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: 4 (1855)

Heft: 3

Rubrik: Rechtspflege [Fortsetzung]

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: 15.09.2025

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

Rechtspflege.

Die Zeitschrift wird, vom bisherigen Gang in Mittheilung von Urtheilen etwas abweichend, die Urtheile vorläufig mehr nur ihrem wesentlichen Inhalte nach geben, ohne deßhalb darin ein ganz festes System zu beobachten. Während die deutschen Zusammenstellungen zunächst vom Gedanken ausgehen, der Ausdruck des in den obersten Gerichtshöfen Deutschlands gemeinsam zur Anwendung kommenden Rechtes zu werden, kann die Zeitschrift für schweizerisches Recht diese Absicht nicht haben. Denn in der Schweiz ist kein gemeinsames noch ein solches fremdes Recht, das im Ausland Bedeutung hätte, sondern wenn solche Mittheilungen irgend welchen Werth haben, so besteht er gerade darin, daß darin einmal das Particularrecht durchaus als solches sich auspräge, anderseits daraus auch die Stufe der Rechtskunde im betreffenden Gebiete daraus erhelle. Darum die bisherige Form der Mittheilung. Gehen wir für einige Zeit nun doch davon ab, so liegt dieß zunächst an dem Wunsch der Vermeidung von Einförmigkeit und an der Absicht, mehr geben zu können.

1. Civilrecht.

I. Handlungsfähigkeit der Fallitenfrau. Analogische Anwendung des Gesetzes.

Unterm 18. Juli 1850 wurde über das Vermögen des Christian Schmuts die gerichtliche Güterabtretung verhängt, in welcher die Ehefrau für ihre bevorrechtete Hälfte Weiberguts eine Ansprache im Belaufe von 1234 Fr. 5¾ Rp. n. W. einreichte und für diese Forderung theilweise fruchtbar, theilweise zur Geduld angewiesen wurde. Unterm 27. August 1850 erkaufte sodann die Ehefrau Schmuts von Johannes Stöckli, von Guggisberg, in Folge Bewilligung des

Staatsraths von Freiburg, ein im Sensenbezirk, Gemeinde Heitenried, in der sogenannten Wallismatt, gelegenes Heimwesen um den Preis von 1925 Fr. a. W., und stellte für die restanzliche Kaufsumme der 950 Fr. a. W. dem Verkäufer Stöckli am gleichen Tage einen Reversbrief aus, mit dem Versprechen, diese Summe nebst den ausstehenden Zinsen vom Tage der Stipulation hinweg, auf Anforderung hin zu bezahlen.

Im Amtsblatte vom 31. August 1850 erschien sodann die Publikation, daß die Anna Schmuts geb. Schmuts, unterm 23. gleichen Monats, auf den Antrag der Vormundschaftsbehörde, vom Regierungsstatthalteramt Seftigen in der Vermögensverwaltung eingestellt und ihr als Curator Johann Seelhofer, im Gäßli zu Kehrsatz, verordnet worden sei. Die Eröffnung dieses Beschlusses an die Beklagte fand am 30. August 1850 statt, und am gleichen Tage wurde auch der als Curator ernannte Johann Seelhofer in dieser Eigenschaft beeidigt.

Dieser erhob nun, als die Kaufrestanzforderung zuerst gütlich, dann richterlich eingefordert wurde, Widerspruch, da

1) die Beklagte in der Ehe mit dem in Güterabtretung gefallenen Christian Schmuts sechs noch dermal am Leben befindliche Kinder erzeugt habe, die im August 1850 (zur Zeit des fraglichen Kaufs des Wallismattheimwesens) noch minderjährig gewesen und noch nicht den Zustand des eigenen Rechts erlangt hätten;

2) die Frau Schmuts schon vor dem 27. August 1850 von kompetenter Behörde in der Vermögensverwaltung provisorisch eingestellt und ihr Johann Seelhofer, Sohn, im Gäßli zu Kehrsatz, zum Vormund verordnet worden sei. Diese Verfügung der provisorischen Einstellung sei nun aber bei Ausstellung des Reversbriefes am 27. August 1850 den kontrahirenden Partheien und insbesondere dem Johannes Stöckli bestens bekannt gewesen und es sei anzunehmen, die Kontrahenten haben beabsichtigt, mittelst dieses Aktes das der Frau Schmuts zugehörende Vermögen ganz oder theilweise der vormundschaftlichen Aufsicht zu entziehen.

Die erste Einwendung stützt sich auf das bekannte Gesetz über Emancipation der Frauen vom 27. Mai 1847. §. 6.

„Bis die Theilung über das elterliche Vermögen eintritt, darf die Wittwe an dem Capitalvermögen keine wesentlichen Aenderungen vornehmen, ohne dazu die Einwilligung der Kinder, die nicht unter ihrer Gewalt stehen, und für diejenigen, welche derselben unterworfen sind, die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde ihrer Heimathsgemeinde erhalten zu haben. Jede Handlung der Weiber, durch welche ohne diese Beistimmung von Seite der Kinder das Capitalvermögen wesentlich verändert oder vermindert würde, ist ungültig."

Aber die Frau Schmuts war nicht Wittwe. Und ihr Gegner erinnerte daran, daß auch wirklich bei der Frau des Güterabtreters derselbe Grund nicht wirke, welcher bei der Wittwe, da das Vermögen der Wittwe den Kindern verfangen sei, das Vermögen der Fallitenfrau aber nicht. Ueberdieß konnte er die frühere Praxis des Obergerichtes (z. B. einen Spruch noch vom 15. Nov. 1850) und zahlreiche daran sich lehnende Bescheide der Regierung für sich anführen.

Der damalige Spruch des Appellations- und Cassationshofs hatte kürzlich dahin gelautet:

„Daß nach Erlassung des Gesetzes vom 27. Mai 1847 keine gesetzliche Bestimmung aufgestellt worden ist, durch welche eine Weibsperson in der Weise eingeschränkt würde, daß sie zu einer solchen Handlung, wie sie hier in Frage steht (Abtretung eines Vermögensantheils), die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde (wegen der ihrer Gewalt unterworfenen Kinder) bedürfe; daß insbesondere der Art. 6 des angeführten Gesetzes als blos für die Wittwe aufgestellt, ihre Anwendung hier nicht finde.“ (Zeitschr. für vaterl. Recht. Bd. 11. S. 238 f. vgl. mit Bd. 12. S. 207.)

Der dießmalige dagegen lautete gegentheils für Gleichstellung der Fallitenfrau mit der Wittwe,

in Betrachtung:

1) daß zwar der Art. 6 des Gesetzes vom 27. Mai 1847 seinem Wortlaute nach nur für Wittwen die Vorschrift aufstellt, daß sie, bis die Theilung über das elterliche Vermögen eintritt, an dem Kapitalvermögen keine wesentlichen Veränderungen vornehmen dürfen, ohne dazu die Einwilligung der Kinder, resp. die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde ihrer Heimathsgemeinde erhalten zu haben;

2) daß aber die damalige Anwendung dieser Vorschrift auf Ehefrauen von Güterabtretern durchaus im Sinne einer vernünftigen Auslegung des angeführten Gesetzes liegt, und durch keine Bestimmung desselben weder ausdrücklich noch implicite ausgeschlossen wird, indem

a. dieses Gesetz den Grundsatz der Emancipation der Weibspersonen nicht als eine allgemeine, überall durchgreifende Regel aufstellt und durchführt, vielmehr denselben nur auf einzelne bestimmte Verhältnisse, wie namentlich die Geschlechtsbeistandschaft, anwendet, dagegen verschiedene namhafte materielle Beschränkungen, denen die Weibspersonen oder einzelne Klassen derselben bezüglich ihrer Verfügungsbefugniß unter Lebenden oder von Todes wegen bisher unterworfen waren, stillschweigend, d. h. durch Nichtaufhebung der betreffenden Vorschriften des Civilgesetzes beibehält (siehe besonders die Satzungen 553, 722 und 729 C.);

b. schon aus diesem Gesichtspunkte sich daher nicht mit Grund behaupten läßt, daß der erwähnte Art. 6 eine Ausnahme von einem in jenem Gesetze bestimmt ausgesprochenen Grundsatze bilde, mithin einschränkend nur nach seinem Wortlaute zu interpretiren sei, ein solcher Einwurf aber auch deßhalb unhaltbar wäre, weil die im fraglichen Artikel aufgestellten Beschränkungen keineswegs die Stelle der frühern vormundschaftlichen, nun aber durch Art. 1 des nämlichen Gesetzes aufgehobenen Beschränkungen vertreten, sondern auf einer besondern, mehr vermögensrechtlichen Basis beruhen sollten, insofern nämlich der Gesetzgeber dabei ausschließlich die Anwartschafts- und Pflichtstheilsrechte der Kinder auf das elterliche Vermögen und ihr daheriges Interesse an dem ungeschmälerten Fortbestande desselben bis zum Zeitpunkte der Theilung im Auge hatte, und die Kinder vor den Gefahren, die voraussichtlich mit der ungeschmälerten Dispositionsbefugniß ihrer Mutter über das elterliche Vermögen verbunden sein konnten, nach Möglichkeit schützen wollte;

c. nun aber offenbar der gleiche Grund, der den Gesetzgeber veranlaßt hat für die Kinder einer Wittwe die erwähnten schützenden Vorschriften aufzustellen, in gleichem, wo nicht noch stärkerm Maße für die Kinder der Ehefrau eines Geltstagers zutrifft, zumal sich hier dem Gesetzgeber die weitere Rücksicht aufdringen mußte, den letzten, im Geltstage des Vaters geretteten Rest des elterlichen Vermögens den Kindern zu erhalten, und nicht allen den Gefahren, die mit der uneingeschränkten Dispositionsbefugniß der Mutter, sondern überdieß auch denjenigen vorzubeugen, die mit dem fernern Zusammenleben der durch den Geltstag vermögensrechtlich getrennten Ehegatten verbunden sein können (Satz. 107 C.);

d. im Fernern der Einwurf, daß sich die Ehefrau eines Güterabtreters nicht in der gleichen Lage befinde, wie die Wittwe, indem diese unter Vorbehalt des Theilungsrechts erbe, jene hingegen nur ihre gerettete Hälfte Weiberguts, und zwar ohne einen solchen Vorbehalt aus dem Geldstage des Ehemannes heraus erhalte, — auf einer unrichtigen Voraussetzung beruht, indem

aa. der Art. 6, des Emancipationsgesetzes die Mutter an die Zustimmung der Kinder rücksichtlich des ganzen elterlichen Vermögens bindet, ohne Rücksicht ob dasselbe vom Vater oder von der Mutter herstamme, folglich der Grund jenes Zustimmungsrechts nicht sowohl im spezifischen Vorbehalt des Theilungsrechts als vielmehr, wie gesagt, in den Anwartschafts- und Pflichttheilsrechten der Kinder überhaupt zu suchen ist;

bb. solche Anwartschafts- und Pflichttheilsrechte auf das Vermögen ihrer Mutter den Kindern der Ehefrau eines Güterabtreters ebenso zustehen, wie den Kindern einer Wittwe, wie daraus erhellt, daß die Ehefrau eines Güterabtreters weder unter Lebenden noch

von Todeswegen über den Kapitalbestand des herauserhaltenen Vermögens, ja nicht einmal über die Einkünfte schenkungsweise verfügen kann (Satz. 553 und 722 C.) und wenn sie stirbt, die Kinder in alle Rechte eintreten, die ihr bisdahin selbst zugestanden, folglich Eigenthümer jenes Vermögens werden (Satz. 159 C.), dem vergeldstagten Ehemanne und Vater hingegen mit Ausnahme des in Satz. 107 C. erwähnten Falles nach wie vor keinerlei Rechte mehr an demselben zustehen;

cc. übrigens die Theilung des elterlichen Vermögens, von der der Art. 6 spricht, nicht blos dann eintritt, wenn die Wittwe oder Abgeschiedene zu einer fernern Ehe schreitet, sondern auch dann, wenn dieselbe mit Tod abgeht (Satz. 528 C.), welch letzterer Theilungsfall nach der Natur des Verhältnisses auch bei dem Absterben der Ehefrau eines Güterabtreters vorkommen muß, woraus hinwieder deutlich hervorgeht, daß der Gesichtspunkt, welcher dem Gesetzgeber vorschwebte, die Verfangenschaft des elterlichen Vermögens und nicht das Recht der Kinder, ihre Mutter, im Falle der Wiederverehelichung, zu einer anticipirten Theilung anzuhalten, betrifft;

