

**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:** 72 (1953)

**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:** 07.02.2026

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

## Besprechungen und Anzeigen

**Notar und Recht.** Festschrift des Verbandes Bernischer Notare zu seinem 50jährigen Bestehen. Bern 1953 (Hallwag). 219 S. Fr. 18.—.

Zu seinem 50jährigen Bestehen hat der Verband Bernischer Notare eine gediegene Festschrift herausgebracht. Sie gibt der berechtigten Genugtuung Ausdruck, welche die Berner Notare über den seit der Jahrhundertwende vollzogenen Ausbau des bernischen Beurkundungsrechtes empfinden. Kein anderer Kanton, so stellt einer der Mitarbeiter (übrigens mit Ausnahme des Berner Dozenten für Beurkundungs- und Verwaltungsrecht alles aktive Notare) fest, besitze etwas Gleichartiges. Der Band spiegelt vorerst die Verdienste wider, die sich E. Blumenstein, der Schöpfer des bernischen Gesetzes über das Notariat vom 31. Januar 1909, um das bernische und schweizerische Notariatswesen erworben hat. Während Jahren hat er zur wissenschaftlichen Durchdringung des Beurkundungsrechtes beigetragen, insbesondere durch die zahlreichen Aufsätze in der von ihm redigierten Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht. Über die intensive Pflege, deren sich das bernische Notariatsrecht seitdem erfreut, vermittelt die am Schluß der Festschrift zusammengestellte Bibliographie «Zum Recht der öffentlichen Beurkundung und des freien Berufsnotariates in der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsquellen im Kanton Bern», besorgt von U. Huber, einen ausgezeichneten Überblick. Der reichen Bearbeitung des Rechtsstoffes unter praktischen und wissenschaftlichen Gesichtspunkten entspricht anderseits eine umfassende gesetzliche Ordnung des Notariates, welche in dieser Bibliographie ebenfalls berücksichtigt ist.

Die Entwicklung des jungen Zweiges bernischen Verwaltungsrechtes liegt auch der anschaulichen Schilderung zugrunde, die E. Biedermann im «Rückblick auf den Notariatsverein und den Revisionsverband» vermittelt. Letzterer wurde im Jahre 1923 zum Zwecke der Hebung des Notariatsstandes und der Schaffung einer freiwilligen Beaufsichtigung seiner Mitglieder begründet. 1948 wurden die beiden Organisationen zum Verband Bernischer Notare zusammengeschlossen. Es ist besonders aufschlußreich,

zu verfolgen, wie durch systematischen Ausbau der internen Aufsicht, die Pflege kollegialer Beziehungen, die Aufstellung eines für die Mitglieder verbindlichen Tarifes und namentlich durch die Kodifikation von Standesregeln das Ansehen des Notariates gehoben wurde und zugleich weitergehende Eingriffe des Staates in die Tätigkeit des freien Notars verhindert werden konnten. Über die Erfahrungen in der Anwendung der Standesregeln, die im Jahre 1941 vom damaligen Verein in Anlehnung an die Standesregeln bernischer Anwälte erlassen wurden, berichtet unter Anführung zahlreicher Fälle aus der Praxis F. Rufer im Aufsatz «10 Jahre Standesregeln». Gleich wie der vom Berufsverband erlassene Konventionaltarif dürften diese Standesregeln zwar nicht als staatliche Rechtsnorm gelten, wohl aber als Ausdruck dessen, was unter Berufsangehörigen als angemessen und gehörig betrachtet wird. In diesem Sinne kann den selbstgewählten Regeln des Verbandes wohl auch eine normative Bedeutung beigemessen werden. Sie werden denn auch von den mit der Überwachung des Beurkundungswesens betrauten staatlichen Organen (in Bern die «Notariatskammer») gebührend berücksichtigt.

H. Marti schließt seinen gehaltvollen Aufsatz «Der Notar des Kantons Bern», der mit Recht an die Spitze der Festschrift gestellt ist, mit dem Hinweis auf den gewichtigen Einfluß der Urkundsperson auf die Anwendung großer Teile des Privatrechts. Sowohl *supplendi* wie auch *corrigendi gratia* trägt der Notar täglich, wenn auch zumeist unbemerkt, zur Weiterbildung des Privatrechtes bei. Es sei außerhalb unseres Rechtsbereiches etwa an den Beitrag des französischen Notariates erinnert, den die «notaires» zur Entwicklung des Systems des Eigentumsüberganges kraft Vertrages geleistet haben. Hier mag darauf hingewiesen sein, daß Koschakers Soziologie des Juristenrechtes (in «Europa und das römische Recht») mit Fug auf diese schöpferische Funktion des alten und modernen Urkundenwesens aufmerksam macht (S. 180).

Die Problematik des Notariatsrechtes als Inbegriff der Rechtsnormen über die Tätigkeit des Notars als staatlicher Urkundsperson zeigt sich insbesondere in zwei Richtungen. Einerseits sind es Fragen der sachlichen und örtlichen Rechtsanwendung; anderseits muß die Übertragung von staatlichen Funktionen auf eine Privatperson besondere Fragen aufwerfen. Das Beurkundungsverfahren wird grundsätzlich vom kantonalen Recht geordnet; doch greift das Bundeszivilrecht für die Beurkundung einzelner Willenserklärungen (letztwillige Verfügung, Ehe- und Erbverträge, Gründung von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung) mit wichtigen Vorschriften

in den Bereich des kantonalen Rechtes ein. Entspricht diese Aufteilung der Gesetzgebungsbefugnis zwischen Bund und Kantonen der Verfassung? Marti (S. 22) kommt zu einer positiven Antwort. Die Lösung ist auch hier ein Kompromiß, der — ähnlich dem Einbruch bundesrechtlicher Prozeßvorschriften in das kantonale Recht — zur richtigen Anwendung des Bundeszivilrechtes unerlässlich erscheint. Schwierigkeiten bereitet dagegen die örtliche Abgrenzung der Beurkundungsbefugnisse. Soweit keine Grundstücke Objekt der Beurkundung bilden, steht zwar die Geltung des Satzes «locus regit actum» im interkantonalen Verhältnis durchaus fest. Die Beurkundungstätigkeit des Notars ist dabei (im Gegensatz zu Feststellungen tatsächlicher Natur, die Gegenstand einer Beurkundung bilden) auf das Gebiet des Kantons, unter Umständen sogar eines Bezirkes, beschränkt, in dessen Bereich die zu beurkundende Handlung vorgenommen wird. Anders ist es bei Liegenschaften. Bekanntlich läßt die Praxis mit Rücksicht auf die Verantwortlichkeit der Kantone für die Grundbuchführung die Verurkundung von Rechtsgeschäften über Liegenschaften allein durch die Urkundsperson des Kantons der gelegenen Sache zu. Fraglich bleibt dabei, ob der Notar als Träger staatlicher Hoheitsbefugnisse außerhalb des Gebietes des Staates, von dem er seine Autorität ableitet, Beurkundungen über Grundstücke, die in seinem Kantonsgebiet liegen, vornehmen kann. P. Flückiger bejaht dies in seinem Aufsatz «Das Verurkundungsverfahren» (S. 57), Marti (S. 25) stellt es jedenfalls für Verurkundungen, die im Auslande vorgenommen werden, wohl zu Recht, in Abrede. Daß ein Kanton die Beurkundungstätigkeit eines fremden Notars bezüglich in seinem Gebiete gelegener Liegenschaften auf Grund von Art. 55 Schl.T.z.ZBG zu dulden hätte, dürfte einen Eingriff in die Hoheit dieses Kantons darstellen, von dem man jedenfalls nicht sagen kann, daß es zur Anwendung des Bundeszivilrechts notwendig sei.

Über das bernische Beurkundungsverfahren orientieren eingehend Marti (S. 33f.) und Flückiger (S. 53). Dabei fällt auf, wie stark die Beurkundung als Verfahren der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit an den Prozeßgang angelehnt wird, angefangen bei der formellen Rogation als besonderer Form des «Auftrages» an den Notar bis zur Perfektion der Urkunde, deren Urschrift (Minute) in Bern nicht etwa den Parteien ausgehändigt wird, sondern beim Notar verbleibt. Bei der Darstellung der verschiedenen Beurkundungsverfahren des bernischen Rechtes wird bezüglich der wichtigen Frage, ob die Einheit der Handlung bei Verfahren mit mehreren Personen, insbesondere bei Verträgen, erforderlich sei, von Flückiger (S. 51) festgestellt, daß Lehre

und Praxis trotz des Wortlautes des Gesetzes diese «unité d'action» nicht verlangen. Die Bemerkung, daß nicht alles, was erlaubt, auch zweckmäßig sei, ist allerdings durchaus am Platze.

Die Errichtung der öffentlichen Urkunde gilt, wie Marti (S. 18) nachweist, als Ausfluß staatlicher Jurisdiktionsgewalt. Der Notar übt somit bei der öffentlichen Beurkundung staatliche Gewalt aus. Auf der anderen Seite steht der freie Notar, wie er außer im Kanton Bern auch in der Westschweiz sowie in den Kantonen Aargau, Solothurn und Basel-Stadt bekannt ist, nicht in einem Beamtenverhältnis zum Staat. Der Notar übt wohl einen vom Staat «autorisierten» Beruf öffentlichen Charakters aus (Bernisches Notariatsgesetz Art. 1). Mit Recht betont Marti (S. 29), daß dieses Organisationsprinzip keineswegs rückständig sei, wenn es auch an mittelalterliche Formen der Ausübung staatlicher Herrschaftsgewalt erinnere. Dieses System eigne sich für den Bereich der Beurkundungstätigkeit eben besser als der moderne staatliche Zentralismus. Die Übertragung staatlicher Hoheitsbefugnisse an Private sei nichts Außergewöhnliches. Marti (S. 30) vergleicht die Stellung des freien Notars mit derjenigen des Konzessionärs und zieht daraus für den Fall der «Verstaatlichung» des Notariates den Schluß, daß der Notar Anspruch auf volle Entschädigung besitze. Darin liege ein Äquivalent für die fehlenden verfassungsrechtlichen Garantien, wie sie andere private Erwerbstätige genießen. Dem Rezessent sei der Hinweis gestattet, daß eine dem freien Notariat verwandte Stellung der Kapitän eines schweizerischen Seeschiffes einnimmt. Obwohl nicht in einem Beamtenverhältnis zum Staate stehend, sind diesem in noch weit größerem Maße als dem Notar staatliche Hoheitsbefugnisse verliehen, die sich vorerst in der Schiffsgewalt äußern; ihm stehen daneben gewisse Jurisdiktionsbefugnisse auf dem Gebiete der streitigen und nichtstreitigen Gerichtsbarkeit zu. Der Notar ist Träger staatlicher Hoheitsrechte einerseits und Freierwerbender anderseits. Diese beiden Faktoren sind entscheidend für die Rechtsbeziehungen, die sich aus der Ausübung des freien Notariates ergeben. Dabei scheint sich auch hier das Schwergewicht nach der Seite des öffentlichen Rechts hin zu verschieben. Marti (S. 37) legt mit einer Begründung, die jedenfalls für das bernische Recht überzeugend erscheint, dar, daß entgegen der in Literatur und Praxis herrschenden Auffassung der Notar nicht in einem Auftragsverhältnis zum Klienten stehe, sondern ihre Beziehungen würden vielmehr vom kantonalen öffentlichen Recht beherrscht. (So auch Flückiger, S. 54.) Daß insbesondere der Gebührenanspruch des Notars nicht auf dem Obligationenrecht beruht, dürfte im besonderen für diejeni-

gen Kantone gelten, die, wie z. B. Basel-Stadt, einen verbindlichen staatlichen Tarif aufgestellt haben. Das Bundesgericht hat sich bereits dahingehend ausgesprochen, daß das Bundesrecht für die Verantwortlichkeiten des Notars nur als ergänzendes kantonales Recht zur Anwendung komme. Obwohl nach dem baselstädtischen Notariatsgesetz die Zivilgerichte über Verantwortlichkeitsansprüche zu befinden haben, unterstellt das Appellationsgericht (Urteil vom 15. Oktober 1948) die Haftung des Notars allein dem öffentlichen Recht.

Ob sich aus Bundes- und kantonalem Recht eine Urkundspflicht des freien Notars ergibt, wie Marti annimmt, möchte ich insoweit bezweifeln, als zwar wohl der Kanton von Bundesrechts wegen verpflichtet ist, den Zugang zur freiwilligen Gerichtsbarkeit zu gewährleisten; doch braucht sich daraus, wie z. B. in Basel durchaus anerkannt ist, nicht die Urkundspflicht des einzelnen Notars zu ergeben. Dementsprechend kann ich Marti (S. 35) auch in der Beziehung nicht ganz folgen, daß der Notar wie in der streitigen Gerichtsbarkeit von Bundesrechts wegen verpflichtet sei, bei Bedürftigkeit ohne Vorschuß oder Bezahlung tätig zu werden. Auffallend ist, daß sowohl Marti (S. 29) wie Flückiger dem freien Zugang zum Notariat, wie er auch im Kanton Bern gewährleistet ist, abgeneigt sind und einem numerus clausus das Wort reden. Die öffentlich-rechtliche Stellung des Notars bedingt diese Begrenzung nicht. Das Problem mag sich dort allerdings etwas anders stellen, wo infolge weitgehender beruflicher Unvereinbarkeitsvorschriften das wirtschaftliche Auskommen und damit die absolute Unabhängigkeit einer übermäßigen Zahl amtierender Notare in Frage gestellt ist.

