Zeitschrift: Schweizerische Monatshefte für Politik und Kultur
Herausgeber: Genossenschaft zur Herausgabe der Schweizerischen Monatshefte
Band: 5 (1925-1926)
Heft: 10

Artikel: Lebenserinnerungen. II.
Autor: Meyer v. Schauensee, Placidus
DOI: https://doi.org/10.5169/seals-155775

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: 13.07.2025

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

Bleibt Brasilien fest in seiner Ablehnung, sich dem Diktat einer ausländischen Regierung wie England oder Nordamerika zu unterwerfen, und will es den Aufschwung seines Volkes und die wirtschaftliche Entwickelung seines Landes mit eigener Kraft fördern, so muß die brasilianische Regierung, um ihr Symbol „Ordem e Progresso" zu verwirklichen, eine rücksichtslose Innenpolitik des eisernen Besens besonders fruchtlosen Politikern und deren Mitläufern gegenüber betreiben, um ausländischen Kapitalisten Vertrauen zur Anlegung von Geldern einzuflößen. Der Zustrom mitteleuropäischer Arbeitskräfte wird der Regierung eine wertvolle Unterstützung in diesem Bestreben sein, und so wird die engere Anlehnung Europas an Brasilien für die wirtschaftliche und moralische Entwickelung des Landes von Vorteil sein, denn die Verquickung lebenswichtiger Einflüsse allein kann den unter so verschiedenen Bedingungen lebenden Völkern eine Grundlage zu einer Politik der Verständigung und internationalen Kultur bieten.

Lebenserinnerungen.

Von **Placidus Meyer v. Schauensee.**

II.

Es muß indes gesagt werden, daß die Kantone die ihnen überlassene Kompetenz zum Kampf gegen das Verbrechen seither ganz ordentlich benutzt haben.

In Zürich wurde unterm 4. Mai 1918 eine neue Strafprozeßordnung vom Volke angenommen, die im Kampfe gegen das Verbrechertum eine ganz bedeutende Rolle spielen kann. Darin sind eingreifende Maßnahmen gegen die straffällig gewordene Jugend und zur Bekämpfung der Arbeitsscheu und Vagabondage enthalten. Seit dem 26. Juni besteht in Zürich eine Vorlage für die Revision des Korrektionsgesetzes, durch die sich der Kanton das Recht geben will, nicht nur Straffällige, sondern auch sittlich Gefährdete und Verdorbene zu versorgen.

Ich halte auch dafür, daß der wirkliche Kampf gegen das Verbrechen durch sichernde Maßnahmen geschieht, diese aber in der Hauptsache nicht Sache des Strafrechts, sondern der Verwaltung sind. Der Kanton Freiburg hat daher nach unserer Ansicht ganz richtig die geschärfte Rückfallsstrafe als hauptsächlichstes Mittel, über welches das Strafrecht im Sinn der Sicherung verfügt, angewandt. Die Arbeitshausstrafe mag auch im Strafrecht eine untergeordnete Anwendung finden, ihre Hauptverwendung findet sie in der Verwaltung. Die Strafe ist eben Vergeltung zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes und daher nur ein einzelnes und nicht einmal das hauptsächlichste Mittel im Kampf gegen das Verbrechen. Ihr Gebiet wird der Natur der Sache nach

immer mehr begrenzt. Der Beachtung wert ist auch der Vorschlag von Liszt, aus den Strafgesetzentwürfen die sog. sichernden Maßnahmen (im weitesten Sinne des Wortes) herauszunehmen und entweder durch ein umfassendes Gesetz oder durch eine Reihe von Einzelgesetzen (in der Schweiz durch die Kantone) ins Leben hinüberzuführen. Dies wäre dann nach unserer Auffassung nur für einen Teil der sichernden Maßnahmen, wo die Sicherung nicht durch die Strafe zu erreichen ist, am Platze.

