zur Handels- und Gewerbefreiheit)» auf S. 17ff. entwickelt Prof. Giacometti die Auffassung, daß im Art. 28 BV auch die Verfassungsgrundlage für die handelspolitisch bedingten Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen, Einfuhr- und Ausfuhrverbote und für die Beschränkungen des Zahlungsverkehrs im Außenhandel zu erblicken ist und daß der genannte Artikel auch nach dieser Seite einen echten Vorbehalt zur Handels- und Gewerbefreiheit bildet. Art. 29 erscheint demgegenüber als *lex specialis*, bildet aber dennoch wie Art. 28 einen echten Vorbehalt zur Handels- und Gewerbefreiheit. Dagegen kann nun Art. 31 bis Abs. 3 lit. a BV kein echter Vorbehalt zum Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit sein und demgemäß auch nicht Rechtsgrundlage für handelspolitische Maßnahmen im Sinn von Einfuhrbeschränkungen bilden.

«Zum gegenwärtigen Stande des völkerrechtlichen Schutzes des Privateigentums» äußert sich auf S. 125ff. Prof. Hans Wehberg, Genf. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit des Privateigentums, unbestrittene Maxime des klassischen Völkerrechts, ist seit dem 1. Weltkrieg mehr und mehr ins Wanken geraten. Konnte man noch in der Zwischenkriegszeit von einem Gewohnheitsrecht sprechen, wonach zwar die einzelnen Regierungen befugt sind, Nationalisierungen vorzunehmen, aber sich der Verpflichtung nicht entziehen dürfen, die von der Nationalisierung betroffenen Ausländer zu entschädigen, so läßt heute der völkerrechtliche Schutz des Privateigentums noch viel mehr zu wünschen übrig. Zitiert wird hier das sogenannte Washingtoner Abkommen, das übrigens in dieser Festschrift von PD Dr. R. Moser eine eigene Behandlung erfährt (S. 109ff.). Was den diplomatischen Schutz des Privateigentums anbelangt, so zeigt sich hier in verhängnisvoller Weise, daß die Staatenpraxis das Recht der «protection diplomatique» so gut wie ausschließlich auf dem Nationalitätenprinzip aufgebaut hat und die Rechte des Staates

stark von denjenigen der betroffenen Individuen abstrahiert. Es soll dem Individuum daher ein selbständiger internationaler Anspruch zugestanden werden.

«Die Mitwirkung der Verbände bei der Rechtsetzung unter besonderer Berücksichtigung der qualifizierten Rechtsverordnung» beschäftigt Prof. Eduard Nägeli, St. Gallen. Er kommt zum Schluß (S. 212), daß angesichts der außerordentlichen Kompliziertheit des heutigen Wirtschaftslebens die staatliche Gesetzgebung ohne eine Mitwirkung der Verbände einfach nicht mehr auskommen kann; bezüglich der qualifizierten Rechtsverordnung bemerkt er, daß die gegen sie vorgebrachten Bedenken auf offensichtlichen Mißverständnissen beruhen. Es sei nicht verstaatlichtes Kollektivrecht, sondern kollektiviertes staatliches Recht: eine Konzession des Staates an die Verbände.

Schließlich sei noch auf die interessante Studie von Prof. W. Bürgi über «Wandlungen im Wesen der juristischen Person» (S. 245ff.) hingewiesen. Der Begriff der juristischen Person, im Privatrecht unerschüttert, unterliegt im öffentlichen Recht stark der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, was neben den unbestreitbar positiven auch negative Folgerungen zeitigt. Bürgi wirft die Frage auf, ob die modernen, intensiveren Wirtschaftsformen die rechtliche Analogie zwischen natürlicher und juristischer Person noch unbedingt fordern oder ob die letztere einfach als ein vom Gesetz mit ganz bestimmten Rechten ausgestattetes ver selbständiges Zweckgebilde betrachtet werden könnte, womit dann allerdings ein wesentliches Element der bisherigen Rechtsstruktur aufgegeben würde. Dr. Bernhard Staehelin, Basel

Festschrift Richard Thoma. Zum 75. Geburtstag am 19. Dezember 1949, dargebracht von Freunden, Schülern und Fachgenossen. Tübingen 1950 (J. C. B. Mohr, Paul Siebeck). 276 S. Brosch. Fr. 25.75, geb. Fr. 30.30.

Der bekannte Steuerrechtler und Fleinerschüler Ottmar Bühler in Köln eröffnet die Reihe der Abhandlungen, die dem Bildnis des feinsinnigen Jubilars folgen, mit einer Studie über die «Finanzgewalt im Wandel der Verfassungen». «Verfassungsrecht vergeht, Steuerrecht besteht», wandelt er ein Wort Otto Mayers ab. Schon vor 1933 hatte es indessen in Deutschland gegolten, einen Ausgleich zwischen der herkömmlichen rechtsstaatlich-individualistischen und einer neuen fiskalisch-sozialistischen Ausgestaltung der Steuergewalt anzustreben. Der Bonner Staatsrechtslehrer und Rektor sowie jetzt auch Richter am Bundesverfassungsgericht Ernst Friesenhahn erörtert «Begriff und Arten der Rechtsprechung unter besonderer Berücksichtigung

der Staatsgerichtsbarkeit». Der Begriff der Rechtsprechung ist in der Tat trotz der langen Herrschaft der Unterscheidung der Gewalten nach Montesquieu nie befriedigend geklärt worden. Während Thoma selbst ein jurisdiktionelles Element, nämlich einen Subsumptionsakt, in jeder staatlichen Anordnung zu finden glaubt, sucht Friesenhahn die Rechtsprechung auf Rechtsstreitentscheidung zu begrenzen. Das Bonner Grundgesetz geht selber auch von einem einheitlichen Begriff der Rechtsprechung aus; auf diese Weise wird das Merkmal des Rechtsstreites auch zum Abgrenzungskriterium zwischen aktiver Verwaltung und Verwaltungsjustiz. Außerordentlich zahlreich sind im Bonner Grundgesetz die Kompetenzen des Bundesverfassungsgerichtes; es gibt nun nicht nur wie in der Schweiz eine staatsrechtliche Beschwerde, Verfassungsbeschwerde genannt, sondern die Verfassungsgerichtsbarkeit erstreckt sich auch auf Streitigkeiten zwischen Bund und Ländern und zwischen Ländern mit einem richterlichen Prüfungsrecht der Verfassungsmäßigkeit der Bundesgesetze, auf Konflikte zwischen den obersten Bundesorganen, auf die Frage der Verwirkung der Grundrechte infolge Mißbrauches und anderes mehr. Der Aufsatz von Hermann Jahrreiß aus Köln «Demokratie, Selbstbewußtheit — Selbstgefährdung — Selbstschutz» will, wie eine ähnliche Arbeit von Ulrich Scheuner (in «Recht, Staat, Wirtschaft», Bd. III), einer realistischen Auffassung der Demokratie den Weg ebnen. Demokratie ist nicht Regierung durch das Volk, sondern die Wähler approbieren oder reprobieren vorgeformte Entscheidungen von Regierung und Parlament, die keineswegs nur ausführende Organe des Volkswillens sind, die aber ihre Staatsleitung fortwährend nach erfolgten oder erwarteten Wahlen und Abstimmungen einrichten, auf die Mitwirkung der Wähler abstimmen müssen. Demokratie wird so zu einer Methode. Jahrreiß definiert: Die regierten Menschen setzen die Regierenden ein und ab und lenken sie in ihrem Amt, indem sie bestimmte Aufgaben der Herrschaft und bestimmte Methoden der Herrschaft fordern oder erlauben oder verdammen. Gerhard Leibholz, Oxford/Göttingen, schildert das vom Kontinent stark abweichende Verhältnis von Staat und Gesellschaft in England. Die Gesellschaft schaltet sich dort gleichsam zwischen Mensch und Staat ein, sie sichert — Leibholz zitiert Dietrich Schindler — das außerstaatliche, kompensatorische Element, indem die Begrenzung der Freiheit zu einer autonomen wird. Leibholz sieht aber auch an den Ansätzen zur Massendemokratie in England nicht vorbei, ja er scheint die Entwicklung sogar als unabwendbar zu betrachten. Der Frankfurter Völkerrechtler Hermann Mosler bietet eine Untersuchung über «Die

völkerrechtliche Wirkung bundesstaatlicher Verfassungen», insbesondere darüber, ob die Gliedstaaten Völkerrechtssubjekte seien. Im rechtsvergleichenden Teil der Abhandlung wird die Schweiz nur kurz berührt, dagegen wird den Vereinigten Staaten, Kanada und Australien eine eingehende Würdigung zuteil. Die übrigen Beiträge sollen nur aufgezählt werden: Walter Schätsel, Mainz, behandelt «Die riskante Kriegshandlung», Ulrich Scheuner, Bonn, «Die Auswanderungsfreiheit», Walter Jellinek, Heidelberg, «Behördlicher Kündigungsschutz und Verwaltungsgerichtsbarkeit», Adolf Schüle, Heidelberg, «Staatliche Personalämter und berufsgenossenschaftliche Selbstverwaltung», und Hellmuth von Weber, Bonn, «Schöppenstuhl und Landesherr, Beitrag zur Geschichte der richterlichen Prüfungszuständigkeit». Den Abschluß der gehaltvollen Festschrift, die es nicht verdient, wie so manche andere vergessen zu werden, bildet ein Verzeichnis der Schriften und Aufsätze des also Beschenkten. Richard Thoma hat eine erstaunlich umfassende Lebensarbeit geleistet; allein schon in dem gemeinsam mit Anschütz herausgegebenen Handbuch des (Weimarer) Staatsrechts hatte er den Löwenanteil bewältigt.

Prof. H. Huber, Bern

Die Rechtsquellen des Kantons Bern. Zweiter Teil, 4. Band: Das Recht des Landgerichts Konolfingen. Bearbeitet und herausgegeben von **Ernst Werder**. Aarau 1950 (Sauerländer & Co.). LXXI und 711 S. Brosch. Fr. 62.40, geb. Fr. 78.—.

In der Sammlung schweizerischer Rechtsquellen war der Kanton Bern bis dahin mit sieben stattlichen Bänden und Halbbänden vertreten. Sie enthalten bernisches Stadtrecht und das Recht der oberländischen Landschaften Frutigen, Niedersimmental, Obersimmental und Saanen. Aber es fehlten noch Rechtsquellen aus dem bäuerlichen Mittelland, dessen landwirtschaftlicher Reichtum seit jeher die wirtschaftliche Hauptgrundlage des bernischen Staatswesens bildete. Nun erscheint erstmals ein solcher Band. Sein Inhalt stammt aus der herrlichen Hügellandschaft, die östlich von Bern zwischen Aare und Emme liegt.