Nicht leicht ist es für den Gesetzgeber, den Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Notars zu umschreiben. Soll der Notar, entsprechend seiner amtlichen Stellung, gegenüber dem Staate zur Mitteilung von Tatsachen verhalten sein, die beispielsweise für die Steuerveranlagung von Interesse sind? Es widerspräche dem Grundgedanken des freien Notariates, wenn eine solche Abhängigkeit bestehen würde (Marti, S. 53). Wie verhält es sich aber, wenn der Notar mit der Aufnahme von Steuerinventaren betraut ist? Der Kanton Bern hat den Notar ausschließlich zur Aufnahme des in der Wehrsteuergesetzgebung vorgeschriebenen Nachlaß-Inventars als zuständig erklärt. F. Schneiter beantwortet diese heikle Frage der Auskunfts-pflicht in seinem aufschlußreichen Beitrag «Notar und Inventar» dahingehend, daß im Inventar alle erheblichen Tatsachen festzuhalten seien ohne Rücksicht darauf, ob der Erbengemeinschaft dadurch Nachteile entstehen. Eine besondere Anzeigepflicht ob-

liegt ihm dagegen nicht. Unter Vorbehalt ausdrücklich stipulierter Auskunftspflicht gehe im übrigen auch für den Notar das Berufsgeheimnis der steuerrechtlichen Auskunftspflicht und Editionspflicht vor. Begreiflicherweise wird die Bestimmung im bernischen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, die den praktizierenden Notaren die Pflicht auferlegt, alle Erbschafts- und Schenkungssteuerfälle anzuzeigen, die ihnen in «amtlicher oder beruflicher Tätigkeit» zur Kenntnis gelangen, kritisiert. Da der Notar außer Urkundsperson auch Rechtsberater und Vermögensverwalter ist, können sich daraus schwerwiegende Konflikte ergeben.

Mit einigen wichtigen Fragen, die sich bei der Inventarisation stellen, befaßt sich vom Standpunkte des Praktikers aus P. Spycher im Aufsatz «Die Lebensversicherung im Nachlaß-Inventar». Unter Hinweis auf die jüngst aufgeworfene Frage, mit welchem Betrag Lebensversicherungen bei der Berechnung der verfügbaren Quote oder bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung zu berücksichtigen sind, wird die Auffassung vertreten, daß allein der Rückkaufswert maßgebend sein könne (S. 136/140). Beachtlich ist die Meinung, daß die Verpfändung des Versicherungsanspruches an einen Dritten — anders als bei Gewährung von sog. Policendarlehen durch den Versicherer (GVV Art. 95) — die Stellung des Begünstigten nicht beeinträchtigen könne (S. 139).

Mit materiell-rechtlichen Fragen befaßt sich kritisch J.-P. Chatelain in einem letzten Beitrag «Les droits de préemption du nouveau droit foncier rural». Der Kanton Bern dehnt das im Bundesgesetz über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes eingeführte Vorkaufsrecht mit Wirkung für den alten Kantonsteil auf Geschwister des Verkäufers und deren Nachkommen, nicht aber auf Dienstpflchtige, Nachbarn und Pächter aus. Da sich in erster Linie die Notare mit der Handhabung des neuen Bodenrechtes, das zu einer erheblichen Rechtszersplitterung führt, zu befassen haben, und sich dabei zahlreiche Rechtsfragen stellen, fügt sich diese bemerkenswerte Studie durchaus in den Rahmen der Festschrift ein. Verschiedene Probleme, welche das neue Recht stellt, dürften bald zu einer umfassenden Rechtsprechung Anlaß geben. Chatelain kommt für den Kanton Bern zum Ergebnis, daß das neue Bodenrecht kein wirksames Mittel zur Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes darstelle, sondern vielmehr zu unerfreulichen Auseinandersetzungen innerhalb der Familien führe. Es liege nahe, daß die zahlreichen vorkaufsberechtigten Personen das ihnen vom Gesetz eingeräumte Recht gegen finanzielle Vorteile einzutauschen versuchen werden. Bedauerlich sei, daß das Vorkaufsrecht nicht an materielle Voraussetzungen geknüpft

werde. Die Verkaufskosten würden ansteigen, und die Abwicklung von Liegenschaftsübertragungen werde erheblich verzögert. Wohl zu Recht wird das neue Bodenrecht als ein bedauerlicher Rückschritt bezeichnet. Es mag vielleicht zur Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes beitragen, nicht aber zur Erhaltung des mit dem Zivilgesetzbuch begründeten hohen Standes schweizerischer Gesetzgebungstechnik. PD H. P. Friedrich, Basel

**Pfaffendorf, Hans von: Das Weltbild des Richters.** Wien 1951 (Wilhelm Braumüller Verlag). Brosch. Fr. 9.80.

In Österreich, dessen Zustände der Verfasser in erster Linie, aber keineswegs ausschließlich, vor Augen hat, entfällt jährlich eine Berufung auf rund 500, in England auf rund 55 000 Rechtsgenossen — mit andern Worten: es wird in Österreich hundertmal mehr berufen als in England. Fast alle wirklich streitigen Prozesse (auch in Strafsachen) gehen durch alle Instanzen; «grob gesprochen sind es nur geständige Diebe, die mit einer verhältnismäßig milden Strafe davonkommen, oder über ihre Scheidung einverstandene Ehegatten, die nicht berufen». Instanzenzug und Rechtsmittelwesen sind Früchte der Verfallszeit des römischen Rechts und von dort übernommen worden. Der Verfasser, Praktiker und der «Steirischen Rechtsschule» verschrieben, weiß ein einfaches Mittel, um die Parteien von der Tortur des wechselvollen Prozeßverlaufs und der langen Dauer des Rechtsstreits zu erlösen: die Instanzen sind abzuschaffen. «Dazu ist nur ein kurzes Gesetz erforderlich, das im wesentlichen aus einem Artikel besteht. Dieser bestimmt, daß von einem bestimmten Tag an in allen Gerichtsverfahren die bisher letzte Instanz nach den für das Verfahren in erster Instanz geltenden Prozeßvorschriften zu verhandeln und zu urteilen habe.» Die Einsetzung des «Obersten Gerichtshofs» in Wien als Zentralgericht erster und zugleich letzter Instanz und einiger Distriktsgerichte in den Provinzen mit beschränkter sachlicher Kompetenz bildet den Gedanken der vorgeschlagenen Rechts- und Justizreform. Pfaffendorf findet, daß die Lösung einem «Naturgesetz» (?) entspreche. Es liege in der Natur des Menschen, im Wesen der Welt begründet, daß immer nur ein Richter oder ein Richterkollegium entscheiden könne. Wenn es wahr ist, daß im Durchschnitt jedes dritte oder vierte Urteil aufgehoben oder abgeändert wird, warum — so fragt Pfaffendorf — läßt man dann die untere Instanz überhaupt noch entscheiden, warum eröffnet man den Parteien nicht unmittelbar den Zutritt zum Obergericht?

Wir sind der Meinung, daß hier das Kind mit dem Bade ausgeschüttet wird. Der Instanzenzug findet seine Rechtfertigung

nicht allein in der Vermutung, daß die obere Instanz in der Regel mit besseren Kräften besetzt, daß sie «gescheiter» sei. Der Schaffung von Berufungsmöglichkeiten liegt vielmehr ein ähnlicher Gedanke zugrunde wie der Einsetzung von Kollegialgerichten: eine Kammer ist auch nicht einfach «gescheiter» als ein Einzelrichter. Aber wie dort eine vermehrte Kontrolle und eine erhöhte Möglichkeit besteht, Irrtümer und offensichtliche Versehen zu korrigieren, so ermöglicht der Instanzenzug eine Läuterung schwieriger Rechtsstreite durch wiederholte Prüfung. Namentlich der Abklärung heikler Rechtsfragen kommt es zugute, wenn die von einer objektiven Instanz gebundene Lösung einer nochmaligen Diskussion unterstellt wird. Aber freilich: Pfaffendorfs Arbeit enthält einen richtigen Kern. Auch für die Schweiz kann man die Frage stellen, ob nicht mit dem Rechtsmittelwesen übertrieben wird. Die Einrichtungen des Rechtsstaates beruhen auf der Voraussetzung, daß nicht Mißbrauch mit ihnen getrieben wird. Ein ausgewachsener, intelligenter und konsequenter Querulant kann sie ab absurdum führen. Und auch wenn von eigentlichen Trölereien abgesehen wird, muß zugegeben werden, daß recht oft in Fällen appelliert wird, wo «die Gewinnaussichten gegenüber den Verlustgefahren stark zurücktreten», wo also ein Bedürftiger nach der bundesgerichtlichen Praxis das Armenrecht nicht beanspruchen könnte. Es ist aber vielleicht nicht einmal vorwiegend Rechthaberei und Unbelehrbarkeit, die unnötigen Berufungen Vorschub leisten, vielmehr ist die Beurteilung heikler Rechtsfragen — das ist die Kehrseite der Abwendung vom Positivismus — nachgerade so schwierig geworden, daß eine einigermaßen verlässliche Voraussage über das Schicksal einer Appellation oder Berufung in vielen Fällen kaum mehr möglich ist (und zwar auch dann nicht, wenn nicht neckischerweise mit dem «erreur du juge» gerechnet wird). Rechtsunsicherheit und Weiterziehung von Urteilen bedingen sich gegenseitig. Es spricht deshalb vieles für eine Begrenzung des Rechtsmittelbetriebes auch in der Schweiz. Freilich darf die wichtigste Aufgabe des Bundesgerichtes, die Erzielung einer einheitlichen Rechtsprechung im Privat- und Strafrecht nicht verkümmert werden; dagegen mag namentlich das kantonale Rechtsmittelwesen wieder einmal grundsätzlich zur Diskussion gestellt werden. Es gibt noch andere Probleme. Die kantonalen Richter sind meist zu schlecht bezahlt. Dazu kommt, daß bis hoch hinauf sehr oft nicht nach Fähigkeit, sondern nach parteipolitischen und andern Gesichtspunkten ausgelerzen wird. Das sind altbekannte Binsenwahrheiten, aber niemand schafft Abhilfe. Es ist deshalb auch bei uns mit dem richterlichen Nachwuchs nicht sehr gut bestellt. Das kann nicht verwundern,

denn die mäßige Bezahlung und die unsichere Beförderung schrecken fähige Köpfe ab. "We have the best judges that money can buy", röhmt sich ein von Pfaffendorf zitierter Amerikaner. In der Schweiz pflegt man sich auf den Idealismus des Bewerbers zu verlassen. Diese Rechnung geht aber nicht mehr immer auf.

Solche und ähnliche Dinge können einem bei der Lektüre Pfaffendorfs einfallen. Das Büchlein ist mit Temperament und amüsant geschrieben und namentlich in den Anmerkungen, die räumlich den Hauptteil der Broschüre ausmachen, mit Lesefrüchten, guten und auch weniger guten Witzen gespickt. Vieles mutet österreichisch, allzu österreichisch an. — Und unversehens steigt Kafkas «Schloß» vor dem Leser auf.

Appellationsgerichtspräsident Prof. H. Hinderling, Basel

**Von Lübtow, Ulrich: Blüte und Verfall der römischen Freiheit. (Sammlung Breviarium Litterarum.) Berlin 1952 (Erich-Blaschker-Verlag). 170 S. Fr. 16.40.**

Das nicht nur für den Juristen, sondern auch für den gebildeten Laien geschriebene, hiermit warm empfohlene, handliche Buch ergreift den Leser sogleich als bewegende wissenschaftliche und ethische Auseinandersetzung. Man kann sich kaum eine aktuellere Einführung in das römische Recht und seine politische, kulturelle und ethische Leistung vorstellen<sup>1</sup>. Die Schrift ist zugleich ein eindrucksvolles Bekenntnis des heutigen deutschen Rechtslehrers (Herr von Lübtow ist Ordinarius an der «freien», der Westzone angehörenden Universität Berlin) zur abendländischen Tradition und zur Antike, zur Freiheit und geistigen Verantwortlichkeit. Dem derart kämpferischen, in einer klaren, lebensvollen Sprache geschriebenen Buch (ein schönes Motto aus einem Brief unseres Fr. L. v. Keller, ergänzt durch einen Passus aus Ortega y Gassets «Wesen der geschichtlichen Krisen» wird ihm vorangestellt) geht es um eine Besinnung über die Gestaltungsgesetze, innersten Antriebe und Bedingungen der römischen Rechtskultur, ja alles freiheitlichen und echten Rechts. Ange- sichts der Fülle der Probleme, die zusammenschauend behandelt werden, erscheint die an und für sich gerade hier besonders reizvolle Aufgabe des Rezessenten schwierig anzupacken; aber es möchte dem Sinn der stoffgeladenen, nie schwerfälligen Darstellung (Anmerkungen am Schluß des Bändchens verweisen überall

<sup>1</sup> Dies auch im Hinblick darauf, daß das moderne einführende Standardwerk, die «Prinzipien des römischen Rechts» (1937) von Fritz Schulz, in der deutschen Ausgabe seit längerer Zeit vergriffen, im übrigen ganz verschieden aufgebaut ist und mehr in die Breite der Einzelforschung geht.

auf die Fachliteratur) entsprechen, wenn bei einer kennzeichnenden Erörterung im Schlußkapitel angesetzt wird.

Der Verf. (S. 140f.) veranschaulicht das Ethos der klassischen Juristen — und das römische Recht war ja eben ein «Juristenrecht» — durch die Papinianstelle D. 28, 7, 15, die er folgendermaßen übersetzt:

«Es soll ja niemand glauben, daß wir Juristen etwas tun können, was unser Achtungsverhältnis zu den Göttern und Eltern, unsere Ehre, unsere Wahrhaftigkeit verletzt, und was, um es allgemein zu sagen, gegen die Anstandspflichten eines römischen Bürgers verstößt.»

Im Hinblick auf Papiniens eigenes Lebensopfer für die Rechtigkeit wirke dieses Selbstbekenntnis als ergreifende Kampfansage gegen Unrecht und Gewalt und zeuge von dem Druck, der damals, am Ausgang der Severendynastie, auf dem Juristenstand lastete. Sittliche Selbstbestimmung und Abgrenzung gegen außen, ein stark entwickeltes, diszipliniertes Gemeinschafts- und Formgefühl waren in der Tat nicht nur für den Juristen, sondern für den realen, bodenständigen Volkscharakter der Römer überhaupt primäre Gegebenheiten.

Diese Grundkräfte will das Buch in einem echten rechtspädagogischen Sinn sichtbar machen. Die letzten Ideale der Juristen, ihr eigentliches, unausgesprochenes Ziel, faßt v. Lübtow in die, wie mir scheint, ausgezeichnete Formel: daß nämlich die Klassiker Einrichtungen und Grundgedanken der von Augustus wiederhergestellten *res publica* über deren zeitliche Existenz emporhoben und sie als «vergangene Gegenwärtigkeiten» in der Idee, auch gegenüber einer veränderten staatlichen Wirklichkeit im späteren Prinzipat, festhielten (S. 139). Es ist die *libertas restituenda et conservanda*, die in der Prinzipatszeit Maß und Ausrichtung für das allgemeine politische Leben im Bewußtsein der gebildeten Römer darstellt. Bei den Juristen wurde sie in einem tieferen, konkreteren Sinne verstanden als bei den Politikern und Rednern, wo sie oft zur hohen Phrase wurde. Den Historikern von Tacitus bis zu den *Scriptores Historiae Augustae* schwiebte ja dasselbe vor, nur setzten sie sehr viel mehr *narrow minded* die Freiheit mit der Zugehörigkeit zur Senatspartei und den Senatsinteressen gleich. Mit Recht wird vom Verf. in diesem Zusammenhang die deutliche, männliche Abwehr der Klassiker von autoristischen Tendenzen der Staatsgewalt unterstrichen — höchst bemerkenswert in der Tat in einer Zeit, da die Juristen hohe und höchste Stellungen in der kaiserlichen Verwaltung innehaben.