Und nun gelangen wir zu den „geistig Minderwertigen", und hier sind wir der Ansicht, der Richter sollte sich mehr mit den Resultaten der Psychiatrie befassen, als dies gegenwärtig geschieht. Die Juristen würden bei genauerer Betrachtung der Sache zum Resultat gelangen, daß auch nach Auffassung der neuern Psychiatrie der Mangel ethisch-rechtlicher Motive für die juristische Beurteilung nicht in Betracht fallen kann. Die bedeutendsten Psychiater der Gegenwart überlassen nun allerdings mit etwas schwankender und zögernder Motivierung „den moralischen Defekt" dem Strafrecht. Das deutsche Reichsgericht hat ganz unbekümmert um den medizinischen Nachweis der moral insanity als Krankheitsform mit Entscheid vom 14. Dezember 1886 erklärt, der Mangel an moralischen Gefühlen sei nicht eine „Krankheit" im Sinne des Gesetzes. In dieser Beziehung ist der Stooß'sche Entwurf von Anfang an viel zu weit gegangen, indem er völlig unjuristisch nach dem Vorschlag der Irrenärzte das Wohl des Delinquenten resp. Kranken als maßgebend erachtet hat.

Auch Männer des Strafvollzuges, wie Direktor Finkelnburg, glauben, in den meisten Fällen von geistiger Minderwertigkeit könne von einer Behandlung, welche Aussicht auf Erfolg habe, nicht die Rede sein, und Finkelnburg hat bei solchen krankhaften Zuständen, wo eine Behandlung ein günstiges Resultat liefern könnte, in zahlreichen Fällen beobachtet, daß der Gesundheitszustand auch heute im Strafvollzug sich sehr gebessert habe, so daß Sträflinge sogar geheilt die Strafanstalt verlassen konnten. Daß aber die frühere Praxis, wonach die geistig Minderwertigen einfach milder, resp. kürzer bestraft wurden, nichts taugt, darüber ist man gegenwärtig im Kreis der Sachverständigen so ziemlich einig. Mit diesen Fragen der gemindert Zurechnungsfähigen habe ich mich in zahllosen Abhandlungen in der Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsform von Prof. Dr. Gustav Aschaffenburg in Köln 1904 bis 1914 beschäftigt.

Das Strafrecht läßt sich aber auch, wie Oetker im Gerichtssaal (Bd. 80, S. 15 f.: Strafverfahren gegen Jugendliche) völlig richtig ausführt, nicht aufteilen in ein Präventionsrecht für Jugendliche und ein Vergeltungsstrafrecht für Erwachsene. Das Strafgesetzbuch beruht, ganz gleichgültig, ob man die Vergeltung als reine oder als generalprävenierende Vergeltung auffaßt, auf der Vergeltungsstrafe. Auch in dieser Beziehung ist der Entwurf bezüglich den Jugendlichen viel zu weit gegangen.

Das Überwiegen des Sicherungssystems über das Strafsystem im Gesetz führt zur Zersetzung des ganzen Strafensystems. Fragen des

Rechts und der Gerechtigkeit verlangen aber vor allem Klarheit, sie ertragen keine Verquickung mit andern Maßnahmen.

Ist denn aber die Verbindung von Strafe und Sicherungsmaßregel zur eigentlichen Rückfallsstrafe etwas so ungeheuerliches, daß man dieselbe zum vorneherein abweisen soll? Uns will es scheinen, daß man früher diese psychologischen Subtilitäten von heute nicht gekannt hat. Wahlberg: Das gewohnheitsmäßige Verbrechen, Ges. Schriften (Bd. 1, S. 136) knüpft das Gewohnheitsverbrechertum an Art. 162, Carolina handelnd „stelen zum drittenmal" an. Gemeinrechtlich wurde die Strenge der Strafe zufolge der früher erfolgten Bestrafung, in welchem die germanische Ansicht der überschweren Strafbarkeit des wiederholten Diebstahls mit dem Begriff der römischen consuetudo verschmolzen wurde, auf die Vermutung der Unverbesserlichkeit des Gewohnheitsdiebes aufgebaut.

Folgerecht ist, bei der verbrecherischen Gewohnheit eine gesteigerte Energie des bösen Willens anzunehmen und auf die erhöhte Macht und Zuständlichkeit des bösen Willens läßt sich das höhere Maß der Strafbarkeit des gewohnheitsmäßigen Verbrechens ganz gut zurückführen. Natürlich geht es dann nicht ohne Präsumtionen ab, diese sind aber, da wir es hier mit inkommensurablen Größen zu tun haben, nicht zu entbehren. Wir haben diesen Gedanken schon sehr oft, aber stets erfolglos betont, indem man sich fortwährend von beiden Seiten auf einen ganz einseitigen, für das Rechtsleben völlig unbrauchbaren medizinisch-psychologischen Begriff, der wiederum mit dem Kriterium des sog. Normalmenschen zusammenhängt, versteifte.