3) daß demnach die Ehefrau Schmuts zu Eingehung des Kaufsvertrages vom 27. August 1850 und Ausstellung des Reversbriefes vom gleichen Tage der Zustimmung ihrer Kinder oder der Vormundschaftsbehörde bedurfte, eine solche Zustimmung aber nicht erfolgt ist;

4) daß mithin der in Frage stehende Akt, der unzweifelhaft eine wesentliche Kapitalveränderung im Sinne des Gesetzes enthält, ungültig und für die Beklagte unverbindlich ist.

Urtheil des Appellations- und Cassationshofes von Bern, vom 4. Mai 1855. (Zeitschrift für vaterländisches Recht. 1855. S. 257 f.)

II. Reallast. Universalität. Consolidation.

Die Gemeinde Münchenstein (Baselland) hatte für ihren der Kirchen- und Schulgutsverwaltung gehörigen Zehnt im Jahr 1847 sich zum Loskauf erklärt, aber nicht ebenso alle ihre Angehörigen, welche theilweise im alten Verhältniß fortgingen. Da kein Zwang zum Loskauf gegen den Pflichtigen besteht, bezog die Gemeinde von solchen den Zehnt fort. Unter ihnen auch von Conrad Kummler Rieder für ein Stück Land im Heiligholzboden, das er von der Gemeinde gekauft hatte. Dieser bestritt aber später den ursprünglichen Bestand einer Zehntlast auf diesem Grundstück. Die erste Instanz (Bezirksgericht Arlesheim) trat ihm bei:

Gegenüber der Behauptung universeller Zehntpflicht bezog sie sich darauf

daß allerdings der basellandschaftlichen Kirchen- und Schulgutsverwaltung der Ertrag aller dem alten Kantonstheil zugehörigen bestehenden Zehnten überlassen war, daß aber diese Zehntberechtigung einen bestimmten Umfang haben mußte, und dahier nie als von selbst verständlich auf alle in einer Gemarkung liegenden Güter ausgedehnt werden kann, denn

1) kann gemeinrechtlich eine allgemeine Zehntpflicht nicht erwiesen werden,

2) aus dem Umstande, daß in einer Flur die Zahl der zehntpflichtigen Ländereien entschieden die größere ist, läßt sich da, wo keine universelle Zehntpflicht dargethan, keine juristische Vermuthung für allgemeine Zehntpflichtigkeit aufstellen.

Der Kläger hätte sich für die Universalität auf eine Rathserkenntniß vom 25. Juli 1674 berufen, folgendermaßen lautend:

„Den Herren Pflegern sei auferlegt, den Zehnten ohne Unterschied von allem, was in den Zelgen gesät wird, zu beziehen, wie auch dieß ohne Unterschied aller Orten in MGHHerren Landschaft observirt wird, es hätte denn Einer Grund, einige sonderbare Gerechtigkeit aufzuweisen."

Die erste Instanz findet darin keine genügende Begründung, da aus derselben nicht klar ersichtlich ist, daß die Zehntpflicht auch auf Rottland sich bezieht, vielmehr angenommen werden muß, es habe dieselbe Bezug auf Aufbruch d. h. in Ackerland umgewandeltes Mattland, das früher den Heuzehnten stellte, was namentlich aus dem Ausdruck „Grünmatt" sich ergiebt, und andrerseits, indem diese Rathserkanntniß nur einen Specialfall beschlägt, der nie und nimmermehr ein landesrechtlicher und allgemein-gesetzlicher Charakter beigelegt werden kann, abgesehen davon, daß vor der Hand noch zu untersuchen wäre, ob dem Rathe wirklich die Befugniß zukam, von sich aus eine so wichtige Bestimmung über Novalzehntberechtigung zu treffen.

Die zweite Instanz dagegen erklärt:

Ueber die Zehntberechtigung der Rechtsvorfahrerin der Klägerin und die damit correspondirende, auf dem Gute ruhende Zehntlast, kann im Ernste kein Zweifel sein. Dem Zehnten sind bei uns alle Güter unterworfen, eigene und Lehen, Hofgüter und Zinsgüter, ja sogar das urbar gemachte Allmentland.

Vgl. Beiträge (der Basler historischen Gesellschaft) zur vaterländischen Geschichte II. Bd. insbesondere L. A. Burkhardt, die Verfassung der Landgrafschaft Sisgau V. pag. 364.

Damit stimmt auch die als Gesetz zu betrachtende Rathserkanntniß vom 25. Juli 1674 überein. Für die allgemeine Zehntpflicht spricht auch noch überdieß der wesentliche Umstand, daß gerade in dem Banne Basel die Grundstücke, welche von der Zehntlast

befreit sind, mit besondern Steinen begrenzt sind, welche als Wahrzeichen der Zehntfreiheit die Buchstaben Z. F. an sich tragen. Wenn nicht eine allgemeine Zehntpflicht bestanden hätte, wenn somit nicht die Vermuthung für die allgemeine Belastung der Güter spräche, so würde man nicht die zehntfreien Güter mit einem Wahrzeichen versehen haben, sondern es hätte das Umgekehrte der Fall sein müssen, man hätte nämlich, wenn die Vermuthung für die Zehntfreiheit gesprochen hätte, jene Güter, welche mit Zehnten belastet sind, mit dem Zeichen der Belastung versehen müssen. Die Regel bedarf keines besondern Wahrzeichens, wohl aber die Ausnahme. Der Umstand, daß das hier in Frage liegende Land früher Holzland war, steht dem Zehntrechte nicht entgegen, da die Zehntpflicht auch den sogenannten Neubruch, aufgebrochenes Mattland oder Waldboden trifft, welches Novalzehntrecht der Obrigkeit unbedingt zugesprochen ist durch die Rathserkanntnisse von **1642**, **1646**, **1674** und **1700**. Vgl. Zeitschrift für schweizerisches Recht III. Bd. 1s Heft. p. 58.

Für das Bestehen der Zehntberechtigung an Neubrüchen spricht auch noch der Umstand, daß zur Zeit des Vertrages zwischen der Kirchen- und Schulgutsverwaltung und der jetzigen Klägerin ein Theil des Landes aus Neubruch bestand und es unbestritten ist, daß gerade dieser Neubruch der Kirchen- und Schulgutsverwaltung zehntpflichtig war.

Es ist somit die Frage, ob die Rechtsvorfahrerin der Klägerin zum Zehntbezug berechtigt war, zu bejahen.

Der Beklagte behauptete aber, daß falls auch die Universalität des Zehnts zugegeben würde, die Zehntpflicht für das betreffende Grundstück im Heiligenholz aufgehört habe, als im Jahr **1850** (Okt. **2.**) dasselbe durch Kauf auf die Gemeinde Münchenstein übergegangen sei. Hierüber sagt das Urtheil der ersten Instanz:

„daß wenn auch angenommen werden könnte, das Heiligholzland, das in Folge Kaufs vom **2.** Okt. **1850** von der Kirchen- und Schulgutsverwaltung in die Hände der Gemeinde Münchenstein übergangen ist, sei von vornen herein zehntpflichtig gewesen, die Zehntpflicht in Folge Consolidation erloschen ist, da das Land immer in Besitz des Zehntberechtigten — der Kirche war; — daß somit die Gemeinde Münchenstein das Heiligholzland ohne Zehntlast übernommen hat und somit nicht befugt ist, ohne Einwilligung des Regierungsraths und der Betheiligten diese Zehntpflicht wieder frischerdings zu decretiren und aufleben zu lassen."

Die zweite Instanz erklärt sich folgendermaßen:

Was die Frage anbelangt, ob etwa durch die Abtretung des Grundeigenthums an die Klägerin oder durch spätere Verkommnisse

das bestehende Zehntrecht zu bestehen aufgehört habe, so muß diese Frage verneint werden.

Die Bezeichnung des Vertrages als „Loskauf" steht der Behauptung der Klägerin, daß sie in die Rechte der Kirchen- und Schulgutsverwaltung bezüglich des gekauften Zehntrechtes eingetreten, nicht entgegen, denn es ergiebt sich aus dem Vertrage sowohl, als aus allen demselben vorangegangenen und nachfolgenden Verhandlungen, daß die Gemeinde in die Rechte der Kirchen- und Schulgutsverwaltung eingetreten ist. Es wurde nicht die Zehntpflicht aufgehoben, sondern es wurde nur das Recht, den Zehnten zu beziehen, durch den fraglichen Vertrag alterirt. Es kam weder bei, noch vor, noch nach dem Vertrage die Frage zur Sprache, ob die zehntpflichtigen Güter im Besitze von Gemeindebürgern oder Ausmärkern sind, und es konnte auch diese Frage nicht in Anregung gebracht werden, da die Gemeinde durch den Vertrag — mag man denselben Loskauf oder Abkauf nennen — keine andere Absicht hatte, als ihre Gemarkung durch den Fortbezug des Zehntens und durch die Amortisirung des Ablösungscapitals mit der Zeit von der Zehntlast zu befreien. Dieses Geschäft der Befreiung der zehntpflichtigen Güter von der Zehntlast ist aber noch nicht beendigt und wenn daher die Klägerin durch den mit der Kirchen- und Schulgutsverwaltung abgeschlossenen Vertrag in deren Rechte eingetreten ist, und wenn letztere von dem hier in Frage liegenden Stück Land ohne Zweifel den Zehnten zu beziehen hatte, so steht dieses Recht auch der Klägerin zu, da durch den sogenannten Loskaufsvertrag das Zehntrecht und insbesondere das Recht des Zehntbezugs von Neubrüchen so wenig aufgehoben wurde, als ein anderes Verkommniß vorliegt, wodurch eine solche Befreiung der gesetzlich bestehenden Last hervorgerufen worden wäre.