Was war aber nun, näher gesehen, das freiheitliche, idealisierte Wesen der alten *res publica*, und was bedeutete ihre Erneuerung

durch Augustus? S. 47ff. werden die Grundzüge der Verfassung bis 135 v. Chr., also derjenigen der Blüte der Republik, skizziert<sup>2</sup>. Der Verf. kommt unabhängig zu einem ähnlichen Ergebnis, wie es die in England erschienene Schrift von Ch. Wirszubski<sup>3</sup> entwickelte: Die Freiheitsgarantie der republikanischen Verfassung bestand in einem kunstvollen Ineinandergreifen und Zusammenwirken, dem Gleichgewicht und der gegenseitigen Beschränkung der verschiedenen «Gewalten» (Volksversammlung, Senat, Magistratur, Volkstribunat) — nur dringt v. Lübtow genauer in die rechtliche Struktur ein<sup>4</sup>. Er hebt treffend hervor, daß solche verfassungsrechtlich-politische Beschränkung wie auch die ebenso mächtige der Sitte von den Römern nicht als äußerer Zwang empfunden wurde, sondern als notwendige Ergänzung der Freiheits- und Individualsphäre. So wurde es als eine Aufgabe des Magistrats angesehen, die Anwendung und Durchführung der Gesetze möglich und erträglich zu machen. Dieses einmalig römische, synthetische Zusammenwirken der Macht- und Formprinzipien nennt Verf. «Dualismus» oder «Polarität». Er sieht es u.a. in den sich ergänzenden Gegensätzen von *ius civile* und *ius honorarium*, im Gesetzes- und Juristenrecht, der außerordentlichen Staats- und Prozeßgewalt gegenüber der ordentlichen verwirklicht. Wie in der englischen Rechtsentwicklung wird in Rom das Alte, ja das Archaische beibehalten und als Grundlage verehrt, und doch wird neuen Bedürfnissen in weltoffener Weise Raum gegeben. Jede neue Gestaltung stellt notwendig eine Resultante aus altem Stilgesetz und neuer, billig-gerechter und zugleich «autoritärer» Sachlichkeit dar.

Der 2. Hauptabschnitt hat zum Gegenstand die Krise der *Libertas*. In der ausgehenden Republik charakterisiert sie sich durch Gewalttätigkeit und Heiligsprechung des Erstarrten, Suspension der Bürgerfreiheiten kraft außerordentlicher Vollmachten

<sup>2</sup> Nach einleitenden Kapiteln wie «Freiheit und Gebundenheit im Orient und Okzident» (wobei der Begriff des Orients doch etwas zu schematisiert erscheint), «Freiheit als Grunddominante der abendländischen Kultur», «Freiheit und Persönlichkeit» usw.

<sup>3</sup> *Libertas as a Political Idea at Rome during the Late Republic and Early Principate*. Cambridge 1950.

<sup>4</sup> So bei der römischen Hausgewalt und der freiheitlichen Organisation des römischen Privatrechts (S. 54ff.). — V. Arango-Ruiz hat einmal in einer vielbeachteten Bemerkung (in «La Règle de Droit et la Loi dans l'Antiquité classique», jetzt in «Rariora» 1946, 231ff.) darauf hingewiesen, daß die römischen Statusrechte (Bürgerrecht, Freiheit und Zugehörigkeit zu einer Hausorganisation) offenbar als unabänderlich galten. Auch Hauptinstitute des Zivilrechts, wie *mancipatio*, *stipulatio* usw., sind von den Römern niemals aufgehoben worden (desuetudo war keine Aufhebung), wie dem Gesetz oft unüberwindliche Schranken des *mos maiorum* gegenüberstanden.

usw. Die Grundkonzeption der Staatsschöpfung des Augustus bestand im Wiederaufrichten eines kunstvollen Neben-, Gegen- und Miteinander verschiedener (republikanischer und monarchischer) Kräfte; sie war bewußt auf Selbstbeschränkung, Milde und Mäßigung auch an der Spitze des Gefüges, beim *princeps*, angelegt. Er wird als *viva vox rei publicae restitutae*, kraft seiner erhöhten *auctoritas* (die, wie Verf. S. 80ff. überzeugend formuliert, keine eigentliche institutionelle Staatsgewalt darstellte<sup>5</sup>, sondern in einer ethischen Idee begründet war) Beweger und moderator des Ganzen. Der Prinzeps hatte kein Gesetzgebungsrecht. Die Juristen wurden zunächst bloß als Gutachter wie in der Republik herangezogen, dann, seit Hadrian, in die kaiserliche Verwaltung als Beamte eingefügt, rechtsgründend und - fortbildend immer auf Grund ihres individuellen Ansehens, der Richtigkeit und Angemessenheit ihrer Entscheidungen. In der nachklassischen Epoche bedeutet *libertas* dann wesentlich nur noch das Freisein von Gewaltherrschern. Der spätantike Zwangsstaat erhält (S. 87ff.) scharfe Lichter<sup>6</sup>. Der Einzelne kann sich nur noch durch Anpassung an den erstarren Mechanismus des Ständestaates aufrechterhalten, die *utilitas publica* wird zur Staatsraison; unpersönliche Bürokratie schwächt an, ebenso aber auch Pathos und Pseudoethik im Gebiete des Rechts, wo selbst Milde und Menschlichkeit despatisches Gepräge tragen. Ein weiterer Abschnitt (S. 112ff.) beleuchtet den Freiheits- und Gemeinschaftsgedanken als gestaltendes Prinzip des römischen Privatrechts in interessanten Ausschnitten (Eigentum, Erbengemeinschaft, Persönlichkeit, Rechtsmißbrauch, Testierfreiheit usw.). Selbstbeschränkte Befugnis bei formell oft unbeschränkter Machtfülle sei auch hier das Stilgesetz. Die Frage nach den Gründen des Verfalls der Rechtswissenschaft in der Nachklassik, die zum

<sup>5</sup> Freilich betont Verf. ebenfalls zu Recht, daß die immer entscheidendere militärische Kommandogewalt des Prinzepts für diese, auf den zivilen Bereich abstellende Konstruktion außer Betracht war, wie auch in der Republik ja die Verfassungsgarantien nur für den Stadtbereich galten, nicht für den militärischen. Eine eigenartige Demokratisierung des Staates vom Heere her wird in der severischen Militärmonarchie durchgeführt, die zugleich die Wandlung des Prinzipats zum starren Ständestaat beschleunigt.

<sup>6</sup> Teilweise wohl manchmal zu scharf aus der Grundtendenz des Buches heraus, die die Verwurzelung modernen totalitären Denkens im römischen Spätreich betont. Die religiöse Idee und die geistige Potenz der byzantinischen Zeit kommt dabei zu kurz. Dieser Staat wollte — bei Justinian in ausgeprägtem Maße — ein Rechtsstaat sein und zeigte mehr als Pietät gegenüber der klassischen Rechtsüberlieferung. Die vom Verf. noch vertretene Auffassung, daß Justinian jeden Kommentar zu seiner Kodifikation verboten habe, entspringt, wie A. Berger (zuletzt *Bulletino dell'Ist. di Dir. Rom.* 1951) gezeigt hat, einem Mißverständnis.

Schluß gestellt wird, führt zur Frage nach den Existenzbedingungen echter Jurisprudenz überhaupt. Im absoluten Machtstaat waren ihr die Wurzeln abgegraben, als schöpferischer und damit notwendig freiheitlicher Faktor des Staatslebens war sie unmöglich geworden.

Prof. Alexander Beck, Bern

**Fuchs, Dr. Johannes Georg: *Iusta causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft.*** (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 35.) Basel 1952 (Helbing & Lichtenhahn). 264 S. Fr. 12.50.

Eine überdurchschnittliche, tüchtige Dissertation, von großem Fleiß und einem kultivierten historischen und juristischen Sinn Zeugnis ablegend! Der Verf. hat sich einen gewaltigen Stoff von prinzipieller Natur erwählt; die benützte Literatur ist ungewöhnlich umfangreich. So hat er freilich als Anfänger das Risiko mutig übernommen, daß er der Aufgabe nicht voll gerecht werden könnte. Das trifft teilweise nun auch wirklich zu; es müssen gewisse Vorbehalte zur Arbeit angebracht werden, die deshalb nichts als Dokument lebendigen Wissenschaftsstrebens verliert. Die folgende Besprechung beschränkt sich auf Hauptpunkte, die für den modernen Juristen — und in der Tat bildet die Frage der kausalen Eigentumstradition ja gerade für das schweizerische Recht ein aktuelles Thema — von Interesse sein könnten.

Das Buch zerfällt sachlich in drei Hauptpartien: a) einen dogmengeschichtlichen Aufriß der Lehre vom Übereignungsvertrag von der nachjustinianischen Zeit bis zu Savigny und der Pandektenschule (S. 5—107); das Problem in der modernen Romanistik (S. 119—145); c) die Geldzahlung ohne Rechtsgrund und die Beziehung der Lehre vom Eigentumsübergang zum Institut der ungerechtfertigten Bereicherung im römischen Recht.

a) Im ersten Teil klärt der Verf. durch minutioses Nachprüfen vieler Originalwerke öfters in selbständiger Weise eine Reihe von dogmengeschichtlichen Einzelheiten. Auch die Gesamtdarstellung wird klar herausgehoben. Verf. folgt liebevoll den Hinweisen in den neueren Darstellungen von Hofmann, Landsberg, Felgentraeger, Pflüger u. a.<sup>1</sup> Zutreffend geht er für die Fragestellung der Glosse der Kommentatoren, Humanisten usw. von der *sedes materiae* im justinianischen Corpus, nämlich der Antonomie zwischen D 12, 1, 18 pr. (Ulpian) und D 41, 1, 36 (Julian)

<sup>1</sup> Für die Kennzeichnung der allgemeinen Leistung der Glossatoren vermisst man die Heranziehung der grundlegenden modernen Forschungen von E. Genzmer, S. Leicht, H. Kantorowicz (vgl. jetzt auch Fr. Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, S. 26ff.); auch E. Bussi, La Formazione dei Dogmi di diritto privato nel diritto commune (im 1. Bd., 1937, sind die S. 33ff. einschlägig), darf nachgetragen werden.

aus. Sie gab der gemeinrechtlichen Digestenharmonistik in der Tat Anlaß zur Diskussion. Daß bis zu Savigny die gemeinrechtliche Lehre, mit verschiedenen Formulierungen (wovon eine Abart die spätere Lehre vom *titulus* und *modus acquirendi* darstellt), auf dem Boden einer «kausalen» Theorie stand, ist richtig und war bekannt. Wie schon erwähnt, bereichert Verf. das Bild an vielen Stellen durch präzise Interpretationen; hervorgehoben werden darf die Darstellung des Widerspruchs gegen Savignys Lehre vom abstrakten dinglichen Vertrag im späteren 19. Jahrhundert (S. 106 ff.).

b) Beim zweiten Hauptteil, der Darstellung des Problems<sup>2</sup> in der modernen römisch-rechtlichen Forschung, konnten die Ergebnisse, so sehr anerkennenswert sich Verf. um Analyse und Synthese bemüht, deshalb nicht ganz der Zielsetzung entsprechen, weil zu sehr aus zweiter Hand gearbeitet wird und die benutzte Quellengrundlage zu schmal ist. Schon vor zwanzig Jahren hatte Fritz Schulz in der glänzenden Rezension<sup>3</sup> der damals ungefähr gleichzeitig erschienenen Monographien von Lange, Ehrhardt, Hazewinkel-Suringa, Betti und Monier es beklagt, daß damals keine der erwähnten Arbeiten den wirklichen Stand der Einzelforschung in bezug auf das ganze Quellenmaterial wiedergab. Er hatte gefordert, daß bei der Diskussion der berühmte Widerspruch der beiden gemeinrechtlichen Hauptstellen besser auszuschalten sei, weil beide als interpolationsverdächtig bzw. als nicht eigentlich einschlägig anzusehen seien. Verf. hat sich im wesentlichen — mit Ergänzungen<sup>4</sup> — darauf beschränkt, die

<sup>2</sup> Im klassischen, nicht uniform-dogmatischen Recht kam die *traditio* nur für den Eigentumsübergang an *res nec mancipi*, das sog. bonitarische Eigentum an *res mancipi* und den Ersitzungsbesitz in Betracht. Die formellen Arten des zivilen Eigentumserwerbs in *iure cessio* und *mancipatio* werden vom Verf. themgemäß nicht behandelt. Beide sind im klassischen Recht nach herrschender Ansicht abstrakt ausgestaltet; für die *mancipatio* hatte Frau Hazewinkel-Suringa nachgewiesen, daß die Übereignungscausa beim Manzipationsvorgang wenigstens erwähnt wurde; Ph. Meylan (vgl. jetzt *Tijdschr. voor Rechtsgeschiedenis*, 1953, H. 2, S. 129 ff.) nimmt eine ursprünglich nur obligatorische Wirkung der *mancipatio* an, die aber im Prinzipat, mit Ausnahme für den Kauf, zu einem dinglichen, der abstrakten *iure cessio* nachgebildeten Übertragungsgeschäft geworden sei.

<sup>3</sup> *Zeitschr. d. Sav. Stftg.*, Roman. Abt. 52 (1932), S. 535 ff.

<sup>4</sup> Verf. gibt aber keinen vollständigen Überblick; nicht erwähnt sind etwa Archi, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, 1934; derselbe, *Studia et Docum. Iuris et Historiae* 1935; Ehrhardt, *Traditio* bei Pauly-Wissowa 6 A S. 1275 ff.; Kaser, *Eigentum und Besitz*, 1943, S. 197 ff.; G. Longo, *Passaggio della proprietà e pagamento dello prezzo nella vendita rom.*, *Bulletino* 45 (1938); Feenstra, *Reclame en revindicatio*, 1948; ebenso sind die neuern Arbeiten von Voci nicht berücksichtigt, der wieder für die These der grundsätzlich abstrakten Tradition im klassischen Recht eintritt (so *Studia et Doc.* 1949, S. 157 ff.).