Ich habe immer darauf hingewiesen, daß die Reformbewegung in ihrer ganzen Unklarheit den Ausgang von den Medizinern, speziell den Psychiatern, die damals noch sehr wenig abgeklärte Ansichten hatten, genommen. Der ganze Schuldbegriff des gemeinen Strafrechts wurde in der Weise verändert, daß es den Medizinern überlassen werden konnte, an Stelle der Juristen den Normalcharakter zu bestimmen. Damit wurde die ganze Grundlage des Strafrechts erschüttert. Indessen war ja ganz im Sinne Wahlbergs die Strafzumessung schon lange über die in der einzelnen schuldbaren Handlung liegende Schuld hinausgegangen.

Kuno Fischer (Über die menschliche Freiheit, 2. Aufl., Heidelberg 1888) sagt S. 43: „Diejenige Gesinnungsänderung, die einzig und allein Tat und Zeugnis der Freiheit ist, geschieht nicht an der Oberfläche, sondern in der Wurzel, nicht auf der Außenseite, sondern im innern Grunde des Charakters, sie ändert die von der Selbstsucht getriebene Willensrichtung, sie ist eine Umwandlung. Etwas anderes ist sich säubern vor dem Spiegel der Welt, etwas anderes sich läutern vor dem des Gewissens!" --

Die „sichernden Maßnahmen" nun aber als der Strafe ebenbürtiges System ins Strafrecht selbst aufzunehmen, dazu konnte man im schweizerischen Entwurf nur gelangen, weil man die Strafe

nur in der abstrakten Form der reinen Vergeltungsstrafe kannte und sie im Sinne Bleulers und der übrigen Psychiater in schroffem Gegensatz zur Zweck- und Schutzstrafe brachte (vergl. über diese Frage und speziell die der Jugendlichen unsere Abhandlung: Die wissenschaftliche Bedeutung des neusten schweizerischen Strafgesetzentwurfes im Gerichtssaal, 86. Bd., S. 28 c folg., speziell S. 37).

Ich glaubte zuversichtlich, die deutschen Kriminalisten, unter denen ich früher viele Freunde hatte, müssen aus den in der Schweiz über eine Generation dauernden fruchtlosen Kommissionsverhandlungen doch schließlich eine Lehre ziehen und zwar die, daß ein Doppelstrafrecht, das die „sichernden Maßnahmen" als der „Strafe" ebenbürtig in das System des Strafrechts aufnimmt, ein Ding der Unmöglichkeit sei. Trotz den 25 Jahre dauernden Kommissionsverhandlungen brachte man es in der Schweiz nicht einmal zu einer Verfassungsänderung, durch welche die Einheit des Strafvollzuges möglich wurde. Sogar über die Fragen des Strafvollzuges gehen die Meinungen der Sachverständigen, die in der 1. Sitzung den Strafvollzug als die Haupterrungenschaft des neuen Gesetzes erklärten, immer mehr auseinander, so daß Professor Max Gmür am Schluß der Herausgabe der weitläufigen, stete Wiederholungen enthaltenen endlosen Protokolle der 2. Expertenkommission sagen konnte, der Bund müsse genug Geld und Papier besitzen, um solche Publikationen zu ertragen. Allein ein ganz anderer Erfolg, als ich geahnt, trat in Deutschland ein. Auf dem letzten Göttinger Kriminalistenkongreß der J. K. V. wurde über das Verhältnis von Strafe und Sicherungsmaßregeln diskutiert und es äußerte sich Professor v. Hippel folgendermaßen: „Wir haben seit 30 Jahren den Schulenstreit geführt um das Problem: Strafe auf der einen, sichernde Maßnahmen auf der andern Seite. Das erlösende Wort war das von Professor Stooß in seinen Schweizer Entwürfen: Neben die Strafe wurde die sichernde Maßnahme gestellt. Hierauf haben wir uns allerseits geeinigt, klassische wie moderne Schule. Darauf beruhen alle unsere deutschen Entwürfe. Und nun, im letzten Augenblick soll das wohlerwogene System wieder umgestoßen werden für einen Fall, für die Gewohnheitsverbrecher" (Mitt. J. K. V., 18. Versammlung, Berlin 1822, S. 138). Wahrhaft eine merkwürdige Sprache im Lande der deutschen Wissenschaft. Der 30jährige Schulenstreit war allerdings auch in Deutschland nicht immer erquicklich, aber noch weniger ist es diese schließliche Unterwerfung deutscher Wissenschaft unter die Stooß'sche Nomenklatur.