Zieht man dazu noch in Betracht, daß eine Consolidation um deßwillen nicht angenommen werden kann, weil es sich hier nicht um eine durch Privat-Uebereinkunft hervorgerufene, sondern um eine durch das Gesetz festgesetzte Last handelt, welche dadurch, daß die Berechtigung und Verpflichtung in einer und derselben Person zusammentrifft, nicht erlöscht, sondern die Berechtigung nur so lange ruht, als diese Vereinigung besteht, dann aber und zwar kraft Gesetzes wieder auflebt, wenn die Vereinigung aufhört, so fällt auch diese Behauptung des Beklagten, als schließe der zwischen der Klägerin und der Kirchen- und Schulgutsverwaltung abgeschlossene Vertrag eine Erlöschung des Zehntrechtes in sich, dahin.

Auch von der Verjährung, auf welche man sich von Beklagter Seite beruft, kann hier keine Sprache sein, da es sich hier ja um den Zehnten von einem Grundstücke handelt, von welchem früher kein Zehnten zu entrichten war, die Verjährung aber erst von da an

laufen würde, wo der Zehnte hätte bezogen werden dürfen, aber nicht bezogen worden ist.

Urtheil des Bezirksgerichtes Arlesheim vom 14. März 1855 und des Obergerichtes von Baselland vom 29. Juni gl. J.
(Directe Mittheilung.)

III. Kauf. Garantie bei Circamaß*).

Die abgetretene thurgauische Klostercentralverwaltung schloß gegen Ende des Jahres 1851 mit dem Chef des bibliographischen Instituts in Hildburghausen einen Vertrag, welcher die Entäußerung des Klosters Fischingen um den Preis von 50,000 Gulden zum Zwecke hatte. Als Mitbewerber für den Ankauf des Klosters trat die Firma Imhof u. C. auf und zwar in der Ausdehnung, daß sie alles dem Staate gehörende Land zu erwerben wünschte, welches zur Ausbeutung der vorhandenen Wasserkräfte unentbehrlich schien. Die Staatsbehörden begünstigten die Firma und stellten die Forderung, daß für die außerhalb des Klosters liegenden Grundstücke eine der Größe und dem Schätzungswerthe entsprechende Summe bezahlt werde (Schreiben vom 29. Okt. gl. J.). Indem die Firma Imhof u. C. darauf einging, wünschte sie ihrerseits eine der Wirklichkeit möglichst nahestehende Garantie für das Gütermaß. In dem hierauf abgeschlossenen Kaufvertrag dd. 5. Jan. 1852 kommen folgende Stellen vor: „§. 9. Die Verkäuferin verpflichtet sich, bei einer genauern Ausmarkung der Kaufsobjecte den Käufern an die Hand zu gehen und die Hälfte der dießfallsigen Kosten zu tragen. §. 10. Die Käufer verpflichten sich, dem Staate von den übernommenen Grundstücken, die für die Baute von ein bis zwei Pfarrhäusern erforderlichen Bauplätze nebst Gartenland im Kaufpreise wieder abzutreten.“ — Die Maße waren als Circamaße durchweg aufgeführt. Nachträglich fanden sich aber bedeutende Abweichungen in den Maßen und die Käuferin erhob Reclamationen.

Der Centralverwalter richtete darauf an Hrn. Forstmeister Stähelin in Weinfelden (23. Febr. 1852) folgendes Schreiben: „Aus einem Berichte der Notariatskanzlei Fischingen ergiebt sich, daß der Hr. Imhof u. C. verkaufte Langwiesacker nach dem Kataster nur 5 Juch. 3¾ Vrlg. groß sein soll, während man denselben per 8 Juch. 17292 □′, einhaltlich Ihrer Abschatzungsverzeichnissen in den Kaufvertrag aufgenommen hat. Der Verwalter zu Fischingen

---

*) Vgl. Seuffert Archiv V. n. 278.

schreibt nun, daß die vorgenommene Vermessung auch wirklich kein größeres Maß herausstelle, daher wir in die unangenehme Lage versetzt würden, Hrn. Imhof u. C. eine Differenz von 2 Juch. 2¼ Vrlg. oder rh. Gld. 512½ vergüten zu müssen. Wir können kaum glauben, daß Sie sich bei der Abschatzung dieser Grundstücken um 2½ Juch. geirrt haben werden und erlauben uns deßhalb Sie um Ihre gefällige Berichterstattung über diesen Anstand anzugehen.

Am 26. Aug. gl. J. wurde von dem Angefragten folgende Erklärung ausgestellt.

„Die den Herren Imhof u. C. verkauften Fischingen-Güter sind unterm 5. Nov. 1851 abgeschätzt worden, wie folgt: (folgen die Maße.) Da vor dem Kaufsabschluß einer Vermessung im November 1851 nicht mehr statt gegeben werden konnte, so wurden die unter Nr. 1 bis und mit 9 verzeichneten Flächen ad oculos abgeschätzt, jedoch unter dem Vorbehalt, es solle eine nachträgliche Messung vorgenommen, das Mehr oder Weniger der geschätzten Größe hiedurch ermittelt, und mit Zugrundlegung der Schatzungssummen die Differenzen in Geld berechnet und zwischen Verkäufer und Käufer an Baar ausgeglichen werden. Das Flächenmaß von No. 10, 11, 12 und 13 ist aus der von Ingenieur Frevel angefertigten Karte entnommen und berechnet worden. En liegt dieselbe in Handen von Hrn. Forstmeister Kopp. Zu Hebung des waltenden Anstandes ist nun erforderlich: a. Vermessung der unter Nr. 1 bis und mit 9 verzeichneten Grundstücke. b. Verifikation der Flächenberechnungen von Nr. 10—13. c. Repartition der einzelnen Schatzungssummen nach den Flächendifferenzen und Ausgleichung von plus und minus. —

Die Ersatzleistung für das Fehlende resp. Abrechnung dafür wurde aber von der Regierung nicht gewährt und es wandten sich daher die Käufer an die Gerichte mit Beziehung auf obige Schreiben und die Thatsache, daß Vermessungen nur in Voraussetzung ertheilter Garantie einen Sinn haben und auch eine frühere Berufung der Klagparthei in einem Schreiben vom 19. März 1852 ohne Widerspruch von Seite der angegangenen Behörde gelassen worden sei.

Die beiden Instanzen traten aber der Ansicht der Regierung bei, die obere in Erwägung:

1) daß die Appellanten (Imhof u. C.), welche von dem Appellaten (Fiscus) durch Kaufvertrag vom 5. Jänner 1852 die Klostergebäulichkeiten zu Fischingen und verschiedene dazu gehörige Grundstücke gekauft haben, wegen mangelnden Gütermaßes eine Entschädigung von fl. 588. 9 Kr. einklagen, indem nämlich laut einer durch einen Abgeordneten der Finanzverwaltung vorgenommenen Vermessung enthalten:

a. Der Langwiesacker (Nr. 14) anstatt Juch.	8/20/000 □′	
nur =	5/19/290	
mithin zu wenig =	3/00/710 □′	
an Werth die Juchart zu fl. 200 . . .		fl. 603. 33
b. Die Weierwiese (Nr. 11) anstatt Juch.	4/05/000 □′	
nur =	3/28/590	
mithin zu wenig =	— 76/410 □′	
an Werth die Juchart zu fl. 300 . . .		= 123. 04
	zusammen	fl. 726. 37
woran der Appellat in Abzug bringen kann an Mehrmaß des Kirchwegackers (Nr. 13) Juch.	1/15/388 □′	
an Werth die Juch. zu fl. 100		fl. 138. 28
	bleibt	fl. 588. 9

2) daß die Ersatzpflicht des Appellaten für diese Maßdifferenz darauf gefußt wird, daß nach der mit der Kloster-Centralverwaltung und dem Forstinspectorate als Repräsentanten des Staats gepflogenen Kaufsunterhandlungen sowie auch nach dem Inhalte des Kaufvertrages selbst (1. Art. 5 und 10) die Contrahenten die Nebenverabredung getroffen haben, sich gegenseitig auf Basis einer nachträglich zu veranstaltenden trigonometrischen Vermessung der Grundstücke für ein bestimmtes Gütermaß in dem Sinne zu garantiren, daß für den Ueberschuß von den Appellanten und für das Mindermaß von dem Appellaten Ersatz geleistet werde,

3) daß in Würdigung des Kaufvertrages, welcher für den Willen der Contrahenten zunächst maßgebend ist, derselbe sowohl mit Bezug auf die einzelnen Grundstücke als auch in Hinsicht der Totalsumme auf Circamaß lautet, und daher diesem bestimmten definitiven Willensausspruche der Contrahenten gegenüber auf die frühern in Widerspruch tretenden Vertragsunterhandlungen nicht zurückgegangen werden kann, noch auch speziell die Vertragsartikel 5 und 10 eine diese Auffassung modificirende Bedeutung besitzen, zumal der erstere nur die Betheiligung des Staats bei einer genauen Ausmarkung der Kaufsobjecte festsetzt und der letztere lediglich den Revers zu Gunsten des Verkäufers enthält, daß ihm Boden für die Baute von 1 bis 2 Pfarrhäusern nebst Gartenland im Kaufpreise wieder abzutreten sei,

4) daß bei einer bloß approximativen Maßbestimmung der Sinn der Contrahenten dahin geht, daß eine ganz präzise Leistung nicht statt finde und daher eine Evictionspflicht in solchen Fällen nur insoweit besteht, als mit Bezug auf Maß und Werth der Vertragsobjecte eine in dem Grade erhebliche Differenz sich herausstellt, daß für den Richter die rechtliche Gewißheit entweder des Dolus ab Seite des Verkäufers oder des nicht übereinstimmenden Willens der Contrahenten vorliegt;

5) daß nun im gegebenen Falle eine derartige Ueberschreitung des Circamaßes nicht angenommen werden kann, weil es sich um einen Gesammtkauf und nicht um einen Separatvertrag für jedes einzelne Grundstück handelt, bei einem Gesammtverkaufe ein Eingehen auf Maß und Werth einzelner Grundstücke ohne Beziehung zu den übrigen nicht statthaft ist, sondern nur das Ganze maßgebend wird, und weil auf einen Complex von circa 87 Juchart ein von der appellatischen Parthei zwar bestrittener Manco von 2 Juchart 1732 □′ weder in Maß noch Werth im Sinne des Motiv 4 für den Richter erheblich ist.

Urtheil des Obergerichtes Thurgau vom 27. April 1854.
(Directe Mittheilung.)

IV. Gültbrief im Concurs. Rechtliche Stellung der Verwandtschaft bei Bevormundung eines Angehörigen.

Niklaus Baggenstoß besaß eine Gült von Pfund 2500, haftend auf einer Liegenschaft, genannt Dalacheren, in Thalwil (Nidwalden). Eine Gült ist eine unabkündbare, wohl aber unter Bedingungen ablösbare grundversicherte Ansprache, deren Zins zu 5 % jährlich zu Martini fällig wird.