Ergebnisse der damals erschienenen Werke abzuwägen, wobei er an die Antinomie weiter anknüpft. Seine oft breite Darstellung fiel aber weniger überzeugend aus als die kurze Zusammenfassung des Problems, die Schulz damals skizzierte<sup>5</sup>.

c) In den Ausführungen S. 143ff. (Zusammenhang zwischen *solutio indebiti* und Erwerbstitel), die im ganzen übersichtlich die verschiedenen Auslegungen moderner Forscher darlegen, vermißt man doch eine grundsätzliche Scheidung der nahe zusammenhängenden Probleme. Die verschiedene Bedeutung von *causa* bei der ungerechtfertigten Bereicherung und der Eigentumsübergabe (jedenfalls im klassischen und justinianischen wie auch im modernen Recht) wird nicht scharf genug ins Licht gerückt<sup>6</sup>.—Die letztere ist *causa dandi*, d. h. Rechtfertigung und Charakterisierung der Güterbewegung als solche, des Eigentumserwerbs, der «Verfügung», während die erste einen Grund zum Behalten der erfolgten Vermögensverschiebung darstellt (*causa retinendi*); sie fehlt, wenn ein Gegenwert nicht vorhanden ist oder nachträglich dahinfällt. Dann wird ein obligatorischer Ausgleich, die *condictio*, gegeben. Diese kann somit nur Anwendung finden, wenn ein Eigentumsübergang bereits auf Grund einer *iusta causa traditionis* oder «abstrakt» stattgefunden hat — bei der *traditio*, wie Verf. S. 148f. richtig sieht, im römischen Recht vornehmlich beim abstrakten Traditionstitel *pro soluto* (Erfüllung einer Stipulationsschuld) praktisch. Aber auch etwa die Hingabe einer Sache «ob rem», als Vorgabe eines «unbenannten Realvertrags», war *iusta causa traditionis* und führte zum Eigentumserwerb; bei späterem Ausbleiben der Gegenleistung («causa non secuta») war eine *condictio* gewährt.

<sup>5</sup> a. a. O. (im folgenden frei zusammengefaßt), daß nämlich 1. den Klassikern eine rein abstrakte Einigung über den Eigentumsübergang unbekannt war, die Einigung vielmehr nur als solche *venditionis*, *donationis*, *fiduciae*, *solutionis* *causa* erschien; 2. *causa traditionis* nicht immer einem obligatorischen Grundgeschäft entsprach, vielmehr oft nur eine Einigung über den Zweck des Eigentumsübergangs genügte (bei der *causa donandi* z. B. bestand kein obligatorisches Grundgeschäft; der Begriff der Schenkung als oblig. Vertrag wurde erst vom Spätrecht entwickelt); 3. in einer Reihe von Fällen, in denen sich die Parteien auf ein obligatorisches Kausalgeschäft bezogen, vor allem zur Erfüllung einer vermeintlichen Stipulationsschuld, war die Tradition (*solutionis causa*) wirksam, obwohl die Schuld nicht bestand; 4. die Hauptfrage nach der *traditio emptionis causa* (streng kausale Übereignung oder abstrakte in dem Sinn, daß ein sog. Putativtitel genügte?) hielt Schulz als für noch nicht genügend erforscht. Er verneinte, m. E. zu Recht, die Zulässigkeit eines Schlusses von der Ersitzungscausa her — bei ihr allein habe unter den Klassikern eine Diskussion über Zulässigkeit eines Putativtitels bestanden (diesen letzteren Punkt berücksichtigt, soviel ich sehe, der Verf. nicht).

<sup>6</sup> Diese betonen mit Recht etwa Pflüger, Lehre vom Erwerb des Eigentums, S. 111; neuerdings sehr eindringlich Schwarz, Die Grundlage der *condictio* im klassischen römischen Recht, 1952, S. 221f.

Die Frage der *condictio* von Geldzahlungen, zu der Verf. dann geführt wird, stellt die weitere nach der rechtlichen Natur des Geldes überhaupt. Die wissentliche Geldzahlung einer Nichtschuld an einen gutgläubigen Empfänger behandelt die überwiegende Zahl der Stellen, welche bei diesen Tatbeständen die *condictio indebiti* ausschließen. Auch in bestimmten Sonderfällen der unwissentlichen Erfüllung einer Nichtschuld in Geld (so vornehmlich bei vermeintlichen Kauf- und Stipulations-schulden) geht nach den Quellen das Eigentum über; den Ausgleich bildet eine *condictio* des Geldwerts<sup>7</sup>. Bei diesen Tatbeständen — von denen der Verf. richtig den originären Eigentums-erwerb von Geld durch Vermischung auseinanderhält — kann man von abstraktem Eigentumserwerb sprechen. Wie ist er zu erklären? Wenn ich ihn recht verstehe, sieht Verf. die Natur des Geldes als Zahlungsmittel und Wertmesser, seine leichte Vermisch- und Verbrauchbarkeit als den Grund der Sonderbehandlung an. Das ist für das römische Recht mehr als zweifelhaft<sup>8</sup>. Die Ausführungen über Verbrauch von Geld erhalten dadurch eine verfehlte Perspektive, daß Verf. es im unklaren läßt, in welchen rechtlichen Beziehungen die *consumptio* eine Rolle spielt<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Das ergibt sich aber im römischen System weniger aus dem Wesen und der Funktion des Geldes (Fuchs, S. 178) als aus dem aktionsrechtlichen Gesichtspunkt, daß schon in alter Zeit die Darlehensklage (*cond. certae cred. pecuniae*) auf den Fall der ungerechtfertigten Bereicherung analog ausgedehnt wurde. (Dazu auch Verf. selbst S. 236 ff., in systematisch mit der übrigen Darstellung m. E. nicht glücklich verbundenen Anhängen).

<sup>8</sup> Unter diesem Gesichtspunkt ist nicht einzusehen, warum die Quellen außerhalb der erwähnten Sonderfälle das allgemeine Prinzip der *iusta causa* auch bei Geld anwenden; Münzen werden sachenrechtlich doch vorwiegend als Einzelsachen behandelt, was auch mit der Darstellung des Verf. über Aufbewahrung und Kontrolle von Geld übereinstimmt. Die Sonderregelung muß schon mit dem Übergabetitel zusammenhängen (*pro soluto, pro venditore* — obwohl letztere Bezeichnung wie auch andere *causae* quellenmäßig nicht als solche etikettiert wird); die bezügliche Kritik des Verf. an den Deutungen von Pflüger, Meylan u. a. trifft nicht das Wesentliche. Irrig ist also m. E. eine Grundthese des Verf., daß die röm. Quellen keine Vindikation von Geld kennen (vgl. z. B. D 23, 3, 67 pr.)

<sup>9</sup> Das Kapitel (S. 191 ff., ebenfalls 218 f.) befriedigt den Rezessenten nicht recht. — Nach der *consumptio* fremden, wegen Dissenses in der *causa* nichtig tradierten Geldes gaben die Römer eine *condictio*, trotzdem in diesem Fall nicht, wie sonst beim Kondiktionstatbestand, der Beklagte durch einen rechts-geschäftlichen Vorgang ungerechtfertigt Eigentum erhalten hatte. Es wird also angenommen, daß dem Verbraucher der Geldwert doch zukam — alles aber nur dann, wenn die *consumptio bona fide* geschah. Dieses wesentliche Moment erwähnt F. nur nebenher (vgl. etwa Siber, *Studi Riccobono* 3, S. 232; jetzt zum ganzen Fragenkomplex klar v. Lübtow, *Beiträge zur Lehre von der condictio nach römischem und geltendem Recht*, 1952, S. 35 ff.). Selbst bei gutgläubiger *consumptio* des Gelds durch den, der mit der *condictio* haftet, erwirbt der Empfänger Eigentum erst durch Vermischung oder Ersitzung.

d) Besonders erfreulich sind am Schluß die Abschnitte<sup>10</sup> über die Art der Übergabe, Aufbewahrung, Kennzeichnung, Kontrollierung und Markierung von Geldsummen und -stücken in der römischen Antike geraten. Verf. schafft hier viel entlegenes archäologisches Material in sehr verdienstlicher Weise herbei. Aufs deutlichste wird darin ersichtlich, wie Geldstücke damals, anders als heute, in der Praxis als Sachindividuen ohne allzu große Schwierigkeit meist von Hand zu Hand weiterverfolgt werden konnten. So zeigt die Anwendung der allgemeinen Grundsätze des Sachenrechts auf Geld, welche die römischen Quellen zeigen, eine enge Verbindung mit den Lebensverhältnissen.

Die Leistungen und Bemühungen des Buches können nur warm begrüßt werden als Früchte ernsthafter wissenschaftlicher Beschäftigung mit Problemen, die, wie so viele andere des römischen Rechts, den modernen Juristen immer mit angehen. — Sie liegen alle vor in unseren Quellen in einer höchst instruktiven Verflechtung mit einer Reihe verwandter und mitbedingender, in einem höheren Ganzen zusammenhängender geschichtlicher Überlieferungen und Lösungen. Dieser Zusammenhang und damit auch die Erkenntnis vom Wesen juristischer Gestaltung kann aber, besonders beim heutigen Stand der romanistischen Forschung, nur durch tätiges Erarbeiten und Sondern errungen werden. Das hat der Verf. für seinen Teil in meist ansprechender Weise getan. Ich glaube auch, daß der dem Sondergebiet ferner Stehende mit Nutzen und Freude die schöne akademische Schrift zur Hand nehmen wird.

Prof. Alexander Beck, Bern

**Die Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden (PKG),** amtlich bearbeitet von Funktionären des Gerichtes. Jahrg. 1951. Herausgegeben vom kantonalen Druckschriftenverlag, Chur.

Bis 1933 sind in je einem Heft pro Jahr die Zivilurteile des Kantonsgerichts (seit 1882) und die Entscheide des Kantonsgerichtsausschusses als richterliche Behörde für Nichtigkeitsbeschwerden und als Versicherungsgericht veröffentlicht worden. Die Urteile und Entscheide wurden in extenso mit den Namen der Parteien, die der früheren Zeit auch mit den Namen der Anwälte, abgedruckt. In den Zivilurteilen, die ehemals noch häufiger Streitigkeiten über das Eigentum und dingliche Rechte an Liegenschaften der Gemeinden und der Alp- und Allmend-

---

Verbrauchen von fremdem Geld mala fide ist immer fur um. Nie aber ist consumptio von Geld Eigentumserwerbsgrund; sie ist scharf von der Ver-  
mischung zu trennen (welches die Stellung des Verf. zu letzterer [S.186ff.]  
ist, erscheint mißverständlich).

<sup>10</sup> S.196ff. (Traditio in sacculo), 209ff. (Kriterium der Scheidbarkeit).

genossenschaften zum Gegenstand hatten, steckt ein schönes Stück Rechtsgeschichte. Daneben sind von 1905 bis 1934 (umfassend die Jahre 1894 bis 1930) 5 Bände Rekurspraxis des Kleinen und von 1903 an auch des Großen Rates herausgegeben worden, die für die Anwendung und Fortbildung des zu einem guten Teil ungeschriebenen Staats- und Verwaltungsrechts von unschätzbarer Bedeutung sind. Endlich sind noch ein paar Hefte Praxis der Steuerrekurskommission veröffentlicht worden.

Im Jahre 1935 begann dann die Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Graubünden (GVP) als Sammlung von Entscheiden und Erlassen aus allen Rechtsgebieten zu erscheinen. Diese Publikation brachte es aber nur auf 4 Bände, deren letzter der Jahrgang 1941/42 ist. Denn in Graubünden fand diese Art der Publikation nicht allgemeinen Anklang, namentlich war das Kantonsgericht von ihr nicht befriedigt. Sie wurde deshalb eingestellt. Die Rekurspraxis des Kleinen und des Großen Rates soll wieder in der Art der alten Sammlung bearbeitet werden. Dazu ist es jedoch leider bis heute nicht gekommen. Dagegen begann mit dem Jahrgang 1942 die Praxis des Kantonsgerichts zu erscheinen, so daß mit dem vorliegenden Jahrgang 1951 das 10. Heft herausgekommen ist. Die Entscheidungen zerfallen in: I. Urteile des Kantonsgerichts — a) Zivilurteile, b) Strafurteile; II. Urteile des Kantonsgerichtsausschusses — a) über Nichtigkeitsbeschwerden in Zivilsachen, b) über strafrechtliche Beschwerden (seit 1942), c) über Beschwerden in Schuldbetreibungs- und Konkurssachen (seit 1. Juli 1948); III. Urteile des Kantonsgerichtspräsidiums. Die Entscheidungen werden nicht mehr in extenso abgedruckt, sondern nach den gleichen Grundsätzen für die Veröffentlichung redigiert, wie sie in den übrigen bekannten Publikationen im Bund und in den Kantonen zur Anwendung kommen. Die Anordnung ist zweckmäßig und der Druck gefällig. Der Überblick wird erleichtert durch das Inhaltsverzeichnis und der Inhalt in zuverlässiger Weise aufgeschlossen durch das Sachregister und den Gesetzesnachweis in jedem Heft. So entspricht diese Publikation allen Anforderungen, die an sie zu stellen sind, durchaus. Damit wären die Voraussetzungen erfüllt, unter denen die Praxis des Kantonsgerichts Graubünden auch außerhalb des Kantons bekannt werden kann, was sie m. E. nach der juristischen Kapazität, welche sich in ihr dokumentiert, verdienen würde.

Prof. P. Liver, Bern

**Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1952.** Aarau 1953 (H. R. Sauerländer & Cie.). 380 Seiten.

In früheren Jahren wurde aus Anwaltskreisen gelegentlich die Kritik laut, daß die Publikation der aargauischen Gerichts-

und Verwaltungsentscheide den Entscheiden des Regierungsrats im Verhältnis zur Gerichtspraxis einen zu breiten Raum vorbehalte. Gegenüber dem Jahrgang 1952 wäre nun diese Kritik jedenfalls nicht am Platz — denn von den 380 Seiten des Bandes entfallen 194 auf die Gerichtsentscheide, 104 Seiten auf die Entscheidungen der Rekurskommission in Steuersachen und nur 58 Seiten auf die Entscheide des Regierungsrats und seiner Direktionen. Die 3 separat gehaltenen Sachregister nehmen insgesamt 20 Seiten ein.