Das Landgericht Konolfingen gehörte zum Gebiet, in dem die ältesten stadtbernerischen Adelsgeschlechter ihre Stammsitze hatten. Dies hatte Nachwirkungen, die bis weit über die Zeit des Aussterbens jener Geschlechter andauerten. In Konolfingen gab es bis 1798 neben rein staatlichen Bezirken nicht weniger als sieben private Herrschaften, die zwar unter bernischer Oberhoheit standen, in denen aber private, meist dem bernischen Patriziat angehörende Herrschaftsherren die niedere Gerichtsbarkeit sowie das lehensherrliche Obereigentum an Grund und

Boden erblich innehatten. In allen diesen Herrschaften blühte ein ausgeprägtes rechtliches Eigenleben, das sich im vorliegenden Band sehr schön widerspiegelt. Mit der einstigen Machtstellung des alten bernischen Adels in den Landgerichten hängt es auch zusammen, daß in diesem Quellenwerk nichts von jenen Feudallastloskäufen zu finden ist, deren lange Reihe in den oberländischen Rechtsquellen so eindrucksvoll wirkt. Der Mangel solcher Dokumente im Landgericht Konolfingen läßt darauf schließen, daß sich die Bauern hier nicht zur gleichen wirtschaftlichen und politischen Freiheit wie im Oberland emporgerungen hatten. Daß aber auch sie keineswegs vom öffentlichen Leben ausgeschaltet waren, ergibt sich aus unserm Band aufs allerdeutlichste. Nicht nur läßt er überall einen starken Anteil des Landvolks an der herrschaftlichen Verwaltung erkennen, sondern er enthält darüber hinaus eine große Anzahl von Dorfsatzungen, die sich die Landleute selbst — mit bloßer herrschaftlicher Genehmigung — gegeben hatten. Diese Satzungen regelten die gemeinsamen örtlichen Angelegenheiten, wie die Nutzung von Allmend und Wald, den Unterhalt von Wegen, die Verbauung von Gewässern, das Feuerlöschwesen usw. Besonders interessant sind ihre organisatorischen Bestimmungen. Diese zeigen uns, daß an den meisten Orten regelmäßige Dorfversammlungen abgehalten wurden, bei denen das einfache Mehr entschied, daß ferner allenthalben ständige, von den Dorfversammlungen gewählte Dorfbeamte vorhanden waren, daß die Dorfschaften über eine eigene Kasse, ja oft über verschiedene Fonds verfügten und daß sie ihre Anordnungen durch Androhung von recht erheblichen Bußen durchzusetzen wußten. So führen uns die Konolfinger Rechtsquellen eindrücklich vor Augen, daß die Urzelle der schweizerischen Demokratie, die Gemeinde, schon im Ancien Régime nicht nur in den Städten und in den Alpentälern, sondern auch in weniger freiheitlich organisierten Landschaften in voller Blüte stand.

Neben Herrschafts- und Dorfordnungen enthält unser Band auch Quellen, die für das ganze Landgericht und manchmal auch noch für andere Ämter galten. Es betrifft dies einmal uraltes Gewohnheitsrecht, das sich aus vorbernischer Zeit erhalten hatte, so insbesondere über das Blutgerichtsverfahren an den Landtagen. Zum andern Teil sind es Ordnungen, die Bern als Landesherrin — oft auf Begehren der Landleute hin — aufstellte. Unter diesen Erlassen ist besonders bemerkenswert eine ansehnliche Reihe von Handwerksordnungen, die zeigen, daß sich das Zunftwesen nicht nur in den Städten, sondern auch auf dem Lande stark entfaltete, wenn es auch hier nicht zur gleichen gesellschaftlichen Bedeutung wie dort gelangte.

Der ganze Band enthält über 300 Quellenstücke, die vor allem aus dem bernischen Staatsarchiv, den größtenteils in Privatbesitz befindlichen Herrschaftsarchiven und den Archiven der einzelnen Gemeinden herrühren. Sie umfassen die Jahre 1311—1798 und sind in 267 Nummern chronologisch geordnet. Am Ende der einzelnen Nummern sind oft noch weitere Quellen auszugsweise in Dünndruck wiedergegeben, die die Hauptquelle ergänzen oder erläutern sollen. Die Sprache ist durchwegs deutsch und daher auch für den Nichtfachmann leicht verständlich.

Die Herausgabe wurde vom langjährigen Grundbuchverwalter von Konolfingen, Ernst Werder, besorgt, der sich schon durch frühere Publikationen als hervorragender Kenner der Geschichte seines Amtsbezirks ausgewiesen hatte. Er hat auch die treffliche Einleitung verfaßt, die eingehenden Aufschluß über die sehr komplizierte, geschichtlich bedingte Organisation des Landgerichts Konolfingen, über die Herrschaftsmarchen sowie über die einander folgenden Herrschaftsfamilien gibt. Ihm vor allem gebührt daher der Dank der Leserschaft und der Öffentlichkeit. In Dankbarkeit soll hier aber auch des Andenkens Friedrich Emil Weltis gedacht werden, jenes um die schweizerische Rechtsgeschichte so hochverdienten Mannes, der nicht nur selbst eine Reihe von Bänden der schweizerischen Rechtsquellen herausgegeben hat, sondern darüber hinaus durch Stiftung des Friedrich-Emil-Welti-Fonds die Fortsetzung des großen Unternehmens dauernd gefördert hat. Dieser Fonds hat, zusammen mit einem Zuschuß aus Mitteln des Kantons Bern, auch die Drucklegung des vorliegenden Werks ermöglicht und so entscheidend dazu beigetragen, daß die schweizerischen Rechtsquellen um einen Band bereichert sind, in dem uns das ehemalige Recht in seiner ganzen Lebendigkeit und ursprünglichen Frische entgegentritt.

Dr. Rudolf Gmür, Bern

Die Rechtsquellen des Kantons St. Gallen. III. Teil: Rechte der Landschaft. 1. Band: Landschaft Gaster mit Wesen. Bearbeitet und herausgegeben von **Ferdinand Elsener**. Aarau 1951 (Sauerländer & Co.). Brosch. Fr. 62.40, geb. Fr. 78.—.

Im Jahre 1903, zum Jubiläum des 100jährigen Bestandes des Kantons St. Gallen, erschien der 1. Band der St. Galler Rechtsquellen, die Offnungen und Hofrechte der Alten Landschaft umfassend. Der Herausgeber Max Gmür, der eben sein Berner Ordinariat angetreten hatte, konnte schon 1905 einen 2. Band (Toggenburg) folgen lassen. Seither ist das Werk steckengeblieben, und der frühe Tod Gmürs schien jede Hoffnung auf Weiterführung begraben zu haben. Jetzt aber, beinahe ein halbes

Jahrhundert nach Beginn der Publikation, wird uns ein 3. Band geschenkt, welcher die Rechtsquellen der Landschaft Gaster in sorgfältiger Bearbeitung und versehen mit einem vorzüglichen Register enthält. Gleichzeitig wird die baldige Fortsetzung mit dem Material von Uznach angekündigt. Herausgeber ist der Rapperswiler Anwalt Dr. Ferdinand Elsener, der sich damit in die Reihe der praktischen Juristen, welche sich um die große Schweizer Rechtsquellenpublikation und damit um die Wissenschaft verdient machen, sehr ehrenvoll einreicht.

Gmürs Editionsplan sah eine Dreigliederung der gesamten Masse der St. Galler Rechtsquellen in Offnungen und Hofrechte, Stadtrechte und Amts- und Landrechte vor. Elsener hat diesen Rahmen nur äußerlich beibehalten. Materiell baut er auf dem umfassenderen Begriff der Rechtslandschaft auf und bringt daher alle gasterländischen Rechtsquellen, allerdings nur soweit diese innert die heutigen mit den historischen nicht völlig identischen Grenzen fallen. Aus dieser Umstellung erwächst der ungewöhnliche Stoffreichtum des Bandes. Das Gaster, seit alters zu Rätien und zur Diözese Chur gehörig und obendrein an einer wichtigen Wasserstraße gelegen, war ein Schnittpunkt zweier Kulturen und hat darum die historische Forschung schon immer angezogen. In zwei ausgezeichneten Dissertationen ist die allgemeine Geschichte bis zum Ausgang des Mittelalters (J. M. Gubser, 1900) und die Rechtsgeschichte (E. Gmür 1905) behandelt. Die neue Quellenpublikation bildet dazu eine wesentliche Ergänzung.

Die Erwartungen bezüglich Stoffreichtum werden nicht enttäuscht. Wir erhalten nicht nur in sehr sorgfältiger Edition das Landbuch von 1564 vorgelegt (Nr. 22), als dessen Redaktor Elsener bereits früher (Zeitschrift für Schweizer Geschichte, 1946) den berühmten Historiker Gilg Tschudi von Glarus nachgewiesen hat, was die nahe Verwandtschaft dieser Rechtsquelle mit dem Glarner Landrecht erklärt. Da zum Gaster seit jeher auch das Städtlein Wesen gehörte, enthält der Band auch die hier einschlägigen Stadtrechtsquellen, darunter sehr viel Unbekanntes und Interessantes. Die hier zum erstenmal sichtbar gemachte Wesener Entwicklung belegt die für städtische Gemeinwesen solcher Art auch sonst typische Erscheinung, daß der erste Schritt zur Ausbildung kommunaler Autonomie in der Verleihung des Pfarrwahlrechtes durch die Stadtherrschaft lag (Nr. 287), während der Rat erst nachfolgt (Nr. 293), die Anerkennung des Satzungsrechtes der entstehenden Stadtgemeinde (zuerst in Fragen des Erbrechtes, Nr. 297) oder gar die Bestätigung des Marktrechtes (Nr. 299) aber wesentlich später geschieht.

Besonders reich, wenn auch naturgemäß überwiegend aus

späterer Zeit, fließen die Rechtsquellen über dörfliche und bäuerliche Verhältnisse, aber auch über die wirtschaftlich nicht unbedeutende Walensee- und Linthschiffahrt. Besonders sei auf die zahlreichen das Alprecht beschlagenden Stücke hingewiesen, in denen man gelegentlich bemerkenswerten Verbindungen von genossenschaftlichen und grundherrlichen Elementen begegnet. So liefert das Gaster einen Beleg für das merkwürdige Rechtsaltertum «Vogelmahl» oder «Tagmulchen» (Nr. 211), dessen Charakter als mit dem landeshoheitlichen Jagdregal zusammenhängende Grundlast Elsener selber nachgewiesen hat (Heimatkunde vom Linthgebiet, 1947).