Unterm 8. Mai 1852 verkaufte nun Baggenstoß diese Gült an Frau Josefa Christen, Ehefrau des früher in Concurs gerathenen Kaspar Ackermann um fl. 70. Obwohl das Nidwaldner Pfund zu 3 Batzen a. W. oder 9 ß berechnet wird, gelten dennoch Gülten, die auf einem Unterpfand haften, welches bedeutend mit früher errichteten Pfandrechten beschwert ist, viel weniger, als ihr Nennwerth besagt, eben weil durch die große, oft den Werth des Unterpfands übersteigende „Vorstellung“ das Pfandrecht einer solchen Gült sehr geschwächt wird.

Der Ehemann der Käuferin war, wie erwähnt, zur Zeit des Gültenkaufs im Concurs. Ein Gesetz, daß die Frau eines Concursiten unter Vormundschaft gestellt werden solle, bestand damals nicht. Die Frau handelte bei fraglichem Gültenkauf in eigenem Namen und für sich und nach ihrer Ansicht sowohl als nach der des Verkäufers, in Folge Concurses ihres Ehemannes im Zustand eigenen Rechtes.

Vier Tage später, also am 12. Mai gl. J., ward das Unterpfand fraglicher Gült, die Liegenschaft Dalacheren, auf diese Gült geworfen. Der „Wurf“ eines solchen Unterpfands ist die Realisirung des darauf haftenden Pfandrechts. Geräth nämlich der Eigenthümer eines solchen Unterpfandes in Concurs, so zieht vorab die Concurs-

behörde (Liquidations-Commission) das Unterpfand nebst dem übrigen Massaguthaben an sich und versucht dasselbe mittelst öffentlicher Auskündigung durch Verkauf zum Nutzen der Creditoren zu verwenden. Hierbei hat natürlich die Liquidations-Commission dafür zu sorgen, daß nicht bloß die auf dem Unterpfand haftenden Pfandrechte anerkannt, sondern auch die ausstehenden Zinse, soweit solche ebenfalls unterpfändlich versichert sind, ausgerichtet werden. Findet sich kein Käufer, was bei überlasteten Gütern oft der Fall ist, so wirft die Liquidations-Commission das Unterpfand dem letzten Pfandrechte oder dessen Guthaben zu. Dieses hat acht Tage Zeit, sich zu bedenken, ob es das Unterpfand behalten wolle oder nicht. Geschieht ersteres, so hat der Inhaber alle vorgängigen Pfandrechte anzuerkennen. Will er das Unterpfand nicht behalten, so muß er sein Pfandrecht zernichten lassen, stellt das Unterpfand dem nächstfolgenden Pfandrechte zu und tritt für sein Guthaben als gemeiner Creditor auf. Auf den Wurf eines Unterpfandes ohne Concurs kommen wir später zu sprechen.

In Folge eines Concurses des Besitzers der Dalacheren wurde dieses Unterpfand geworfen. Das letzte darauf haftende Pfandrecht war die sub 8. Mai 1852 von Jos. Christen erkaufte Gült von Pfund 2500. Es wurde somit diese Liegenschaft der Jos. Christen angeboten. Diese nahm das Unterpfand an und behielt es. Damit war zugleich von ihrer Seite die Anerkennung aller vorgängigen Pfandrechte so wie der grundversicherten Zinse ausgesprochen. In Folge dessen wurde sie nicht nur Schuldnerin für den seit Martini 1851 laufenden zu Martini 1852 fällig werdenden Zins; auch der frühere, zu Martini 1851 verfallene Zins, der seit Martini 1850 gelaufen, war ausstehend. Nach Nidwaldner-Landrecht nun haftete dieser letztere im Sommer 1852 noch ohne Weiteres als unterpfändlich versichert auf dem Unterpfand als sogenannter „neuer Zins." Nach Martini 1852 dagegen ward er „alter Zins" und haftete dann nicht mehr auf dem Gute, sondern, wenn ihn der Gläubiger bis Martini 1852 nicht erhielt, so mußte er, wollte er ihn nicht zur laufenden Kopfschuld werden lassen, spätestens Nachts 12 Uhr vor Martini 1852 zur Execution seines Pfandrechts schreiten, d. h. durch den sogenannten „Schatz auf die letzte Gült" den Concurs des Schuldners resp. Wurf des Unterpfandes veranlassen. Geschah dieß, so waren dann die 1851 verfallenen Zinse neuerdings unterpfändlich versichert, d. h. der künftige Uebernehmer des Unterpfandes hatte auch sie anzuerkennen und auszurichten.

Wie erzählt, nahm die Jos. Christen das angebotene Unterpfand an, behielt und benutzte dasselbe.

Im Herbst gleichen Jahres fand nun die „Freundschaft" (Verwandtenrath) der Jos. Christen gut, dieselbe unter Vormundschaft

zu stellen. Durch Verhängen der Vormundschaft über eine Person macht sich die dießfällige Freundschaft für alle von der zu bevogtigenden Person vor und während der Vogtei derselben eingegangenen rechtlichen Schulden persönlich verantwortlich. Dafür fällt ihr das Vermögen des Vögtlings zur Verwendung anheim. Subsidiär aber haften alle Glieder der Freundschaft mit ihrem Hab und Gut. Eine solche Freundschaft hat hingegen, wenn sie den ökonomischen Zuständen eines zu bevogtenden Familiengliedes mißtraut, das Recht, ein Beneficium Inventarii aufnehmen zu lassen. Und wenn nach Maßgabe desselben das Soll das Haben übersteigt, einen Concurs anzuordnen, in Folge dessen dann, weil kein Vermögen nach geschehener Liquidation mehr vorhanden ist, die Bevormundung unterbleibt. — Von diesem Rechtsmittel machte nun aber im vorliegenden Falle die Freundschaft der Josefa Christen keinen Gebrauch, sondern es wurde unterm 20. Sept. 1852 die Vormundschaft erkannt und vollzogen.

Es kam nun Martini 1852. Die Ansprecher der zu Martini 1851 verfallenen Zinsen, wenn sie solchen fernerhin ihr Unterpfand sichern wollten, mußten zur Execution schreiten. Im gegenwärtigen Falle indessen hätten sie, auch ohne diese vorzunehmen, ruhig Martini vorbeilassen dürfen. Denn die Freundschaft der Christen mußte für deren vor und während der Vogtei entstandenen Schulden einstehen. Wäre nun zu Martini 1852 die Execution nicht erfolgt, so hätte allerdings der nun alt werdende 1851 Zins sein Unterpfand verloren und wäre als bloße Kopfschuld dagestanden. Da aber die gesamte Freundschaft der Christen hiefür solidarisch haftete und solid genug war, so wären die Ansprecher auch ohne Execution nicht gefährdet worden.

Die Zinsansprecher des 1851-Zinses forderten nun Bezahlung oder anderwärtige Sicherheit für diesen Zins. Die Freundschaft weigerte sich, diesem Begehren zu entsprechen; die Christen konnte ihm nicht entsprechen und somit trieben sie die Christen in Concurs.

Der Fehler, der hierbei begangen worden, war offenbar der, daß der Concurs nur bezüglich der Person der Josefa Christen eröffnet und geführt wurde, und von dem rechtlichen Verhältniß der Freundschaft hierbei vollständig abgesehen wurde. Dieses Verhältniß der Freundschaft gestaltet sich nämlich nicht bloß etwa als Bürgschaft. Mit Einführung der Vormundschaft ging wie die Schuldenlast, so das Vermögen des Vögtlings an die Freundschaft über. Die Freundschaft bildete eine Art Societät, mit dem Zwecke, die Schulden der Josefa Christen zu tilgen und deren Unterhalt zu besorgen, wofür ihr das Vermögen der Christen anheimstand, beinebens aber jedes Mitglied persönlich mit Hab und Gut haftete. War ihr der Unterhalt des Vögtlings zu schwer, so mochte sie ihn

der Armenverwaltung übergeben. Die bis dato vorhandenen Passiva aber hatte immerhin die Freundschaft zu tragen.

Indessen wurde das Verfahren für Einbringung der 1851-Zinse nicht nur nicht gegen die Freundschaft gerichtet, sondern es wurde, allerdings auf unerklärliche Weise, überhin dem nur über die Josefa Christen eröffneten Concurse auch das in der Hand der Freundschaft liegende Vermögen derselben nicht unterworfen. Vielmehr verfuhr die Liquidations-Commission nun so, als ob die Freundschaft mit den in ihrem faktischen Besitz befindlichen Vermögensstücken der Josefa Christen eine vom Schuldner total verschiedene Person bilden würde. Dieses Verfahren würde sich selbst dann nicht rechtfertigen, wenn das Verhältniß der Freundschaft als dasjenige einer Bürgschaft für die Passiva der Christen betrachtet worden wäre. In diesem Falle wäre allerdings der Concurs einzig über letztere zu eröffnen und zu vollführen gewesen. Wer immer dann von ihren Creditoren hierbei zu Schaden gekommen, der hätte sich an der Freundschaft als Bürgen erholen können. Immerhin aber begreift sich nicht, wie auch in diesem Falle nicht alle Activa der Concursitin dem Concurs hätten unterworfen werden sollen.

Genug, die Liquidations-Commission schlug das bezeichnete Verfahren ein. Sie fand unter den, im unmittelbaren Besitz der Concursitin vorhandenen Activa das Gut Dalacheren. Dieses als Massaguthaben anfgreifend, suchte sie es durch Verkauf an Mann zu bringen und als dieses nicht gelang, beschloß sie sich seiner durch Wurf auf die letzte Gült zu entledigen. Dieses jüngste Pfandrecht bestand nun in unsern bekannten Pfd. 2500, welche als Eigenthum des Vögtlings, resp. der Soll und Haben desselben übernehmenden Freundschaft in der Hand der letztern lag, jedoch, wie erwähnt, vom Concurs bishin unberührt blieb und von der Liquidations-Commission als Vermögen einer dritten Person betrachtet und behandelt wurde.

Obwohl mit jedem Wurf eines Unterpfands auf ein Pfandrecht, welches das Unterpfand annimmt und behält, eine Confusio von Rechten entsteht, da Pfandgläubiger und Eigenthümer eine Person wird, bleiben diese Rechte doch formell gesondert, ja es kann durch Veräußerung des einen oder andern jeden Augenblick auch wieder eine materielle Sönderung eintreten, so daß es sich gar leicht denken läßt, daß ohne regelwidriges Verfahren wiederholt auf dieselbe Gült ein Gut geworfen wird. So drohte nun auch unsern Pf. 2500, auf die schon sub 8. Mai 1852 die Dalacheren geworfen worden, dieser Wurf zum zweiten Male.