Es hat mich gefreut, daß Prof. Kohlrausch in Berlin in der Zeitschrift für ges. Strafrechtsw. (44. Bd., S. 21 u. folg.) diese Lösung doch nicht gelten ließ. Kohlrausch sagt: „Durchaus offen ist die Frage, in welchem Verhältnis die Strafe zu den andern Maßnahmen praktisch gesetzt werden soll. Soll die Strafe deren Funktion mit übernehmen oder soll sie umgekehrt ganz hinter sie zurücktreten oder soll in jedem Fall das Straf- und das Erziehungs- bezw. Sicherungsbedürfnis durch eine Häufung der verschiedenen Maßregeln befriedigt werden? Das sind die drei Lösungsmöglichkeiten. Und wie sie be-

nutzt werden, wird ausschlaggebend für den praktischen Erfolg des neuen Entwurfes sein."

Also Kohlrausch läßt keine Spur vom „erlösenden Wort" des Herrn Stooß gelten. Nach unserer Ansicht muß der Entwurf des Herrn Stooß und sein Kommissions-Schicksal allen ernsthaften Denkern als abschreckendes Beispiel dienen. Für die Schweiz hat allerdings die von Hippel betonte wissenschaftliche Erlösung nicht nur keinen Wert, sondern auch keine Gefahr, indem, wie schon mehrfach betont wurde, in der Schweiz der Strafvollzug immer noch den Kantonen überlassen ist. Für Deutschland läge allerdings in dieser unbeschränkten Zulassung von Sicherungsmaßregeln und Sicherungsanstalten eine große soziale Gefahr. Soweit das Strafrecht. — Seit Schluß der ersten eidgenössischen Expertenkommission von 1893—95 wurde ich von der Eidgenossenschaft zu Kommissionen nicht mehr zugezogen, ebensowenig aber auch vom Kanton Luzern. Meine freimütige Kritik blieb den maßgebenden Kreisen beider Parteien gleich unbequem. Ebensowenig wurde Professor Gretener nach 1895 vom Bundesrat begrüßt, trotzdem er sich mit dem Entwurf sehr eingehend beschäftigt und detaillierte Vorschläge dem Departemente unterbreitet hatte.

* * *

Die Priorität des Zivilrechts wurde aber, wie oben erwähnt, bereits 1901 beschlossen. Mit welcher Klugheit von Professor Eugen Huber die Kodifikationsarbeiten auf dem Gebiete des Zivilrechts betrieben wurden, kann man nachlesen in „Wissen und Leben", Bd. 25 (1922), S. 679 u. folg., Eugen Huber (1849—1923). Impressions et souvenirs d'un ami (Virgile Rossel). Rossel berichtet hier, Metternich habe am Kongreß in Wien nicht mehr diplomatisches Geschick entwickelt, als Eugen Huber in den zahllosen Sitzungen der Expertenkommission und den parlamentarischen Verhandlungen. Nicht die Stellung Hubers als eines wissenschaftlich hochstehenden Germanisten, eines genauen Kenners der schweizerischen Rechte und eines Meisters reizvoller Sprache war für das Gelingen seiner Kodifikationsarbeit maßgebend. Die Annahme seines Gesetzbuches wurde vielmehr dadurch herbeigeführt, daß der Redaktor in geschickter Weise die fortschrittlich gesinnten Elemente für die Idee der Rechtseinheit zu begeistern und zugleich die konservativen Parteien durch weitgehenden Vorbehalt der kantonalen Rechte zu beruhigen verstand.

A priori steht keineswegs fest, daß die Rechtseinheit unter allen Umständen der örtlichen Rechtsverschiedenheit vorzuziehen sei. Die rasche und ungeahnte gewaltige Entwicklung des Verkehrs im Innern der Schweiz und mit dem Ausland und das politische Bedürfnis nach Abwehr übermäßiger Einflüsse des Auslandes forderten gegen Ende des neunzehnten Jahrhunderts den Schritt zur Rechtseinheit. Die Vorteile der Anpassung des Rechtes an die Lebensformen der einzelnen Rechtsgebiete mußten zurückstehen, sobald diese in einen lebhafteren Wechselverkehr miteinander traten. Die Hindernisse, die diesem Verkehr durch die zivilrechtliche Rechtszersplitterung in der Schweiz entgegengestellt

wurden, fielen immer schwerer ins Gewicht. Noch empfindlicher machten sie sich im Außenverkehr geltend.