Die vorliegende Sammlung ist naturgemäß in erster Linie für die aargauische Gerichts- und Verwaltungspraxis bestimmt. Immerhin sei uns gestattet, auf einige Entscheide zu verweisen, für die man sich auch außerhalb des Kantons interessieren dürfte.

Das Obergericht hatte sich in einem umfangreichen Urteil (S. 4ff.) mit der Rechtsnatur der namentlich an der Aare und Reuß noch bestehenden Fischereigerechtigkeiten ehehafter Natur und ihrem Verhältnis zum Freiangelrecht zu beschäftigen.

Die Vorschriften des Art. 494 OR, wonach die Bürgschaft einer verheirateten Person regelmäßig der Zustimmung des andern Ehegatten bedarf, gab zu einem interessanten Entscheid den Anlaß (S. 69ff.). Es handelte sich dabei vor allem um die Frage, ob die Zustimmung der Ehefrau noch im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Bürgschaft durch den Ehemann abgegeben worden sei, weiterhin aber auch darum, ob die Ehefrau unter Zwang des Ehemannes gehandelt habe.

Das Kassationsgericht hatte sich bei Beurteilung eines Straffalles vorfrageweise mit der Zulässigkeit von Steuerabkommen zu beschäftigen. Es verneinte zwar die Frage, kam aber dann im vorliegenden Fall doch zu einer Freisprechung der betreffenden Gemeindebeamten, da ihr Vorgehen nicht unter Art. 314 StGB falle und es an einer kantonalen Strafnorm fehle (S. 183ff.).

Die Rekurskommission in Steuersachen gab der Meinung Ausdruck, daß durch die Vinkulierung von Namenaktien deren Steuerwert nicht beeinträchtigt werde (S. 225). Von besonderem Interesse war sodann die Feststellung, daß die Fusion einer Aktiengesellschaft (im konkreten Fall einer Bank) mit einer andern unter den Begriff der — Liquidation falle, so daß die sog. Liquidationssteuer zu entrichten sei (S. 286).

Im Kanton Aargau kommt es immer wieder vor, daß die Gemeindeversammlung versucht, dem Gemeinderat einen Teil seiner Verwaltungsbefugnisse wegzunehmen und sie auf eine von ihr gewählte Kommission, z.B. eine Baukommission, eine Elektrizitätskommission, eine Waldkommission usw. zu übertragen. Die Direktion des Innern hat nun dieses Vorgehen neuerdings

als gesetzwidrig erklärt und dabei festgestellt, daß zwar gegen die Schaffung solcher Kommissionen nichts einzuwenden sei, daß ihnen aber bloß vorberatende Funktionen übertragen werden können und der Gemeinderat allein befugt ist, nach außen für die Gemeinde zu handeln (S. 301).

Der Regierungsrat hatte sich mit der heiklen Frage zu beschäftigen, inwieweit in einem Verantwortlichkeitsprozeß zwischen dem Mündel und der Vormundschaftsbehörde, einem gerichtlichen Vergleich die Zustimmung erteilt werden dürfte. Im vorliegenden Fall kam er zur Verneinung der Frage (S. 324).

Von Interesse ist schließlich auch ein Entscheid des Regierungsrates als Beschwerdeinstanz in Bausachen, wodurch er aus Gründen des Heimatschutzes einem Bauvorhaben die Zustimmung versagte, weil die übermäßige bauliche Ausnützung des Grundstücks das Quartier verunstalten würde (S. 343).

a. Oberrichter Prof. E. Steiner, Lausanne

**Merz, Hans**, professeur à l'Université de Berne: **Über die Schranken der Kartellbindung.** (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Nr. 302.) Bern 1953 (Stämpfli & Co.). 68 p. 9 fr. 35.

La Suisse est un pays où fleurissent les ententes et les cartels. Les économistes ne sont pas d'accord sur les avantages et les inconvénients de ces organisations. Ce qui n'est pas niable, c'est qu'elles peuvent être tentées d'abuser de la puissance acquise et qu'en fait des abus existent. Le juriste de la bonne tradition nourrit d'emblée un préjugé défavorable à l'égard des cartels, car ils tendent à restreindre la liberté des individus de régler leurs relations économiques.

M. le professeur Merz s'est proposé de rechercher quelles sont les limites que le droit *privé*, tel qu'il est aujourd'hui interprété et tel surtout qu'il devrait l'être, assigne aux engagements dérivant des conventions de cartel; cette étude doit permettre de décider si une réglementation de droit *public*, c'est-à-dire une loi sur les cartels, serait nécessaire.

L'auteur commence (chapitre premier) par caractériser le cartel comme une convention conclue entre des entreprises indépendantes ou, plus généralement, entre des personnes et collectivités, en vue de limiter la concurrence (non pas nécessairement en vue de dominer le marché). Il insiste sur l'indépendance juridique et économique des entreprises coordonnées, qui ne se retrouve plus dans les trusts et Konzerne. Sa définition englobe les contrats collectifs entre entreprises et associations ouvrières comportant la clause de fidélité réciproque («Verpflichtung zur Vertragstreue»).

Les cartels peuvent revêtir diverses formes juridiques (chapitre II): convention entre les intéressés, qui a le caractère d'une société simple; association professionnelle qui, à côté de son but idéal principal (la sauvegarde des intérêts de la profession), se propose des buts de cartellisation; société coopérative et société à responsabilité limitée (mais non sociétés en nom collectif ou en commandite, ni société anonyme ou société en commandite par actions); société double (création par les intéressés de deux sociétés, l'une — une personne morale — étant l'organe de gestion autonome de l'autre — une société simple). Dans la mesure où le trust ou Konzern, qui réalise une totale intégration économique, laisse subsister, en dépit des liens créés conventionnellement ou statutairement, l'indépendance juridique des entreprises, il peut être considéré comme un cartel.

M. Merz envisage son problème au triple point de vue des liens qui unissent les membres du cartel (der interne Kartellzwang), des effets que ces engagements internes exercent sur des tiers, *les outsiders* (der externe Kartellzwang), des conséquences qu'a l'existence des cartels pour la collectivité, notamment quant à la formation des prix.

La convention de cartel est soumise aux restrictions générales de la liberté contractuelle, qui résultent des art. 19 et 20 CO, 27 CC et — à l'égard des tiers — des art. 28 CC et 41 CO. Pour fixer l'étendue de ces restrictions, l'auteur se met préalablement en quête d'une règle d'interprétation qu'il trouve dans le principe de la liberté du commerce et de l'industrie (chapitre III). Si l'art. 31 Cst. ne concerne directement que les rapports du citoyen avec l'Etat, il exprime tout de même un «présupposé» de la vie juridique privée, à savoir le système de la libre concurrence que des conventions entre particuliers ne sauraient mettre en échec, car c'en serait fait de l'unité de l'ordre juridique.

Cette idée inspire tous les développements qui suivent. Elle a peut-être ceci de problématique que la liberté de concurrence n'est pas seule à être présupposée par l'art. 31 Cst. La liberté de contracter, comme émanation du principe de l'autonomie privée, se rattache aussi à la liberté du commerce et de l'industrie (cf. ATF 65 I 80—81). Or c'est en usant de la liberté contractuelle que les intéressés assument des obligations réciproques d'abstentions qui ont pour effet de restreindre la libre concurrence. D'ailleurs, les promoteurs des ententes collectives peuvent invoquer une autre liberté fondamentale, la liberté d'association garantie par l'art. 56 Cst.; c'est ce qu'a déjà fait remarquer le commentateur Becker (note 78 à l'art. 41 CO). La liberté de concurrence peut conduire l'interprète du droit privé à condamner en principe

les coalitions, tandis que la liberté d'association, qui est en définitive un aspect de la liberté contractuelle, peut l'amener à les légitimer. Le voici donc Gros Jean comme devant. Pour résoudre le conflit des libertés en présence, il faudrait pouvoir donner la priorité à l'une d'elles. La Constitution permet-elle de faire pencher la balance en faveur de la libre concurrence ? M. Merz l'admet dans la suite de son exposé (p. 40). Mais le constituant garantit les diverses libertés du citoyen contre les interventions de l'Etat ; il ne se préoccupe pas, semble-t-il, de délimiter entre les individus le champ respectif des libertés en conflit : c'est là essentiellement la tâche du droit privé.

On pourrait encore objecter que l'art. 31 Cst. protège la liberté de concurrence au départ, mais non pas nécessairement à l'arrivée. Il s'agissait à l'époque de briser les entraves mises par l'Etat-police au libre commerce. Le constituant ne s'est pas soucié — et n'avait pas à se soucier — des restrictions que les intéressés seraient dans le cas de s'imposer à eux-mêmes. Il voulait libérer les commerçants et industriels des contraintes étatiques, non pas les contraindre à la liberté dans leurs rapports réciproques. Peu importe qu'il n'ait pas prévu que «la liberté peut conduire au monopole de fait» (ATF 30 II 283).

Au demeurant, si l'on veut opérer avec le principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie, il faut le prendre tel qu'il se présente aujourd'hui, avec les exceptions que permet de lui apporter notamment l'art. 31 bis al. 3 Cst. et qui ont déjà trouvé leur expression dans bien des textes législatifs (sans parler de la régularisation de dispositions antérieures à 1947). Sans doute peut-on contester l'argument que le Tribunal fédéral a envisagé de tirer de la possibilité, pour la Confédération, d'édicter des dispositions en vue de sauvegarder d'importantes branches économiques ou professionnelles menacées dans leur existence (ATF 76 II 292-293) ; car, s'agissant de limiter le nombre des entreprises, les intéressés sont mauvais juges (ils ne le seraient, à vrai dire, qu'en toute première instance) de l'importance de leur branche pour le bien général et de la menace qui plane sur elle (Merz, chapitre VII). Il n'en reste pas moins que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, tel que la pratique constitutionnelle et législative en reflète l'image, est à peine encore propre à dicter des solutions libérales à l'interprète du droit privé.

En ce qui concerne la contrainte exercée par le cartel sur ses membres (chapitre IV), M. Merz rappelle d'abord les limites que lui assigne l'interprétation usuelle de l'art. 27 CC: droit pour le membre d'un cartel de résilier des engagements à long terme

(ATF 62 II 35, 102, droit que l'auteur veut voir admettre quelle que soit la forme juridique du cartel et moyennant seulement un bref délai de résiliation); nullité des contrats de sujexion (Knebelungsverträge) qui mettent en question l'existence économique du membre du cartel. Une interprétation de l'art. 27 al. 2 CC, qui s'inspirerait du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, devrait aller plus loin et proscrire les engagements de ne conclure qu'avec des personnes ou groupes déterminés, comme aussi certaines ententes de prix dès que le membre du cartel n'a plus aucune possibilité ni aucun intérêt de traiter avec un partenaire plutôt qu'avec un autre. M. le professeur Guisan était arrivé à cette conclusion, en invoquant l'autonomie de la personne qui ne peut pas abandonner aux organes d'un cartel la liberté d'aménager à l'avenir ses relations d'affaires (Festgabe Carl Wieland, Bâle 1934, p. 149 sv.). Notre auteur renonce cependant à préconiser un revirement de la jurisprudence sur ce point: d'une part, les cartels se sont vu accorder, au cours des cinquante dernières années, une large protection juridique; d'autre part, dans les rapports des membres du cartel entre eux, la restriction à la liberté est généralement compensée par une certaine sécurité économique, liée à la possibilité d'exercer une activité dans la branche choisie. En revanche, les tribunaux devraient désormais condamner, du point de vue de l'art. 27 al. 2 CC, des engagements dont le contenu ne serait pas fixé d'une manière concrète.

Pour assurer sa position, le cartel exerce très souvent une pression sur les personnes étrangères à l'organisation, pour les obliger à s'aligner ou même pour tenter de les évincer de la profession: c'est la contrainte externe (chapitre V). L'arme en est le boycott, c'est-à-dire l'abstention organisée de rapports juridiques avec une entreprise (ou un travailleur), qui est aujourd'hui la conséquence de contrats d'exclusivité conclus par des associations appartenant à divers paliers économiques. L'auteur rappelle et résume la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le boycott est un moyen de lutte admissible en soi, mais qui cesse de l'être si le but visé ou les moyens employés sont illicites ou contraires aux mœurs, ou s'il existe entre l'avantage recherché par le cartel et le dommage causé à la personne atteinte une disproportion évidente. Il approuve en principe le premier critère (le boycott déclenché pour assurer la réalisation des fins légitimes du cartel ne pouvant être illicite ou contraire aux mœurs), montre que le critère tiré des moyens utilisés n'a pas de portée indépendante, et s'arrête plus longuement au troisième critère de la comparaison des intérêts en présence.

Pour M. Merz, dans la mesure où le cartel défend un intérêt licite en cherchant à atteindre ses fins, on n'a pas en soi à se demander si, ce faisant, il porte atteinte à des intérêts d'autrui. Une mise en balance des intérêts ne se justifie que si l'on oppose au *droit* de coalition invoqué par le cartel un *droit* que peut faire valoir l'outsider, à savoir le droit à la personnalité économique. Mais c'est à tort que la jurisprudence interprète ce dernier droit comme devant garantir à son titulaire une certaine existence économique, c'est-à-dire protéger sa situation pécuniaire et ses sources de gain. Le droit à la personnalité économique n'est autre que la «liberté privée du commerce et de l'industrie» (Egger), qui confère la faculté de participer à la concurrence en choisissant ses partenaires et en organisant à sa guise son comportement en affaires. Il y va donc, dans le boycott, d'un conflit entre deux droits de la personnalité. La règle d'interprétation tirée de l'art. 31 Cst. doit fournir la solution. Par définition, le boycott porte atteinte à un droit de la personnalité de l'outsider; cette atteinte ne peut se justifier que si le cartel prouve qu'il agit pour la sauvegarde d'intérêts légitimes. La thèse revient donc à dire que, contrairement à la jurisprudence actuelle mais en accord avec une pratique ancienne (ATF 22, p. 175 sv., spécialement p. 183), le boycott est en principe illicite. Telle est la conclusion à laquelle arrive également M. le professeur Simonius dans son article «Ein verkanntes Freiheitsrecht» paru dans la «Festgabe für Erwin Ruck» (Bâle 1952, p. 261 sv.).