Bevor jedoch dieser erfolgte, mochte die Freundschaft der Concursitin, tiefer blickend und die Verhältnisse schärfer als die Concursbehörde es that, in's Auge fassend, fühlen, daß ihr, bei allen

bisherigen, ihr günstigen Mißgriffen der Concursverwaltung, Uebles drohe. Dieses soviel möglich abzuwenden, trat sie gegen Baggenstoß mit der Behauptung auf, daß der Gültkauf vom 8. Mai 1852 nichtig sei, vorschützend, Baggenstoß habe diese Gült der Josefa Christen als hinterm Ehemann stehender Frau nicht verkaufen dürfen, da Frauengut „weder schwinen noch wachsen könne." Wenn die Gült für den Ehemann gekauft worden sei, so sei der Kauf wieder nichtig, weil es hiefür, auch bei unbevormundeten Eheweibern der Einwilligung dreier Freunde bedürfe, welche nicht erfolgt sei. Die Freundschaft sah nämlich ein, daß wenn dieser Kauf in Kraft bleibe, somit die Josefa Christen durch Wurf vom 12. Mai 1852 rechtmäßige Eigenthümerin der Dalachern geworden sei, sie (die Freundschaft) als Uebernehmerin von Soll und Haben der Concursitin wohl kaum der Entrichtung der Zinsen von 1851 und 1852 entgehen werde, als Schulden, die vor und während der Vogtei entstanden. Ebenso und aus gleichem Grunde war in diesem Falle die Freundschaft zur Entrichtung des noch nicht bezahlten Kaufpreises der Gült verbunden. Endlich mochte sich fragen, ob in diesem Falle die Freundschaft nicht auch noch zu Entrichtung des 1853-Zinses und der erforderlichen Reparaturen der Gebäude auf der Dalachern angehalten werden könne. Wir haben nämlich oben gezeigt, daß eine Bevogtigung verhängende Freundschaft gewisser Maßen als Eigenthümerin der Activa des Vögtlings erscheint, gleich wie sie auch dessen Passiva auf eigene Verantwortlichkeit zu tilgen hat. Ist das richtig und war der Gültkauf rechtsbeständig, so erschien die Freundschaft als Eigenthümerin der Dalachern. Der Eigenthümer eines Unterpfandes nun, der nicht im Concurs ist, kann dieses sein Unterpfand auf das letzte Pfandrecht nur dann werfen, wenn er 1. den Wurf zu Martini thut; 2. die bis zu diesem Zeitpunkt erlaufenen Zinse der auf dem Unterpfand haftenden Pfandrechte entrichtet hat und 3. Gebäude, Häge ꝛc. in gutem Zustande hinterlassen werden. Nun war es bereits December 1852, also Martini vorbei; die Freundschaft war ferner nicht im Concurs. Wurde also erkannt, sie sei Eigenthümerin der Dalachern, so mußte sie wider Sinn und Willen solche wenigstens bis Martini 1853 behalten und mochte sich ihrer dennoch nicht erledigen, außer wenn der 1853-Zins entrichtet und die Liegenschaft in gutem Zustande hinterlassen würde.

Gelang es, den Gültkauf umzustoßen und rechtlich als nichtig zu erklären, so traf gleiches Loos den Baggenstoß. Er war alsdann nach wie vor dem 8. Mai 1852 Eigenthümer der Gült. Unterm 12. Mai 1852 war dann die Dalachern auf ihn gekommen. Er hatte sie, weil von ihm aus binnen 8 Tagen kein Wurf an ein folgendes Pfandrecht erfolgt war, behalten, mußte somit die verfallenen Zinse anerkennen und als aufrechtstehender Mann konnte

er nicht eher, als zu Martini 1853 nach Erfüllung der nöthigen Requisite der leidigen Herrschaft los werden. Ueberhin war es für ihn in diesem Falle natürlich um seinen Preis von fl. 70 geschehen. Baggenstoß vertheidigte auf Leib und Leben die Rechtsgültigkeit seines Gültverkaufs.

Da solcher Art die Liquidations-Commission im Ungewissen war, wen sie als Eigenthümer der fraglichen Pf. 2500 betrachten sollte, warf sie, um auf keinen Fall zu fehlen, das Unterpfand Dalachern eventuell auf beide, die Freundschaft und Baggenstoß, ihnen überlassend, selbst auszumachen, wer von ihnen der rechte sei. Man könnte fragen, ob ein solcher Wurf formell richtig sei, und ob nicht eine bestimmte Person von der Liquidations-Commission als diejenige hätte bezeichnet wrrden sollen, der der Wurf angeboten ward. Erwägt man aber, daß nicht die Person, sondern die Gült den Wurf nach sich zieht und letztere jedenfalls ausgemittelt war, so erscheint es allerdings nicht als Aufgabe der Concursbehörde, streitiges Eigenthumsrecht an einer solchen Gült auszumitteln. Hierbei sehen wir natürlich von dem schon erwähnten Umstand ab, daß im vorliegenden Falle irriger Weise die Freundschaft der Christen als eine vom Schuldner verschiedene Person, das in ihrer Hand liegende Vermögen der Josefa Christen als dem Concurs freistehendes Vermögen betrachtet wurde, Umstände, die allerdings im höchsten Grade Zweifel über die Rechtsmäßigkeit dieses Wurfs der Dalachern zu erregen geeignet waren.

Die Freundschaft und Baggenstoß hatten sich nun beide, vorausgesetzt, der an sie ergangene Wurf des Unterpfandes habe an und für sich seine Richttgkeit, innert 8 Tagen zu erklären, ob sie das Unterpfand behalten oder dessen Wurf unter Zernichtung ihres Pfandrechtes an das nächstfolgende Pfandrecht thun wollten. Es war ihnen aber unmöglich, in dieser Frist ihren Streit über das Eigenthum an der Gült zu beseitigen. Unter solchen Umständen gingen sie in so weit in das Verfahren der Liquidations-Commission ein, daß sie den von dieser an sie ergangenen Wurf der Dalachern als gesetzlich und regelrecht betrachteten, einstweilen von ihrem eigenen Streit absahen und, da Niemand von ihnen das sehr belastete Unterpfand anzunehmen und zu behalten geneigt war, unter Vorbehalt der Rechte unter sich, gemeinsam die fraglichen Pf. 2500 zernichten ließen und das Unterpfand der nächstfolgenden Gült zuwarfen. Gelang es, daß irgend ein folgendes Pfandrecht auf dem Wege dieses solcher Art angebahnten Wurfes das Unterpfand annahm und behielt, so war die Freundschaft und Baggenstoß jeder Zinslast enthoben, da diese mit dem Wurf gleich frei ausging; ihr eigener Streit konnte sich dann höchstens noch um den Kaufpreis der Gült von 70 fl. handeln, die Zernichtung der letztern konnte sie um so weniger schmer-

zen, da ohnehin keiner von ihnen Eigenthümer derselben sein wollte.

Der Wurf kam nun an Hartmann Odermatt, Eigenthümer des dieser Gült unmittelbar vorgehenden Pfandrechts. Bei diesem gestaltete sich die Frage über die Rechtmäßigkeit des im Gange liegenden Wurfes ganz anders. War der Wurf der Dalachern rechtmäßig an ihn gekommen, so hatte es entweder das Gut und damit den **1851**- und **1852**-Zins zu übernehmen, solches wenigstens bis Martini **1853** zu behalten und somit auch den **1853**-Zins zu entrichten, — oder aber er mußte den Wurf an das folgende Pfandrecht überlassen, dann aber seine Gült zernichten — beides war nur mit Nachtheilen für ihn verbunden. Gelang es ihm aber nachzuweisen, daß der Wurf von unrechtlicher Quelle ausgegangen, konnte er einen nicht im Concurs liegenden Eigenthümer des Unterpfandes nachweisen, der am **17.** Dec., unter welchem Datum der Wurf an Odermatt erging, laut Gesetz als aufrechtstehender Mann nicht zu werfen befugt war, so hatte sich Odermatt mit Unterpfand und Zinslast nicht nur nicht zu befassen, sondern seine Gült blieb überhin in Kraft und der Eigenthümer der Dalachern mußte solche anerkennen und verzinsen. Odermatt erhob somit gegen die Freundschaft und Baggenstoß Streit und behauptete, daß der an ihn ergangene Wurf nichtig sei, indem Freundschaft oder Baggenstoß als Eigenthümer der Liegenschaft zu betrachten und somit unter keinen Umständen berechtigt gewesen seien, am **17.** Dec. **1852** auf ihn einen Wurf zu thun, eventuell hätten sie jedenfalls alten und neuen Zins (**1851**- und **1852**-Zins) zu entrichten. — Die Gegenparthei wagte es nicht, den geschehenen Wurf mit allen seinen rechtlichen Consequenzen zu behaupten, sondern ging auf den Eventualantrag Odermatts ein, indem sie behauptete, daß zwar der Wurf an und für sich seine Richtigkeit habe, doch aber könne Odermatt nicht mit den **1851**- und **1852**-Zinsen belastet werden, sondern wer diese zu tragen habe, werde durch den Streit über das Eigenthum der Gült von Pf. **2500** zwischen Baggenstoß und der Freundschaft entschieden. Diese Trennung der Frage über die Richtigkeit des Wurfs und über die Uebernahme der Zinse war eine unnatürliche und nur aus der verkehrten Einleitung des Concurses hervorgegangen. Ein Gutswurf geht entweder zu Martini von einem nicht im Concurs befindlichen (aufrechtstehenden) Eigenthümer aus. Dann kann von einer Zinsübernahme überall keine Rede sein, weil in diesem Fall der Werfende laut Gesetz, bevor er wirft, alle Zinsen entrichten muß. Oder es geschieht ein Wurf in Folge eines Concurses. Dann geht die Zinslast mit dem Unterpfand gleichen Schritts von einem Gülteigenthümer zum andern. Indem nun aber im vorliegenden Falle die Concursbehörde den fraglichen Wurf so behandelte, als ob er

einfach durch einen in Concurs gerathenen Eigenthümers des Unterpfandes erfolgt sei, gab sie hiedurch den eventuellen Eigenthümern der Pf. 2500 Anlaß, die Behauptung geltend zu machen, daß sie vollkommen befugt seien, diesen auf sie gekommenen Wurf weiter zu befördern. Das Unterpfand eines Concursiten nämlich kann zu allen Jahreszeiten dem Wurfe unterstellt werden, auch ohne Tilgung der ausstehenden Zinse. Der Pfandgläubiger, welcher den Wurf erhält, kann, auch wenn er aufrechtstehender Mann ist, gegen Zernichtung seines Pfandrechts dann den an ihn gekommenen Wurf weiter thun. Nur der primitive Wurf darf nicht von einem aufrechtstehenden Eigenthümer, außer zu Martini und nach Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse, ausgehen. Auf die Grundsätze dieses Verfahrens gestützt, behauptete die Freundschaft und Baggenstoß, auf jeden Fall mit Recht den von der Concursitin an sie gekommene Wurf auf Hartmann Odermatt gethan zu haben. Andererseits fühlten sie, die Freundschaft wegen Verhängung der Vogtei, Baggenstoß auf den Fall der Richtigkeit des Gültverkaufs, daß einer von ihnen zu Martini 1852 Eigenthümer des Unterpfandes gewesen und es bestritt daher namentlich die Freundschaft nicht, die Zinslast des Jahres 1851 und 1852 tilgen zu wollen, sofern der Gültkauf seine Richtigkeit habe.