Innerhalb der Gasterer Rechtslandschaft fanden sich nämlich auch zwei hofrechtliche Gebilde, die Schäniser Herrschaft, zu der auch Benken gehörte, und der in einem eigenen Amte organisierte Einsiedler Hof Kaltbrunn. Die neue Publikation bringt die bereits von G. v. Wyß veröffentlichte Benkener Offnung, die wahrscheinlich auf 1322 zu datieren ist (Nr. 243), sowie den bekannten auch für Kaltbrunn geltenden Hofrodel der 6 einsiedlischen Dinghöfe, diesen in zwei Redaktionen, von denen die letztere bisher unzugänglich war (Nr. 360). Für die — vielleicht angesichts der heutigen Druckkosten doch etwas zu weit getriebene — Akribie des Herausgebers zeugt es, daß er alle Lesarten aus den beiden Handschriften anführt, während Kläui, der im «Quellenwerk zur Entstehung der schweizerischen Eidgenossenschaft» (II/2 S. 190ff.) die gleiche Offnung kürzlich ebenfalls wissenschaftlich einwandfrei neu ediert hat, sich mit den materiell bedeutenden begnügt und Walter Merz in den Aargauer Rechtsquellen (II/2 S. 144) die aus dem gleichen Einsiedler Urbar stammende Offnung von Erlinsbach nach der alten aber sehr exakten Ausgabe von Ringholz (Geschichtsfreund, 45 S. 79ff.) unter Weglassung aller bloß formalen Einzelheiten abdrückt.

Uneingeschränkt dankbar ist man dagegen für das reichhaltige Material, das gerade für die Verwaltung des Amtes Kaltbrunn beigebracht wird. Man begegnet nicht nur kulturgeschichtlich so Merkwürdigem wie (Nr. 363) einem Mandate von 1430 Meister Hemmerlins, Propst in Zürich und *decretorum doctor*, worin dieser unter Androhung päpstlichen Bannes unbotmäßige Kaltbrunner Hörige zum Huldigungseid zwingt, eine Einzelheit, die in reizvoller Weise den bekannten, in seinen rechtsgeschichtlichen Grundlagen aber noch nie untersuchten *Processus iudicarius*, den dieser merkwürdige Mann dem bauerndemokratischen Geist gemacht hat, belegt, und zwar nicht nur auf dem Gebiete der Literatur, sondern auch jenem des praktischen Rechtslebens. Der Kaltbrunner Abschnitt erschließt aber auch verfas-

sungsgeschichtlich Bedeutsames. Elsener sagt in der Einleitung, wo er seine den Gmürschen Editionsplan wesentlich spren- genden richtigen neuen Gesichtspunkte für die Stoffauswahl darlegt, daß die heute geltende Gliederung der Rechtsquellenbände zu eng sei und eigentlich unter andern Gesichtspunkten aufge- baute Sonderreihen notwendig wären. An Quellen für die allge- meine territoriale Verwaltung des Stiftes Einsiedeln, deren Be- arbeitung er in diesem Zusammenhange anregt, ist nun hier aber bereits Wesentliches zusammengetragen, und man möchte wün- schen, daß gerade dieses Material zur Herausgabe des St. Galler Bandes über die abtische Verwaltung der Alten Landschaft an- regen würde: die schweizerische Verfassungsgeschichte des Nach- mittelalters würde dadurch sicher erheblich gefördert werden. Im vorliegenden Werke wird aus Einsiedler Akten für Kaltbrunn der sehr wichtige Übergang vom Meier- (Nr. 362) zum Ammann- Amt (Nr. 374 und 383) anschaulich belegt. Für die Entwicklung der Landeshoheit fällt nicht gerade viel ab; der Uznacher Band soll über die Rechte von Schwyz und Glarus, die Uznach-Gaster als Einheit verwalteten, mehr bringen. Immerhin sei auf ein sehr interessantes Stück (Nr. 403) hingewiesen, worin noch im 18. Jahrhundert die fürstlich-einsiedlische Kanzlei bei der Abgren- zung der Gerichtshoheit ihres Ammanns auf «düb ind frevel» ab- stellt. Bemerkenswert sind auch Kaltbrunn betreffende Ein- siedler Akten zu kirchlichen Fragen, wie über das Verhältnis zu Konstanz oder die Rechtsstellung der Dorfgeistlichkeit. Über- haupt enthält der Band, worauf nachdrücklich hingewiesen sei, auch sehr viel kirchenrechtsgeschichtliches Material: über das in der alten Eidgenossenschaft einzigartige adelige Damenstift Schänis, wovon verschiedene Redaktionen der Stiftsstatuten gedruckt werden, über das Dominikanerinnenkloster Wesen, aber auch über Pfarreierrichtungen und die Entwicklung des Gemein- depatronates.

Da das Gaster kirchlich wie kulturell einen in das Linthgebiet vorgetriebenen Keil Rätiens darstellt, läßt sich aus der Masse seines Rechtsstoffes manches für die Beleuchtung von Grenzfragen gewinnen. Elsener glaubt (siehe Vortragsreferat «Die Kontinuität der Gemeindegrenzen» in NZZ Nr. 2612 vom 26. November 1951) die Hofgrenzen von Benken und Kaltbrunn auf die Zeit der Landnahme zurückführen zu können, womit die Ergeb- nisse der yieldiskutierten Württemberger Forschungen Viktor Ernsts auch aus schweizerischem Material belegt werden könn- ten. In diesem Zusammenhang sei die Vermutung geäußert, daß es sich beim «Wendelstein» in Benken, woran Schänis die Unterhaltpflicht hatte (Nr. 246), nicht einfach um den Kirch-

turm, sondern um den Kirchturm als Marchstein handelt, was der Benkener Kirche den Charakter einer grundherrlichen Grenzkirche geben würde. Besondere Beachtung verdient im Gaster auch die Frage nach der Diözesangrenze zwischen Konstanz und Chur, die, wie schon Gubser festgestellt hat, in westlicher Richtung ganz mit den Grenzen des Hofes Schänis zusammenfällt. Über die grundherrliche und kirchliche Zugehörigkeit von Biltens und zum Teil auch von Niederurnen hätten sich aus dem Glarner Archiv vermutlich noch einige weitere Belege beibringen lassen. Die dortigen Kirchgang- und Begräbnisrechte gegen Schänis beschäftigten noch im 16. Jahrhundert die Tagsatzung (Abschiede IV/2 S. 92), und bei den Kämpfen um die Gestaltung der konfessionellen Rechte im Lande Glarus haben die Katholiken von Niederurnen ihren Anspruch auf Kultusberechtigung mit der früheren Zugehörigkeit eines Teiles des Dorfes zu Schänis begründet.

Das Gaster ist eine alte Kultur- und Rechtslandschaft. Zu der von Gubser und Gmür eingeleiteten wissenschaftlichen Bearbeitung derselben bildet der stattliche, reich und sorgfältig gestaltete Rechtsquellenband von Elsener den glücklichen Abschluß. Dem Herausgeber und allen, die den Druck gefördert haben, sei Dank ausgesprochen. Möge die schöne Publikation einen Ansporn zur Weiterführung der st. gallischen Rechtsquellenedition bilden!

Prof. E. F. I. Müller-Büchi, Freiburg

Schwaller, Heinrich R.: Das Vormundschaftsrecht im Staate Solothurn vom Erlaß des Solothurner Stadtrechtes bis zum Ende des Ancien Régime (1604—1798). Diss. Lausanne 1950 (Imprimerie La Sirène, Genf). Fr. 10.40.

Hanns Jakob von Staäl, ein bedeutender Humanist mit einer für seine Zeit außergewöhnlichen Bildung, erhielt im Jahre 1596 von seiner Vaterstadt Solothurn den ehrenvollen Auftrag, das Stadtrecht von Solothurn aus dem Jahre 1333, das den Bedürfnissen der Zeit nicht mehr gerecht wurde, neu zu bearbeiten. Von ihm stammt das Stadtrechten vom 24. Juni 1604, das Dr. Schwaller als Ausgangspunkt seiner rechtshistorischen Abhandlung über das Vormundschaftswesen des Staates Solothurn nimmt. Erst dieses Stadtrechten vom Jahre 1604 schuf eine formelle Vereinheitlichung des solothurnischen Zivilrechtes, weshalb es verständlich ist, daß der Autor die kulturgeschichtlich interessanten Institute des Vormundschaftsrechtes nicht aus ihren Anfängen heraus über die Stellung der Familie, der Verwandten und vor allem des weiblichen Geschlechts (vgl. Walliser: Der Gesetzgeber Johann Baptist Reinert und das solothurnische Civilgesetzbuch von 1841—1847, S. 236 ff.) behandelt hat, denn

es wäre dies eine Aufgabe gewesen, die weit über den Rahmen einer Dissertation hinausgegangen wäre.

In der Erkenntnis jedoch, daß die Praxis oft eigene Wege geht und der Gesetzestext oft toter Buchstabe bleibt, hat der Verfasser neben dieser Hauptquelle des Stadtrechtes von 1604 die Mandate und die Ratsmanuale konsultiert, um aus der Entscheidpraxis die richtige Entwicklung des Vormundschaftsrechtes während dieser begrenzten Zeitepoche herauszukristallisieren. Daneben wurden auch die Concepten (Missivenbücher), Vogtschreiben der äußern Vogteien, Waisenbücher, Waisenrechnungen aus der Stadt Solothurn und den Landgerichten der Vogteien in reichem Maße herbeigezogen, um möglichst ein getreues Bild der Materie zu erhalten.

Ausgehend von den vormundschaftlichen Organen werden die Begriffe Vogtmann, Beistand, Waisenvögte erläutert. Interessant ist das Entstehen des Beistandes, der nur einzelne der einem Vogtmann gewöhnlich obliegenden Aufgaben zu erfüllen hatte. Die Praxis hat den Beistand geschaffen und im Stadtrechten wird der Beistand erst durch einen Zusatz aus dem Jahre 1751 erwähnt. Eingehend befaßt sich der Autor mit den Bevormundungsgründen, wie Minderjährigkeit, Verschwendug, schlechte Haushaltführung und Vermögensverwaltung, Trunkenheit, Spielsucht, Geisteskrankheit und Geistesschwäche, körperliche Leiden und Gebrechen, Landesabwesenheit, Eintritt in einen geistlichen Orden, Verwaltung von Vermögensteilen und das weibliche Geschlecht. Die Rechtsstellung der unverheirateten volljährigen Frau und der Witwe war in der Praxis freiheitlich, denn sie waren nicht einer ständigen *cura sexus* unterworfen. Sie bedurften nur für gewisse Rechtshandlungen eines Vogtmannes, während die verheiratete Frau unter der «ehelichen Vormundschaft» ihres Mannes stand. Stummheit und Taubheit wurden als Gebrechen erkannt, die eine Bevogtung von Amtes wegen notwendig machten, während dem die Altersschwäche und Krankheit nach dem Stadtrechten nur eine Bevogtung auf eigenes Begehr bewirkten. Die Praxis jedoch respektierte diese im Stadtrechten verbrieft Garantie nicht mehr und stellte solche Personen auf obrigkeitlichen Befehl ebenfalls von Amtes wegen unter Vormundschaft.