La critique adressée à la seule considération des intérêts économiques opposés ne laisse pas d'être légitime et nous serions nous-mêmes prêt à battre notre coup de «Licéité et limites du boycott», *Zeitschrift für schweiz. Recht*, vol. 70, p. 127 sv., spécialement p. 146), encore qu'il soit excessif de dire que l'abus de droit n'existe qu'en l'absence de tout intérêt à son exercice; la disproportion évidente des intérêts engagés peut aussi servir à justifier l'application de l'art. 2 al. 2 CC (cf. Egger, *Kommentar*, 2e édit., note 35 à l'art. 2 CC). Mais, en définitive, les intérêts que la jurisprudence s'est appliquée à comparer ont toujours été conçus comme des intérêts juridiquement protégés, c'est-à-dire comme des droits, même si leur contenu — pour le droit à la personnalité économique — a pu être mal saisi. D'autre part, si la critique adressée ci-dessus à l'utilisation en droit privé du principe constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie est fondée, la seule mise en présence des droits respectifs du cartel et de l'outsider ne suffit pas à résoudre le problème. Or, livré à lui-même, le civiliste ne peut poser à priori que l'une des libertés en cause — la liberté des membres du cartel de s'engager

à ne pas traiter ou à ne traiter que dans certaines conditions avec des personnes déterminées, ou la liberté de l'outsider d'entrer en relations avec qui et comment bon lui semble — soit primaire par rapport à l'autre. On peut aussi bien considérer que le droit à la libre concurrence est limité par le droit de coalition, que considérer que ce dernier droit est limité par le premier. L'un et l'autre sont des émanations du droit à la personnalité économique, qui implique le choix des moyens pour atteindre le profit, sans qu'on puisse en exclure d'emblée le recours à des formes de concurrence collective propres à restreindre ou supprimer la concurrence individuelle. C'est l'argument qui a déterminé le revirement de la jurisprudence en 1899 (ATF 25 II 800).

Placé devant le conflit de la liberté collective et de la liberté individuelle, le juriste ne peut que faire appel aux principes fondamentaux du droit privé. On convient, à cet égard, que l'idée d'abus du droit de l'art. 2 al. 2 du Code civil n'est pas directement utilisable, mais bien celle du «Treu und Glauben» du premier alinéa, qui sert à mesurer «l'étendue des droits civils» (note marginale du texte français). Certes, s'il s'agit de droits strictement délimités, comme la propriété sur un meuble ou un droit de résiliation conventionnel, l'art. 2 ne pourra-t-il être invoqué que dans des cas extrêmes. Il en va différemment pour nombre d'autres droits beaucoup moins bien définis, et surtout pour des droits de caractère tout général, comme la liberté de contracter ou la personnalité économique. Les règles de la bonne foi demandent qu'il soit tenu compte, pour fixer la portée de tels droits, des intérêts légitimes qu'ils recouvrent. C'est ce qui justifie la norme de proportionnalité posée par la jurisprudence en matière de boycott. Le conflit des droits en présence, tout deux limités, ne peut être résolu qu'en mettant en balance les intérêts qui les mesurent, ceux-ci étant compris dans le sens le plus large.

Envisageant les cartels du point de vue des intérêts de la collectivité (chapitre VII), M. Merz rappelle la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle une entente industrielle ou commerciale qui aurait pour effet d'établir des prix excessifs et d'exploiter le consommateur serait illicite, principe qui ne s'est jamais traduit par une déclaration de nullité d'un cartel. Il cherche à démontrer que, par le jeu même de leurs institutions, les cartels tendent à éléver artificiellement le niveau des prix. Il signale divers abus dans le domaine des soumissions. Les moyens traditionnels du droit privé ne permettent guère de lutter contre ces abus. Le consommateur individuel ne risquera jamais un procès coûteux. On pourrait songer à un droit d'action conféré aux associations de consommateurs sur le modèle de l'art. 3 al. 2 LCD.

Une autorité ou un organisme pris hors de l'administration pourrait aussi se voir attribuer la qualité pour agir. Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie est également engagé ici et apporte une restriction d'ordre public (art. 19 al. 2 CO) à l'intervention des cartels dans les marchés privés.

Pour porter un jugement sur cet aspect du problème, il faudrait connaître exactement l'influence des cartels sur la formation des prix dans les divers secteurs de l'économie. Une enquête complète et sûre nous fait encore défaut. Pour l'heure, on peut toujours opposer un fait à un autre fait. Une concurrence effrénée est souvent préjudiciable aux intérêts des consommateurs; en France, la multiplication des petits commerçants depuis la guerre n'a pas contribué à réduire les prix, mais a joué un rôle non négligeable dans l'augmentation du coût de la vie. En revanche on peut citer des branches cartellisées où l'on maintient des prix bas ou des marges bénéficiaires modestes; l'industrie suisse du ciment, qui est l'une des branches les plus cartellisées de Suisse, pratique les prix les plus bas d'Europe. A l'opposé on trouve des branches qui, comme l'industrie chimique, ne connaissent pas d'ententes, mais qui prennent des marges de bénéfice substantielles (données empruntées à J.-M. Masmejean, Gazette de Lausanne du 21 avril 1953). D'autre part, on ne peut nier que, dans les périodes de dépression économique, les ententes et cartels peuvent empêcher un effondrement des prix, avec toutes ses conséquences (faillites d'exploitations pourtant saines et arrêté du travail de centaines d'ouvriers). A cet égard, une comparaison avec l'Amérique dont l'immense marché offre des possibilités quasi illimitées n'est peut-être pas raison. Enfin il ne faut pas oublier que la conclusion d'ententes collectives vise tout de même au maintien d'un nombre plus ou moins grand d'entreprises entre lesquelles subsistent de réelles possibilités de concurrence, au lieu que l'intégration juridique et économique dans un trust ou un Konzern supprime totalement ces possibilités.

L'auteur passe ensuite en revue (chapitre VIII) les conséquences juridiques du fait que le cartel outrepasse les limites imposées à son action: le droit de résiliation du membre du cartel, l'action en nullité que peut intenter ce membre dès lors qu'il n'est pas à même de mesurer la portée des engagements pris ou que le cartel maintient des prix nuisibles à l'économie, l'organisation éventuelle d'une défense privée du consommateur, et les diverses actions à la disposition du boycotté. Celui-ci peut d'abord lui-même relever la nullité du cartel, de préférence par une action en constatation de droit. Il a ensuite l'action en cessation du trouble; à cet égard, M. Merz est d'avis que cette action peut

tendre à l'admission dans le cartel monopoliste, et non seulement au desserrement, vis-à-vis du boycotté, des engagements dérivant du cartel; mais si le cartel accepte de recevoir l'outsider, celui-ci doit alors se soumettre à la réglementation interne (l'auteur ne se cache pas le risque de voir ainsi se renforcer la position des cartels). A côté de l'action en cessation du trouble, l'outsider encore a l'action préventive en abstention du trouble et l'action en constatation de l'atteinte portée, sans parler des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral et des moyens offerts par la loi sur la concurrence déloyale.

Dans ses considérations finales (chapitre IX), M. Merz résume les résultats que permet d'atteindre l'interprétation plus stricte qu'il préconise. Il remarque que les cartels qui prennent la forme de simples «gentlemen's agreement» échappent aux prises du droit privé. Il se demande si les conventions de cartel ne devraient pas être soumises pour leur validité à une forme qualifiée et à l'inscription dans un registre public. S'exprimant, pour terminer, d'un point de vue général, l'éminent professeur de Berne, sans vouloir méconnaître les intérêts que font valoir les milieux économiques groupés dans les cartels, insiste encore une fois sur le risque d'abus qui réside, d'une part, dans la tendance monopoliste aboutissant au maintien de prix surfaits, d'autre part, dans la fermeture du marché qu'entraîne la pratique des contrats d'exclusivité. Ainsi, le droit civil ne se contente pas de subir les entraves que lui impose l'Etat; il s'enchaîne encore lui-même, au nom même de l'autonomie privée. Les conséquences de ce «paradoxe de la vie juridique» vont à l'encontre du régime de liberté postulée par la Constitution.

Nous avons exprimé plus haut les réserves personnelles que nous inspirait cette conception peut-être trop individualiste du droit privé. Nous n'en sommes que plus à l'aise pour louer l'élévation de la pensée qui a guidé l'auteur et l'importance de la contribution qu'il apporte à la solution du problème des cartels. L'avocat, le juge, l'économiste, l'homme politique qui se trouveront placés un jour devant les difficultés que soulèvent les ententes professionnelles et industrielles feront largement leur profit de la nette mise au point et des précieuses suggestions contenues dans l'étude de M. le professeur Merz.

Prof. Henri Deschenaux, Fribourg

**Garzoni, Fernando: Die Rechtsstaatsidee im schweizerischen Staatsdenken des 19. Jahrhunderts.** Zürich 1952 (Polygraphischer Verlag). 233 S. Fr. 11.45.

Es ist erstaunlich, wie ergiebig trotz allem diese Untersuchung über die Pflege rechtsstaatlichen Denkens durch Philosophen und Rechtswissenschaftler in der Schweiz im letzten Jahrhundert ausgefallen ist. Bei Troxler ist die Wertidee des Rechtsstaates noch eingebettet in eine späte Naturrechtslehre; allein dieses Naturrecht, wenn es auch für das positive Recht die unentbehrliche Orientierung liefert, kann sich doch selber nicht erkennen ohne Einsicht in das historisch Gegebene. Der Rechtsstaat, der Troxler vorschwebt, gründet sich auf die zwei Prinzipien der Evolution und der Repräsentation; dann ist er auf das Naturrecht bezogen. Wilhelm Snells, des radikalen deutschen Flüchtlings, Rechtsstaatsbegriff baut auf dem Rationalismus Immanuel Kants auf. Snell anerkannte im Gegensatz zu Kant, daß die *volonté générale* dem Vernunftnaturrecht widersprechen kann, denn für Snell ist Nationalwille, was das Volk der Staatsbürger tatsächlich will, nicht «was es wollen soll». Daß das Naturrecht in einem solchen Fall dem Demokratismus erliegt, muß nach Snell in Kauf genommen werden: gewiß eine These, die nicht nur ein gutes Stück schweizerischer Verfassungsgeschichte widerspiegelt, sondern auch eine Schwäche der Fundamente noch in der Gegenwart anzeigt. Jakob Dubs war nicht nur ein Verfechter der außerstaatlichen Ordnungen in Familie, Gesellschaften, Gemeinde und Kirche, also ein erster Warner vor dem Totalitätsdenken, auch wenn es sich in demokratischem Gewande zeigt, sondern er beschäftigte sich auch mit den einzelnen Postulaten, die den Rechtsstaat ausmachen, den formellen und den materiellen Rechtsstaat. Auffallend ist seine Einstellung zur Frage der richterlichen Zuständigkeit zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze. Obschon er der Haupturheber des Art. 113 Abs. 2 der geltenden BV ist, war er im Grundsatz ein Anhänger des Verfassungsschutzes durch unabhängige Gerichte; Garzoni glaubt nachweisen zu können, daß er vom Errungenen nicht befriedigt gewesen sei, aber einen allmählichen weiten Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit für richtig hielt. Auch J. J. Rüttimann sah den Rechtsstaat stark in der Verwirklichung der Gewaltentrennung, in der Unabhängigkeit der Justiz, in der Verantwortlichkeit der Beamten; eine Forderung der Rechtsstaatlichkeit war für ihn aber auch die Trennung von Kirche und Staat. Daß es ihm aber letztlich um den materiellen Rechtsstaat zu tun war, geht auch aus einer Warnung hervor: Eine gesunde und gerechte gesellschaftliche Ordnung bedarf nicht einer steten Verstärkung der Staatsgewalt, ja erträgt sie gar nicht. Bluntschli schlägt wohl am deutlichsten von allen behandelten Staatsdenkern die Brücke zum Ausland, vor allem zur historischen Rechts-

schule und zu Hegels Rechts- und Geschichtsphilosophie. Seinen Rechtsstaatsbegriff herauszuschälen, ist aber deshalb so schwierig, weil er der Organismuslehre anhing. Am klarsten wird er vielleicht dort, wo auch er die Massendemokratie bekämpft und die reine Demokratie als die niedrigste Form der Demokratie ansieht: der repräsentativen gilt seine Vorliebe. Bluntschli müßte nicht Staatsrechtslehrer gewesen sein, wenn er die Antinomien zwischen Rechtsstaatlichkeit und Politik nicht erkannt hätte. Aber man wird ihm heute nicht mehr zustimmen, wenn er den Rechtsstaat gleichsam nur als einen Ausschnitt aus der Tätigkeit des Staates auffaßte, neben dem der Staat dann seinen Wert in sich selbst trägt. Diese Lehre gipfelt darin, daß die Regierung (die weit über bloße Ausführung hinausreicht) als die höchste Gewalt hingestellt wird. Besonders ansprechend sind wiederum Bluntschlis Gedanken über die Teilhabe des Rechtes am geschichtlichen Geist, ein Thema, das gewiß auch mit dem Rechtsstaat in Berührung steht. Philipp Anton von Segesser sieht den Rechtsstaat als den Staat an, der die nicht vom Staate verliehenen, sondern die naturgegebenen individuellen und sozialen Rechte schützt. Bei ihm treffen wir eine Lösung der Rechtsstaatsidee vom zeitgenössischen Liberalismus an, natürlich! Um so inniger ist die Verknüpfung mit dem Föderalismus. Doch auch gegenüber radikalem Demokratismus macht er seine Reserven. Gustav Vogt hat seine Aufnahme offenbar vor allem als früher und konsequenter Kritiker der (verwaltungsinternen) Administrativjustiz verdient. Im Anschluß an den oft zu wenig gewürdigten süddeutschen Staatsrechtslehrer Robert von Mohl hat er gleichzeitig die Ausbildung «eines wohlgefügten, wissenschaftlich durchdrungenen Verwaltungsrechts» gefordert, eine Forderung, die in einer Demokratie freilich zu allen Zeiten auf große Hinderisse stößt und die heutzutage besonders schlechte Aussichten hat.