Gelang es, diese Ansicht zur Geltung zu bringen, so waren Freundschaft und Baggenstoß wenigstens der Entrichtung der 1853-Zinsen und der Besorgung des Gutes enthoben. Odermatt begnügte sich indessen nicht mit der Annahme seines Eventual-Antrages, sondern forderte beharrlich voraus den Entscheid über die Richtigkeit des Wurfs.

Der Streit gelangte nun zwischen allen drei Partheien vor Gericht, dergestalt, daß Odermatt gegen die Freundschaft und Baggenstoß die Gültigkeit des Wurfes bestritt, diese dagegen gegen ersteren unter den angegebenen Modificationen die Richtigkeit des Wurfes behaupteten, sodann hinwieder unter sich die Richtigkeit des Gültverkaufs zur Beurtheilung vorlegten.

Noch läßt sich fragen, ob nicht zur Beurtheilung der Richtigkeit des Wurfs an Hartmann Odermatt auch die Concursbehörde hätte vorgeladen werden sollen? Es konnte diese Frage nämlich unmöglich gründlich beurtheilt werden, ohne die rechtliche Natur des primitiven Wurfs zu prüfen. War der Wurf an Odermatt nichtig, so konnte er es nur darum sein, weil das Unterpfand seit dem 12. Mai 1852 in der Hand eines aufrechtstehenden Eigenthümers war, also die Concursbehörde unrichtig den Wurf vollzogen hatte. Ohne Belangung der Concursbehörde aber konnte sich diese über ihre Handlungsweise nicht rechtfertigen.

Das Gericht mochte indessen diesen Umstand nicht erheblich fin-

den, sondern ging in Sache ein und erkannte hinsichtlich folgender Rechtsfragen:

1. Ob Vogt und Freundschaft der Frau Josefa Christen oder Niklaus Baggenstoß Inhaber der Dalachern sei?

2. Ob der Inhaber der Dalachern selbe sub 17. Christm. habe werfen können?

3. Ob Vogt und Freundschaft Betreff des sub 8. Mai 1852 stattgefundenen Gültenkaufs an Nikl. Baggenstoß fl. 70 zu zahlen haben oder nicht?

betreffend erster Rechtsfrage,
in Betracht:

a. Nicht widersprochen wird, daß laut vorgelegtem Zedel Frau Josefa Christen von Hrn. Nikl. Baggenstoß sub 8. Mai 1852 auf der Dalachern Pfund 2500 Gülten für fl. 70 erkauft hat;

b. Kaspar Ackermann als Ehemann der Josefa Christen damals im Falliment war, folglich seine Vormundschaft über die Frau aufgehört hatte;

c. das Gesetz (V. Theil Fol. 52) zwar allerdings ausspricht, daß eine Frau nur mit Gutheißen drei nächster Freunde für ihren Ehemann Versprechungen machen könne, dieses Gesetz aber hier keine Anwendung findet, weil die Frau benannte Gült für sich und nicht für den Ehemann erkauft hat;

d. das Gut Dalachern am 12. Mai auf besagte, der Josefa Christen eigenthümliche Gült geworfen und die Liegenschaft von benannter Frau behalten wurde;

e. Vogt und Freundschaft, nachdem die Frau am 20. Sept. bevogtet worden, keinerlei Einsprache gegen das Besitzen der Dalachern von Seite der Vogtsfrau gemacht haben;

demnach zu Recht erkannt:

Es sei Frau Josefa Christen mit dem unterm 12. Mai 1852 angenommenen Wurfe der Dalachern Inhaberin dieser Liegenschaft geworden;

betreffend zweiter Rechtsfrage:
in Betracht:

a. bereits erkannt worden, daß Frau Jos. Christen am 12. Mai 1852 Inhaberin der Dalachrrn geworden ist und die Freundschaft mit der am 20. Sept. erfolgten Bevogtung Sollen und Haben der Bevogteten und so auch deren Liegenschaft ohne Einsprache übernommen haben;

b. Vogt und Freundschaft keinen Gültenruf der Frau verlangt hatten, somit die Liegenschaft immer in ihren Handen und unter ihrer Disposition verblieben war und folglich sie dieselbe laut Gesetz (V. Theil Fol. 70) spätestens 8 Tage nach Martini hätte aufwerfen können;

erkannt:

Es sei der am 17. Dec. erfolgte Aufwurf als ungültig und Vogt und Freundschaft der Frau Josefa Christen als wirkliche Liegenschaftsinhaber erklärt,

hinsichtlich letzter Rechtsfrage:

Ob Vogt und Freundschaft Betreff des unterm 8. Mai 1852 stattgefundenen Gültenkaufs an Nikl. Baggenstoß fl. 70 zu zahlen haben oder nicht,

wird

mit Hinsicht auf bereits vorstehende Erwägungsgründe, daß von Seite der Frau Jos. Christen der Gültenkauf stattgefunden und die Freundschaft zur Zeit der Bevogtung der Frau gegen die Uebernahme der Liegenschaft keine Einsprache gemacht habe;

erkannt:

Es seien Vogt und Freundschaft gehalten, dem Hrn. Niklaus Baggenstoß die Kaufzahlung von fl. 70 zu entrichten.

Spruch des Geschwornengerichts von Stans vom 28. Jänner 1853. (Directe Mittheilung.)

V. Pfand. Verkäuflichkeit des Pfandertrages.

Martin Hotz von Baar hatte am 19. Sept. 1852 von Christian Widmer 11 Klafter Heu bezogen und bezahlt. Hinterher (am 21. Oct. 1851) fiel Widmer in Concurs. Xaver Stadler, ebenfalls von Baar, klagte auf Aufhebung des Kaufs, da das fragliche Heu Ertrag des Kuzeln-Heimwesens sei, welches ihm, Stadler, für ein Capital von Fr. 400 verpfändet sei. Er habe dieses Capital bereits auf St. Johann 1851 gekündigt und könne sich für unbezahlten Zins an den „Blumen" halten, und zwar nach Analogie der Falliments-ordnung,[1]) umgekehrt der Eigenthümer den Blumen, „worunter auch geschnittenes Heu zu verstehen, vom Einsammeln bis auf den jährlichen Ruffsonntag (zweiter Sonntag im December) nur für Zinsforderungen eines auf dem Gute Unterpfand habenden Capitals zu Pfand geben resp. veräußern" (Rechtstriebgesetz vom 23. Oct. 1815. §. 11.)

Das Kantonsgericht wies aber den Kläger ab und stützte sich darauf,

daß die Contrahenten sowohl zur Zeit des fraglichen Kaufes,

---

[1]) Fallimentsordnung vom 18. Mai 1818. §. 1. Das Falliment erfolgt: f. wenn der Schuldner boshafter, hinterlistiger oder gewaltsamer Weise das Unterpfand vernachläßigen, schädigen oder den Raub (Blumen) ab demselben wegschleppen oder verschleipfen würde. Vgl. mit §. 7. l. c. desselben Gesetzes.

als der Abführung des Heues erwiesenermaßen vollkommen contraktsfähig waren, laut Weibelzeugniß vom 29. Nov. abhin gedachter Widmer damals in seiner Dispositionsfähigkeit in keiner Weise weder überhaupt, noch durch Generalarrest gehemmt war;

daß dieser Akt vom 18. Sept. sich als Kaufcontrakt qualifizirt, die vom Kläger angerufenen §§. des Falliments- und Rechttriebsgesetzes hierorts keine Anwendung finden, da dieselben nur auf pfandschaftliche Fahrhabverschreibungen Beziehung haben;

daß §. 20 lit. c. [1]) und besonders der Schluß des §. 29 des Fallimentsges. [2]) die Rechtsbeständigkeit derartiger Käufe im Allgemeinen und speciell selbst für den Fall anerkennt, wo die verkauften Gegenstände sich noch auf dem im Falliment liegenden Gute befinden;

und daß laut §. 7 Schlußsatz [3]) des Fallimentsgesetzes bei allfälliger Schwächung der Unterpfande den Creditoren Rechte zur Wahrung vor Schädigung derselben eingeräumt sind, wovon Kläger aber keinen Gebrauch gemacht hat.

Urtheil des Cantonsgerichts Zug vom 27. Dec. 1851 und des Obergerichts vom 18. Febr. 1852.

(Directe Mittheilung.)

VI. Bürgschaft. Beziehung der Unterschriften zu einander.

In der Erbbereinigung des Johannes Weber, gew. Großraths, von Utzenstorf, als einen Bürgen des Johannes Gygli, Lehenmüllers zu Landshut, verlangte der Staat für Lehenzinse von der Mühle zu Lands-

---

[1]) In die Auffallsmasse für Brief und Siegel fallen c. sämtliche jährlich auf dem Unterpfande von Einerntung der Feldfrüchte an bis auf den Rufsonntag eingesammelten Ergebnisse oder deren unbezahlter Kaufertrag, jedoch nur insofern das Falliment binnen obenbemerkter Zeitfrist ergeht.

[2]) Hat Jemand mit dem Falliten, insofern dieser durch kein gesetzliches Hinderniß gehemmt war, einen Kauf geschlossen und findet sich der erkaufte Gegenstand noch auf dem Unterpfande, so hat er bei Rechtsverlurst seine Ansprache darauf bei der Auffallsrechnung einzugeben.

[3]) Der Gläubiger wird solche (Schädigungen) durch den betreffenden Gemeindeweibel und zwei unpartheiische Männer, wovon der Gläubiger den einen, der Schuldner den andern wählt, bewahrheiten und sich hiefür von ihnen ein schriftliches Zeugniß ausstellen lassen, wonach ohne Weiteres das Falliment erfolgt.

hut, Ehrschatz, Entschädigung und Kosten Fr. 10996. 10 Rp. a. W. Diese Klage wurde insbesondere gegründet auf einen Bürgschaftsbrief, datirt vom 25. Dec. 1835, in dem sich für die Erfüllung der vom Erblehenmüller, Johannes Gygli, in Folge des zwischen dem Finanzdepartement und ihm abgeschlossenen Erblehenbriefs übernommenen Verpflichtungen als wahre und unbedingte Bürgen verpflichteten die Herren Jakob Gygli, Saager, Jakob Gruber, Weibel, Johann von Arx, Sam. Alt und Joh. Weber, alt Großrath. Die Aechtheit der Unterschriften, sowie die Habhaftigkeit dieser Bürgen wurde darin vom Regierungsstatthalter von Fraubrunnen bescheinigt.

Dennoch wurde die Aechtheit der Unterschrift des Samuel Alt von den Beklagten angefochten und auch von den Sachverständigen als zweifelhaft bezeichnet.

Die zweite Instanz erklärte diese Frage erheblich und wies den Kläger ab, in Betracht:

1) daß die in Frage stehende Bürgschaftsverpflichtung vom 25. Dec. 1835 für den Bürgen, alt Großrath Weber sel., niemals zu vollständiger Rechtskraft gelangt, und daher auch für die beklagten Erben desselben nicht verbindlich ist, weil die dem genannten Bürgschaftsakte beigesetzte Unterschrift des angeblichen Bürgen Samuel Alt erwiesenermaßen unächt ist;

2) daß daher der Staat in der gerichtlichen Bereinigung der Verlassenschaft des Bürgen Johann Weber sel. für seine eingereichte Ansprache nicht angewiesen werden kann.