Wie bereits erwähnt, schuf die Praxis das Institut der Beistandschaft. Man dürfte somit erwarten, daß die *cura bonorum* von Landesabwesenden usw. durch einen Beistand zu geschehen hätte. Interessanterweise wurde jedoch in diesen Fällen regelmäßig ein Vogtmann und nur ausnahmsweise ein Beistand oder «Schaffner» bestellt. Zuständig zur Anordnung der Vormundschaft bzw. Ernennung des Vogtmanns waren die Waisenvögte. Aus der

Praxis jedoch ergibt sich, daß Verwandte der zu bevormundenden Person dieser einen Vogtmann «zugeben», «(ver)ordnen» oder «ernamssen» konnten. Es kann sich aber hiebei lediglich um ein Vorschlagsrecht, nicht aber eine eigentliche Ernennung handeln. Ebensowenig darf nach Ansicht des Verfassers angenommen werden, daß die Zünfte bzw. ihre Obleute die Bevogtung ihrer Zunftleute anordnen konnten. Bei der Bestellung des Vogtmannes spricht das Stadtrechten nur von «Vogt» und «Vormund». Aus den Ratsentscheiden ergibt sich jedoch auch die Berufung einer Frau zur Vormundschaftsführung. Die nächsten Verwandten wurden in erster Linie zur Vormundschaft berufen. Auch das Sichzurverfügungstellen des Vogtmannes ist bekannt und die Behörden forderten das Mündel auf, jemanden sich zu «erbeten», zu «bestellen», zu «ernamssen und gleich darauf Ihro Gnaden nahmhafft machen», insbesondere, wenn es sich um eine Person aus den höhern Schichten der Gesellschaft handelte. Aber auch die Vorschläge des abtretenden Vogtmannes wurden berücksichtigt. Als Ablehnungsgründe kennt das Stadtrechten und die Praxis das Führen von Ämtern, drei Vormundschaften, Undankbarkeit und Widersetzlichkeit des Mündels, Wohnsitz außerhalb des Gerichtskreises des Mündels und Führung einer Vormundschaft während einer gewissen Zeit. Als öffentlich-rechtliche Folgen der Bevormundung kennt das Stadtrechten die «Bannung», «Verrufung», Anordnen der Handlungsunfähigkeit, Verbot zu «Handeln» und zu «Merckten», Wirtshausverbot sowie die Auskündigung dieser Maßnahmen. In weitern Kapiteln beleuchtet der Verfasser die Rechte und Pflichten des Vogtmannes, die Vertretung des Mündels und die Verwaltung des Mündelvermögens.

Dem Verfasser ist es gelungen, eine genaue Darstellung des Vormundschaftswesens einer interessanten Zeitepoche des Standes Solothurn festzuhalten. Mit regem Interesse folgt man seinen Ausführungen, wobei besonders noch die gewissenhafte Rücksichtnahme auf die einheimische Rechtssprache und die exakte Zitierung der Quellentexte zu erwähnen sind. Er hat zweifellos den Verdienst, das kultur- und rechtsgeschichtliche Verständnis für dieses Rechtsgebiet geweckt zu haben.

Dr. Otto Stebler, Solothurn

Liver, Peter, professeur à l'Université de Berne: **Das Sachenrecht, Dienstbarkeiten und Grundlasten**. Commentaire du Code civil suisse, vol. IV, 2e partie a. Edité par Schulthess & Cie, Zurich, 1951. — Première livraison. Fr. 5.20.

La seconde édition du commentaire du Code civil suisse, que nous devons à la maison Schulthess & Cie et à une pléiade d'émi-

nents auteurs, continue à paraître lentement. Voici la première livraison de la partie consacrée aux servitudes et charges foncières. Ces 80 pages ont été écrites par le professeur Liver de l'Université de Berne. Elles contiennent une introduction générale (pages 1 à 61), des remarques préliminaires à l'étude du XXI^e Titre du Code (pages 61 à 69), et ne font qu'entamer le commentaire proprement dit de la loi (les onze dernières pages relatives à l'art. 730). Il paraît prématuré de parler dès maintenant de ce début d'exégèse des textes du Code; on attendra les livraisons subséquentes.

L'introduction par contre mérite d'être lue avec une grande attention. Elle nous apporte un exposé systématique tout à fait remarquable de la nature des droits réels restreints. La documentation de l'auteur est énorme, les indications bibliographiques qui s'étendent au Droit des Pandectes, au Droit allemand, français, italien, nous fournissent de précieux instruments de travail. Le classement des matières traitées me paraît excellent, les opinions diverses sont clairement exposées et discutées avec pertinence. On dira peut-être qu'un commentaire est destiné aux praticiens, qu'il vaudrait mieux distinguer les genres, et réservier aux traités systématiques le développement des notions fondamentales, qu'en chargeant de discussions doctrinales une œuvre exégétique, on la retarde, on l'alourdit et on la rend moins maniable pour le juge et l'avocat, qu'on s'expose enfin à répéter deux ou trois fois les mêmes choses, d'abord dans l'introduction, puis au pied des textes. Si la Suisse était un grand pays pouvant s'offrir le luxe de ces deux types d'ouvrages juridiques, il y aurait quelque chose à dire dans ce sens; on se prend quelquefois à désirer que les livraisons de nos commentaires se succèdent plus rapidement, et se limitent à donner l'état du droit positif. Remarquons toutefois que l'on n'écrit guère chez nous de vrais traités systématiques; sauf le magnifique von Tühr, nous n'avons que des manuels de Droit civil, excellents sans doute, mais élémentaires, livres scolaires avant tout. Et pourtant, tout ordre juridique doit absolument avoir sa base doctrinale. Remercions donc nos professeurs, de savoir allier, dans leurs commentaires, la théorie et l'interprétation.

Faut-il se risquer à discuter certaines opinions exprimées dans ce beau travail de notre collègue? — J'y ai trouvé quelques traces d'une «Begriffsjurisprudenz» que je n'aime pas beaucoup. Par exemple, je ne puis pas définir la possession comme un droit réel (note 15): manifestation ou forme des droits réels, la possession ne saurait être en même temps un type de droit réel *sui generis*. En bonne doctrine, un propriétaire ne peut avoir un droit réel

restreint sur sa propre chose: «nemini res sua servit». C'est une vérité éternelle de la science du Droit, que le législateur n'a pas le pouvoir de changer (ceci en opposition à la note 30), et l'art. 733 ne contient qu'une manière défectueuse de s'exprimer. Je ne crois pas non plus possible de condamner quelqu'un à «faire une déclaration de volonté» (note 97); car «nemo praecise ad faciendum cogi potest». L'art. 665 dit, avec raison, autre chose: ce qu'on demande au juge, c'est une sentence constitutive du droit réel qui aurait dû être créé par le défendeur. Contentons-nous de ces quelques exemples de certains concepts artificiels et fictifs, aux-quels je voudrais que la doctrine suisse consente à renoncer. Ils n'éclairent pas, ils égarent le raisonnement juridique.

D'autres et nombreux passages de l'introduction m'ont fait grand plaisir. Combien je sais gré au professeur Liver de ne pas céder à la mode, de maintenir la vieille définition de la propriété comme un droit absolu et de ne pas en faire une «fonction sociale» (notes 80 et suiv.)! Mais cette définition n'aurait-elle pas dû l'engager à retenir aussi la distinction entre la notion de la propriété de droit privé et celle de domaine public? Quand il écrit (note 112) que les choses affectées à l'usage commun et administrées par l'Etat sont «Eigentum schlechthin», et qu'immédiatement il ajoute que l'utilisation de ces biens est liée à un but, il tombe dans une contradiction, me semble-t-il, car ce qui fait la propriété privée c'est justement que la chose n'est juridiquement pas attachée d'avance à un but, et ne dépend que de la liberté sans cesse variable du propriétaire. Le domaine public est donc une «tenure» qu'il faut logiquement distinguer de la propriété. Cela ne veut pas dire, naturellement, que ces deux types de droit sur les choses ne soient pas soumis à certaines règles communes.

J'ai beaucoup apprécié l'exposé très développé du chapitre IX, où le savant auteur compare les servitudes aux obligations conventionnelles de même contenu, — ces questions sont importantes et ont été peu explorées jusqu'ici — ainsi que le chapitre X traitant des obligations «propter rem», dans lesquelles il voit, à juste titre je crois, la vraie explication des droits annotés au registre foncier. On trouve dans ces notes 137 et suiv. une bonne critique des arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral a admis qu'un droit d'emption non annoté peut être conclu pour plus de dix ans (note 137). M. Liver a bien raison, à mon avis, d'observer que les droits réels et les obligations ne sont pas deux mondes étrangers l'un à l'autre; la limitation des art. 681 et 683 est un principe d'ordre public qui s'applique à la convention comme à l'annotation.

L'auteur combat encore un autre arrêt de principe que le Tribunal fédéral a malheureusement confirmé récemment malgré

l'opposition de presque toute la doctrine (voir la note 157); il s'agit de l'arrêt Waldvogel qui a décidé que les entrepreneurs ne peuvent plus inscrire leurs hypothèques légales, si l'immeuble change de mains avant l'expiration du délai de trois mois de l'art. 839. Il faut approuver fermement l'opinion contraire du commentateur: les entrepreneurs reçoivent leurs hypothèques directement de la loi, dès la naissance de leurs créances, et l'inscription dans les trois mois doit être définie comme conservatoire, et pas constitutive, de leur gage.

En voilà assez, semble-t-il, pour convaincre le lecteur de tout l'enrichissement apporté à notre Droit civil par l'ouvrage du professeur de Berne. Il sera accueilli avec reconnaissance tant par l'école que par le prétoire, et ne tardera pas à jouir d'une haute et légitime autorité. François Guisan

Haff, Karl: Das Wasserkraftrecht (mit Grundwasserrecht) Deutschlands, der Schweiz und Österreichs, einschließlich der rechtsgeschichtlichen Grundlagen. Innsbruck 1951 (Universitätsverlag Wagner). 95 S. Fr. 5.20.

