

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. 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. [Siehe Rechtliche Hinweise.](#)

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. [Voir Informations légales.](#)

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. [See Legal notice.](#)

Download PDF: 17.05.2025

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

Besprechungen und Anzeigen

Recueil de travaux publiés à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Genève, du 4 au 6 octobre 1952. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, n° 9. Genève 1952 (Georg & Cie S.A.). 343 p. Fr. 15.60.

Selon une tradition aujourd'hui bien établie, lorsque la Société suisse des juristes tient son assemblée annuelle dans une de nos villes universitaires, un recueil de travaux est offert par la Faculté de droit aux participants à l'assemblée.

Les juristes suisses seront d'autant plus reconnaissants à la Faculté de Genève de s'être conformée à cet usage que, peu de mois auparavant déjà, en collaboration avec la Faculté de Neuchâtel, elle avait enrichi la doctrine juridique d'un substantiel recueil de travaux publié en hommage au Professeur Sauser-Hall.

Le recueil offert à la Société suisse des juristes s'ouvre par une ample contribution de *M. le Professeur Jean Graven*, consacrée au «*Système suisse du sursis conditionnel*». Dans une centaine de pages, se fondant sur une documentation très étendue, l'auteur procède d'abord à une synthèse précise et fort complète des nombreux problèmes que soulève l'application du sursis à l'exécution des peines et des solutions qu'en ont données la doctrine et la jurisprudence. Puis, sur la base des résultats pratiques obtenus depuis l'introduction du Code pénal, il se livre à des considérations de caractère positif pour le développement et le perfectionnement d'une institution qu'il considère comme un des piliers de la politique criminelle moderne de reclassement social. Le sursis ne doit pas être seulement un succédané des courtes peines privatives de liberté, conception qui est celle de notre Code pénal, mais d'une façon plus générale un moyen d'auto-éducation et de réhabilitation par l'appel à la collaboration du condamné lui-même. Cette conception plus large de l'institution conduit M. Graven à préconiser d'une part l'élargissement du sursis à la peine d'amende et même à toutes les peines privatives de liberté, y compris la réclusion lorsqu'elle n'est pas très grave, et d'autre part, l'institution du sursis à la condamnation — et non plus seulement à l'exécution de la peine —, ce qui permettrait d'en faire bénéficier l'accusé condamné à une peine ne dépassant

pas la durée de la détention préventive, et aussi de procurer au condamné une réhabilitation complète, que n'implique pas le système actuel de la radiation de l'inscription au casier judiciaire. Quant aux délais et conditions de l'épreuve, l'auteur insiste sur la nécessité de prévoir des délais assez longs, ainsi que sur l'importance de la tâche du patronage, dont les conceptions et les méthodes doivent être complètement revisées pour qu'il soit pleinement adapté à la fonction que lui assigne le Code.

Les suggestions de M. Graven sont incontestablement conformes aux principes de politique criminelle à la base de notre législation pénale. Un progrès ne peut se concevoir que dans cette direction. Nous serions cependant enclin, pour notre part, à quelque réserve avant d'envisager le développement de cette institution. Non que nous ne soyons pas partisan du sursis, qui a acquis droit de cité dans les législations pénales modernes. Mais avant de décider s'il doit être élargi ou au contraire appliqué plus restrictivement, il serait sage de se fonder sur une expérience plus large que celle qui résulte d'une dizaine d'années d'application du Code.

L'idée du caractère exemplaire de la peine est complètement étrangère à l'institution du sursis. Or il est difficile de déterminer aujourd'hui déjà si l'application générale qui en est faite ne tend pas à affaiblir la répression dans une mesure difficilement compatible avec une saine politique criminelle. Les expériences faites en matière de délits de la circulation doivent inciter à la prudence.

Il convient aussi, à notre sens, d'attendre que les tribunaux aient perfectionné l'instrument que la loi met entre leurs mains, notamment en portant plus d'attention aux moyens d'éducation que constituent les « règles de conduite » qu'ils peuvent imposer au condamné. Un jugement récent d'un tribunal vaudois a imposé à un automobiliste, condamné à un an de prison avec sursis pour une faute grave, de s'abstenir de conduire un véhicule à moteur pendant le délai d'épreuve fixé à cinq ans. Il est regrettable que de telles décisions demeurent l'exception.

Nous nous rallions d'autre part entièrement aux remarques de l'auteur, relatives au patronage, rouage essentiel, dont la tâche est extrêmement délicate et bien souvent décevante pour les autorités qui en sont chargées. Ce n'est donc qu'après que la jurisprudence aura fait rendre à l'institution actuelle tout ce qu'on en peut attendre, que lorsque les bases statistiques seront suffisamment larges, qu'on pourra envisager une extension, souhaitable en soi, du sursis.

Loin d'entamer en rien la valeur des conclusions de notre éminent collègue, les quelques considérations qui précèdent ne

sont que la manifestation de l'intérêt que nous avons pris à son étude, extrêmement fouillée et pénétrante, portant sur un des sujets les plus actuels et les plus discutés de notre droit pénal.

C'est un domaine peu familier aux juristes modernes que nous fait aborder la contribution de *M. le Professeur Erich-Hans Kaden*, intitulée «*L'Eglise et l'Etat sous Justinien*». La nature des rapports entre l'Eglise et l'Etat sous Justinien fut de tout temps l'objet de vives controverses qu'ont ravivées des études récentes. Les uns accusent l'empereur de césaropapisme, lui faisant grief d'avoir prétendu dicter à l'Eglise la discipline, le dogme et d'avoir voulu la réduire à sa toute puissante volonté. Les autres dénoncent cette thèse comme une falsification de l'histoire. Sur la base d'une étude minutieuse de l'œuvre législative personnelle de l'empereur, étayée par une érudition très large, M. Kaden souligne la distinction très nette que Justinien fait entre le sacerdoce et l'imperium, distinction qui implique la reconnaissance de l'autorité, voire de la puissance spirituelle de l'Eglise, indépendante de la puissance de l'Etat. Toute la tendance générale de cette législation témoigne ainsi du respect de l'empereur à l'égard du sacerdoce. Protecteur et défenseur de l'Eglise, Justinien l'appuie par ses lois, mais n'en prend pas la place. Son régime doit être défini comme un régime de coopération étroite entre les deux pouvoirs. C'est dans ce sens qu'il s'exprime lui-même lorsqu'il insiste dans une de ses nouvelles sur la «consonantia» de Sacerdoce et de l'Empire.

M. le Professeur Léopold Boissier nous transporte au centre de problèmes d'une brûlante actualité en exposant avec clarté «*La transposition sur le plan international des institutions parlementaires*». Ce phénomène s'est manifesté pour la première fois dans la création, en 1889, de l'Union interparlementaire. Aujourd'hui, l'Union interparlementaire des pays du Nord, l'Union interparlementaire belgo-néerlando-luxembourgeoise, le Conseil de l'Europe, la Communauté européenne du charbon et de l'acier sont autant d'applications internationales du système représentatif. M. Boissier décrit le fonctionnement de ces organismes et suit avec sympathie cette expérience, qui constitue un acte de foi dans les institutions parlementaires.

La contribution de *M. le Professeur Pierre Arminjon*, «*La démocratie occidentale et sa crise actuelle*», dénonce le désordre et la désorganisation dont souffrent les démocraties occidentales.

Il en décrit avec perspicacité les manifestations et en analyse les causes, qu'il voit dans le bouleversement causé par les deux guerres mondiales et dans les nombreuses mesures prises, les unes pour mettre en œuvre la doctrine socialiste, les autres pour favoriser des intérêts particuliers au détriment du bien public.

M. le Professeur Alexandre Berenstein expose l'état actuel de «*L'extension de l'assurance obligatoire contre les accidents*». Première branche de l'assurance sociale qui ait été décrétée obligatoire en Suisse, l'assurance contre les accidents n'est réellement une assurance sociale que pour les travailleurs assurés auprès de la Caisse nationale. Néanmoins, depuis de nombreuses années, les autorités fédérales ont fait un effort soutenu en vue d'une généralisation, efforts qui ont abouti au vote de dispositions légales introduites dans la loi fédérale sur l'agriculture du 3 octobre 1951 et à l'élaboration d'un projet concernant l'assurance-accidents dans le commerce et l'artisanat. M. Berenstein se livre à une analyse fort claire de ces textes nouveaux, dont il critique avec d'excellents arguments certaines dispositions défectueuses.

Dans une attachante étude de droit public genevois, intitulée «*Avant et après la suppression du budget des cultes à Genève*», M. le Professeur Maurice Battelli décrit les diverses phases par où a passé la législation genevoise relative aux relations de l'Eglise et de l'Etat.

M. le Professeur Paul Carry a traité avec sa maîtrise coutumière de «*Problèmes relatifs au transfert des actions nominatives*».

La jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral adopte en cette matière une solution rigide et formaliste, selon laquelle l'inscription au registre des actions est constitutive de légitimation envers la société et ne saurait être remplacée par aucun autre titre juridique. Ce n'est que lorsqu'il n'est tenu aucun registre des actions que la jurisprudence a admis qu'est légitimée à exercer les droits d'actionnaire toute personne qui aurait pu exiger son inscription dans le registre. Se ralliant aux conclusions d'une récente étude de M. le Professeur Jäggi, M. Carry se livre à une critique convaincante de cette jurisprudence et démontre que la solution reçue dans le cas où aucun registre n'est tenu doit être étendue même au cas où il existe un registre des actions. Il est à souhaiter que cette étude pénétrante trouve auprès du Tribunal fédéral l'audience qu'elle mérite et que le problème soit l'objet d'un nouvel examen de la part de notre Haute Cour.

Enfin, c'est avec un plaisir tout particulier que les civilistes étudieront l'exposé que *M. le Professeur Walter Yung* consacre à un problème particulièrement délicat de la responsabilité plurale: «*Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage en vertu d'un contrat*». L'une des causes fréquentes de responsabilité plurale réside dans l'assurance contre les dommages. Or la loi n'a pas encore décidé d'une façon précise si, lorsqu'une assurance contre les dommages entre en concours avec une autre responsabilité contractuelle, c'est l'assureur ou le tiers débiteur qui doit supporter la charge définitive. La solution de ce problème, déjà délicat en soi, est encore compliquée par la dualité des sources législatives: d'une part l'article 72 de la loi sur le contrat d'assurance, considéré en lui-même, interprété a contrario, exclut tout recours de l'assureur contre le tiers responsable en vertu d'un contrat; d'autre part, l'article 51 du Code des obligations laisse au juge un très large pouvoir d'appréciation. La jurisprudence est divisée. Dans un premier arrêt, qui remonte à 1929, le Tribunal fédéral a refusé le recours à l'assureur contre le débiteur de l'obligation. Mais un arrêt plus récent, sans renverser cette jurisprudence, paraît plus hésitant. M. Yung démontre que la question est régie par l'article 51 C.O., en vertu duquel c'est le juge qui apprécie si l'assureur a un recours et qui détermine le cas échéant l'étendue de ce recours. Puis, sur la base d'un examen particulièrement pénétrant des raisons qui militent dans un sens ou dans l'autre, il se prononce pour le refus du recours à l'assureur. Toutefois des tempéraments doivent être apportés à cette règle, soit en cas de faute grave du tiers, soit à raison de circonstances exceptionnelles.