Urtheil des Appellations- und Cassationshofes von Bern, vom 15. Jun. 1845. (Zeitschrift für vaterländisches Recht. 1855. S. 57 f.)

VII. Gesellschaft. Actiengesellschaft. Austritt.

In Cherbres (Waadt) hatte sich im Jahr 1844 eine Milchgenossenschaft unter 68 Theilhabern gebildet und Land gekauft und Gebäude errichtet, Alles zu Verwendung der auf ihren Gütern erzeugten Milch für Käsebereitung. Einer der Genossen, Jean Isaac Forney, hinterließ nach seinem Tode seinen Antheil seiner Tochter, welche mit Cession vom 24. Juli 1854 diese Actie aus der Erbtheilung erhielt. — Die Statuten von 1845 forderten:

„Que la dissolution de la Société ne pourra avoir lieu qu'à la majorité des deux tiers des associés, que celui qui héritera une ou plusieurs actions et qui aura son domicile hors de la commune, ne pourra pas porter son lait à la fruiterie, à moins qu'il ne soit reçu par les deux tiers des associés, ou qu'il ne vienne établir son domicile dans la commune;

Que celui qui voudra se retirer de la Société le pourra quand il le voudra, mais il ne retirera pour toutes ses prétentions que la mise en fonds soit 16 francs.

Als nun Jean Claude Roguive den Eintritt kraft der seiner Ehefrau zustehenden Cession verlangte und seinen Antheil Milch einliefern wollte, weigerte die Gesellschaft seine Aufnahme.

Ihr trat im Widerspruch mit der ersten Instanz der waadtländische Cassationshof bei:

Considérant que, par son objet, la Société susmentionnée ne pourrait être envisagée comme société commerciale, puisqu'elle ne fait aucun acte de commerce; que son caractère est celui d'une des sociétés ou indivisions mentionnées aux articles 1316 [1]) et 1356 [2]) du code civil et qui sont régies par les lois concernant les sociétés civiles;

Qu'en outre l'indivision résultant de l'association dont il s'agit n'est pas l'état prévu à l'art. 752 [3]) du dit code, qui ne concerne essentiellement que l'indivision résultant de succession par héritage.

Considérant que les dispositions contenues au tittre VII du contrat de société (art. 1316 et suivants du code civil) sont des dispositions impératives et d'ordre public pour tout ce qui règle les relations de la société avec des tiers; que ces dispositions ne peuvent être supprimées ou altérées par des règlements ou actes de société, puisqu'elles ont pour but la garantie des droits des personnes étrangères à l'association vis-à-vis de la personne morale de la société.

Considérant, d'un autre côté, qu'il ne peut être de même quant aux relations des associés entre eux; que le droit leur demeure d'établir ces relations selon qu'ils le jugent convenable ou avantageux, sauf toutefois ce qui pourrait toucher à l'ordre public;

Qu'ainsi, il leur est licite de convenir soit d'une durée à terme ou illimitée de leur association, soit des cas où la dissolution aura lieu, et de prévoir les événements qui ne seront pas une cause de dissolution de la société;

---

[1]) Art. 1316. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

[2]) Art. 1356. Toute autre indivision que celle qui fait l'objet du présent chapitre, se règle par les lois concernant la société.

[3]) Art. 752. Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires.

On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité: cette convention ne peut être obligatoire au delà de cinq ans; mais elle peut être renouvelée.

Que c'est bien ainsi que le code l'entend, puisque, dans aucune dispositon sur le contrat de la société, l'art. 752, qui statue que nul ne peut être contraint de demeurer dans l'indivision, n'est rappelé, et que l'article 1342 [1]) prévoit le cas où des conventions ont été faites sur la continuation de la Société en cas de mort de l'un des sociétaires; qu'à cet égard, les dispositions du code civil ne peuvent régir l'association qu'autant que l'acte ou le règlement de la société n'a pas statué.

Considérant dès lors qu'il y a lieu à observer et à appliquer le règlement de la Société, consenti librement par les associés ou leurs auteurs, aux cas prévus par ce règlement.

Considérant que, dans le cas actuel, le règlement de la Société a prévu entre autres les cas de dissolution, de renonciation à la qualité de sociétaire, du domicile, etc.

Considérant qu'en n'appliquant pas ces dispositions règlementaires de l'association de Chexbres, et en envisageant comme étant d'ordre public les dispositions du code civil sur la durée des sociétés et sur leur dissolution, le jugement a fait une erreur de droit et a faussement appliqué les dispositions susmentionnées du règlement et du code civil.

Urtheil des waadtländischen Cassationshofes vom 25. Jan. 1855. (Journal des tribunaux 1855. p. 389 s.)

VIII. Familienrecht. Weibergutsvorrecht.

Ueber die Form des Verzichts einer Frau auf ihre Concursvorrechte enthält die Satzung 101 des Civilgesetzes von Bern folgende Bestimmung:

„Die Erklärung der Ehefrau (sie wolle für die privilegirte Hälfte ihres Eingebrachten auf das Vorrecht verzichten) muß vor dem Untergerichte abgelegt werden, wo sie in Begleitung eines Verwandten oder eines Mitglieds der Vormundschaftsbehörde persönlich erscheinen soll, wenn sie keine genügende Abhaltungsgründe habe. In jedem Fall muß die erforderliche Ermächtigung und in dem letztern auch die von der Ehefrau vor Notar

---

[1]) Art. 1342. S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés la société continuerait avec son héritier ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies; au second cas, l'héritier du décedé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède.

und Zeugen gethane Erklärung dem Untergerichte vorgelegt werden.

Nun sind aber im Jahr 1846 (Dec. 24.) die Untergerichte aufgehoben und an die Stelle derselben hinsichtlich der Abnahme von Verzichtserklärungen die Amtsschreiberei geordnet worden (§. 10) und auch noch das Erforderniß von Beiständen aus der Verwandtschaft ist durch das Emancipationsgesetz vom 27. Mai 1847 (§. 4, vgl. mit Art. 4 des Erläuterungsgesetzes vom 26. Mai 1848 und demjenigen vom 2. Juni 1849) aufgehoben und vollends in einem spätern Gesetz vom 8. Aug. 1849 einfach ausgesprochen, daß außer andern Erfordernissen der Pfandobligationen die Erklärung der Ehefrau des Verpfänders bezüglich des zugebrachten oder mütterlichen Gutes in diese Pfandobligation aufzunehmen sei, so daß die ganze Frage hinsichtlich der Form und Voraussetzung der Nachgangserklärung in Zweifel gerathen ist.

Nun stellte am 13. Oct. 1853 Samuel Bernhard Meier, gewesener Brodbäcker in Bern, dem Johannes Wanner für ein empfangenes Gelddarlehn eine Obligation aus im Betrage der Fr. 2000 n. W. Den Verbindlichkeiten des Schuldners trat Christian Liechti, von Lauperswyl, als unbedingter Bürge bei, und es stellte sich vor dem stipulirenden Notar, Johann Grunder, auch die Ehefrau des Schuldners, Maria Rosina Meier, geb. Schumacher, und gab die im Akte enthaltene Erklärung ab: „sie habe ihrem Ehemanne bisdahin ein Vermögen von Fr. 100,000 in die Ehe eingekehrt, hinsichtlich welches Einbringens sie zu Gunsten des Obligationsgläubigers, Herrn Johannes Wanner, für das laut gegenwärtiger Schulurkunde zu fordern habende Kapital von Fr. 2000 auf das gesetzliche Vorrecht verzichte, und für ihre bevorrechtete Weibergutshälfte dieser Obligation zu allen Zeiten im Rang und Recht nachgehen wolle.“

Der Schuldner Bernhard Meier fiel im Jahre 1854 in gerichtliche Güterabtretung, in welcher Johannes Wanner für die obenerwähnte Obligationsansprache nebst Zinsen und Eingabskosten, zusammen im Belaufe der Fr. 2065. 24, eine Eingabe formirte, und dafür in der fünften Klasse eine fruchtbare Anweisung auf Baarschaft, Zinsschriften und unversteigerte Beweglichkeiten erhielt.

In der gleichen Güterabtretung wurde auch von der Ehefrau Meier, geb. Schumacher, für ihr privilegirtes Weibergut eine Ansprache von Fr. 49,484. 18 eingereicht, für welche sie indeß nur zum geringeren Theile eine fruchtbare Anweisung erhielt und namentlich, gestützt auf ihre Nachgangserklärung vom 13. Oct. 1853, der Obligationsforderung des Johann Wanner nachgehend angewiesen wurde.

Der Vormund der Frau Wittwe Meier erhob nun deßhalb, mit Autorisation der Vormundschaftsbehörde, gegen die dem Johann

Wanner ertheilte Anweisung rechtzeitig Einspruch, und stellte an dem zur Verhandlung dieses Einspruches bestimmten Termine vom 19. Oct. 1854, gestützt auf obigen Sachverhalt und die Thatsache, daß die fragliche Nachgangserklärung der Frau Meier der betreffenden Fertigungsbehörde niemals vorgelegt worden, das Rechtsbegehren: es sei die Obligationsforderung des Wanner in der Güterabtretung des Bernhard Meier der privilegirten Weibergutsforderung der Ehefrau Meier nachgehend und die letztere Ansprache vollständig in der dritten Klasse anzuweisen, unter Kostensfolge.

Der Gerichtspräsident von Bern sprach am gleichen Termine der Frau Meier ihr Rechtsbegehren zu, unter Kostensfolge.

Uebereinstimmend mit ihm erkannte der Appellations- und Cassationshof, in Betracht:

1) daß die Satzung 101 C. für den Verzicht der Ehefrau auf das Vorrecht für die Hälfte des Zugebrachten als Regel festsetzt, daß die daherige Erklärung der Ehefrau von ihr persönlich vor dem Untergericht abgelegt werde, und nur als Ausnahme diese Erklärung vor Notar und Zeugen zuläßt, für diesen Ausnahmsfall dann aber auch vorschreibt, daß wenigstens die daherige schriftliche Erklärung dem Untergerichte vorgelegt werden müsse;

2) daß die angeführten Bestimmungen durch den §. 10 des Gesetzes vom 24. Dec. 1846 über die Aufhebung der Untergerichte ꝛc. nur insoweit modificirt worden sind, als nunmehr das Erforderniß des persönlichen Erscheinens der Ehefrau vor der Fertigungsbehörde weggefallen, und an dessen Stelle als Regel für alle Fälle die Erklärung der Ehefrau vor dem Amtschreiber oder einem Amtsnotar, mit Beiziehung von Zeugen, getreten ist;

3) daß aber weder durch die citirte Gesetzesstelle, noch durch die in §. 15 des nämlichen Gesetzes enthaltene allgemeine Bestimmung die Vorschrift der Satz. 101, zufolge welcher die Nachgangserklärung der Ehefrau in jedem Falle dem Untergerichte (Einwohnergemeinderathe) vorzulegen ist, aufgehoben wurde, vielmehr die letztere Vorschrift noch dermalen in Kraft besteht;

4) daß diese Vorschrift als ein nothwendiges Erforderniß für die Gültigkeit und Verbindlichkeit der Nachgangserklärung einer Ehefrau betrachtet werden muß, — dieselbe aber im vorliegenden Falle unbeachtet gelassen wurde, indem die Nachgangserklärung der Frau Meier, vom 13. Oct. 1853, der Fertigungsbehörde nicht vorgelegt worden ist;

5) daß somit der privilegirten Weibergutsansprache der Frau Meier eine der Obligationsforderung des Johannes Wanner vorgehende Anweisung im Range der dritten Klasse gebührt.