Ebenso ausgezeichnet wie die Darstellung dieses schweizerischen Ideengutes ist der dazu überleitende erste Teil über die Rechtsstaatlichkeit in England, Amerika, Frankreich und Deutschland. Mit eigentlicher Kennerschaft hebt der Verfasser das Wesentliche hervor, für England die *rule of law*, die dank der Verwurzelung im Außerrechtlichen durch den Parlamentsabsolutismus nicht ernstlich bedroht ist, für Amerika Konstitutionalismus und Gewaltentrennung, aber auch den tiefen Gehalt der *Due-process-of-law*-Klausel, für Deutschland die Neigung zum formellen Rechtsstaat nach Anbruch des Bismarckschen Reiches, das mit dem Beginn des Positivismus zusammenfiel. Dieser erste Teil gestattet dem Verfasser auch, eine gewisse unvermeidliche Willkür in der Auswahl der schweizerischen Schriftsteller zu kor-

rigieren, z. B. durch Berücksichtigung Benjamin Constants im Zusammenhang mit der Rechtsstaatsidee in Frankreich. Der Haupteindruck des Lesers ist hier der, daß in den angelsächsischen Ländern der tragende Geist der Rechtsstaatlichkeit doch wesentlich mehr als bei uns das Volk beseelt. — Garzoni hat sich mit dieser unter Leitung von Prof. Werner Kägi entstandenen Dissertation in hohem Maß verdient gemacht; sie bereichert um ein wertvolles Stück die dünngesäte dem Staats- und Rechtsfundamentalen zugewandte Literatur unseres Landes.

Prof. Hans Huber, Bern

**Reichlin, Paul: Die Schweigepflicht des Verwaltungsbeamten.** (Beiträge zur schweizerischen Verwaltungskunde, Heft 33.) Zürich 1953 (Orell Füssli). 32 S. Fr. 1.90.

Das Thema, das der Staatsschreiber des Kantons Schwyz in dieser gehaltvollen Schrift behandelt, stellt vor allem eine ganze Reihe von Aufgaben der Abgrenzung: Wo endet die Schweigepflicht und beginnt im Gegenteil die Auskunftspflicht? Was ist öffentlich und kann darum im vornherein nicht Geheimnis, sondern höchstens Gegenstand einer Geheimnistuerei sein? Gehört die Schweigepflicht zu einer umfassenden Diskretions- und diese im letzten Grunde zur Treuepflicht des Beamten? Wann besteht auch eine Schweigepflicht im privaten Interesse? Wie weit reicht die Schweigepflicht der Steuerbehörden? Welches sind die legalen und welches die legitimen Ausnahmen von der Schweigepflicht, innerhalb der Verwaltung, gegenüber der Volksvertretung und gegenüber der Justiz? — Diese und viele weitere Probleme werden unter Verwertung umfangreicher Literatur, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis mit Meisterschaft erörtert, und die Überlegungen und Ergebnisse vermögen dem Praktiker des Beamtenrechts ebenso sehr zu dienen wie dem Wissenschaftler. Die Schrift behebt auch einen verbreiteten Irrtum, nämlich die Ansicht, daß die Schweigepflicht volumnäßig eine Ausnahme vom Grundrecht der freien Meinungsäußerung sei. In Wirklichkeit sind nur z. T. Meinungen des Beamten Gegenstand seiner Schweigepflicht, und in der Äußerung seiner Meinung ist der Beamte durch die Pflicht zur Verschwiegenheit wiederum nur z. T. eingeschränkt. Den «Fall Mutzner», der in diesen Zusammenhang gehört, behandelt der Verfasser in vorsichtig-zurückhaltender Weise, immerhin nicht ohne zu bekennen, daß die Rüge der Verfassungsverletzung den Beamten u. U. berechtigt, selbst einen Gesetzesentwurf seines eigenen Ressorts zu kritisieren. — In Deutschland — das wird den Leser noch interessieren — werden gegenwärtig die Begriffe des besondern Gewaltverhältnisses und des

Verwaltungsaktes auf Unterwerfung als Zweckschöpfungen von verschiedenen Autoren heftig angefochten; sie seien geprägt worden, gerade um die Geltung der Grundrechte im Bereiche dieser «Gewaltverhältnisse» zurückzudrängen oder völlig in Frage zu stellen.

Prof. Hans Huber, Bern

**Oswald, Dr. Hans: AHV-Praxis.** Textausgabe des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, erläutert durch die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes, mit Einleitung und Registern sowie Hinweisen, namentlich auf zugehörige Vorschriften, Materialien und Literatur. Bern 1953 (Hans Huber). 429 S., geb. Fr. 29.80.

Ein Präjudizienkommentar, d.h. eine Erläuterung des Gesetzes durch zweckmäßig ausgewählte und zusammengestellte Teile oder Auszüge aus der Spruchpraxis des Richters, kann wertvolle, ja sogar einzigartige Dienste leisten. Ein solcher «Kommentar» vermag den rechtsanwendenden Behörden, hier also in erster Linie den zahlreichen Ausgleichskassen und den kantonalen Rekursinstanzen, eine durch nichts anderes zu ersetzende Übersicht über die letztinstanzliche Gerichtspraxis und deren rechtsgestaltenden Gehalt zu geben. Zumal in einem Rechtsgebiet, das nicht nur neu und durch eine rasch entworfene, vielfach originelle Gesetzgebung charakterisiert ist, sondern ebenso sehr auch durch starke Dezentralisierung der Verwaltungstätigkeit, gibt ein solcher Präjudizienkommentar den administrativen und richterlichen Organen, die das Gesetz anzuwenden haben, ein unschätzbares Hilfsmittel in die Hand, um den Weg in den Schwierigkeiten der täglichen Einzelfälle zuverlässig zu finden. Erkennen diese Behörden dann auch, daß gerade Präjudizien nicht sklavisch befolgt, sondern in vernünftiger Abwägung auf ihre Tragweite für die immer wieder etwas anders gelagerten Fälle des unerschöpflichen Lebens hin bemessen werden wollen, so kann ein solcher Kommentar zum Vermittler der Einheit und Sicherheit des Rechts werden, um derentwillen ja vor allem das letztinstanzliche Verwaltungsgericht geschaffen worden ist.

Die Publikation Oswalds erfüllt alle Voraussetzungen, um diese Dienste zuverlässig leisten zu können. Der Verfasser kennt als Gerichtsschreiber des Eidgenössischen Versicherungsgerichts dessen Judikatur wie kaum ein zweiter. Er hat unter den mehr als zweitausend Entscheidungen, die seit Erlass des AHVG ergangen sind, eine sorgfältige Auswahl getroffen und konzentriert sich bei den ausgewählten Urteilen auf das für die Präzisierung und Anwendung des Rechts Wesentliche, wobei er sich fast immer an den redigierten Text der Urteils motive hält. Das Ganze erhält

dadurch eine angenehme Lebendigkeit und Anschaulichkeit, weil sozusagen überall die abstrakte Norm am konkreten Anwendungsfall erkennbar gemacht wird.

Der systematische Zusammenhang wird vor allem damit gewahrt, daß die Präjudizien dem Text und der Systematik des Gesetzes eingefügt sind. Für die zusätzliche Orientierung sorgen folgende Vorkehren: ein übersichtliches Register am Anfang des Buches, dem ein Verzeichnis der Abkürzungen und ein Verzeichnis der zitierten Erlasse, Materialien, Berichte und internationalen Abkommen aus dem Sachgebiet folgt. Die Entscheide selbst sind nummeriert und mit einem Hinweis auf allfällige Publikation (z.B. in der amtlichen Sammlung des EVG oder in der Zeitschrift für die Ausgleichskassen) versehen, so daß der näher Interessierte die Materie ohne Schwierigkeit weiterverfolgen kann. Literaturhinweise finden sich bei den entsprechenden Abschnitten. Ergänzt wird dieses orientierende Gerippe u.a. durch ein Namenverzeichnis der zitierten Entscheide, ferner ein Verzeichnis, das der Vollzugsverordnung folgt, anhand dessen man dann diejenigen Gerichtsentscheide findet, welche einen Verordnungsartikel anwenden, und schließlich folgt ein sorgfältig bearbeitetes Sachregister, das leider die wertvolle Einleitung des Verfassers nicht einbezogen hat. Fügt man bei, daß auch die Anordnung des Druckes einen denkbar klaren Überblick gestattet, so darf man sagen, daß sich schon in der äußeren Anlage dieses Buches eine sehr bemerkenswerte juristische Präzision kundtut.

Diese Eigenschaft darf man ohne Vorbehalt auch der Einleitung, die Oswald vorausschickt, zuerkennen. Auf nicht ganz 40 Seiten werden hier in wohltuender Sachlichkeit und Klarheit — der man gelegentlich eine noch durchsichtigere sprachliche Form wünschen möchte — die Probleme und Tätigkeiten des obersten Sozialversicherungsgerichts dargestellt. Oswald berührt dabei eine Reihe grundsätzlicher Fragen: so die Gesetzesauslegung, das Verhältnis zum Zivilrecht und zum Steuerrecht, die Ermessenskontrolle, die *reformatio in peius*, und er verbreitet sich besonders einläßlich über das Verhältnis der AHV-Verwaltungsgerichtsbarkeit zur AHV-Verwaltung, speziell zum Weisungsrecht der obersten Verwaltungsbehörde (Bundesamt für Sozialversicherung) gegenüber den Kassen. Seine Ansicht, daß sich aus Verfassung und Gesetz eine «beschränkte Befolgungspflicht» aller Verwaltungsbehörden gegenüber den höchstinstanzlichen Urteilen präjudiziellen Charakters ergebe, hat inzwischen zu einer Kontroverse geführt, die ich wegen ihrer prinzipiellen und praktischen Bedeutung noch berühren möchte. Peter Säxer («Zum Verhältnis von Weisungsrecht und Rechtsprechung in der AHV», SJZ, 1953,

S. 185ff.) opponiert der These Oswalds. Er setzt unter Hinweis auf seine kürzlich erschienene Dissertation voraus, die AHV-Kassen (also die kantonalen Kassen und die Verbandsausgleichskassen) «seien wohl formell autonome Gebilde, funktionell jedoch abhängige Bundesverwaltungsstellen». Aus diesem hierarchischen Unterordnungsverhältnis zum Bund leitet Sacher zunächst ab, daß das oberste Verwaltungsgericht, das bei uns dieser Administrativhierarchie bekanntlich nicht eingeordnet ist, den Verwaltungsstellen keine Dienstbefehle erteilen könne. Und hieraus folgert Sacher dann weiter, daß die Kassen, weil innerhalb der Verwaltungshierarchie weisungsgebunden, durch Präjudizien des obersten Gerichts weder von konkreten noch von allgemeinen Weisungen des BSV unmittelbar entbunden werden könnten. Es bestehe also eine «Prävalenz der Weisungen der Verwaltungsbehörden gegenüber der Gerichtspraxis», ferner eine «absolute Weisungsgebundenheit der AK» und schließlich keine direkte Bindung der obersten Verwaltungsbehörde an die Präjudizien, sondern nur eine Verpflichtung, «die Weisungen bestmöglich der Gerichtspraxis anzupassen».

Es ist nicht verwunderlich, daß diese für unsere Rechtsauffassung einigermaßen aufsehenerregenden Thesen bald auf Kritik gestoßen sind. Zum gleichen Thema («Weisungsrecht und Rechtsprechung in der AHV») hat sich Oberrichter Baumann, Aarau, der als Präsident einer kantonalen Rekurskommission die Materie kennt, geäußert (SJZ, 1953, S. 224ff.). Baumann weist darauf hin, daß die schweizerische AHV bewußt föderalistisch organisiert sei und daß zudem durch Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit eine gewisse Aufspaltung der Kontrolle des Vollzuges der Verwaltungsgesetze in Kauf genommen worden sei. So wie man wählen müsse «zwischen einem zentralistisch-bürokratischen Apparat, der gewiß eine einheitliche Anwendung des AHVG sichern würde, aber unseren föderalistischen und demokratischen Anschauungen nicht entspricht, und der föderalistischen Dezentralisation, die mehr Bürger zur Entscheidung aufruft, aber damit auch die Einheit der Praxis beeinträchtigt», so folge auch aus der Schaffung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit, «daß eine Weisung hinfällig wird, wenn das übergeordnete Gericht sie als ungesetzlich erklärt hat. Denn es ist auch begrifflich nicht denkbar, daß weiterhin Geltung haben solle, was vom zuständigen Gericht als gesetzwidrig erklärt worden ist. Eine solche Aufspaltung des Rechts wäre für das Rechtsbewußtsein unerträglich.»

Die geschilderte Kontroverse berührt, wie man sieht, zentrale Anliegen unserer Rechtsordnung. Sie wäre wohl geeignet, verschiedene Zusammenhänge neu zu beleuchten. Im Rahmen dieser

Rezension seien mir daher wenigstens ein paar Hinweise gestattet.

Das Argument Baumanns mit dem föderalistischen Aufbau, speziell auch der AHV, ist zunächst sicher berechtigt. Schon Imboden («Rechtsstaat und Verwaltungsorganisation», ZSGV, 1951; S. 1 ff.) hat darauf aufmerksam gemacht, daß in der modernen Sozialgesetzgebung ein nicht ungefährlicher Keim der sukzessiven Entartung der politisch-föderalistischen Einrichtungen, d. h. unseres rechtlichen Aufbaus von unten auf, enthalten ist. Um so mehr gilt es, überall dort, wo der moderne Sozialgesetzgeber nun wirklich Sorgfalt getragen hat, gerade die demokratisch-föderalistische Struktur zu wahren, dies nicht durch anscheinende Konsequenzen der bloßen juristischen Logik zu durchkreuzen. Vom Standpunkt solcher «Logik» aus ist ja im Grunde schon jede Dezentralisation ein Abfall vom Gedanken widerspruchlos klapender Hierarchie. Richtunggebend sind demgegenüber aber die Erfahrungen des Lebens, das in seiner begrifflich nie restlos erfaßbaren Selbstdäigkeit die mannigfaltigen Formen des dezentralisierten Aufbaus erzeugt und bewährt. Und es bewährt sie auf lange Sicht eben paradoixerweise sogar auch vom Standpunkt der Einheit des Rechts aus immer noch besser, als die brüchigen und machtanfälligen Erzeugnisse des extremen Zentralismus dies vermögen. Darum muß man es sich aber auch rein juristisch versagen, z.B. kantonale Ausgleichskassen als «abhängige Bundesverwaltungsstellen» oder Verbandsausgleichskassen einfach als staatliche Stellen zu bezeichnen. Man sollte dies auch als bloßes Wortspiel unterlassen.