Nous regrettons de ne pouvoir, dans le cadre de ce compte-rendu, suivre la démonstration de M. Yung, dont la contribution, par l'ampleur de sa documentation, par la rigueur et la sûreté de sa méthode, par la finesse de l'analyse, est celle d'un grand maître du droit civil.

Prof. Pierre Cavin, Lausanne

Festgabe des Luzernischen Anwaltsverbandes zum Schweizerischen Anwaltstag, 9./10. Mai 1953 in Luzern. Luzern 1953. (Selbstverlag des Luzern. Anwaltsverbandes.) 159 S. Fr. 12.50

Das Ziel dieser ansprechenden Festgabe ist — wie dem Vorwort des Präsidenten des Luzernischen Anwaltsverbandes, Hans Fischer, zu entnehmen ist — nicht die Erfüllung eines literarischen Geltungsdranges der Luzerner Anwälte, sondern «unseren Kollegen eine bescheidene Freude zu bereiten».

Dieses Ziel (und mehr!) erreicht in hohem Ausmaß gerade der erste der sechs Beiträge: Kuno Müllers «Ein Herrengeschlecht

im alten Freistaat Obwalden». Nicht nur der Jurist, sondern jeder historisch und politisch Interessierte verfolgt mit innerer Anteilnahme die Darstellung des Freistaates Obwalden, wo in den Zeiten der alten Eidgenossenschaft ein Ausgleich zwischen Volksherrschaft und aristokratischer Führung bestand, um den diese echte Demokratie mancher Staatsdenker beneiden könnte. Gerade in unserer alles nivellierenden Zeit wird man sich der Weisheit des Zustandes bewußt, welcher die Auswüchse der anderen in der alten Eidgenossenschaft gebräuchlichen Regierungsformen, der Monarchie (in den zugewandten Orten: der Fürst von Neuenburg, der Bischof von Basel, die Äbte von St. Gallen und Engelberg), des Patriziates (in Bern, Luzern, Solothurn und Freiburg), der Zunftverfassung (in Zürich, Basel und Schaffhausen) so erfolgreich vermied, ohne in die entgegengesetzte Utopie der klassenlosen Gesellschaft zu verfallen. Daß das Herrengeschlecht, an welchem gezeigt wird, wie eine Familie in den Kreis der aus überkommener Erfahrung immer wieder gewählten Regierenden aufsteigt und wie sie sich dieser Stellung zu erwehren hat, dasjenige des Niklaus von Flüe ist, steigert noch das Interesse. Ins eigentliche öffentliche Leben traten zwar erst die Söhne des Bruders Klaus, dann aber finden sich immer wieder die von Flüe, und zwar bis 1830. Die Unterbrüche auch in Zeiten, wo Träger des Namens zur Verfügung standen und andererseits der Umstand, daß Familien wie die Wirz bis in unsere Zeit die öffentlichen Ämter übernehmen, zeigen deutlich, daß es hier um echte Aristokratie geht: um die Herrschaft der Besten.

Mehr an den Spezialisten wendet sich der Artikel «Die berühmte Marke», mit welcher Alois Troller, selber einer der bekanntesten Spezialisten auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, die Reihe seiner markenrechtlichen Studien fortsetzt. Er weist der berühmten Marke zwei Funktionen zu: die normale markenrechtliche Individualisierungsfunktion gegenüber den Konkurrenzprodukten, den markentechnisch als gleichartige Waren bezeichneten Objekten, und die Fähigkeit, auch außerhalb dieses Konkurrenzgebietes ganz allgemein die Vorstellung einer besonderen Qualität zu erwecken. Dementsprechend kennzeichnet Troller die berühmte Marke (welche Bezeichnung er den Ausdrücken «allgemein bekannte Marke», «Weltmarke» und «Firmenmarke» vorzieht) als funktionell selbständigen Unternehmenswert und findet auch als Grundlage ihres Rechtsschutzes weder die persönlichkeitsrechtliche Basis noch den unlauteren Wettbewerb genügend, sondern sieht in der berühmten Marke ein selbständiges Rechtsgut.

«Fragen aus dem Gebiet der Willensvollstreckung» behandelt

in der sonst eher in der französischen Literatur verwendeten Form von numerierten Bemerkungen Arthur Jost. Namentlich das Beispiel einer Erbteilung wird dem praktischen Juristen oder sogar Laien willkommen sein.

«Dem Kenner des englischen Rechtes bietet diese Abhandlung nichts Neues», bemerkt Albert Riedweg einleitend zu seiner Abhandlung «Der Trust des anglosächsischen Rechtes im Vergleiche zu ähnlichen Instituten des schweizerischen Rechtes». Aber selbst wer sich als «Kenner» des englischen Rechtes zu bezeichnen wagt, wird mit Gewinn die präzise Zusammenfassung der komplizierten Lehre vom Trust nachlesen, welche Riedweg vermittelt. Auf die ausgezeichneten rechtsvergleichenden Bemerkungen, welche dieser Darstellung folgen, kann im Rahmen dieser Anzeige leider nicht näher eingetreten werden. Man wird sich zweifellos mehr und mehr mit dem Trust befassen müssen, namentlich im Zusammenhang mit dem sich ausbreitenden Treuhandwesen, für welches Riedweg mit Recht eine gesetzliche Regelung verlangt. Ein Hinweis auf den ganz anderen Begriff des Trusts in den amerikanischen Anti-Trust-Laws wäre vielleicht noch am Platz gewesen.

Darf Riedwegs Abhandlung allgemeines Interesse beanspruchen, so ist der nächste Beitrag, «Die Kostenverteilung im luzernischen Zivilprozeß» von Hans Moser, naturgemäß zunächst für den Luzerner Anwalt selber bestimmt, dann aber auch allgemein für jeden schweizerischen Advokaten, den seine Tätigkeit nach Luzern führt. Solange das Zivilprozeßrecht noch nicht vereinheitlicht ist, bietet sich aber auch eine willkommene Gelegenheit zu rechtsvergleichenden Studien.

Den typisch schweizerischen Charakter dieser Festgabe betont schließlich der letzte Beitrag von Ludwig Achermann, «Die Ehrenmitgliedschaft». Mit Betroffenheit wird man hier gewahr, wie dürftig rechtliches Fundament und Ausgestaltung der so ungemain populären Ehrenmitgliedschaft eines Vereins gewöhnlich sind. Achermann führt zwar Vereinsstatuten an, in welcher die Verleihung der Ehrenmitgliedschaft eher einer *Capitis deminutio* als einer Auszeichnung gleicht; im allgemeinen scheint es aber doch empfehlenswert, in den Statuten präzise Bestimmungen über die Ehrenmitglieder aufzunehmen, da eben die Ehrenmitgliedschaft vom Gesetz gar nicht erwähnt wird.

Es wäre, abschließend gesagt, schade, wenn diese Festgabe nur unter den Teilnehmern am Schweizerischen Anwaltstag 1953 Verbreitung fände, legt man sie doch nur ungern wieder aus der Hand.

PD Bernhard Staehelin, Basel

Krause, Hermann: Kaiserrecht und Rezeption. (Abhandlungen der Heidelberger Akademie der Wissenschaften, philosophisch-historische Klasse, Jahrgang 1952, 1. Abhandlung.) Heidelberg 1952 (Carl Winter, Universitätsverlag), 147 Seiten. Fr. 18.60.

Es gereicht dem Rezensenten zu großer Freude, dem Verfasser der vorliegenden Abhandlung wieder auf rechtsgeschichtlichem Gebiete zu begegnen. Hatte ich vor etwa fünfundzwanzig Jahren an seiner Erstlingsschrift «Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland» (Berlin 1930), die bis auf den heutigen Tag ihren wissenschaftlichen Wert behalten hat und noch von keiner späteren Publikation zu diesem Thema übertroffen wurde, die vielversprechende Qualität seiner Leistung hervorzuheben, so zeigt das neue Werk des reifen Gelehrten alle Vorzüge vollendeter Gelehrtenarbeit.

Die Frage nach Herkunft und Wesen des Kaiserrechts und der Fülle der Rechtsvorstellungen, die in diesem Begriffe ihren Niederschlag fanden, ist ein Zentralproblem der mittelalterlichen Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ihre Beantwortung öffnet den Zugang und liefert vielleicht den Hauptschlüssel zu dem großen Problemkreis der sogenannten Rezeption des römischen Rechts. In vorbildlicher Methode mit Umsicht und Gründlichkeit vorschreitend tastet Hermann Krause den räumlich und zeitlich weitgespannten Quellenkreis ab, um das Auftauchen einer Vorstellung von Kaiserrecht, von kaiserlicher Rechtsetzung und Rechtsgeltung zu ergründen. Bei jeder einzelnen Erwähnung des Kaiserrechts in der buntscheckigen Rechtsüberlieferung sucht er — meines Erachtens überall durchaus erfolgreich — den jeweils damit gemeinten Rechtsgedanken herauszuschälen. Nach begrifflichen und terminologischen Klärungen der lateinischen und deutschen Bezeichnungen des vom Kaiser ausgehenden oder auf ihn zurückgeführten Rechts und der Erörterung der zeitlichen Entstehung des Begriffes und der Vieldeutigkeit seines Inhalts wird das Aufkommen von Kaiserrecht in der Zeit der Hohenstaufen, der Gebrauch des Begriffes in der Reichskanzlei von Rudolf I. bis auf Friedrich III. und die konkrete Bedeutung von Kaiserrecht im allgemeinen Rechtsleben des 14. und 15. Jahrhunderts an allen Typen des überlieferten Quellenmaterials aufs gründlichste studiert. Die notwendiger- und erfreulicherweise ins Detail einzelner Rechtsurkunden und Rechtsfälle eindringenden Untersuchungen über Ursprung und Fortentwicklung der Vorstellungen vom Kaiserrecht führen zu dem Ergebnis, «daß der Begriff ein gleichsam aktiverer war, als man bisher im allgemeinen angenommen hat. Seine Grundlage vom ausgehenden 13. bis in die zweite Hälfte des 15. Jahrhunderts war nicht in erster Linie der Gedanke der Fort-