Die Reaktion gegen die von Huber geübte, oben angegebene und für die Vereinheitlichung des Rechts zum Teil wohl richtige Methode ist aber schneller gekommen, als man geahnt. Bei Erlaß der Einführungsgesetze zum Zivilgesetzbuch hat es sich gezeigt, daß der Parlamentarismus und die Opportunitätspolitik die Rechtseinheit in vielen nicht unwesentlichen Materien bis zur Unkenntlichkeit zu entstellen vermochten. Es muß trotz aller Hochachtung, die wir vor dem Redaktor des Z. G. B. empfinden, doch die Normierung des Eherechts und auch des ehelichen Güterrechts (Errungenschaft der Ehefrauen) in demselben als mißglückt betrachtet werden, auch dürfte die Zulässigkeit des Anstaltsbegriffes, namentlich die schrankenlose Bereicherung der toten Hand nicht unbedingt als ein Fortschritt empfunden werden. Nicht überall ist es bei dem Mangel an Verweisungen leicht, aus dem Z. G. B. herauszulesen, was zum vorbehaltenen Recht gehört, und oft bereitet die Fixierung des Ortsgebrauches Schwierigkeiten. Bei der Vermischung von öffentlichem und Privatrecht ist auch die Feststellung des Eigentumsbegriffes nicht immer ganz leicht.

Im Gebiet des Sachenrechts wurde im schweizerischen Zivilgesetzbuch die schweizerische Eigenart nicht nur zum Ausdruck gebracht und konserviert, sondern es wurde durch Aufnahme der Grundlasten, der Gemeinderschaft und ähnlicher Institute Gelegenheit zur Fortbildung im partikularistischen und feudalistischen Sinne für die Zukunft gegeben.

Durch die bei Erlaß des schweizerischen Zivilgesetzbuches geübte Methode ist die Lückenhaftigkeit jeder positiven Gesetzgebung geradezu zu einem juristischen Dogma geworden. Und solche Lücken sind im neuen Z. G. B. wirklich leicht zu finden. So bildet der Mangel einer gesetzlich möglichen Verpfändung von Sachgesamtheiten, die nach dem Entwurf von Huber möglich war, dann aber durch die Bundesversammlung gestrichen wurde, eine offenbare Lücke im Gesetz. (Vergl. „N. Zürcher Ztg." No. 676, 1. Morgenblatt, Samstag, 29. April 1916.)

Im Erbrecht hat sich die Parentelordnung noch nicht eingelebt und Art. 472, handelnd vom Pflichtteil der Geschwister und ihrer Nachkommen, hebt die Rechtseinheit teilweise auf und statuiert tiefgehende Differenzen.

Beim Erlaß des Z. G. B. hatte aber kein Kanton ein größeres Opfer zu bringen als Luzern.

* * *

Der Kanton Luzern besaß ein vorzüglich geordnetes, seinen Verhältnissen durchaus entsprechendes Hypothekarrecht, ein durchaus klares eheliches Güterrecht und auch seine in den Dreißiger Jahren neu geordneten erbrechtlichen Bestimmungen hatten sich eingelebt. Das Bürgerliche Gesetzbuch von Luzern beruhte auf dem österreichischen Gesetz, einem wenn auch alten, doch im ganzen guten Gesetze.