Auf die gleiche Ebene gehört m. E. nun auch das Argument, die zahllosen Ausgleichskassen seien gar nicht in der Lage, den präjudiziellen Gehalt der höchinstanzlichen Urteile des EVG zu erkennen und herauszuschälen. Dazu ist Folgendes zu sagen: Der Appell an das Wagnis der Selbstdäigkeit ist eben gerade das Fruchtbare an der Dezentralisation. Erst durch dieses unübersehbare Zusammenspiel dezentralisierter Selbstdäigkeiten entsteht die spezifisch demokratische Verankerung des Rechtsbewußtseins. Vom bloß begrifflichen Standpunkt der Hierarchie aus erscheint dies alles allerdings eher als widerspruchsvoll denn als einleuchtend. Man muß sich aber bewußt sein, daß schon das demokratische Prinzip in gewissem Sinne als Abkehr von der äußersten Konsequenz der Ordnung und der Einheit erscheint. Wieviel mehr muß dann gar die Dezentralisation der komplizierten modernen Verwaltungstätigkeit in Tausende von autonomen Gemeinden, die sich unter den Staatsbegriff nicht einmal klar subsumieren lassen, vom rein begrifflichen Standpunkt der Ord-

nungseinheit aus rätselhaft sein. Und doch bringen es — um nur ein Beispiel zu nennen — auch die zahllosen Betreibungsämter fertig, die oft keineswegs einfachen Präjudizien des Bundesgerichts in SchKG-Sachen wenigstens allmählich zu verarbeiten und in das Leben ihrer täglichen Rechtsanwendung einzuführen, obwohl diese Ämter in der Regel zweifellos bei weitem nicht über die Sachkenntnis eines Kassenleiters der AHV verfügen.

Das Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit reiht sich hier, wie mir scheint, ganz natürlich an. Schon die Gewaltentrennung folgt eben keineswegs aus dem bloßen Ordnungsgedanken, sondern sie bringt, von ihm aus betrachtet, eher ein Opfer an die Gewährleistung der Freiheit und der Rechtsgleichheit. Aber mit der Gewaltentrennung ist dann eben auch die Bindung des Richters an das Gesetz ebensosehr gegeben wie die freie Kontrolle der Gesetzmäßigkeit durch den Richter. Sie führt zunächst zur Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Rechtsverordnungen durch den Richter. Das aber will doch wohl besagen, daß die Verwaltung eine Verordnungsvorschrift nicht weiter anwenden sollte, wenn sie von dem gemäß Verfassung zur Überprüfung ständigen Gericht als gesetzwidrig bezeichnet worden ist. Wäre dem nicht so, so wäre der Richter nicht mehr der berufene oberste Hüter der Gesetzmäßigkeit, sondern es wäre dieses Amt einer vom Standpunkt der Gewaltentrennung aus selbst beteiligten Instanz anvertraut. Und das muß nun offenbar gerade auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit Geltung haben, die speziell zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltungstätigkeit geschaffen worden ist. Gewiß ist es Sache der übergeordneten Verwaltungsstelle — und nicht des Richters —, der Verwaltung Weisungen zu erteilen. (Wo das oberste Weisungsrecht grundsätzlich an den Richter übertragen ist, ist dieser in Wahrheit hierarchische Spitze der Verwaltung geworden). Daraus aber, daß der Richter in unserer AHV der Kasse keine Weisungen erteilen sollte, darf man nun nicht umgekehrt schließen, daß administrative Weisungen für die Kassen auch dann noch verbindlich seien, wenn sie vom Gericht als gesetzwidrig erkannt seien. Sehr richtig hat Oswald bemerkt, daß sich aus der unbestrittenen Überprüfbarkeit der Rechtsverordnungen des Bundesrates durch das Bundesgericht und EVG *a fortiori* auch das richterliche Überprüfungsrecht der Departementsverfügungen und Weisungen des BSV ergibt. Würde daraus nun aber nicht die Bindung der Verwaltung an diejenigen Präjudizien abgeleitet, welche die Gesetzwidrigkeit einer Weisung erkennen, dann müßte die Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Fehllösung der modernen Entwicklung erkannt werden, was Walther Burckhardt, wenn nicht

ausgesprochen, so im Grunde doch wohl befürchtet hat. Dem allem hat der AHVG-Gesetzgeber offensichtlich Rechnung getragen, wenn er in Art. 72 bestimmt hat: «Der Bundesrat übt die Aufsicht über die Durchführung dieses Gesetzes aus. Er sorgt für eine einheitliche Anwendung der gesetzlichen Vorschriften auf dem ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft und kann zu diesem Zwecke den Ausgleichskassen vorbehältlich der Rechtsprechung Weisungen über den Vollzug der Bestimmungen erteilen.»

Das Gesagte darf nun selbstverständlich auch wieder nicht als ein doktrinär festgehaltenes, starres Prinzip verstanden werden. Aber es kann als eine dem spezifischen Wesen unseres Rechtsstaates entsprechende Maxime gelten, der, um ein Wort von Fleiner zu gebrauchen, mehr Volksstaat als Beamtenstaat sein will, den man daher auch nicht durch Zuhilfenahme fremder Verwaltungsrechtsdoktrinen erklären kann und in dem der vom Willen des Volkes berufene Richter u.a. gerade auch darüber soll wachen können, daß der Beamtenapparat nie eine allzu einseitige Übermacht über den Bürger gewinnt.

Dr. A. Gysin, Luzern

---

### Eingegangene Bücher

(Besprechung vorbehalten)

Ascarelli, Tullio: *Studi di Diritto Comparato e in tema di interpretazione*. Milano 1952 (A. Giuffrè). LIII, 335 S. Fr. 13.25.

Ascarelli, Tullio: *Studi di Giuridici sulla Moneta*. Milano 1952 (A. Giuffrè). XIII, 323 S. Fr. 13.25.

Ascarelli, Tullio: *Studi in Tema di Contratti*. Milano 1952 (A. Giuffrè). X, 588 S. Fr. 20.80.

Ascarelli, Tullio: *Studi in Tema di Società*. Milano 1952 (A. Giuffrè). XIV, 449 S. Fr. 16.25.

Baumann, Felix: *Das schweizerische Ursprungszeichen*. (Abh. z. schweiz. Recht NF H. 305.) Bern 1953 (Stämpfli). XIII, 221 S. Fr. 10.40.

Becker, B.; Kühn, Johannes; Bainton, Roland H., u.a.: *Autour de Michel Servet et de Sébastien Castellion*. Haarlem 1953 (H. D. Tjeenk Willink). VII, 302 S. geb. Fr. 17.25.

Blaß, Jürg: *Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht*. (Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF H. 185.) Aarau 1953 (Sauerländer). 168 S. Fr. 7.90.

*Boor, Hans Otto de: Einzelrichter und Kollegium im italienischen und deutschen Zivilprozeß.* (Göttinger rechtswissenschaftl. Studien H. 7.) Göttingen 1953 (Otto Schwarz). 105 S. Fr. 8.10.

*Bucher, René: Die Überpari-Emission von Aktien insbesondere nach schweiz. Obligationenrecht.* (Veröffentlichungen der Handels-Hochschule St. Gallen Reihe A H. 36.) Zürich/St. Gallen 1953 (Polygr. Verlag). 204 S. Fr. 10.40.

*Castelberg, Guido von: Der Geldwert als Rechtsproblem insbesondere bei Verkehrsgeschäften.* Zürich 1953 (Polygr. Verlag). VII, 187 S. Fr. 16.65.

*Castella, Jean: L'organisation des pouvoirs politiques dans les constitutions du canton de Fribourg.* (Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Schweiz.) Fribourg 1953 (Editions Universitaires). 353 p. Fr. 23.40.

*Demokratie und Rechtsstaat. Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti.* Zürich 1953 (Polygr. Verlag). 262 S. Mit 1 Portr. geb. Fr. 26.—.

*Entscheidungen des Eidg. Versicherungsgerichts. — Arrêts du Tribunal fédéral des assurances. — Sentenze del Tribunale federale delle assicurazioni.* Amtliche Sammlung II, 1953. Bern 1953 (Hans Huber). S. 93—187.

*Giezendanner, P.: Streifzug durch das Reklamerecht.* Zürich 1953 (Verlag des Kaufm. Vereins). 87 S. Fr. 6.80.

*Graß, Nikolaus; Adamovich, Ludwig; Bartsch, Robert, u. a.: Österreichische Rechts- und Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen.* Innsbruck 1952 (Universitätsverlag Wagner). 272 S. geb. Fr. 26.50.

*Grüninger, E. / Studer, W.: Kommentar zum Basler Steuergesetz.* Basel 1953 (Helbing & Lichtenhahn). XV, 546 S. geb. Fr. 39.50.

*Jost, Arthur: Der Willensvollstrecker.* Zürich 1953 (Polygr. Verlag). 36 S. Fr. 4.60.

*Justiz- und Polizeidirektion des Kantons Aargau: Rechenschaftsbericht 1952.* 66 S.

*Käenzig, Ernst: Die Aktiengesellschaft im Einkommenssteuersystem.* (Berner Rechts- u. Wirtschaftswissenschaftl. Abh. H. 64.) Bern 1953 (Paul Haupt). 217 S. Fr. 16.—.

*Kelsen, Hans: Théorie pure du Droit.* (Etre et Penser, 37e cahier.) Traduit de l'allemand par H. Thévenaz. Neuchâtel 1953 (La Baconnière). 199 p. Fr. 6.75.

*Kelsen, Hans: Was ist Gerechtigkeit?* Wien 1953 (Franz Deuticke). IV, 47 S. Fr. 4.—.

*Lanheer, B. / van Essen, J. L. F.: Fundamentals of Public International Law.* (Selective Bibliographies of the Library of the Peace Palace I.) Leyden 1953 (A. W. Sijthoff). 85 p.

*Marbach, Omar: Der Begriff der Consideration im englischen Vertragsrecht.* (Abhandlungen zum schweiz. Recht NF H. 304.) Bern 1953 (Stämpfli). VI, 64 S. Fr. 4.15.

*Meyer, Gerold: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zug.* (SA aus «Das Buch vom Lande Zug».) Zug 1952. 4 S.

*Meyer, Gerold: Ein Baugesetz — verworfen.* Zum Baugesetz f. d. Kt. Zug vom März 1952. (SA aus «Plan», Schweiz. Zeitschr. f. Landes-, Regional- und Ortsplanung Nr. 4, 1953.) Solothurn 1953 (Vogt-Schild). 7 S.

*Obergericht des Kantons Thurgau: Rechenschaftsbericht 1952.* Arbon 1953 (Genossenschaftsdruckerei). 80 S.

*Obergericht des Kantons Thurgau: Register zu den Entscheidungen in den Rechenschaftsberichten.* Abgeschlossen am 31.12.1952. Frauenfeld 1953 (Huber & Co.). 143 S.

*Ott, Charles: Der Grundsatz der Nichtrückwirkung von Verwaltungsrechtsnormen.* Schlieren 1953 (Buchdruckerei M. Maier). 144 S. (Diss. Zürich.)

*Patry, Robert: Le Principe de la Confiance et la formation du contrat en droit suisse.* Genève 1953 (Imprimerie du Journal de Genève). 296 p. Fr. 12.—.

*Scher, Alexander: Handbuch des amerikanischen Patentgesetzes von 1952.* Basel 1953 (Recht und Gesellschaft). XVI, 172 S. geb. Fr. 20.—.

*Schultz, Hans: Das Schweizerische Auslieferungsrecht. Le Droit extraditionnel suisse.* (Schweizerische Criminalistische Studien Vol. 7.) Basel 1953 (Recht und Gesellschaft). XXXVI, 550 S. Fr. 62.40.

*Sozialgesetzgebung, Schweizerische, 1952. Législation Sociale de la Suisse 1952.* Hrg. vom Bundesamt für Industrie, Gewerbe u. Arbeit in Verbindung mit dem Bundesamt für Sozialversicherung. Zürich 1953 (Polygr. Verlag). 234 S. Fr. 16.40.

*Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung.* 18., neubearb. Aufl. von Adolf Schönke. Liefg. 4. Tübingen 1953 (J. C. B. Mohr). 216 Bl., Subskr.pr. Fr. 27.75.

*Strahm, Hans: Die Berner Handfeste.* Bern 1953 (Hans Huber). 200 S., 8 Taf. Fr. 6.—.

*Tuor, P.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch.* 6. erg. Aufl. von «Das neue Recht». Zürich 1953 (Polygr. Verlag). XVI, 676 S. geb. Fr. 35.35.

*Vogel, Oscar: Der ländliche Einung nach den zürcherischen Rechtsquellen.* Aarau 1953 (Keller). 130 S. Fr. 7.60.

*Vortisch-Zschucke: Binnenschiffahrts- und Flößereirecht.* Erläuterungswerk. 2. erg. Aufl., bearb. von Otto Vortisch. (Guttentagsche Sammlung Deutscher Gesetze Nr. 36.) Berlin 1953 (Walter de Gruyter). XVI, 707 S. geb. Fr. 43.50.

*Weissenrieder, Benedikt: Die Schulhoheit.* (Freiburger Veröff. aus d. Gebiete v. Kirche u. Staat Bd. 7.) Fribourg 1953 (Universitäts-Verlag). XXX, 310 S. Fr. 18.70.

*Welzel, Hans: Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finan-  
len Handlungslehre.* (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe,  
Schriftenreihe H. 4.) Karlsruhe 1953 (C. F. Müller). 22 S. Fr. 2.15.

*Wirtschaft und Recht.* Zeitschrift für Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsrecht mit Einschluß des Sozial- und Arbeitsrechtes. 5. Jahrg., H. 2. Zürich 1953 (Art. Inst. Orell Füssli). Fr. 20.— i. J.

*Wyß, David von: Die Haftung des Kollektivgesellschafters für  
die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.* (Zürcher Beitr. zur Rechts-  
wissenschaft NF H. 184.) Aarau 1953 (Sauerländer). 93 S. Fr. 5.20.

*Wyß, H. F.: Das Recht des Aktionärs auf Auskunftserteilung  
(Art. 697 OR) unter bes. Berücksichtigung des Rechts der Unter-  
nehmenszusammenfassungen.* (Zürcher Beitr. zur Rechtswissen-  
schaft NF H. 183.) Aarau 1953 (Sauerländer). 299 S. Fr. 11.—.

---