geltung des kaiserlich-römischen Rechts, sondern die sowohl in der Praxis wie von der Theorie vertretene Auffassung, daß der Kaiser Gesetzgeber sei. Der Kaiser wurde zur *lex animata in terris*. Die Vorstellung vom Kaiserrecht ist also mehr gegenwartsbezogen und weniger rein historische Reminiszenz» (S. 69f.). «So sehr das Kaisertum sich im späten Mittelalter innerlich wandelte, die hohenstaufische Erbschaft der Zuordnung des Rechts zum Kaiser hielt es fest, gleichgültig, welche praktischen Schlußfolgerungen man daraus zu ziehen jeweils willens oder in der Lage war» (S. 146). Erst seit dem 15. Jahrhundert schob sich unter der Devise des Kaiserrechts das römische Recht unaufhaltsam in den Vordergrund, wofür der Boden lange und langsam vorbereitet war. Seit dieser Zeit aber wohnt dem römischen Recht als Kaiserrecht eine andere Kraft als früher inne, als «man das verhältnismäßig Wenige und Verstreute, was vom *Corpus iuris* unter der Devise Kaiserrecht zur Wirksamkeit gelangte, gleichsam als eine Erweiterung der eigenen Rechtsordnung hinnahm». Jetzt kam eine Macht herauf, «die sich eines Tages nicht mehr als ein notdürftig eingefügter Teil, sondern als ein in sich ruhendes Ganzes erweisen würde mit dem Anspruch, das überlieferte alte Recht in den Hintergrund zu drängen». Nur Spuren einer Gegnerschaft gegen das so verstandene kaiserliche Recht lassen sich nachweisen. Das Bild ist keineswegs einheitlich. In direkter oder indirekter Auswirkung aber führt die Entwicklung überall zu dem, was der Verfasser treffend «die verdrängende Kraft des römischen Kaiserrechts» nennt. «Kaiserrecht war das Idol des gelehrten, mehr noch des halbgelehrten Juristen, es war eine auf Spiegel und Landfrieden zurückgehende Tradition des alten Praktikers, es war der Schrei des gemeinen Mannes nach Gerechtigkeit» (S. 147). So wurde Kaiserrecht schließlich der Ausdruck für das Recht schlechthin.

Ohne Bedenken darf Krauses Untersuchung über Kaiserrecht und Rezeption als eine hervorragende Leistung bezeichnet werden, die in gleichem Maße Gelehrtenfleiß, juristischen Scharfsinn und historisches Feingefühl verrät. Ihre Ergebnisse werden für die Rechts-, Verfassungs- und Rezeptionsgeschichte fruchtbar werden. Sie bildet einen Markstein in der Erforschung der juristischen Ideengeschichte. Prof. Guido Kisch, New York/Basel

Tuor, Peter, Prof.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 6. ergänzte Auflage. Zürich 1953 (Polygraphischer Verlag). 676 S., geb. Fr. 35.35.

Professor Tuor ist ein von Gott gesegneter Gelehrter. In einem schon vorgerückten Alter genießt er immer noch die beneidens-

werte Gabe einer jugendlichen Lebendigkeit, die er mit den zahlreichen Erfahrungen eines fruchtbaren Lebens in Einklang zu bringen weiß. Jetzt bietet er unserer Bewunderung die sechste Auflage seines berühmten Werkes. Die systematische Darstellung, deren Lob nicht mehr zu begründen ist, gibt uns alle Neuerungen der Gesetzgebung, der bewährten Lehre und der bundesgerichtlichen Judikatur. Wie vom ZGB selbst, können wir auch vom Bande aufrichtig sagen, daß er «den Eindruck von Leichtigkeit und Klarheit» erweckt. Daß aber dieser Eindruck hier kein «verführerischer» ist, werden auch die unzähligen Leser der früheren Auflagen bezeugen, die ein nahrhaftes Mark aus den Tuorschen Seiten gesogen haben. Ein Buch voller Weisheit liegt vor uns. Möge es bald ausverkauft sein! Dieser Wunsch wird von einem Fachgenossen gehegt, der einer Universität angehört, welche dem Verfasser vor sieben Jahren die Würde eines Dr. iur. h. c. verliehen hat.

Prof. Ch. Knapp, Neuchâtel

Rosenkranz, Max: «Der Doctorand». Examinatorium aus dem Schweizerischen Obligationenrecht, 1. Teil, Artikel 1—529, 4. Auflage. 80 S. Fr. 5.40.

Examinatorium aus dem Schweizerischen Strafgesetzbuch, allgemeiner Teil und Verfahrensvorschriften, 3. Auflage, Bern 1953 (Paul Haupt). 62 S. Fr. 5.—.

Man kann über den Wert kurzer Repetitorien in guten Treuen verschiedener Ansicht sein. Alles hängt davon ab, wie sie vom Studenten, für den sie ja wohl in erster Linie bestimmt sind, verwendet werden. Sie vermitteln naturgemäß keine die Tiefen der Probleme ausschöpfenden Kenntnisse. Als zusammenfassendes, in die Form prägnanter Fragen und Antworten gekleidetes Hilfsmittel sind die vorliegenden Bändchen sehr wohl imstande, dem durch die Fülle des Examenstoffes beschwerten und vielleicht auch verwirrten Studenten, der sich kurz vor der Prüfung über den Stand seiner Kenntnisse orientieren will, einen willkommenen Beistand zu gewähren. Sie ersetzen bis zu einem gewissen Grad einen treuen Freund, der geduldig den Kandidaten abfragt und ihm hilft, die Grundsätze der gesetzlichen Regelungen zu beherrschen: Wer ist Kommissär? Ist der Widerruf der Anweisung zulässig? Was gilt von der Probezeit beim Dienstvertrag? usw. Die Examinatorien von Dr. Max Rosenkranz, besonders das in 3. Auflage vorliegende Schweizerische Strafgesetzbuch und das in 4. Auflage erscheinende Schweizerische Obligationenrecht erfüllen diese Aufgabe sicherlich zuverlässig und gut. Der Autor versteht es, Fragen und Antworten einfach und prägnant zu fassen. Daß die gerade für die behandelten Gebiete besonders wichtige Judikatur fast ganz un-

berücksichtigt bleiben muß, hängt mit der Art dieses Lehrmittels zusammen, darf aber selbstverständlich vom Studenten nicht übersehen werden.

PD Frank Vischer, Basel

Hindermann, Walter E., und Gyga x, Eduard: Leitfaden für Geschäftsübertragungen. Verlag Organisator, Zürich, 1953, 284 Seiten. Geb. Fr. 19.25.

Der Verlag «Organisator» in Zürich macht es sich zur Aufgabe, vor allem den praktisch tätigen Kaufmann über ihn interessierende rechtliche und organisatorische Probleme aufzuklären. Seine Bücher wollen deshalb weniger wissenschaftliche Beiträge leisten, als möglichst schnell über ein bestimmtes Problem orientieren und daneben einfach und verständlich wirken.

Der vorliegende Band behandelt die Übertragung eines Geschäftes durch Verkauf, Erbfolge oder Umwandlung. In einem ersten Teil erörtert Dr. W. E. Hindermann die dabei in Erscheinung tretenden zivilrechtlichen Fragen. Seine Ausführungen sind im wesentlichen eine klare und einfache Zusammenfassung der gesetzlichen Bestimmungen. Sie sind für den Praktiker, weniger für den Juristen gedacht und befassen sich deshalb nicht mit Streitfragen.

Der steuerrechtliche Beitrag, der den zweiten Teil ausmacht, stammt von Dr. E. Gyga x. Der Autor geht sehr sorgfältig auf alle steuerrechtlichen Probleme ein, die sich bei einer Geschäftsübertragung stellen. Man spürt diesen Ausführungen an, daß sie von einem erfahrenen Steuerpraktiker stammen, der sich in der Materie sehr gut auskennt. Neben den eidgenössischen Gesetzesvorschriften hat der Verfasser eingehend die verschiedenen kantonalen Steuergesetze und die Praxis behandelt. Nützlich und wertvoll sind verschiedene Tabellen, welche die Steuersätze in den Kantonen einander gegenüberstellen.

Diesen zweiten Teil wird auch der Jurist gerne benutzen, da er ihm die Möglichkeit gibt, in Steuerfragen rasch und gründlich Bescheid zu erhalten, besonders in Fällen, in denen das Recht verschiedener Kantone hineinspielt.

Dr. Laurenz Zellweger, Basel

Lautner, Julius Georg: Die Instandstellungsvereinbarung und die Rechtsnatur der Instandstellungsentschädigung des Mieters. (Ein Beitrag zur Gestaltung des Wohnungsmietrechtes nach den Vertragsformularen.) Zürich 1953 (Polygraphischer Verlag). 116 Seiten. Fr. 14.60.

Das Wohnungsmietrecht ist heute in weitem Maß durch Vertragsformulare gestaltet. Es ist notwendig, die Frage nach dem

Bestand dieses von den Interessenverbänden entwickelten Formularrechtes gegenüber der gesetzlichen Ordnung des Mietrechtes und nach der rechtlichen Qualifikation der verschiedenen Vertragsnormen zu stellen. Praxis und Wissenschaft schulden dem Verfasser der sorgfältigen Untersuchung für seine große Arbeit Dank.

Das Hauptgewicht legt Lautner auf die Abklärung der rechtlichen Natur der Instandstellungsentschädigung, wie sie in § 15 des «paritätischen», zwischen Hausbesitzer und Mietverein vereinbarten Formulars geregelt ist. Danach hat der Mieter bei Umzug eine Entschädigung von 7% der Jahresmiete für Instandstellungsarbeiten zu bezahlen. Ist diese Forderung als ein dem Mietzins oder den Schadenersatzansprüchen ähnlicher Anspruch zu qualifizieren? Auf Grund einer das ganze Mietrecht erfassenden Untersuchung gelangt der Autor im Gegensatz zur Praxis des Bundesgerichtes (z.B. 63 II 368; 72 III 36) und in Bestätigung der baselstädtischen Praxis zum Ergebnis, daß die Instandstellungsentschädigung als eine «unmittelbar vertraglich zugesicherte Gegenleistung des Mieters für die Überlassung der Mietsache einen Teil der Leistung im Rahmen des Aequivalentverhältnisses des gegenseitigen Vertrags» (S. 83) darstellt. Die Kostentragungspflicht hänge eng mit der Gewährleistungspflicht des Vermieters wegen Sachmängel zusammen. Diese Qualifikation hat sehr weitreichende Folgen; beispielsweise seien genannt: infolge des Mietzinscharakters besteht das Retentionsrecht. Der Mieter kann das Fälligwerden der Leistung bei Vertragsende nicht durch vollkommen vertragstreues Handeln abwenden; er hat den Betrag auch dann zu erlegen, wenn der Vermieter die ortsübliche Instandstellung mit einem geringeren Aufwand zu bestreiten vermag.