Der Verfasser schrieb 1910 in der Rheinischen Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht über «das Wasserkraftrecht nach den Entwürfen eines preußischen Wassergesetzes und dem badisch-bayerischen Rechte» und hielt im gleichen Jahr als Professor zu Lausanne Vorträge und Vorlesungen über Wasserkraftrecht. Er hat nun jene Publikation zu der jetzt vorliegenden rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Darstellung erweitert, die das schweizerische Bundes- und kantonale Recht eingehend berücksichtigt. Der Geist, in dem Haff geschrieben hat, gibt sich am deutlichsten in den folgenden Worten der Einleitung des Buches kund: «Man kann die Ausnützung der Wasserkräfte gewaltig fördern, wenn man ein den neuen hydrologischen Erkenntnissen und Bedürfnissen des wasserwirtschaftlichen Fortschrittes Rechnung tragendes, die Staatsgrenzen überspringendes Wasserprivatrecht und öffentliches Wasserrecht schafft. Nur so kann die rationellere Ausnützung der hydrologisch doch eine Einheit bildenden oberirdischen und unterirdischen Wasserläufe gefördert werden. Vorschläge, welche die Erklärung des gesamten Wassers als ‚Gemeingut‘ oder ‚Gemeineigentum‘ des Volkes bezeichnen, wie es im nationalsozialistischen Wassergesetzentwurf des Jahres 1941 unternommen wurde, sind abzulehnen wegen ihres die privaten Wasserrechte gefährdenden Zweckes und der Vernichtung des Privateigentums an den nicht schiffbaren und flößbaren Gewässern. Es sind dieselben nicht geeignet, die in der Mehrzahl

der Staaten das Privateigentum schützenden Wasserrechtsgesetze einer Vereinheitlichung entgegenzuführen. Wir sollten zu einer naturrechtlichen Erkenntnis der hydrologischen und juristischen Grundlagen des Wasserrechts einschließlich des Grundwassers gelangen. Die sozialen und völkerverbindenden, von der Einheit der Wasserläufe ausgehenden Gedanken müssen die Landesgrenzen überspringen.»

Es ist schade, daß die wertvolle Schrift Haffs nicht schon vorlag, als die Revision des bernischen Gesetzes über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte vom 26. Mai 1907 vorbereitet wurde. Dieses Gesetz hatte dem Regierungsrat ermöglicht, «alle Seen, Flüsse und Bäche» mit Bezug auf die Nutzbarmachung der Wasserkräfte zu «öffentlichen Gewässern» zu erklären, «unter Vorbehalt nachgewiesener privatrechtlicher Berechtigungen an denselben»; der Regierungsrat brauchte sie nur der «öffentlichen Aufsicht» in wasserbaulicher Hinsicht zu unterstellen (§ 1 Abs. 2 und 36 des Wasserbaugesetzes von 1857 und § 2 Verordnung vom 5. Juni 1942). Immerhin sollten danach nur solche Privatgewässer unter öffentliche Aufsicht gestellt werden, «welche durch Überschwemmung, Uferbruch, Geschiebstrom oder Versumpfung gemeinschädlich wirken oder bei fort dauernder Vernachlässigung ihres Unterhaltes später voraussichtlich gemeinschädlich werden». Nach dem bernischen Gesetz über die Nutzung des Wassers vom 3. Dezember 1950, welches dasjenige von 1907 ersetzt hat, gelten nun als öffentliche Gewässer «in bezug auf die hoheitsrechtliche Nutzung des Wassers alle ober- und unterirdischen Wasservorkommen (Seen, Flüsse, Bäche und Grundwasseransammlungen), an denen nicht entgegenstehende Privatrechte nachgewiesen sind». Der Staat kann alle diese Gewässer direkt nutzen, wenn öffentliche Interessen vorliegen; er kann das Nutzungsrecht durch staatliche Konzession Rechtssubjekten des Privatrechts gewähren. Unter Bezugnahme auf die Ausführungen Livers (in ZbJV 85, 518f.) betont Haff eindrücklich, daß das bernische Gesetz von 1950 (dessen Entwurf ihm vorlag) eine «grundstürzende» Neuerung bringe insofern, als das Grundwasser öffentlich erklärt werde, soweit es sich nicht um Quellen und solche «Grundwasservorkommen handelt, die nach ihrer Beschaffenheit den Quellen gleichzustellen sind (ZGB 704)». Im Gegensatz zu früher wird ein Privatrecht nur noch anerkannt, wenn es bewiesen werden kann; der Beweis wird aber erschwert durch die Vorschrift (Art. 2 Abs. 2), daß keine Privatrechte aus der wasserbaupolizeilichen Einteilung der Gewässer gemäß Gesetz von 1857 «und den gestützt darauf vorgenommenen Grundbucheintragungen abgeleitet werden» können. Tat-

sächlich ist also durch das bernische Gesetz von 1950 jedes ober- oder unterirdische Wasservorkommen dem Privatrecht grundsätzlich entzogen und ausschließlich staatlicher Verfügung unterstellt worden. Je nach politischer Einstellung wird man diese Beeinträchtigung der Privatrechtssphäre begrüßen oder beklagen!

Prof. H. Rennefahrt, Bern

Flattet, Guy: *Les contrats pour le compte d'autrui.* (Essai critique sur les contrats conclus par un intermédiaire en Droit français.) Paris 1950 (Librairie du Recueil Sirey). V + 312 S. Fr. 12.20.

Hier ist wieder ein Beitrag zur allgemeinen Vertragslehre, deren Studium die «Société Henri Capitant» ihre besondere Aufmerksamkeit zuwendet. Der französische Repräsentant in ihrer Schweizergruppe, der Lausanner Professor Guy Flattet, hat sich zwar in dieser Studie auf das französische Recht beschränkt; der Begriff des «contrat pour le compte d'autrui», den er dabei für das französische Recht herausarbeitet, faßt indes Erscheinungen zusammen, welche auch das schweizerische Recht kennt und — wie das französische Recht — keineswegs unter einem einheitlichen Gesichtspunkt behandelt, so daß die Beschäftigung mit diesem neuen Begriff auch für schweizerische Juristen von hohem Interesse ist.

Die Umschreibung dieses allgemeinen Begriffs auf S. 16 («Toutes les fois que la conclusion d'un contrat fait naître un droit au profit d'une personne absente à sa conclusion, il y a contrat pour le compte d'autrui») könnte zwar einen voreiligen Schluß auf seine Gleichsetzung mit demjenigen des Vertrags zugunsten eines Dritten veranlassen; der Hinweis auf den entsprechenden Begriff der «agency» des englischen Rechts sowie die Umschreibung des Zweckes: «l'attribution à autrui des effets du contrat» belehrt aber sogleich darüber, daß Flattet mindestens auch die Stellvertretung einschließt.

Tatsächlich geht Flattet davon aus, daß traditionellerweise die «représentation» und die «stipulation pour autrui» die beiden hauptsächlichsten Träger seines Begriffes sind. Er besteht indes darauf, daß es noch weitere Möglichkeiten gibt, die Wirkungen eines Vertrages auf eine am Vertragsschluß nicht beteiligte Person zu übertragen, und seine Arbeit ist denn auch eine Synthese dieser verschiedenen, gewöhnlich getrennt behandelten Arten. Im weiteren bekämpft er auch heftig die Tendenz, die «stipulation pour autrui» lediglich als eine indirekte Form der «représentation» hinzustellen und weist in überzeugender Weise den grundlegenden

Unterschied der beiden Institute nach: bei der Stellvertretung soll der Vertreter zugunsten des Vertretenen aus dem Vertrag ausscheiden, während bei der «*stipulation pour autrui*» der Stipulierende im Obligationsverhältnis bleibt und nur gewisse Rechte beim begünstigten Dritten entstehen.

«*Représentation*» und «*stipulation pour autrui*», so verschieden sie demnach auch sind, bilden indes im System von Flattet lediglich eine Gruppe des ersten Teils der «*contrats pour le compte d'autrui*»: sie sind «*contrats conclus manifestement pour autrui*». Daneben figurieren nun als «*contrats conclus sans considération d'autrui*» die «*interpositions fictives*» und die «*actions directes*», wobei einerseits die Simulation des Handelns für sich selbst und anderseits vor allem etwa der direkte Anspruch des geschädigten Arbeiters gegen die Haftpflichtversicherung des Arbeitgebers gemeint sind. Die «*contrats conclus manifestement pour autrui*» und die «*contrats conclus sans considération d'autrui*» bilden wie erwähnt zusammen den ersten Teil: «*Contrats conclus avec une personne et s'exécutant avec une autre.*»

Im zweiten Teil werden behandelt die «*contrats pour le compte d'autrui conclus par interposition de personnes*», wo derjenige, welcher den Vertrag abschließt, tatsächlich selber Partei ist, aber im Interesse eines andern handelt, so daß sein Vermögen nur als «*relais*» dient zwischen den beiden Vermögen, welche eigentlich in Verbindung kommen sollen. Beispiele dafür sind das «*mandat sans représentation*» und die «*gestion d'affaires sans représentation*», wozu sich als neuere Erfindung das Handeln durch eine juristische Person (im Interesse einer natürlichen Person, in unserem Recht also beispielsweise durch die Einmann-AG., oder im Interesse einer andern juristischen Person, also im Verhältnis Mutter- und Tochtergesellschaft) rechnen läßt. Zu beachten ist hier der Gegensatz dieser «*interposition réelle*» zur «*interposition fictive*» des ersten Teils.

Schließlich kommen im dritten Teil, in einer Art Mittelstellung, die «*contrats passés avec réserve de commande et l'élection d'ami*», eine Art «*contrat pour le compte d'autrui à titre éventuel*» (S. 281).