Die Kantone, die kein kodifiziertes Recht hatten, konnten beim neuen Gesetz nur gewinnen, die Kantone, die das Zürcherische Gesetzbuch zum Vorbild genommen hatten, fanden im neuen Gesetz verwandte Grundsätze vor, der französischen Schweiz resp. der Auffassung des code civil wurden wesentliche Zugeständnisse namentlich im Erbrecht gemacht, ebenso dem Kanton Bern, am geringschätzigsten wurde wohl Luzern behandelt, das diese Geringschätzung der Passivität, welche es gegenüber den Kodifikationsarbeiten beobachtete, zu verdanken hat. Man ist in Luzern dem diplomatisierenden Verfahren Hubers und seinen zu Propagandazwecken entwickelten Programmen stets hilflos gegenübergestanden. Auch darf man es jetzt wohl sagen, daß Luzern vielfach der für die Einführung des Z. G. B. erlassenen völlig irreführenden Methode des Memorials des eidgenössischen Justizdepartements kritiklos gefolgt ist und viel zu viele Bestimmungen des alten Rechts aufgehoben hat, deren Aufhebung absolut unnötig war. In Luzern hatte man beim Einführungsgesetz zum Z. G. B. wie früher bei der Einführung zum O. R. keine Ahnung gehabt von der juristisch-technischen Aufgabe, welche dem kantonalen Gesetzgeber obgelegen. Ohne irgend eine Kategorisierung der einzelnen Vorbehalte vorzunehmen, gefiel man sich im Einführungsgesetz möglichst viele Spezialgesetze einfach aufzuheben (§ 134 des luz. Einfges. zum Z. G. B.). Besonders verhängnisvoll war die in § 134, Abs. 2 enthaltene Aufhebung der Gesetze über das Hypothekar- und Einzinserwesen.

Es war also in Luzern ein typischer Fall gegeben, wie man mit der Vorbehaltsmaterie das Z. G. B. nicht umspringen soll. Es entstand nun wieder wie früher bei Einführung des O. R. die Frage, ob das aufgehobene kantonale Recht nicht insoweit in Geltung geblieben sei, als es zur zeitgemäßen Anwendung des vorbehaltenen kantonalen Privatrechts erforderlich sei. Neben dem System des Z. G. B. hatte man denn noch das System des alten Zivilrechts.

Ein Fehler des kantonalen Einführungsgesetzes lag auch darin, daß § 131 Einfges. die Art. 46 und 48 Schluß des Z. G. B. einander gleichstellten. Dadurch wird die sukzessive Einführung des Grundbuches wesentlich erschwert und die Wirkung gegen gutgläubige Dritte fraglich. In Luzern versteifte man sich auf die Erklärung des Herrn Prof. E. Huber, daß durch Art. 853 das alte Gültrecht in vollem Umfang beibehalten worden sei. Im besten Falle hätte man aber auf diese Weise die Fortdauer der alten leidigen Gültpraxis erlangt, lediglich vermehrt durch die auf einer falschen Interpretation des § 72, Abs. 2 des Luz. Hypothekargesetzes beruhenden Praxis. Dazu bestand noch die Ungewißheit, welche allgemeine Bestimmungen in diese konfuse Praxis eingezogen werden sollen. Die offizielle Interpretation des eidg. O. R. verwies die Gült als grundversicherte Forderung in den Geltungsbereich des kantonalen Rechts, resp. die Praxis erklärte ihrerseits: die grundversicherte Forderung ist für den Verkehr gar keine Forderung, sondern eine Sache im Rechtssinn, d. h. ein in der menschlichen Herrschaft stehendes körperliches Ding. Es entstand ein vollständiger

circulus vitiosus. Gegen diese Praxis habe ich schon vor mehr als 30 Jahren protestiert und in der Z. B. J. V. den Vorschlag gemacht, mit der bisherigen Rechtsanschauung zu brechen und die Gült schlechthin als Inhaberpapier zu erklären. Es erfolgte dann in der Praxis des Obergerichts der klassische Ausspruch: die Gült sei ein inhaberähnliches Papier.

Das Urteil des Bundesgerichts 47, Bd. II, No. 23 in Sachen Danner gegen Danner vom 4. Mai 1921 enthält nun S. 119 folgende Stelle: „Zwar ist richtig, daß die Titel (die als alte Luzerner Gülten Inhaberpapiere sind und daher formlos übergeben werden können) nur zum Frauengut und nicht zum Sondergut der Beklagten werden konnten." Diese Stelle von dem Charakter der Luzerner Gült als Inhaberpapier, das formlos übergeben werden könne, wird in diesem Urteil als ganz selbstverständlich hingestellt, und wurde auch in diesem Sinne von der Luzerner Juristenwelt ohne Bedenken hingenommen!!