Die Arbeit füllt ohne Zweifel eine Lücke in der nicht sehr reichen grundsätzlichen Literatur über das an sozialer Bedeutung an vorderer Stelle stehende Mietrecht. Sie führt den aufmerksamen Leser von der Betrachtung der speziellen Fragen zu grundsätzlichen Überlegungen über die Bedeutung des von den Verbänden entwickelten Formularrechtes für die Gestaltung der Vertragsverhältnisse.

PD Frank Vischer, Basel

Gautschi, Georg Dr.: Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz. (Allgemeines Auftrags- und Geschäftsführungsrecht. Der einfache Auftrag. Tathandlungs- und Rechtshandlungsauftrag. Vollmachts-, fiduziarischer und Anweisungsauftrag.) Zürich (Polygraphischer Verlag) 1953. 298 S. In Leinwand gebunden Fr. 29.10.

«Das vorliegende Buch ist von einem Praktiker für die Praxis verfaßt. Es versucht, geltendes Recht zu analysieren und einen bestehenden Rechtszustand wiederzugeben. Die Einordnung der Rechtsbegriffe in ein System ist ebenso notwendig wie die Kasuistik und die monographische Bearbeitung von Einzelfragen.» Schon diese einleitenden Worte lassen aufhorchen; wird aber im weiteren als Aufgabe des Buches geradezu «der Aufbau eines Systems», «die Gewinnung der Auftragsstruktur» bezeichnet und als heutiges Anwendungsgebiet des Auftrages «beinahe jede selbständige unkörperliche Arbeitsleistung in fremdem Interesse» umschrieben, so muß sich nicht nur der Praktiker, sondern vor allem auch der wissenschaftlich Interessierte mit Begierde in ein Buch vertiefen, das aus der Fülle einer langjährigen Praxis (der Verfasser ist Rechtsanwalt in Zürich) derart grundlegende Erkenntnisse zu gewinnen sucht. Man wird denn auch in Zukunft, wo immer es um Fragen des Auftragsrechts geht, Gautschi heranziehen, und zwar mit großem Gewinn, erinnert dieses Werk doch in Aufbau (welcher in den dem Titel beigefügten Stichworten nur unvollständig angedeutet wird) und Ausstattung (mit einem alphabetischen Sachregister und einem Register der ausgiebig herangezogenen Bundesgerichtspraxis) stark an Oftingers unentbehrlich gewordenen Haftpflichtrecht.

«Eine Stellungnahme zu Kontroversen, denen nur akademische Bedeutung zukommt, ist unterblieben», heißt es weiter im Vorwort. Gautschi verzichtet dementsprechend weitgehend auf Heranziehung des monographischen Schrifttums; dafür finden sich zahlreiche Verweise auf Pandektenstellen und moderne ausländische Rechte. Übrigens ist es Gautschi gelungen, ohne die dem Fluß der Darstellung oft hinderlichen Fußnoten auszukommen. Die Zielsetzung des Werkes bringt es nun aber notwendigerweise mit sich, daß eben doch immer wieder zu Kontroversen Stellung genommen wird, wo eine Auseinandersetzung mit dem Schrifttum erwünscht wäre; denn es geht hier um grundlegende Probleme und Gautschis Bemerkungen dazu werden auf großen Widerhall stoßen. So wagt sich Gautschi gerade bei der im Mittelpunkt der Betrachtung stehenden Auftragsausführung weit hinaus auf das gefährlich dünne Eis der Causa-Lehre, und bei Sätzen wie «Vollmacht, Vertretungsmacht, ist Erlaubnis zum Gebrauch fremder Handlungsfähigkeit. Sie ist eine einseitige, abstrakte Willensäußerung, d.h. sie ist unabhängig von einem gültigen Rechtsgrund» (S. 97) oder «Auch die fiduziarische Verpflichtung ist abstrakt, sie besteht unabhängig von einem gültigen Rechtsgrund, obschon sie zumeist im Rahmen eines Arbeitsvertrages abgeschlossen wird» (S. 98) wird sich zweifellos weitherum ein Kni-

stern vernehmen lassen, dem nicht nur akademische Bedeutung zukommt!

Wenn wir nun hier mit der Kritik einsetzen, so geschieht das lediglich in der Absicht, zu zeigen, wie Gautschis Buch Anregung zur Diskussion fundamentaler Fragen unseres Obligationenrechtes bietet. Eine abschließende Stellungnahme kann im Rahmen dieser Anzeige keineswegs geliefert werden; auch ist das hier angestönte Problem nicht das einzige unter den von Gautschi behandelten, wenn auch — vom systematischen Standpunkt aus betrachtet — vielleicht das wichtigste.

Als unentbehrliche Mittel zur Ausführung von Rechtshandlungsaufträgen bezeichnet Gautschi (S.100) nämlich Vollmacht und Fiducia und unterscheidet demgemäß grundsätzlich zwischen dem Vollmachtsauftrag und dem fiduziarischen Auftrag (deren Kombination sich im Anweisungsauftrag findet). «Handeln mit Vollmacht ist erlaubter Gebrauch fremder Handlungsfähigkeit im fremden Namen und fremden Interesse, fiduziarisches Handeln ist Gebrauch der eigenen Handlungsfähigkeit, Handeln im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung und in fremdem Interesse... Handeln in direkter Stellvertretung beruht regelmäßig auf einem Vollmachtsauftrag (ABGB 1002, CC 1984), Handeln in indirekter Stellvertretung auf einem fiduziarischen Auftrag. Art. 401 OR.» (S.98). Nun gehen bekanntlich bei der indirekten Stellvertretung nach Art. 32 III OR die vom Vertreter Dritten gegenüber erworbenen Rechte und eingegangenen Pflichten nicht direkt auf den Vertretenen über, sondern es bedarf der Zession und der Schuldübernahme hiezu. Beim Auftrag statuiert Art. 401 OR davon eine Ausnahme: die Rechte gehen auf den Auftraggeber über, sobald er seine Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis dem Beauftragten gegenüber erfüllt hat. Der Auftraggeber hat in gleicher Weise ein Aussonderungsrecht für bewegliche Sachen im Konkurs des Beauftragten (401 III). Daß nun Art. 401 OR nicht nur beim Auftrag, sondern auf die indirekte Stellvertretung im allgemeinen anzuwenden ist, wird von Gautschi nicht als erstem vertreten. Gautschi wendet Art. 401 aber in einer anderen Weise neu an: er bezieht ihn nicht nur auf Sachen und Rechte, welche der Beauftragte im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers von Dritten erworben hat, sondern auch auf Sachen und Rechte, die dem Beauftragten vom Auftraggeber selber anvertraut wurden (S. 209). Normalerweise, d. h. wenn man nicht mit Gautschi (s. u.) die Fiducia als Auftrag betrachtet, wird der Fall allerdings selten sein, daß eine volle Rechtsübertragung vom Auftraggeber an den Beauftragten stattfindet und die Aussonderungsansprüche des Auftraggebers werden deshalb kaum auf

Schwierigkeiten stoßen; nimmt man aber einmal an, daß im Rahmen des Auftrages das Eigentum an Mobilien auf den Beauftragten übertragen wird, so gibt Gautschis Begründung für das Aussonderungsrecht des Auftraggebers aus Art. 401 III OR systematisch zu schweren Bedenken Anlaß. Es geht nun doch wohl nicht an, die Regeln der Stellvertretung, welche schließlich alle auf die Herstellung direkter Rechtsbeziehungen zwischen dem Vertretenen und dem Dritten, unter Ausscheidung der Mittelsperson, des Vertreters, abzielen, einfach auch dann anzuwenden, wenn gar kein Dritter vorhanden ist: der Auftraggeber kann nicht Vertreter und Dritter zugleich sein, und wenn er dem Beauftragten Rechte oder Sachen anvertraut hat, so kann er sie von ihm nicht deshalb zurückverlangen, weil der Beauftragte sie «im eigenen Namen, aber auf Rechnung des Auftraggebers» erhalten hat!

Praktische Konsequenzen hat diese Ausweitung des Aussonderungsrechtes des Auftraggebers auf von ihm selber dem Beauftragten übertragene Rechte und Sachen für Gautschi (wie bereits erwähnt) im hohen Maße deshalb, weil er in der Fiducia, im Treuhandgeschäft, immer einen Auftrag sieht: den fiduziari-schen Auftrag. «Auftrag oder ein auftragsanaloger Rechtsgrund für alle fiduziarischen Rechtsübertragungen einschließlich der Sicherungsübertragung muß angenommen werden, weil dem Fiduziar der Anspruch auf Ersatz von Verwendungen oder Entlastung von Verpflichtungen, die er zur Erhaltung des Treugutes gemacht bzw. übernommen hat, nicht versagt werden kann, auch wenn er nicht ausdrücklich stipuliert ist... Der Ersatz- und Entlastungsanspruch unter den Vertragsparteien kann nur auftragsrechtlich sein. Kommen daher auch bei der Sicherungsübertragung für die Restitution 400 OR, für die Entlastung 402 OR, überhaupt die auftragsrechtlichen Vorschriften zur Anwendung, so ist nicht einzusehen, warum ausgerechnet 401 OR nicht zur Anwendung kommen sollte.» (S. 119). Mit anderen Worten: im Konkurs des Fiduziars hat der Fiduziant einen Aussonderungsanspruch auf das Treugut und nicht nur eine Schadenersatzforderung wegen Verletzung der allfälligen Rückübertragungspflicht. Damit behauptet aber Gautschi, daß das Treugut nicht voll im Eigentum des Fiduziars steht, belastet lediglich mit der obligatorischen Verpflichtung zur Verfügung nur in einem vorgeschriebenen Sinn und zur allfälligen Rückübertragung auf den Fiduzianten, sondern daß der Fiduziar das Eigentum am Treugut «im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung» innehat, weshalb der Fiduziant auch dringliche Ansprüche gegen ihn hat. Dies ist meines Erachtens nichts anderes als eine Aufteilung des Eigentums am Treugut in

der Weise, daß der Fiduziar, der «stellvertretende Eigentümer» gegen außen («im eigenen Namen»), Dritten gegenüber Eigentümer ist, während der Fiduziant im Geheimen (im Innenverhältnis) Eigentümer bleibt, da ja die Ausübung der Rechte und Pflichten «auf seine Rechnung» geht.