Diese Inhaltsübersicht läßt erkennen, daß für Flattet jeder Vertrag, dessen Wirkungen bei einem Dritten, das heißt am Vertragsschluß nicht Teilnehmenden, eintreten, sich als besondere Vertragsart vom normalen Vertrag deutlich unterscheidet. Die herrschende Lehre (welche allen kontinentalen Gesetzbüchern zugrunde liegt) sieht dagegen hier zwei getrennte Erscheinungen: einmal die Ausnahmen vom Prinzip der «*Personalität*» der Verträge (privity of contract nach dem englischen Recht), das heißt dem Prinzip, daß ein Vertrag nur unter den abschließenden Per-

sonen Wirkungen erzeugt, also Stellvertretung und (im französischen Recht allein) Vertrag zugunsten Dritter; anderseits aber die davon durchaus zu trennende nachträgliche Übertragung von Wirkungen eines bereits abgeschlossenen Vertrages auf Dritte, welche auf den Charakter dieses Vertrages beim Abschluß keinerlei Einfluß hat. Flattet bestreitet nun, wie wir sahen, daß Stellvertretung und Vertrag zugunsten Dritter die einzigen Ausnahmen sind und ebenso, daß die nachträgliche Übertragung von Vertragswirkungen, mit dem Vertragsschluß eine wirtschaftliche Einheit bildend, auf diesen keinen Einfluß ausüben. Er gibt zu, daß das französische Recht («*n'est pas systématique*», S. 303) nicht nach seinem System des «*contrat pour le compte d'autrui*» aufgebaut ist, sondern die verschiedenen Formen im Gegenteil rein empirisch, den Bedürfnissen der Wirtschaft entsprechend, entwickelt hat, hält es aber für Aufgabe der Doktrin, nun das entsprechende System daraus zu formen, und zwar ohne alles in das ungenügende Schema der Stellvertretung zwängen zu wollen.

Als Quelle aller dieser Verträge betrachtet Flattet die «*volonté individuelle*»; ein großer Teil des Buches ist dem Nachweis gewidmet, daß der «*contrat pour le compte d'autrui*» sich parallel zur Berücksichtigung des Willens der Vertragsschließenden entwickelt hat. Dies wird insbesondere der Ansicht entgegengehalten, welche nicht im Willen, sondern im Interesse das bestimmende Prinzip erkennen will. Nicht das Interesse, sondern der Wille des Gesetzgebers oder des Individuums bestimmt das Eintreten von Vertragswirkungen bei einem Dritten. Das Interesse des Dritten findet seinen Platz im System Flattets dagegen darin, daß es an Stelle der ausdrücklichen Zustimmung des Dritten für das Entstehen von Rechten aus fremdem Vertrag genügt; das Entstehen von Pflichten aus fremdem Vertrag kann dagegen nicht wohl ohne die Zustimmung des Dritten angenommen werden.

Das Werk hat, wie der Autor abschließend bemerkt, erst eine erste Etappe erreicht: eine «*notion fondamentale*» und einige «*principes directeurs*» sind entwickelt; weitere Wesenszüge, welche allen «*contrats pour le compte d'autrui*» gemeinsam sind und sie von den gewöhnlichen Verträgen unterscheiden, sollen in einer späteren Etappe ausgeführt werden. Schon das Erreichte ist indes, wie der Pariser Professor Joseph Hamel in seinem Vorwort bemerkt, von größtem Interesse für die Rechtswissenschaft und man kann, obgleich das Buch keineswegs leicht zu lesen ist, nur hoffen, daß Flattet seine Forschungen in dieser Richtung fortsetzt.

Dr. Bernhard Staehelin, Basel

Gaugler, Hans: Die paulianische Anfechtung (unter besonderer Berücksichtigung der Lebensversicherung). Basel 1950 (Verlag für Recht und Gesellschaft). 2 Bde. Fr. 54.10

Bei Übernahme der Besprechung rechnete der Rezensent mit einem durchschnittlichen Umfang des Werkes. Es erschienen jedoch zwei umfangreiche Bände mit zusammen 623 Seiten und einem großen Apparat von Anmerkungen. Dies mag die Verzögerung der Besprechung in einem milderem Licht erscheinen lassen.

Der 1. Band vermittelt eine umfassende Darstellung der allgemeinen Regeln des Anfechtungsrechts. Einem Rückblick auf das römische, das mittelalterlich-germanische und das italienische Recht folgen Ausführungen über die rechtliche Natur der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem Recht. In Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird darauf hingewiesen, daß das Ziel der Anfechtung sich nicht in einer Pflicht, die Zwangsvollstreckung zu dulden, zu erschöpfen braucht, sondern unter Umständen eine Leistungspflicht des Beklagten begründet. Daß dadurch aber der Anspruch zu einem privatrechtlichen werde, wie der Verfasser annimmt, wird nicht näher begründet und dürfte bezweifelt werden. In Anlehnung an das Bundesgericht führt Gaugler die Haftung des Beklagten auf eine «*obligatio ex lege*» zurück. Abweichende Auffassungen werden in überaus einläßlichen Ausführungen widerlegt (S. 195 bis 230), wobei hie und da vielleicht übersehen wird, daß sich eine Sache auch unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachten läßt. Ob im übrigen eine Schuld als «*obligatio quasi ex delicto*» oder als Verbindlichkeit «*ex lege*» aufgefaßt wird, bleibt ohne praktische Folgen und ist lediglich Geschmackssache. — Bei den Ausführungen über die Geltendmachung der Anfechtung vermißt man Hinweise auf den Nachlaßvertrag mit Vermögensabtretung, wo bekanntlich die Anfechtung auch bereits vor der Gesetzesrevision von 1949 anerkannte Anwendung fand. Übersehen wurde ferner (S. 101 Anm. 29), daß seit BGE 65 II 41 und 65 III 31 die Höhe der voraussichtlichen Dividende den Streitwert eines Kollokationsprozesses bestimmt. Bei der Besprechung des Verhältnisses zwischen ZGB 188 und SchKG 285 ff. polemisiert der Verfasser (meines Erachtens zu Unrecht) gegen BGE 45 III 173 und läßt dabei BGE 63 III 27 außer acht. Im übrigen muß anerkannt werden, daß Gaugler sich bemüht, die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach Inhalt und Werdegang erschöpfend darzustellen. Auch die Literatur ist in reichem Maße zu Rate gezogen, wobei immerhin auffällt, daß lediglich auf die 1. Auflage des Eggerschen Kommentars zum Familienrecht Bezug genommen wird, obwohl die einschlägigen Ausführungen der 2. Auflage bereits 1936 erschienen sind.

Der zweite Band des Werkes bringt als «Besonderer Teil» zunächst eine Darstellung der Rechte des Versicherungsnehmers bei der Lebensversicherung und behandelt sodann den Lebensversicherungsanspruch als Gegenstand der Zwangsvollstreckung. Hierauf wird das Anfechtungsrecht in seiner Anwendung auf die Lebensversicherung im einzelnen geschildert und schließlich die Nutzanwendung der gewonnenen Ergebnisse auf die Lebensversicherung zugunsten Dritter aufgezeigt. Es kann nicht Aufgabe der Besprechung sein, die ungeheuer fleißige, kommentarähnliche Darstellung auf ihre Richtigkeit in den einzelnen Punkten zu überprüfen. Gaugler darf beanspruchen, daß sich die Rechtsprechung bei der Entscheidung jedes einzelnen Falles mit seinen Ausführungen auseinandersetzt. In diesem Sinne — als Nachschlagewerk — darf dem Buch wohl eine dauernde Bedeutung zuerkannt werden. Zu bedauern bleibt, daß die ungewöhnlich breite, Wiederholungen nicht vermeidende Darstellung die Lesbarkeit erschwert. Auch eine gewisse sprachliche Ungelenkheit erleichtert den Zugang zum Denken des Verfassers nicht. Allzu häufig stoßen wir auf feierlich-schwerfällige Ausdrücke, wie «Supposition, Impetrat, Annihilation, Redintegration»; es ist von «juristischen Apperceptionen» und «korrektoriischen Funktionen» die Rede. Auch die ständige Verwendung des unschönen Ausdrucks «höchstrichterlich» vermag nicht zu gefallen. Das Werk würde sehr gewinnen, wenn der Verfasser sich bei einer allfälligen zweiten Auflage entschließen könnte, es sprachlich zu vereinfachen und nicht unerheblich zu kürzen.

Appellationsgerichtspräsident Prof. H. Hinderling, Basel

Die Erlasse betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, herausgegeben von Dr. C. Jaeger †, neubearbeitet von Dr. Martha Daecker. 5. Aufl. Zürich 1950 (Orell Füssli Verlag). Fr. 24.90.

Die von alt Bundesrichter Jaeger verfaßte Taschenausgabe aller die Schuldbetreibung betreffenden Erlasse hat sich längst als unentbehrliches Hilfsmittel des Praktikers eingebürgert. Die vorliegende Neubearbeitung ist namentlich durch die Revision des SchKG vom 28. September 1949 nötig geworden. Der Wert der Ausgabe beruht auf ihrem klaren Aufbau, der Übersichtlichkeit und namentlich auf den vorbildlich konzisen Hinweisen auf die maßgebenden Entscheide des Bundesgerichts. Dabei konnten Ungenauigkeiten vermieden werden, die noch in der von den gleichen Autoren verfaßten «Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911—1945» figurieren (so hinsichtlich der Abtretbarkeit von Anfechtungsansprüchen nach Art. 260 SchKG und hinsichtlich der Frage von Zwangsmaßnahmen gegen

Dritte im Arrestverfahren, deren Zulässigkeit in der «Praxis» unter irrtümlicher Bezugnahme auf BGE 66 III 30, welcher Entscheid die Pfändung betrifft, bejaht wird). Die Entscheidungen kantonaler Gerichte und Aufsichtsbehörden konnten in der Taschenausgabe im Gegensatz zur «Praxis» aus begreiflichen raumtechnischen Gründen nicht berücksichtigt werden; das macht die knappe Kommentierung zum Beispiel der die Rechtsöffnung betreffenden Bestimmungen erklärlich.

Es sei dem Rezessenten gestattet, für eine spätere Neubearbeitung sowohl der Taschenausgabe als der «Praxis» einen Wunsch zu äußern: Nämlich, daß die bundesgerichtlichen Entscheide nicht mehr nach Nummern, sondern — wie sonst üblich — nach Seitenzahlen zitiert werden mögen. François Clerc hat in seiner Bearbeitung der französischen Ausgabe des Werks diese Änderung bereits vorgenommen.

Appellationsgerichtspräsident Prof. H. Hinderling, Basel

Vegting, W. G., professeur de droit administratif à Amsterdam: **Domaine public et res extra commercium**. Mit Vorwort von Robert Pelloux, Professor in Lyon. Verlag N. Samsom n. V., Alphen aan den Rijn.

Der Verfasser geht aus von einer Frage des holländischen Verwaltungsrechtes: Sind die im Gemeingebrauche stehenden öffentlichen Sachen Eigentum im privatrechtlichen Sinne des Staates oder unterstehen sie einem besonderen Herrschaftsrechte des öffentlichen Rechtes? Daraus ergibt sich, ob die Beziehungen zu ihnen vom Privatrechte oder vom öffentlichen Rechte beherrscht sind.