In den Neunziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts hielt Herr Professor Huber in Luzern einen Vortrag über die Kodifikation des schweizerischen Privatrechts. Nachher stand in der Zeitung zu lesen: Prof. Huber hätte in diesem Vortrag erklärt, die Luzerner Gült sei bestimmt, Bundeshypothekarinstrument zu werden, und darauf begeisterte man sich in Luzern sehr für das einheitliche schweizerische Recht.

Aber nicht die luzernische Gült, sondern der Zürcher Schuldbrief fand im neuen Gesetz Anerkennung.

In Zeitschrift für schweizerisches Recht (Neue Folge, XXXVII. Band, S. 389 u. folg.) habe ich einen Artikel über die Eigentümerhypothek des Z. G. B. und die luzernische Rechtsübung erscheinen lassen. Ich betonte hier, daß das Z. G. B. die Eigenschaft des Grundpfandes und der Grundlast als Wertrecht vollständig verkannt habe. Das Grundlastrecht sei nicht ein gegen das Grundstück vollstreckbares Recht auf Leistung, sondern ein Recht auf einen aus dem Grundstück zu holenden Vermögenswert. Ich betonte, daß Substanz- und Wertrechte zwei selbständige Rechtsbegriffe seien. Im Archiv für Wirtschafts- und Rechtsphilosophie, Bd. 12 (1918/1919), erschien sodann ein Aufsatz von Huber: Die Entwicklung der schweizerischen Gült zur modernen Hypothek, der im wesentlichen dahin schließt: Weil aus der Gült die moderne Hypothek sich zu bilden vermocht hat und die Gült eine Reallast ist, muß auch die moderne Hypothek als Reallast anerkannt werden. Zu dieser Konstruktion will Huber auf Grundlage der historischen Entwicklung der Gült gelangt sein. Konstruktion, sagt Huber hier, sei stets Herstellung eines Ganzen aus einzelnen bekannten Teilen. Wie der Geometer das Dreieck aus einer Seite und den zwei anliegenden Winkeln, der Paleontologe aus den Wirbeln und Kieferknochen eines vorweltlichen Tieres dessen ganze Gestalt konstruiert, so der Jurist aus gegebenen Tatbestandsmomenten die ganze Figur, die als Begriffsgebilde in das ganze Rechtssystem eingegliedert ist. In einem Aufsatz im XII. Bd. des gleichen

Archivs: Schweizerische Gült und moderne Hypothek sind wir dieser Auffassung Hubers bezüglich dem Charakter der luz. Gült entgegengetreten.

Wir sagten dort S. 72:

Der Schuldbrief des Z. G. B. entspricht der modernen Verkehrshypothek und kann als vorbildlich gelten, nicht das gleiche läßt sich von der Gült des schweizerischen Z. G. B. sagen. Hier hätte es der schweizerische Gesetzgeber in der Hand gehabt, die alte luzernische Gült zum Bundeshypothekarinstrument zu machen. Er hat es nicht getan. Die gegenwärtige Regulierung hat aber in der Praxis auch bereits mehrfach zu bedeutenden Unzukömmlichkeiten geführt. Hier mußte nun das Bundesgericht helfen, indem es in seinem Urteil Tiravanti contra Konkursmasse Felder, II. Zivil-Abteilung, vom 20. Mai 1915 die Verpfändung der Eigentümertitel bejahte und zwar aus ganz allgemeinen, nicht der Natur der Luzernergült entnommenen Gründen. Bei dieser diplomatisierenden, der juristischen Konstruktion nur eine relative, ganz untergeordnete Bedeutung beimessenden Methode mußte aber auch der Unterricht der juristischen Jugend nach gewisser Seite beeinträchtigt werden. In Zukunft wird von einem Lehrer des schweizerischen Privatrechts eine grundsätzliche Auseinandersetzung auch mit entgegengesetzten Ansichten, ein Nebeneinanderstellen verschiedener Gedankensysteme und eine Einreihung des eigenen Gedankenganges in einen höhern Zusammenhang unbedingt verlangt werden müssen.

Es muß nun doch einmal gesagt werden und gerade der jungen Generation, die beim Werdegang des Z. G. B. ihre juristischen Anschauungen bildete, dürfte es ins Stammbuch geschrieben werden: „Wie unser Rechtsbetrieb nun einmal ist, so beruhigt sich ein gewissenhafter Beantworter einer Rechtsfrage nicht eher, als bis er die verhältnismäßig beste Konstruktion in der Tasche hat.“ Und nach dieser Art der Auffassung hängt wirklich von der Auffindung des zutreffenden juristischen Gesichtspunktes die Lösung ab, von der technischen Behandlung der Tatsachen umgekehrt die Tragweite der Normen. Juristischer Nihilismus mag von der Zerstörung alles dessen das Heil des sozialen Lebens erwarten; Besonnene werden nur fragen, was das „Zutreffende“ oder „Richtige“ ist.