Ist das nun das Wesen der Fiducia und ist die Fiducia tatsächlich einfach ein Auftrag? «Das Wesen des fiduziarischen Rechtsgeschäftes liegt darin, daß der eine Vertragspartner (der Fiduziant) dem anderen (dem Fiduziar) eine Rechtsstellung einräumt, die ihn Dritten gegenüber zum unbeschränkten Inhaber eines Rechtes macht, während er dem Fiduzianten gegenüber vertraglich verpflichtet ist, das übertragene Recht nicht oder nur teilweise auszuüben oder es unter bestimmten Voraussetzungen wieder zurückzuübertragen. Das fiduziarische Geschäft setzt sich somit notwendigerweise aus zwei Verträgen zusammen, nämlich aus der nach außen allein in Erscheinung tretenden vollen Rechtsübertragung und der für das Innenverhältnis getroffenen Verfügungsbeschränkung»: BGE 71 II 99 Nr. 23 (Wärtli c. Wärtli). Die für das Innenverhältnis getroffene Verfügungsbeschränkung hat als die eigentliche Treuhandklausel, das *pactum fiduciae*, zu gelten; bekanntlich betrachtet das BGer. z. B. einen Kaufvertrag mit dieser Treuhandklausel eben als gültigen «fiduziarischen Kaufvertrag», während etwa W. Yung (in den *Mélanges Sauser-Hall*) annimmt, meistens sei der Kaufvertrag tatsächlich simuliert und ungültig, während das dissimulierte und gültige Geschäft ein Vertrag *sui generis*, eben ein Treuhandvertrag sei. Wenn nun Gautschi vom «fiduziarischen Auftrag» redet, so wäre zunächst anzunehmen, daß es sich hier im Sinne des BGer. um einen Auftrag mit der Treuhandklausel handelt, d. h. um eine gegen außen im Rahmen eines Auftrages erfolgte Übertragung von Rechten des Auftraggebers an den Beauftragten, mit einer im Innenverhältnis getroffenen Verfügungsbeschränkung. Gautschi schließt sich aber im Gegenteil der Meinung Yungs an (S. 114), nur betrachtet er das dissimulierte Geschäft des oben erwähnten «fiduziarischen Kaufvertrages» nicht als Vertrag *sui generis*, als Treuhandvertrag, sondern als Auftrag; die verwirrende Bezeichnung «fiduziarisch» unterscheidet nur diesen Auftrag mit indirekter Stellvertretung vom Vollmachtauftrag (mit direkter Stellvertretung). Fiducia, «im weitesten Sinne eine Verpflichtung, die eigene Handlungsfähigkeit subjektiv im Interesse eines anderen und objektiv nur für einen bestimmten Zweck zu gebrauchen», ist für Gautschi nämlich «nicht Kontrakt für sich selbst, der einen eigenen Rechtsgrund bilden könnte, wie etwa der Kauf oder die Schenkung. Vielmehr ist sie eine Verpflichtung, die einen Bestandteil von Rechts-

verhältnissen, Verträgen, aber auch dinglichen Rechtsverhältnissen, bildet.» Im weitesten Sinn ist die Fiducia, resp. die Fiduziarklausel, einfach ein Veruntreuungsverbot. In diesem Sinn sind alle Rechtsverhältnisse, wo die Möglichkeit zu ungetreuem Handeln, namentlich Veruntreuung von anvertrauten Sachen und Rechten besteht, «fiduziarisch»! Beim eigentlichen fiduziarischen Auftrag handelt es sich aber um die Fiduziarklausel im engeren Sinn: Gautschi versteht darunter (S.109) «die Treuepflicht von besonderer Intensität, die denjenigen trifft, der im eigenen Namen, aber in fremdem Interesse Rechtsverhandlungen ausführt», der fiduziarische Auftrag Gautschis ist somit ganz einfach der Auftrag mit indirekter Stellvertretung.

Uns scheint, daß Gautschi hier mit dem Begriff der Treuhand und der Treuhandsklausel ein gewagtes Spiel treibt, braucht er doch die Bezeichnung «fiduziarisch» gleichermaßen für eine Rechtsübertragung mit dem vom BGer. beschriebenen Außen- und Innenverhältnis wie für jede Rechtshandlung in indirekter Stellvertretung. Deswegen kann er Yung dahin zustimmen, daß der «fiduziarische Kaufvertrag» ein simulierter Kaufvertrag mit einem dissimulierten wirklich beabsichtigten anderen Vertrag sei, und dann diesen anderen Vertrag als «fiduziarischen Auftrag» identifizieren. Umgekehrt kann er dann wie dargelegt aus der Stellvertretungslehre Regeln für das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem ziehen und diese für den Auftrag mit indirekter Stellvertretung gewonnenen Regeln allgemein auf das Verhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar (im Sinne des Bundesgerichts) anwenden. Natürlich kann man die Treuepflicht, namentlich das Veruntreuungsverbot bezüglich anvertrauter Sachen als Fiducia bezeichnen, aber damit wird die Kennzeichnung eines Geschäftes als fiduziarisches Geschäft sinnlos und es muß für die Besonderheit der vollen Rechtsübertragung im Außenverhältnis mit einer internen obligatorischen Verfügungsbeschränkung ein neuer Name erfunden werden, denn es geht nicht an, daß die Hinterlegung und die Sicherungsübereignung mit dem gemeinsamen Namen «fiduziarische Zuwendung» bedacht werden, wenn bei der einen das Eigentum übertragen wird und bei der anderen nicht. Übrigens scheint es auch widersinnig, wenn Gautschi (S.114) die Sicherung als Übertragungscausa der Sicherungsübereignung ablehnt und dafür den «fiduziarischen» Auftrag als Eigentumsübertragungsgrund anerkennen will: wenn die Sicherung nur einen vertraglichen Zweck, nicht aber einen vertraglichen Eigentumserwerbsgrund bildet, so bildet die besonders intensive Treuepflicht, welche den «fiduziarischen» Auftrag auszeichnet, ebenfalls keinen vertraglichen Eigentumserwerbsgrund, sondern eine spe-

zielle Folge der bereits zustandegekommenen Eigentumsübertragung.

Wenn anhand dieser paar Erwägungen ein vorläufiges Resultat bezüglich des Verhältnisses von Auftrag und fiduziarischem Geschäft erreicht werden soll, so kann nur mit aller Vorsicht gesagt werden: abgesehen von Grundstücken, bei welchen die öffentliche Beurkundung des Erwerbsgrundes eine Sonderbehandlung erfordert, mag es im Allgemeinen auf das Gleiche herauskommen, ob man mit dem BGer. das gegen außen abgeschlossene Geschäft (offene Treuhandgeschäfte sind selten) als gültig ansieht und unter den Parteien die nur mit obligatorischer Wirkung ausgestattete Treuhandklausel anwendet, oder ob man das nach Außen in Erscheinung tretende Geschäft als simuliert ansieht und als allein gültiges, dissimuliertes Geschäft einen besonderen Treuhandvertrag annimmt, da eben immer namentlich das Eigentum voll auf den Fiduziar übergeht und dem Fiduzianten nur obligatorische Rechte verbleiben. Man mag auch Gautschi noch zustimmen, wenn er die in der Fiduziarklausel oft enthaltene Verfügungsbeschränkung, d. h. die (obligatorische) Verpflichtung des Fiduziars, über das Treugut nur in bestimmter Weise zu verfügen, als auftragsanaloge Verpflichtung des Fiduziars ansprechen will. Deswegen ist aber der Treuhandvertrag nicht einfach ein Auftrag, denn mit dem Abschluß des Treuhandvertrages verpflichtet sich der Fiduziant zur vollen Übertragung der Rechte am Treugut auf den Fiduziar, während der Auftraggeber sich normalerweise mit dem Abschluß eines Auftrages nicht verpflichtet, dem Beauftragten ein Recht, namentlich das Eigentum, zu übertragen. Die Ansprüche des Beauftragten erschöpfen sich im Recht auf Vergütung, auf Ersatz der Auslagen und Verwendungen, und Ersatz des aus dem Auftrage erwachsenen Schadens, im Auftrag mit indirekter Stellvertretung noch auf Befreiung von eingegangenen Verpflichtungen. Wenn der Auftraggeber dem Beauftragten bewegliche Sachen anvertraut, so wird dabei regelmäßig auch unter den Parteien das Eigentum nicht übertragen, ob das nun Dritten erkennbar ist oder nicht. Wenn aber ausnahmsweise der Beauftragte tatsächlich das Eigentum an den ihm vom Auftraggeber anvertrauten Sachen erwirbt, so kann nicht aus dem mit der Stellvertretungslehre verbundenen Art. 401 OR ein entsprechendes Aussonderungsrecht des Auftraggebers an diesen Sachen hergeleitet werden. Dem Auftraggeber verbleiben in diesem Falle nur obligatorische und keine dinglichen Ansprüche. Dasselbe gilt nun allerdings auch vom Fiduzianten im Konkurs des Fiduziars. Daraus ergibt sich aber dennoch nicht, daß die Fiducia schlechthin ein Auftrag ist; wenn Gautschi den Art. 401 OR in seinem —

meines Erachtens unrichtigen — Sinn auslegt und entsprechend auch dem Fiduzianten ein Aussonderungsrecht im Konkurs des Fiduziars gewährt, so ist dies kein Beweis für die Identität von Auftrag und Treuhandvertrag, sondern bereits eine Folgerung aus dieser angeblichen Identität.

Wenn wir mit den vorstehenden Ausführungen den Rahmen einer reinen Besprechung bereits gesprengt haben, so mag das als Beispiel dienen dafür, wie Gautschi in seinem Buche eine Fülle von Anregungen und hochinteressanten Erwägungen vermittelt, welche immer wieder zur Diskussion der Grundlagen unseres Obligationen- und Sachenrechtes führt. Unsere Besprechung, welche das Buch Gautschis keineswegs auch nur einigermaßen erschöpfend behandeln konnte, stellt lediglich einen ersten Beitrag zu dieser Diskussion dar, welche nicht so bald wieder verstummen dürfte.

PD Bernhard Staehelin, Basel

von Waldkirch, Beatrice: Die Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht. (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, NF Heft 303.) Bern (Stämpfli & Cie.) 1953. 84 S. Fr. 5.20.

Die Fülle von Problemen, die sich an die Sonderfrage der Handlungsfähigkeit der Aktiengesellschaft knüpfen, sind von der Verfasserin sachlich zutreffend und sprachlich klar in wohlthuender Kürze aufgezeigt und gelöst worden.

Die Verfasserin geht aus vom Begriff und von den Voraussetzungen der Handlungsfähigkeit im allgemeinen und skizziert in der Folge die spezifisch aktienrechtlichen Gesichtspunkte, die eine Sonderuntersuchung rechtfertigen. Dabei erweist es sich als notwendig, zunächst den Begriff «Organ» zu erläutern. Denn nicht alle Handlungen der Organe sind auch Handlungen der Gesellschaft; vielmehr muß unterschieden werden zwischen Handlungen im Rahmen der Organkompetenz und solchen im Bereich der persönlichen Interessensphäre.