Diese scheinbar auf das geltende Recht des Königreichs der Niederlande beschränkte Gegenüberstellung ist in Wirklichkeit von grundsätzlicher Bedeutung: Sie führt auf das Wesen des Gemeingebrauches, das Verhältnis des Staates zu den in Gemeingebrauch stehenden Sachen sowie auf das Wesen des Sonderrechtes der einzelnen Benutzer zurück. Vorerst ist sie allerdings auf Grund des Bürgerlichen Gesetzbuches des Königreichs der Niederlande zu beurteilen, und dieses ist aus dem Code civil français hervorgegangen. Wie nahe der Code civil dem römischen Rechte steht, wie groß insbesondere der Einfluß der Schriften Pothiers auf ihn war, ist bekannt. Beim römischen Rechte ist daher der Ursprung der heutigen Rechtslage in den Niederlanden zu suchen.

Folgerichtig beginnt der Verfasser seine Ausführungen mit einer Darstellung der römisch-rechtlichen Ordnung der Verhältnisse an im Gemeingebrauch stehenden Sachen. Er setzt bei Gaius ein, der die res publicae in usu publico zu den res publicae

schlechthin stellt, ohne einzeln aufzuzählen, was er alles zu dieser Gruppe rechnet. Dann folgt Marcian, wo vier Gruppen unterschieden werden: Die von Natur allen gemeinen Sachen, die der universitas, die niemandem, die den Einzelnen gehörenden Sachen. Allen gemein sind die Luft, das strömende Wasser, die See, deren Strand. Bis auf die Luft bezieht der Verfasser diese Gegenstände in seine Erörterungen ein. Die Iustinianischen Institutionen wiederholen die Aufzählung Marcians, fügen ihr aber die öffentlichen Sachen, die *res publicae*, bei, die nun den allen gemeinen und den der universitas gehörenden Sachen gegenüberstehen. Allen gemein sind die bei Marcian aufgezählten Sachen, öffentlich sind die Flüsse und die Häfen, *res universitatis* sind die dem Gemeinwesen gehörenden Dinge, wie Theater, Stadien und was sonst in der *civitas* dem Gemeingebräuche untersteht. Ferner finden sich in Gemeingebräuch stehende Sachen bei den *res sanctae*: Die Mauern und Tore der Stadt.

Wer also beschreiben will, welcher Ordnung im römischen Rechte die im Gemeingebräuch stehenden Sachen unterstehen, muß folgenden vier Gruppen Rechnung tragen: Den *res publicae*, *universitatis*, *communes omnium*, *sanctae*. Diese Vielfalt ergibt sich daraus, daß der Verfasser von einer Fragestellung des gelgenden Rechtes ausgeht und zu ihrer Lösung auf das klassische und spätere römische Recht zurückgreift: Es findet sich keine entsprechende römisch-rechtliche Kategorie. Die *res sanctae* bezieht der Verfasser in die Erörterung ein und bemerkt gleichzeitig, daß sie nirgends in den Quellen als zu den öffentlichen Sachen gehörig bezeichnet werden, daß sie aber ihrem Wesen nach dazu zu rechnen sind.

Nun fragt der Verfasser, ob der Staat Eigentümer dieser Gegenstände sei oder ob er ein Recht anderer Beschaffenheit daran habe. Er kommt zum Schluß, schon im römischen Rechte sei der Staat Eigentümer im privatrechtlichen Sinne gewesen. Sein Recht an *res publicae in usu publico* sei nicht anders beschaffen gewesen als dasjenige an *res publicae in patrimonio*. «*Propriété*» bedeutet dem Verfasser, daß «*les droits que l'Etat avait sur ces choses étaient les mêmes dans leur quantité et leur espèce que ceux que les citoyens avaient en vertu de leur droit de propriété sur les choses qui leur appartenaient*». Saleilles wird angeführt: «*On aura beau inventer de nouveaux noms et imaginer des nuances nouvelles, l'idée la plus complète des droits qui peuvent exister sur une chose se ramènera toujours, quoi qu'on fasse, à la notion de propriété.*»

Daß das Recht des Staates aber in seinen Auswirkungen gewisse Besonderheiten gegenüber dem Eigentum der Einzel-

bürger aufweist, gibt der Verfasser zu: Der Rechtsschutz ist ein anderer, das Nachbarrecht, die möglichen Rechte Dritter an der in Gemeingebräuch stehenden Sache sind anders geordnet. Gleichwohl tritt der Verfasser den Lehren, die ein vom privaten abweichendes Eigentum annehmen, entgegen. Daß die fraglichen Sachen extra commercium, also dem Rechtsverkehre entzogen und von der Ersitzung ausgeschlossen waren, führt der Verfasser nicht auf eine Beschränkung des Verfügungsrechtes des Staates zurück, sondern darauf, daß die «affectation à l'usage du public» gewöhnlichen Besitz verunmöglicht habe. Um das Recht der Benutzer dieser Sachen zu kennzeichnen, greift er auf Bartolus zurück: «Posse ire per viam publicam non est ius, sed quaedam facultas.» Die Lehre, wonach die Benutzer ein subjektives Recht ausüben, sei es ein dingliches oder persönliches, lehnt er ab. Es konnten aber besondere Einzelrechte eingeräumt werden, solange sie mit dem Gemeingebräuche vereinbar waren. Ja es gab sogar vereinzelt Konzessionen, die den Gemeingebräuch ausschlossen.

Von dieser Grundlage ausgehend, beschreibt der Verfasser den weiteren Gang der Entwicklung: Vorerst bei den Glossatoren und Postglossatoren, die das iustinianische Recht bekanntlich pflegten, «als herrschte Iustinian immer noch» (Vinogradoff). Als herrschende Ansicht jener Zeit führt der Verfasser an, daß die fraglichen Dinge Staatseigentum seien. Darüber hinaus wird nach einem persönlichen Subjekte des Rechtes gesucht, und es wird da, wo die Stadt von einem Fürsten abhängt, in dessen Person gefunden. (Daß dies ein germanisches Element ist, wird sich noch zeigen.) Vielfach sind aber die Städte selber die Rechtsträger, sei es zufolge Verleihung oder Ersitzung. Verkauf der in Gemeingebräuch stehenden Sachen ist möglich, setzt aber voraus, daß durch Dekret der Gemeinde, eventuell mit obrigkeitlicher Bewilligung, der Gemeingebräuch aufgehoben werde. Das Dekret kann in dem Verkaufe selber durch die Obrigkeit eingeschlossen sein, weil dieser vim legis vel statuti hat.

Den usus publicus betrachteten die Glossatoren als von einer Dienstbarkeit verschieden; die Berechtigten übten ihn «ut universi». In diesem Zusammenhange wurde die Allmende erwähnt, die ebenfalls im Gemeingebräuch stehe, aber ausgeübt «ut singuli». (Wiederum ein germanisches Element. Diese Beiträge sind wertvoll für den im Gange befindlichen Streit über den germanischen Einfluß auf das Recht der Glossatoren und Postglossatoren, vgl. Vinogradoff, Roman Law in Medieval Europe, 2. Aufl., 1929, S. 54; Albertario, Lo studio di Bologna nella storia del diritto, stud. doc. 5, 5 ff.; W. Engelmann, Die Wiedergeburt

der Rechtskultur in Italien, 1938, S. 25; Genzmer, *I Glossatori, Arch. Giur.* 119, 1938; derselbe, *Kritische Studien zur Mediaevistik*, SZ 61, 324.) Die Sonderrechte Einzelner an Dingen des Gemeingebräuches werden im Mittelalter vielfach als Dienstbarkeiten angesehen.

Der Eigentumsthese hingen auch die Humanisten — Cuiacius, Donellus — an, ebenso nach ihnen die holländischen Juristen bis ins 19. Jahrhundert. Dem Begriffe «extra commercium» legt Grotius den Sinn bei, den der Verfasser schon im römischen Rechte festgestellt hat.

Nun greift der Verfasser auf dem Gebiete des französischen Rechtes auf eine Zeit zurück, die er bisher außer acht gelassen hat: diejenige der Gründung der germanischen Staaten auf dem bisher römischen Gebiete. Die Frankenkönige betrachteten das eroberte Land als ihr privates Eigentum. Hierauf — also auf das germanische Recht der Landnahme — gründet der Verfasser die in der Folgezeit in Frankreich geltende Ordnung, wonach die Gegenstände des Gemeingebräuches dem Könige zu eigen gehörten, die römischen *res communes* eingeschlossen. Hierbei blieb es bis zur Französischen Revolution, mit der Beifügung, daß der Bestand der königlichen Güter durch die Festsetzung von deren Unveräußerlichkeit geschützt wurde, ohne daß am Wesen des königlichen Eigentums etwas geändert worden wäre (1667).

Die Lehre blieb aber hierbei nicht stehen: Loyseau (1566 bis 1627) knüpfte an den römischen Begriff von *res extra commercium* an und erblickte deren Wesen darin, daß sie niemandem gehörten: «quant à la propriété, et quant à l'usage» gehören sie «à chaque particulier...». Auch auf Flüsse, den Strand und anderes wird der Gedanke der Zugehörigkeit zu der ganzen Nation ausgedehnt (Lorry). Pothier allerdings hält den König für den Eigentümer der schiffbaren Flüsse; er hängt der Lehre des königlichen Eigentums an den Dingen des Gemeingebräuchs noch völlig an.

Die Revolution ersetzte das Eigentum des Königs durch Staatseigentum. Ein Gang durch Entwürfe, Beratungen und Gesetze führt zu diesem Ergebnisse. Ein erster Entwurf des *Code civil français* spricht ununterschieden von Eigentum bezüglich der «biens nationaux, communaux, privés». Zu den ersten gehören die römischen *res publicae in usu publico, sanctae, omnium communes*; sie stehen also in Staatseigentum, sind aber veräußerlich und werden dadurch «biens privés». Bei diesen Grundgedanken ist es bei allen nachfolgenden Diskussionen und Umredaktionen geblieben. Folgerichtig wurde dieses Staatseigentum, weil nun veräußerlich, der Ersitzung unterstellt.

In den Niederlanden galt zuerst der an die dortigen Verhältnisse angepaßte *Code civil français*; er wurde durch das *Burgerlijk Wetboek* ersetzt (1838), das dem *Code civil* nahestehet und insbesondere in unserer Frage dessen Ordnung im wesentlichen übernommen hat.