Der Mangel an juristisch konstruktivem Sinn macht sich bei der jüngern Generation in hohem Maße geltend.

Sehr bezeichnend für die ganze Situation ist, daß gerade jetzt in der Schweiz das eben erschienene zweibändige Buch des leider zu früh verstorbenen Andreas von Tuhr über den allgemeinen Teil des O. R. sehr hoch eingeschätzt wird. Und doch geht v. Tuhr von diametral andern Anschauungen als Huber aus und zeigt dies sehr oft in ganz unzweideutiger Weise in der scharfen Kritik der neusten schweizerischen Gesetze.

Was ist bis jetzt über die in Art. 1 Z. G. B. als Rechtsquelle genannte und bewährte Lehre geschrieben worden? v. Tuhr schneidet all diese weitläufigen Erörterungen damit ab, indem er sagt, die Rechtslehre sei, entsprechend den historischen Grundlagen des O. R., abgesehen

von der schweizerischen Literatur, wesentlich aus dem gemeinen Recht und dessen Fortbildung im Z. G. B., in einzelnen Teilen des Gesetzbuches auch aus dem französischen Recht zu entnehmen.

(Fortsetzung folgt.)

Pilgerflug zu Grünewald.

Von **Roman Boos**, Basel.

Wer schon nach Colmar zu Grünewalds mächtigem Altar gepilgert und, an der gewaltigen Kunst des alten Meisters reich geworden, heimgekehrt ist, ... aber doch nicht so gebessert, daß er nicht doch noch mit einigem Neid zu den hoch in den Lüften kreisenden modernen Flugzeugen hinaufblickte, ... der wird es verstehen, daß das Zusammentreffen einer Zeitungsnotiz — im Berliner Kupferstichkabinett seien sechs neu aufgefundene Grünewaldzeichnungen zusammen mit Originalen und Reproduktionen aller altbekannten ausgestellt — und einer Einladung zum Flug nach Berlin auf einem Fokker des Aero-Lloyd schon fast so viel bedeutete wie ein — im Stil ja etwas zwiespältiger — Entschluß: Pilgerflug zu Grünewald Basel—Berlin! ...

. . . . . .

Auf dem Rückflug, während der brausende Motor mich zurücktrug über den märkischen Sand mit seiner kargen Frucht und den rücklings, wie mürrisch, zusammengestellten Einzelgehöften anstelle von Dörfern, — über den Thüringer Wald, wo zwischen waldigen Talschluchten der Mensch sich auf breiten Höhenrücken ausgedehnt und seine Wohnstätten gegen den ungehemmten Wind über Dächer und Wände mit schwarzem Schiefer bedeckt hat, in dem wie blitzblanke Wäscheränder die weißen Fensterrahmen leuchten, — über Franken (mit dem Städtekleinod Rothenburg und den vielen verwandten Dörfern und Flecken) und Schwaben, wo immer mehr die Dörfer gleichsam Bachpflanzen werden, die sich zwischen schwellenden Hügeln den Mulden anschließen, wie Gewächse des fruchtbaren Landes, und wie teilnehmend am muntern Leben des flüssigen Elements, — und dann am Rhein entlang, wo der Blick über die bergigere Schweiz schon die Dorfbilder ahnen läßt, die im Kampf mit Zwangslagen entstanden sind, wie sie die Natur durch Flühe und Klüfte schuf, und die den Geist des im harten Kampf entstandenen demokratischen Zusammenschlusses ausprägen ... auf dem Rückflug über dies ungeheuer reiche und widerspruch-durchfurchte Antlitz der deutschen Volksgemeinschaft klärte sich mir die Fülle des bei Grünewalds zeichnerischem Werk Erlebten. Der eine Zug trat aus der Flächenhaftigkeit der ersten Eindrucksmasse hervor, der andere zurück. Und als wir in Basel landeten, war mir, als ob mich das Gewaltigste, was der deutsche Geist zu sagen hat, einige Stunden hindurch von zwei