Die Handlungsfähigkeit der AG beginnt mit dem Eintrag ins Handelsregister. Die Handlungen der Gründer, die sich, falls sie im Namen der Gesellschaft auftreten, zu Unrecht als deren Organe ausgeben, zeitigen für die AG keine Wirkungen rechtlicher Art. Erfolgt der Eintrag ins Handelsregister trotz mangelnder Voraussetzungen, so erwirbt die Gesellschaft die Rechtspersönlichkeit (und damit die Handlungsfähigkeit) ungeachtet der Mängel, sofern diese nicht absolut unentbehrliche Voraussetzungen betreffen. — Die Beendigung der Handlungsfähigkeit der AG erfolgt durch die Löschung im Handelsregister oder dadurch, daß die Organe «wegfallen». Bekanntlich verliert die AG ihre Hand-

lungsfähigkeit nicht schon mit der Umgestaltung zur Einmann-AG. Denn sie weist weiterhin alle Organe auf, selbst wenn bei dieser Struktur alle Kompetenzen in einer einzigen Person vereinigt sind. Fällt jedoch auch das letzte Glied der AG weg, so bleibt sie wohl noch formell bestehen, «jedoch fehlt ihr die Möglichkeit, sich in irgendeiner Weise zu betätigen» (S. 23). Verzichten in einem solchen Falle die Gläubiger auf die Auflösung und Löschung, so sieht das Gesetz das Institut der Beistandschaft vor, damit das Vermögen trotz der Verwaisung und Lähmung der Gesellschaft weiterhin betreut werden könne. Die Bestellung der Beistandschaft erfolgt nach dem gleichen Verfahren, wie es für die Bestellung eines Vormundes gilt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob einer Gesellschaft die Beistandschaft auch dann gewährt werden solle, wenn sie zwar formell nicht alle Organe verloren hat, tatsächlich aber — etwa aus politischen Gründen — handlungsfähig wird. Die Verfasserin schließt sich der herrschenden Meinung an, wonach Art. 393 Ziff. 4 ZGB extensiv auszulegen und daher die Beistandschaft anzuordnen ist. Dieser Auffassung muß — angesichts der schwerwiegenden wirtschaftlichen Folgen, die eine tatsächliche Lahmlegung nach sich ziehen würde — zugestimmt werden.

Der Zusammenhang zwischen Verantwortlichkeit und Handlungsfähigkeit der AG ergibt sich aus der Möglichkeit, rechtswirksam zu handeln, denn damit verbunden ist die Pflicht der AG, für ihre Handlungen voll einzustehen. Es wird daher — abgesehen von den Tatbeständen der Kausalhaftung — die Frage aufgeworfen, ob eine AG überhaupt schuldhaft handeln könne. Für die Beurteilung der zivilrechtlichen Haftungsverhältnisse kann die Frage offen bleiben: Die Gesellschaft haftet ja für die Delikte ihrer Organe *ex lege* (Art. 55 ZGB). Das Strafrecht fußt jedoch auf dem Grundsatz der Schuldhaftung, so daß eine strafrechtliche Deliktsfähigkeit der AG außer Frage steht. Indessen gilt im Verwaltungsrecht — wohl aus Zweckmäßigkeitsgründen — das Prinzip der Schuldpräsumption, wonach die AG den Beweis, daß sie schuldlos ist, selbst zu erbringen hat! Vollends unübersichtlich werden die Verhältnisse jedoch im Steuerrecht, wo die Haftungspflicht von den verschiedenen Steuergesetzen unterschiedlich festgelegt wird.

Die Handlungsfähigkeit der AG ist vielfachen Beschränkungen unterworfen. In erster Linie ist es das Selbstbestimmungsrecht der Gesellschaft, das den Umfang der Handlungsfähigkeit durch Statuten, Reglemente und Beschlüsse begrenzt. Die Verfasserin scheint die tatsächliche Bedeutung der Reglemente in diesem Zusammenhang zu unterschätzen. In der Praxis

finden sich gerade die individuellen Abgrenzungen der Handlungsfähigkeit (Kompetenzabgrenzung der Organe!) vielfach in den Reglementen. Neben der Beschränkung durch Selbstbestimmung, namentlich durch die Festlegung des Gesellschaftszweckes, nennt die Verfasserin zu Recht die Beschränkungsmöglichkeiten durch den Richter: Auflösung der Gesellschaft, Anordnung zur Einberufung der GV, Einfluß auf die Willensbildung bei Anfechtung von GV-Beschlüssen usw. Auch Verfügungen des Handelsregisteramtes können sich als Eingriffe in die Handlungsfähigkeit der AG erweisen. Von besonderem Interesse sind die Ausführungen der Verfasserin über die Beschränkung der Handlungsfähigkeit in tatsächlicher Hinsicht (S. 64 ff.). Die Frage, ob überhaupt — und gegebenenfalls in welchem Umfange — die Handlungsfähigkeit einer Tochtergesellschaft, einer Familien-AG oder einer Einmann-AG beschränkt werde, würde eine vertiefte Untersuchung rechtfertigen.

Prof. W. F. Bürgi, St. Gallen

Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift, Revue Suisse d'Assurances, XXI. Jahrgang, Jubiläumsnummer. Bern 1953 (Herbert Lang & Cie.). 76 S. Fr. 5.—.

Dieses Fachorgan der schweizerischen Privatversicherung, dessen Redaktion in den Händen von Prof. W. Koenig (Bern), Prof. Chr. Gasser (St. Gallen) und Dr. H. R. Suter (St. Gallen) liegt, feiert sein 20jähriges Bestehen. Es eröffnet den 21. Jahrgang mit einer 75 Seiten starken Jubiläumsnummer, die der Entwicklung der schweizerischen Assekuranz in den letzten 20 Jahren gewidmet ist. Der Direktor des Eidg. Versicherungsamtes bietet einen Gesamtüberblick, während sieben Direktoren führender Unternehmungen über die einzelnen Versicherungszweige berichten. Diese Orientierung «aus erster Hand» (bei der man einzig bedauert, daß an ihr keine Autoren französischer oder italienischer Zunge mitgewirkt haben) vermittelt ein abgerundetes, durch statistische Angaben ergänztes Bild über eine Periode, die den Versicherungsgesellschaften in den Krisen- und Kriegsjahren ungeahnte Schwierigkeiten gebracht hat, aber auch einen beispiellosen Aufschwung, namentlich in den Nachkriegsjahren: sind doch die jährlichen Bruttoprämien im Schweizer Geschäft seit 1930 von 292 auf 836 Millionen Franken gestiegen. Die Jubiläumsnummer bildet einen wertvollen Beitrag zur jüngsten schweizerischen Wirtschaftsgeschichte, der auch für den Juristen aufschlußreich ist.

Prof. P. Jäggi, Freiburg

Angeloni, Vittorio: Imprese e società. Corso di diritto commerciale, Volume I (297 S.). Scientia Italica, Roma 1952. Fr. 13.25.

Bekanntlich hat Italien, dem Beispiel der Schweiz folgend, bei der Revision der Gesetzgebung vor dem 2. Weltkrieg die Trennung von Zivilrecht im engeren Sinn und Handelsrecht aufgehoben. Die Nachkriegsgesetze der Republik haben den *Codice civile* vom 21. April 1942 nur soweit aufgehoben, als darin einzelne Bestimmungen als ausgesprochen faschistisches Gedankengut zu gelten hatten, wie ja auch namentlich die *Carta di Lavoro* beseitigt wurde. Das Handelsrecht blieb aber integrierender Teil des Zivilrechts. Wenn trotzdem die früher im *Codice di Commercio* geregelte Materie weiterhin unter der Bezeichnung *Diritto commerciale* zusammengefaßt und als solches wie im vorliegenden *Corso* von Vittorio Angeloni, Advokat und ordentlicher Professor für Handelsrecht an der Universität Rom, gelehrt wird, dann geschieht dies unter ausdrücklicher Betonung der nurmehr didaktischen, nicht aber legislativen oder wissenschaftlichen Autonomie des Handelsrechtes. Vorausgesetzt wird namentlich natürlich Vertrautheit mit den Regeln über die Obligationen und Verträge im allgemeinen.

Der erste Band von Angelonis *Corso* umfaßt die *Imprese* (Unternehmen) und die *Società* (Gesellschaften). Der unserem Recht fremde Begriff der *Impresa* umfaßt jede berufsmäßige Ausübung einer organisierten wirtschaftlichen Tätigkeit mit dem Ziel von Produktion oder Austausch von Gütern oder Diensten, wobei «*Imprenditore*» das Subjekt (Unternehmer), «*Azienda*» das Geschäftsvermögen und «*Ditta*» den Namen darstellt, unter welchem das Unternehmen betrieben wird, also die Firma. Entsprechend finden sich Kapitel über die *Imprese* im allgemeinen, die *Imprese commerciali* im besonderen, über die *Azienda*, die Übertragung der *Azienda*, über die Unterscheidungszeichen der *Imprese* (*Ditta*, Marken und Warenzeichen), Urheberrechte und schließlich über das Wettbewerbsrecht und die «*Consorti per il coordinamento della produzione e degli scambi*» (Konsortien und Kartelle).

Der zweite, kleinere Teil befaßt sich mit den Gesellschaften, vornehmlich mit der einfachen Gesellschaft.

Das handliche Büchlein ist flüssig geschrieben. Zum ausführlichen Inhaltsverzeichnis wäre vielleicht als Erleichterung des Nachschlagens noch ein alphabetisches Sachregister erwünscht.

PD Bernhard Staehelin, Basel

Ascarelli, Tullio: Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione. Milano 1952 (Dott. A. Giuffrè). LIII e 335 p. Fr. 13.25.

L'Autore, recentemente chiamato alla cattedra romana di diritto commerciale, raccoglie in questo volume una serie notevole

di scritti, la cui prima comparsa spazia fra il 1925 e il 1951. Gli studi sono riprodotti senza modifiche sostanziali e quindi il lettore ripercorre un itinerario scientifico quanto mai avvincente, sul quale anche le vicende esteriori hanno inciso un segno non cancellabile.

Una densa prefazione di oltre cinquanta pagine puntualizza la posizione odierna attorno ai due problemi oggetto d'esame: la natura e la funzione del diritto comparato o, meglio, del «metodo comparativo nello studio del diritto» (p. L); il problema dell'interpretazione giuridica. Problemi poi che vengono a riassumersi in uno solo, per quella primordiale funzione dello studio comparativistico «di aiutarci a comprendere noi stessi nel mondo» (p. LI); di ricostruzione del «linguaggio giuridico internazionale che a suo tempo, venne costituito dal diritto romano comune, e, nel suo ambito, dal diritto commerciale internazionale» (p. 101). E sappiamo che proprio in una compiuta formulazione del «linguaggio ideale» sta il presupposto primo dell'attività interpretativa. (Pur respingendo l'opinione di chi, nel progressivo affinamento degli schemi formali, vede l'unica forma di sviluppo della scienza giuridica.)