In der Folgezeit stellte sich in Frankreich die Lehre zuerst positivistisch ein, bis Proudhon (1833/34) mit seiner Lehre vom «domaine de souveraineté, domaine public, domaine privé» davon abging. Was unmittelbarem Gemeingebrauche untersteht, ist *domaine public*; dieser «consiste dans le pouvoir spécialement chargé de régir et administrer les choses qui sont, par les lois, asservies à l'usage de tous, et dont la propriété est de personne». Einzelrechte dürfen dem Gemeingebrauche nicht widersprechen; die Vorteile, die eine öffentliche Straße den Anwohnern bietet, sind Dienstbarkeiten. Diese Lehre wurde herrschend, obgleich sie der Verfasser fragwürdig findet. Sie schloß aber nicht aus, daß der Gedanke des Privateigentums des Staates an Dingen öffentlichen Gebrauches weiterlebte. Herrschend wurde er aber nicht mehr, obwohl er allein dem geltenden Gesetze entsprach. «Cette manie (sc. auf das Gesetz abzustellen) est aujourd'hui passée de mode» (Jèze). An Proudhon schlossen sich weitere, in der gleichen Richtung liegende Lehren an.

In den Niederlanden fand die Lehre Proudhons Anhänger, ja es wurde sogar versucht, sie mit dem Gesetze in Einklang zu bringen, in der Rechtsprechung überwog aber die Eigentumslehre.

Der Verfasser geht nun dazu über, sich mit den Begriffen «Gut, Eigentum, juristische Person» sowie mit der Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Rechte auseinanderzusetzen. Wesentlich ist vor allem, daß er sich zu einem relativen Eigentumsbegriffe bekennt, den er folgendermaßen umschreibt: «Le droit de propriété n'a pas de contenu fixe; c'est le pouvoir reconnu en droit comme domination centrale sur une chose, dont le contenu qui dépend cependant du temps et du lieu, est déterminé par l'ensemble des dispositions légales en vigueur et des droits des tiers, et aussi par la nature de la chose.» (Vgl. ZGB 641: «in den Schranken der Rechtsordnung.») Diese Schranken bestimmen den Inhalt des Eigentumsrechtes.) Der Lehre, wonach das Recht des Staates etwas grundanderes sei als Eigentum, sofern es sich um Dinge des Gemeingebrauches handle (Otto Mayer), tritt der Verfasser entgegen.

Ein Schlußkapitel befaßt sich mit dem geltenden Rechte in den Niederlanden. Dieses betrachtet Staat und Gemeinde als Eigentümer der Sachen des Gemeingebrauches. Das Privatrecht

ist auf sie anwendbar, bis auf einige besondere, durch das Verwaltungsrecht getroffene Ordnungen. Auch der Verfasser muß somit anerkennen, daß der Inhalt solchen Eigentums von gewöhnlichem Eigentume Privater abweicht, sein relativer Eigentumsbegriff ermöglicht es ihm aber, beide darunter zu verstehen. Den Begriff «res extra commercium» versteht der Verfasser wie im römischen Rechte: Der Staat ist voll verfügberechtigt; er kann an Sachen der fraglichen Art beschränkte dingliche Rechte einräumen, er kann auch das Eigentum daran mit oder ohne Belastung durch den Gemeingebräuch übertragen. Das Gebrauchsrecht ist nicht subjektiver Natur, es ist nicht einmal ein Ausfluß des Bürgerrechtes (Ulp. D. 43, 11, 2), steht es doch allen zu. Es ist «une suite de la liberté qu'on laisse aux individus dans la communauté». Dagegen haben die vom Staate Einzelnen eingeräumten Sonderrechte das Wesen gewöhnlicher dinglicher Rechte.

Nach dieser vielleicht etwas langen Inhaltsangabe können wir die allgemeinen Wesenszüge des Buches um so kürzer umschreiben. Es geht vor allem um die Auseinandersetzung mit dem Begriffe des verwaltungsrechtlichen Eigentums, der dem privatrechtlichen gegenübergestellt worden ist. Dessen Wurzeln verfolgt der Verfasser bis ins 16. Jahrhundert zurück, am wirksamsten wurde die verwaltungsrechtliche Lehre aber im 19. Jahrhundert verfochten. Grundlegend ist die Deutung des Begriffes «res extra commercium». Durch seine eigene, wiederholt vorgetragene, macht ihn der Verfasser mit privatrechtlichem Eigentume vereinbar, was er nicht wäre, wenn er im Sinne gänzlichen und grundsätzlichen Ausschlusses von jeglichem Rechtsverkehre zu verstehen wäre.

Im Dienste dieser Auseinandersetzung zeigt der Verfasser den Entwicklungsgang dieser einen Rechtseinrichtung durch die Jahrhunderte, ausgehend vom römischen Rechte der klassischen Zeit. Dadurch wirft er Licht auf die Entwicklung des Rechtsdenkens überhaupt, und zwar helles Licht, wie die vielen Einzelheiten dartun, die es zu erfassen vermag. Als Endergebnis steht eine große Stetigkeit der Grundgedanken da, ein beinahe unverändertes Weiterwirken des römischen Rechtes in heutiger Zeit.

Dr. K. F. Thormann, Bern

Eingegangene Bücher

(Besprechung vorbehalten)

Amsler, Robert: Die Sicherheitshinterlegung im schweizerischen Recht. (Abhandlungen z. schweiz. Recht NF H. 284.) Bern 1951 (Stämpfli). X, 81 S. Fr. 5.70.

Bachof, Otto: Verfassungswidrige Verfassungsnormen? (Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart 163/164.) Tübingen 1951 (Mohr). 61 S. Fr. 4.55.

Binswanger, Peter: Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung. Nachtrag 1951. Zürich 1951 (Polygraph. Verlag). 80 S.

Binz, Hans-Werner: Die Mitwirkung fremder Schadensursachen in der privaten Unfall- und Krankenversicherung. (Abhandlungen z. schweiz. Recht NF H. 287.) Bern 1951 (Stämpfli). VI, 77 S. Fr. 5.20.

Blumenstein, Ernst: System des Steuerrechts. 2. neu bearbeitete Aufl. Zürich 1951 (Polygr. Verlag). 463 S. Geb. Fr. 36.—.

Ehrenzeller, Max: Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht. St. Gallen 1951 (Fehr). XII, 117 S. Fr. 7.—.

Entscheidungen des Eidg. Versicherungsgerichts. Amtliche Sammlung 1951/III. Bern 1951 (Hs. Huber). S. 147—216.

Esener, Turhan: L'obligation de réparer les préjudices résultant du divorce en droit suisse. Lausanne 1951 (Payot). 181 p. Fr. 8.30.

Frei, Hans: Verschollenheit als Eheauflösungsgrund nach kanonischem und schweizerischem Recht. (Abhandlungen zum schweiz. Recht NF H. 286.) Bern 1951 (Stämpfli). X, 101 S. Fr. 6.25.

Funk, Fritz: Kommentar des Obligationenrechtes. Bd. II. Das Recht der Gesellschaften. Aarau 1951 (Sauerländer). 583 S. Geb. Fr. 33.50.

Gihl, Torsten: Den internationella Privaträttens Historia och allmänna Principer. Stockholm 1951 (Kungl. Boktryckeriet P. A. Norstedt & Söner). XV, 517 S. 35 Kr.

Guldener, Max: Das internationale und interkantonale Zivilprozeßrecht der Schweiz. Zürich 1951 (Schultheß). XVI, 208 S. Geb. Fr. 20.—.

Hildebrandt, Walter: Das Gemeindeprinzip der christlichen Kirche. Zürich 1951 (Zwingli-Verlag). 213 S. Fr. 10.40.

International Monetary Fund, Financial Statement, Quarter ended July 31, 1951. Washington 1951 (Internat. Monetary Fund). 6 p.

International Monetary Fund. Schedule of Par Values, fourteenth issue, August 1, 1951. Washington 1951 (Internat. Monetary Fund). 22 p.

Jaeger, Nicola: Lezioni di Diritto svizzero, seconda edizione riveduta ed aumentata. Milano 1951 (A. Giuffrè). X, 212 p. Lire 1000.—.

Jost, Arthur: Der Haftpflichtprozeß in der Schweiz. Bern 1951 (Stämpfli). XIV, 142 S. Geb. Fr. 14.05.

Koenig, Willy: Schweizerisches Privatversicherungsrecht. Bern 1951 (Herbert Lang). XVIII, 462 S. Geb. Fr. 22.90.

Laely, Kaspar: Die stille Wahl in der Demokratie. Diss. Bern 1951. XV, 189 S.

Lakimies. (Suomalaisen lakimiesyhdistyksen aikakauskirja XLIX vuosikerta, 4. vihko, 1951.) Helsinki 1951 (Suomalainen Lakimiesyhdistys). S. 545—666.

Larenz, Karl: Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung. (Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Köln Bd. III.) München u. Berlin 1951 (Beck'sche Verlagsbuchhandlung). XII, 178 S. Fr. 14.75.

Naef, Kurt: Die Entmündigung von Geisteskranken. (Abhandlungen z. schweiz. Recht NF H. 285). Bern 1951 (Stämpfli). XII, 148 S. Fr. 7.30.

Oswald, Hans: Herabsetzung und Erlaß von AHV-Beiträgen. Bern 1951 (Hs. Huber). 39 S. Fr. 3.80.

Pagenstecher, Max: Der Grundsatz des Entscheidungseinklangs im internationalen Privatrecht. (Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Abhandlungen der Geistes- und sozialwissenschaftl. Klasse Jg. 1951, Nr. 5.) Mainz 1951 (Akademie d. Wissenschaften u. d. Literatur). S. 358—420. Fr. 6.45.

Rehfeldt, Bernhard: Die Wurzeln des Rechtes. Berlin 1951 (Duncker & Humblot). 71 S. Fr. 6.70.

Schwarz-Liebermann v. Wahlendorf, H. A.: Vormundschaft und Treuhand des römischen und englischen Privatrechts in ihrer Anwendbarkeit auf völkerrechtlicher Ebene. Tübingen 1951 (Mohr). 141 S. Fr. 17.50.

Trüeb, Hans: Die Streitigkeiten über Wasserrechtskonzessionen. (Abhandlungen zum schweiz. Recht NF H. 288.) Bern 1951 (Stämpfli). VI, 71 S. Fr. 5.20.

Usteri, Paul Leonh. u. Reimann, Aug.: Kartothek zum Schweiz. OR. 13. Liefg. Judikatur des Jahres 1949, Literatur des Jahres 1950 (284 Karten). Zürich 1951 (Schultheß). Fr. 26.—.

Wirtschaft und Recht. Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluß des Sozial- und Arbeitsrechtes, 3. Jahrgang, Heft 3. Zürich 1951 (Art. Institut Orell Füllli). Fr. 20.— pro Jahrgang.