Volendo dunque seguire cronologicamente l'A., si comincerà col leggere lo studio sul problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato, del 1925 (Arch. giur. vol. XCIV). La posizione qui raggiunta è quella di un criterio, per così dire, di «doppia verità» (p. LIII n. 45), per cui la completezza dell'ordinamento legislativo (statuale), accertata da un punto di vista esegetico-dogmatico, risulta poi inesistente da un punto di vista storico-filosofico, al quale tuttavia nessun giurista cosciente rinuncia. Dove l'influenza della Filosofia della pratica di Croce e in genere della scuola idealista italiana è innegabile e affermata dallo stesso A. (p. 216, p. 231). Del periodo sudamericano sono riprodotti importanti saggi, fra i quali sono qui almeno da ricordare — per l'interesse immediato di cui sono suscettibili nella nostra dottrina —: L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione (da: Problemas das sociedades anónimas e dereito comparado, São Paulo, 1945); Premesse allo studio del diritto comparato (da: Problemas ecc.); Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione (São Paulo, 1947). Il primo di questi saggi rielabora la problematica della completezza dell'ordinamento legislativo: l'A. vede il superamento dell'antinomia norma generale — caso concreto in un «saggio temperamento» delle esigenze opposte che i due concetti rappresentano: norma generale-rigidità, caso concreto-elasticità. Se un nome è lecito suggerire ad integrazione del pensiero dell'A. in

proposito, si pronuncerà quello di Radbruch, di cui egli è stato fin dal 1925 (v. p. 229 n. 46) attento lettore.

Né la prefazione, conclusiva sull'argomento, si distanzierà dal risultato qui raggiunto, se non forse nell'ancor più radicale rifiuto di una funzione puramente esegetica dell'interprete, e, di contro, nell'accentuazione della funzione creativa di questi.

Il secondo saggio inquadra in modo magistrale i problemi centrali del diritto comparato: la sua funzione precipua (comparazione anzitutto dei concetti fondamentali e della tecnica stessa dei vari sistemi giuridici, creazione del «dizionario giuridico ideale»), la sua natura (sua appartenenza alla categoria degli studi storici del diritto), i suoi criteri metodologici (comparazione degli ordinamenti giuridici, non legislazione comparata).

Il terzo saggio mette a confronto l'attività dell'interprete con un dato sperimentale congenito ad ogni istituto giuridico e cioè «lo sfasamento» fra funzione effettivamente assolta da questi e funzione ipotizzata dalla norma che ne sta alla base. L'esame di situazioni concrete porta anche qui alla conclusione di un'assoluta insufficienza dell'interpretazione come tecnica puramente esegetica o deduttiva. Non si dà interpretazione senza ricorso a valutazioni proprie dell'interprete «dalle quali risulta appunto la possibilità di nuove valutazioni normative» (p. XXXII). In termini pascaliani, non si dà interprete se, accanto all'esprit de géométrie, non agisce l'esprit de finesse.

Del periodo successivo occorre almeno ricordare lo studio su La funzione del diritto comparato e il nostro sistema di diritto privato (da: Annali Catania 1949; Studi Carnelutti 1950), dove, grazie all'esercizio della qualificazione di ordinamenti giuridici presi nel loro complesso, è posta chiaramente in luce la caratteristica di accentuato dogmatismo del sistema di diritto privato italiano.

La recensione del volume non è con ciò esaurita. A lasciarne intravedere l'estensione vengono qui elencati gli ulteriori saggi:

Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano (1944—1947); L'unificazione della legge cambiaria uniforme ginevrina e del sistema cambiario anglo-sassone (Relazione al Congresso internazionale di diritto privato, Roma 1950); Azioni senza valore nominale (Relazione al Congresso internazionale di diritto comparato, Londra 1950); Su un diritto comune del lavoro (Relazione al I Congresso internazionale di diritto del lavoro, Trieste 1951); Diritti dell'America latina e dottrina italiana (1949); Natura e posizione del diritto commerciale (Lezioni tenute a Città del Messico, 1947). — Completano il volume altre note minori.

Dr. Gerardo Broggin, z.Zt. Heidelberg

Lautner, Julius Georg: Die kriegswirtschaftliche Preiskontrolle in der Schweiz. Staatliche Preisreglementierung und Preisüberwachung der Kriegs- und der Übergangszeit. Zugleich System des Schweizerischen Kriegswirtschaftsrechts Band 3. Zürich 1949 (Polygraphischer Verlag A.G.). 1263 Seiten Fr. 44.—.

Eugen Huber hat im vierten Band seines Werkes: System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts (1893) den Satz ausgesprochen: «Das Recht besitzt in den mannigfaltigsten Erscheinungen eine von den wirtschaftlichen Verhältnissen losgelöste Existenz. Ja, der wirtschaftliche Verkehr muß sich umgekehrt dem jeweils geltenden Rechte oftmals sklavisches anpassen.» Nur bei bedeutsamen Verschiebungen in den Machtverhältnissen und wirtschaftlichen Anschauungen, sagt Huber, müsse sich neues Recht adaequat ausbilden.

Das vorliegende Buch Lautners ist ein Musterbeispiel dafür, daß der Einfluß der Wirtschaft auf das Recht ein überragender sein kann; ebenso dafür, daß wirtschaftliche Verhältnisse, innerhalb und außerhalb der Schweiz, imstande waren, ein völlig verändertes Rechtssystem ins Leben zu rufen. Schlägt man in dem mehr als 1200 Seiten umfassenden, subtil gearbeiteten Buche nach, so erkennt man sofort die ungeheure Einwirkung der wirtschaftlichen Konstellation auf die Rechtsgestaltungen verschiedenster Art. Zunächst war es die Abwertung des Schweizer Frankens (1936), welche zur Schaffung einer außerordentlichen Preiskontrolle und zu weiteren außerordentlichen Maßnahmen führte. Das zweite entscheidende Element war der Weltkrieg. Der Bundesratsbeschluß vom 1. September 1939 betreffend die Kosten der Lebenshaltung und den Schutz der regulären Marktversorgung gründete sich auf die außerordentlichen Vollmachten des Bundesrats vom 3. August 1939.

Das große Verdienst des Verfassers ist nun, die unzähligen Erlasse und Vorschriften aller Art auf dem Gebiete der Preisreglementierung und der Preisüberwachung in ein geschlossenes System gebracht zu haben. Erst mit der Systematisierung ist dem Ganzen ein wissenschaftlicher Wert verliehen. Und erst das fein ausgearbeitete System gewährt dem Praktiker die erwünschte Übersicht und Einsicht in das vielgestaltige Gefüge. Nur ein Mann mit großem Scharfblick für Recht und Wirtschaft und ausgestattet mit der Gabe eines Riesenfleißes vermochte die Aufgabe zu lösen. Überblickt man das Inhaltsverzeichnis (Seite XI bis XXIV), so springt sofort die systematische Feinarbeit in die Augen. Die sechs großen Abschnitte sind in Abteilungen und in Unterabteilungen gegliedert und deren Stich-

worte erlauben dem Nachforschenden einen klaren Einblick in alle Einzelheiten. Vielleicht wäre da und dort eine Vereinfachung geboten gewesen, so z.B. im Abschnitt «Die Mittel der Preisstabilisierung» bei der Behandlung der Subventionen. Das sehr sorgfältig gearbeitete Sachregister, welches etwa 60 Seiten umfaßt, führt den Leser ohne weiteres in alle Geheimnisse der Subventionen, private wie staatliche, ein (Seite 1219).

Das willkommene Werk schließt mit Erlassen und Verfügungen von 1949 und 1950 ab. Die Literatur geht bisweilen sogar darüber hinaus. Sie zeigt uns das gewaltige Schrifttum, welches unser Verfasser zu berücksichtigen hatte.

Noch handelte es sich aber um die schwierige Frage der Nachträge, d.h. aller jener Erlasse, welche die Preisfreigaben, die neuen Preisregelungen oder die bloße Preisüberwachung in sich schließen. Sind doch Recht und Wirtschaft in dauerndem Flusse begriffen, ist doch das Recht im Grunde normatives Leben. Mit Geschick hat sich Lautner aus dieser Schwierigkeit gezogen. Soweit es technisch möglich war, wurden die Veränderungen noch dem Texte eingefügt. Anderes ist in die Nachträge aufgenommen worden. (Siehe die Liste der Zusätze und Verbesserungen Seite XXXIf. und Seite 1121 ff.) So gibt das Buch bis in das Jahr 1950 hinein das geltende Recht wieder. Die drei Bände des Verfassers, vor allem der vorliegende dritte Band, werden juristisch von Bedeutung bleiben. Kommende Zeiten werden sich an die strenge Systematik Lautners halten können und halten müssen. Es wird in Zukunft den eidgenössischen und kantonalen Behörden leichter sein, das ungeheure Material, welches sie vielleicht in neuer Gestalt einmal wieder verarbeiten müssen, in übersichtlicher Weise zu überschauen und zu ordnen.

Professor Hans Fehr, Bern

Speiser, Thomas M.: Vom Notrecht in der Demokratie. Der neue Art. 89^{bis} der Schweizerischen Bundesverfassung. Zürich 1953 (Orell Füßli-Verlag). 146 Seiten. Fr. 12.50.

Der Verfassungslehre, die uns aus dieser Arbeit entgegentritt, fehlt ein ethischer Horizont. Dafür liegt ihr jener Demokratismus zugrunde, der annimmt, daß das Volk stets richtig entscheide, wenn es über allgemeine und abstrakte Normen beschließt (S.31). Der Wille des Volkes ist wie bei Rousseau (und wie bei Hobbes der Wille des absoluten Herrschers) der saekularisierte Wille Gottes, der nicht wegen seiner materialen Werte, sondern wegen seiner Herkunft das Richtige trifft. Wer einer solchen Auffassung huldigt, wird wie der Autor bestrebt sein, dem in Zeiten der Not und Staatsgefährdung erforderlichen Recht eine aus der Quelle

der demokratisch organisierten verfassunggebenden Gewalt hervorgegangene, normologische Grundlage zu verschaffen, und er wird den Art. 89^{bis} Abs. 3 BV erleichtert und freudig begrüßen.

Notrecht bedeutet so nur noch Verschiebung der Rechtsetzungskompetenz innerhalb desselben normologischen Systems der Verfassung. Die Ratio dieser Verschiebung darf aber nach Speiser immer nur in äußern Umständen liegen (z.B. in der Unmöglichkeit, die Bundesversammlung einzuberufen oder in zeitlicher Dringlichkeit der Rechtsetzung). Sachliche Dringlichkeit der Rechtsetzung glaubt der Verfasser auch noch als äußern Umstand ansehen und von sachlicher Unfähigkeit des ordentlichen Gesetzgebers völlig trennen zu können; dazu ist ein Fragezeichen zu machen, denn in der rechtsstaatlich gemäßigten Demokratie hängt die sachliche Dringlichkeit mit dem Eingeständnis zusammen, daß besonders in außergewöhnlichen Zeiten der ordentliche Gesetzgeber auch einmal versagen kann. Speiser kommt trotzdem zum Ergebnis, daß die sachliche Dringlichkeit als Notlage sich nicht positivieren lasse (S. 44). Die Begründung dieses unanfechtbaren Gedankens ist aber wiederum bedenklich, weil in der Richtung totalitären demokratischen Denkens gelegen: sobald der Wille aller an der ordentlichen Gesetzgebung beteiligten Organe übereinstimmen würde und einwandfrei festgestellt werden könnte, wäre auch sachliche Dringlichkeit als Voraussetzung des Notrechts nach seiner Meinung gerechtfertigt. Daß trotz der genannten, unvermeidlichen Legalitätslücke bei den Voraussetzungen des Notrechts eine Notrechtsklausel sogar «juristisch» gerechtfertigt werden könne, sucht der Verfasser zu begründen, aber seine Ausführungen sind wenig einleuchtend.

Das Wesen des materiellen Gesetzesbegriffs in der Schweiz kann entgegen den Thesen Speisers unmöglich in der unbestimmten Dauer der Normen liegen. Der Gesetzesbegriff kann nur durch einen Rückgriff auf die Geistesgeschichte herausgeschält werden. Die Geltungsdauer ist übrigens doch wohl — positivrechtlich betrachtet — ein formales Merkmal. Speiser operiert fortwährend mit den Begriffen «formell» und «materiell» und übersieht, daß sie in der Rechtslogik einen relativen Gegensatz bilden. Die Haupteinwendung ist aber die: das Endergebnis, daß die unbestimmte Geltungsdauer der ordentlichen Rechtsetzung eigentümlich sei, daß aber im ordentlichen Rechtsetzungsverfahren auch (transitorisches) Notrecht gesetzt werden dürfe, ist gewonnen auf Kosten 1. dauerhafter, statt befristeter einfacher Gesetzgebung und 2. der traditionellen rechtsstaatlichen Verfassungsidee (Verfassung als dauerhaftes Grundgesetz). Und kommen wir Juristen heute noch ohne die Unterscheidung zwischen

Maßnahmengesetzen und Rechtsbewahrungsgesetzen aus? Was sind denn das noch für Verfassungsnormen, die nach Art. 89^{bis} Abs. 3 mit dem Vordergedanken der Verfassungsrevision und mit dem Hintergedanken der Verfassungsverletzung sofort in Kraft gesetzt werden dürfen und eventuell vor Ablauf eines Jahres wieder dahinfallen sollen? Die Initiative auf Rückkehr zur direkten Demokratie, die uns diesen Art. 89^{bis} beschert hat, war gerade gut genug, um die Verfassungsidee auf jeden Fall maßlos abzuwerten und um im übrigen eine heute noch nicht behobene Verwirrung zu stiften. Der Rezensent gibt gerne zu, daß seine Auffassung, Art. 89^{bis} enthalte keine Notrechtsklausel, sondern rechne einfach mit Verfassungsverletzungen durch Bundesbeschlüsse, welche den seinerzeitigen Initianten (wahrheitsgemäß!) ein unvollständiges und auch unvernünftiges Denken imputiert (vgl. S. 145). Wie sollen denn aber Verfassungsartikel ausgelegt werden, die aus einer für die Verfassungsidee und ihre Verwirklichung geradezu ruinösen Initiative stammen? Sollen sie wirklich so ausgelegt werden, daß eine zwar logisch einigermaßen geschlossene, aber doch verhängnisvolle Umstülpung des schweizerischen Verfassungswesens entsteht? Der Verfasser äußert (S. 31) echte Besorgnis für die schweizerische Staatsform, aber seine Ergebnisse führen ja gerade zu einer weitgehenden Abdankung dieser Staatsform, wenn auch verborgen unter einem Mäntelchen der Legalität. Der Aufwand an z.T. blendender Intelligenz wäre eines bessern Endes würdig gewesen. Wertvoll ist die eingehende verfassungsgeschichtliche (leidensgeschichtliche!) Rekapitulation der Erfahrungen mit dem allgemeinverbindlichen, dringlichen Bundesbeschluß (S. 70 ff.).

Prof. H. Huber, Bern

Schweizerische Sozialgesetzgebung, Législation sociale de la Suisse, 1952. Publié par l'Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail, en liaison avec l'Office fédéral des assurances sociales. Zurich 1953 (Editions polygraphiques). VI, 234 pages. Fr. 16.40.

L'O.F.I.A.M.T. vient de publier le recueil de la législation sociale édictée en 1952 par la Confédération et les cantons. En ce qui concerne la législation fédérale, on trouvera notamment dans cette publication les textes allemand et français de la loi fédérale relative aux allocations familiales pour les travailleurs agricoles et les paysans de la montagne, ainsi que de la loi fédérale sur les allocations aux militaires pour perte de gain. Quant aux dispositions cantonales contenues dans ce volume, il faut signaler spécialement la loi zurichoise sur les vacances, plusieurs lois et arrêtés cantonaux concernant l'application des lois fédérales sur

le service de l'emploi et sur l'assurance-chômage, la loi vaudoise revisant la loi sur le travail et la loi genevoise introduisant l'aide aux invalides.

Prof. A. Berenstein, Genève

Eingegangene Bücher

(Besprechung vorbehalten)

Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide 1952. Hrg. vom Regierungsrat, vom Obergericht und von der Rekurskommission des Kantons Aargau. Aarau 1953 (Sauerländer). 380 S. Fr. 13.50.

Aktuelle Genossenschaftsprobleme. (Internationale Professorenkonferenz über das Genossenschaftswesen, 7.—11. Oktober 1952 im Genossenschaftlichen Seminar Freidorf b. Basel.) Bern 1953 (A. Francke AG). 227 S. Fr. 13.—.

von Arx, Ferdinand: *Die Besteuerung der Aktiengesellschaft im Kanton Solothurn.* Solothurn 1953 (Vogt-Schild) 188 S.

Brunner, Hans: *Die Überprüfung der Rechtsverordnungen des Bundes auf ihre Verfassungs- und Gesetzmäßigkeit* (Abh. zum schweiz. Recht, NF H. 306). Bern 1954 (Stämpfli). X, 170 S. Fr. 8.85.

Elsener, Ferd.: *Der Hof Benken* (Neujahrsblatt des Hist. Vereins des Kt. St. Gallen 1953). St. Gallen 1953 (Fehr). 74 S. Fr. 6.25.

Entscheidungen des Eidg. Versicherungsgerichts. Amtliche Sammlung 1953/III. Bern 1953 (Hs. Huber). S. 179—262.

Favre, Antoine: *Cours de droit des poursuites.* Fribourg 1953 (Editions Universitaires). 384 p. rel. Fr. 27.—.

Genossenschaftliches Jahrbuch. 1949—1953, 5 Bde. Hrg. vom Verband schweiz. Konsumvereine, Basel.

Germann, O.A.: *Kommentar zum schweizerischen Strafgesetzbuch.* Bd. I: Allgemeiner Teil. Erste Liefg. Zürich 1953 (Schultheß). 80 S. Fr. 6.25.

Hagemann, Hans-Rudolf: *Die Stellung der Piae Causae nach justinianischem Rechte.* (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 37.) Basel 1953 (Helbing und Lichtenhahn). 76 S. Fr. 7.—.

Helfesrieder, Peter: *Die Personenversicherung in ihrer Abgrenzung zur Schadenversicherung nach schweiz. Privatversicherungsrecht.* (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, H. 36.) Basel 1953 (Helbing und Lichtenhahn). 81 S. Fr. 7.—.

Kistler, Lothar: Die Betriebsgemeinschaft. (Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg, Heft 10.) Freiburg i. Ue. 1953 (Universitätsverlag). XXVIII, 172 S. Fr. 14.55.

Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch. IV. Bd., 1. Teil: Das Sachenrecht. Von R. Haab, A. Simonius und W. Scherrer. 2., umgearb. Aufl., 8. und 9. Liefg. Zürich 1953 (Schultheß). S. 689—845. Fr. 10.80.

Krauer, Hugo: Die Erfahrungszahlen im schweizerischen Steuerrecht. Zürich 1953 (Juris-Verlag). 175 S. Fr. 10.—.

Kronstein, Heinrich: Neue deutsche wirtschaftsrechtliche Entscheidungen im Lichte des amerikanischen Antitrustrechts. (Jurist. Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 6.) Karlsruhe 1953 (C. F. Müller). 16 S. Fr. 2.15.

Lakimies. (Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen Aikakauskirja, 51. Vuosikerta, 4. Vihko, 1953.) Helsinki 1953 (Suomalainen Lakimiesyhdistys). S. 633—830.

Lange, Richard: Grundfragen des Auslieferungs- und Asylrechts. (Jurist. Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe Heft 5.) Karlsruhe 1953 (C. F. Müller). 26 S. Fr. 2.15.

Meiß, Wilhelm: Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenz der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit. Karlsruhe 1953 (C. F. Müller). 44 S. Fr. 3.85.

Oswald/Steiner: Bundesgesetz über Erwerb und Verlust des Schweizerbürgerrechts. Textausgabe mit Einleitung und alphabetischem Sachregister. Zürich 1953 (Polygraphischer Verlag). 74 S. geb. Fr. 8.30.

Ruck, Erwin: Schweizerisches Verwaltungsrecht. 2. Bd. Besonderer Teil. 3. verbesserte und ergänzte Aufl. Zürich 1953 (Polygraphischer Verlag). XI, 375 S. geb. Fr. 29.10.

Schütz, Walter A.: Einmalige Wertzugänge in der Einkommensbesteuerung. Zürich 1953 (Polygraphischer Verlag). 222 S. Fr. 17.80.

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozeßordnung. 18., neubearb. Aufl. von Adolf Schönke. Liefg. 5. Tübingen 1953 (Mohr). 132 Bl., Subskr. Pr. Fr. 17.40.

Waldis, Aloys: Das Nachbarrecht. Unter Berücksichtigung der kantonalen und bundesgerichtlichen Praxis. 4. Aufl. Zürich 1953 (Polygraphischer Verlag). XVI, 267 S. geb. Fr. 22.—.

Zimmermann, Werner Gabriel: Bayern und das Reich 1918 bis 1923. München 1953 (Rich. Pflaum). 202 S. geb. Fr. 14.15.