Urtheil des Appellations- und Cassationshofes Bern, vom 1. Febr. 1855. (Zeitschrift für vaterländisches Recht. 1855. S. 65 f.)

IX. Erbrecht. Weibergut oder Vermächtniß?

Johannes Lips verstarb kinderlos den 12. April 1852. Seit 1832 war er in zweiter Ehe verheirathet gewesen mit Regula geb. Huber, die früher mit Kaspar Schmied verehlicht gewesen war und aus dieser Ehe eine Tochter besaß, Verena geb. Schmied, Ehefrau des Heinr. Fries. Zu Gunsten dieser letztern hatte Joh. Lips, am 13. Mai 1849, ganz kurze Zeit nach dem Tode seiner Ehefrau ein Testament errichtet, dessen wesentliche Bestimmungen dahin gingen, „es solle Alles dasjenige, was er von seiner Ehefrau, der Mutter der Verena verehlichten Fries, bezogen habe, Kapital und Zinse, indem er auf diese letztern völlig verzichte, der Verena Fries zufallen, demzufolge diese aus seinem Nachlasse zu beziehen haben diejenigen 600 Gulden, so sie ihm an baar, und 500 Gulden, welche sie ihm an Schuldtiteln zugebracht habe, also 1100 Gulden zugebrachtes Gut und 960 Gulden, als so viel die Zinse davon betragen, ferner das ihm von seiner lieben Gattin sel. zugebrachte Bett und Kasten."

Gegen dieses Testament, so wie noch gegen mehrere andere von demselben Erblasser errichtete letztwillige Verordnungen erhoben die Intestaterben, Descendenten einer Schwester des Vaters des Joh. Lips, Einsprache mit der Behauptung, es sei nicht richtig, daß der letztere von seiner Ehefrau ein Weibergut von 1100 Gulden bezogen habe, und es werde, so weit das Testament ein Legat enthalte, ihr Pflichttheil dadurch verletzt.

Nach weitläufigen Beweisverhandlungen über den Umfang des zugebrachten Weibergutes und den Betrag des Erbgutes des Verstorbenen, den die Intestaterben als Pflichttheil in Anspruch zu nehmen berechtigt waren, [1]) entschied das Bezirksgericht Regensperg durch Urtheil vom 28. Juni 1854:

„Es seien die Beklagten (die Intestaterben) schuldig, an die Klägerin (die Legatarin) als Vermögen ihrer Mutter 1100 Gulden oder 2566 Fr. 66 Rp. heraus zu bezahlen, seien dieselben ferner schuldig, an das ihr ausgesetzte Legat 1839 Fr. 66 Rp. zu bezahlen, in der Meinung, daß den Beklagten freigestellt sei, der Klä-

---

[1]) Maßgebend hiefür war zur Zeit noch die Bestimmung von §. 10. Thl. I. Satz 3 des Stadt- und Landrechtes: „den Erben, so mit einem im andern Grade (Zürcherischer Zählung, wornach in der Seitenlinie je zwei Grade Römischer Zählung als ein Grad gelten) verwandt sind und hiemit sogenannten geschwüsterten Kindern soll der Testator das ganze Erbgut (im Gegensatz gegen vorgeschlagenes, gewunnen und errungenes Gut) zu hinterlassen schuldig sein."

gerin anstatt des Betrages von Fr. 77 das bezeichnete Bett und Kasten zu verabfolgen, mit der Mehrforderung sei Klägerin abgewiesen."

Hinsichtlich der Beweiskraft des Testaments spricht sich nun die zweite Instanz dahin aus:

Wenn auch allerdings die in dem Testamente des Johannes Lips enthaltene Erklärung, er habe von seiner Ehefrau ein Weibergut von 1100 fl. empfangen, bei der leicht denkbaren Möglichkeit, daß der Testator durch eine solche Erklärung lediglich eine Zuwendung zu Gunsten der Klägerin und zum Nachtheile seiner Erben eher erreichbar zu machen beabsichtigt habe, rechtsgenügenden Beweis für das Zubringen des Weibergutes an sich noch nicht herzustellen vermag, so ist doch immerhin, insofern durch anderweitige Beweismittel ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit dafür begründet ist, daß die Ehefrau Lips in der That vor ihrer Verehlichung ein Vermögen des bezeichneten Betrages besessen und daß somit bei der betreffenden Erklärung des Testators die Absicht einer Simulation nicht obgewaltet habe, die Erklärung in Verbindung mit diesen Beweismitteln als für den Beweis zureichend anzusehen.

In Betreff der Zinsen von diesem Weibergut, setzt das Urtheil auseinander:

Daß die Bestimmung des Testamentes, wonach der Erblasser der Klägerin 960 fl. als Betrag der bereits durch ihn bezogenen Zinse des Weibergutes zukommen lassen will, nicht statthaft ist, indem hierin nicht ein Verzicht auf den Bezug dieser Zinse, sondern eine erst durch das Testament verfügte Schenkung des bereits bezogenen Betrages dieser Zinse liegt, die unter den Begriff des Legates fällt und nur insofern rechtsgültig sein kann, als ein gewöhnliches durch Testament vermachtes Legat dieses Betrages rechtsgültig wäre und von den Erben nicht mit Grund angefochten werden könnte.

Urtheil des Obergerichtes Zürich vom 14. Sept. 1854.
(Directe Mittheilung.)

X. Erbrecht. Auslegung eines Testamentes.

Joseph Hammel Benedicts sel. Altammann von Mezerlen, ließ am 2. Mai 1848 durch Oberamtmann Dietler in Breitenbach eine notarialische letzte Willensordnung errichten, worin verfügt wurde, wie folgt:

sub Art. 2. „Mein sämmtlicher Nachlaß, bestehe derselbe in Land, Gülten oder andern Sachen, soll nach seinem dereinstigen

Absterben eigenthümlich seines Vaters Stiefgeschwister Johann, Joseph und Eva Hammel oder deren Kindern zufallen."

sub Art. 3. „Gegen diese Uebernahme sind dieselben aber gehalten, den Mutterschwestern oder deren Kindern den Betrag von 1000 Fr. hinaus zu bezahlen."

Bei seinem Tode (14. Oct. 1853) waren seines Vaters Stiefgeschwister Johann, Joseph und Eva Hammel sämmtlich gestorben und nur Kinder derselben vorhanden und zwar von Johann sieben, von Joseph drei und von Eva eines.

Erben diese nun nach Häuptern d. h. jeder gleichviel, oder nach Stämmen d. h. die Sieben einen Drittheil, die Drei einen Drittheil und der Eine einen Drittheil?

Das Civilgesetz von Solothurn hat folgende Stellen, auf die in den nachfolgenden Urtheilen Rücksicht genommen ist:

§. 523. Die Nachkommen eines früher verstorbenen Kindes, Kindeskindes u. s. w. treten an die Stelle ihres Vaters, Großvaters u. s. w. und erben zusammen so viel, als die verstorbene Person, welche sie vorstellen, geerbt hätte, wenn sie noch am Leben wäre — Kinder erben also nach Häuptern, entferntere Nachkommen nach Stämmen.

§. 538. Nachkommen früher verstorbener Geschwister, Geschwisterkinder u. s. w. (des Erblassers) treten an die Stelle ihres Vaters, Großvaters u. s. w. und zwar zu dem im §. 523 angegebenen Sinne.

§. 551. (Ueber die Ascendenten und Collateralen hinaus) schließt der nähere Grad den entferntern aus. Gleiche Grade erben zu gleichen Theilen.

§. 574. Hat der Erblasser den von ihm eingesetzten Erben keine bestimmten Theile angewiesen, so erben dieselben zu gleichen Theilen.

Das erstinstanzliche Urtheil geht nun auf Theilung nach Stämmen, und zwar

in Betracht, es bei diesem Entscheid (in analoger Anwendung des §. 1040 des C.G.B.) hauptsächlich darauf ankömmt, den Sinn, welchen der Testator in die Worte „Johann, Joseph und Eva Hammel, oder deren Kinder sollen erben" legen wolle, zu erforschen, und dafür, daß damit gesagt werden wollte, es sollen Johann, Joseph und Eva Hammel oder aber an deren Stelle ihre Kinder Erben sein, folgendes spricht:

a. Der Wortlaut des Testamentes litt. 2, weil, wenn z. B. eines der Vater Stiefgeschwister den Erblasser überlebt hätte, dieses gesetzlich (§. 551 des C.G.B.) den Kindern der verstorbenen Vaters Stiefgeschwister in der Erbfolge vorangegangen wäre, in Folge des Testaments aber die letztern an die Stelle ihrer verstorbenen

Eltern getreten wären und sie im Sinne des §. 523 des C.G.B. repräsentirt hätten,

b. daß der Umstand, daß sämmtliche Vaters Stiefgeschwister schon zur Zeit der Errichtung des Testaments und des Todes des Erblassers verstorben waren, die Auffassung der Worte: „Johann, Joseph und Eva Hammel oder deren Kinder" in einem andern, als dem sub a. angegebenen Sinne nicht begründen kann, weil

1. wenn der Testator von dem Verstorbensein des Johann, Joseph und der Eva Hammel bei Kundgebung seines letzten Willens keine Kenntniß hatte, er offenbar nach dem Wortlaut des Testaments diese, nämlich Johann, Joseph und Eva Hammel als Erben und die Kinder des einen oder andern nach §. 563 des C.G.B. als Nacherben hat einsetzen wollen,

2. wenn er aber davon Kenntniß hatte, was anzunehmen ist, indem Johann, Joseph und Eva Hammel vor der Errichtung des Testaments in der Gemeinde Mezerlen, dem Heimath- und Wohnorte des Testators, gestorben waren, und die Erbseinsetzung eines Verstorbenen ohne rechtliche Folgen ist, — mit dem Ausdrucke „Johann, Joseph und Eva Hammel oder deren Kinder sollen erben" soviel gesagt werden wollte, als Johann, Joseph und Eva Hammel oder — da sie nicht mehr am Leben sind — an deren Stelle ihre Kinder sollen Erben sein, indem es bei einer andern Auffassungsweise der fraglichen Stelle des Testaments der namentlichen Aufzählung der Vaters Stiefgeschwister Johann, Joseph und Eva Hammel nicht bedurft hätte;

c. daß wenn der Testator die Kinder des Vaters Stiefgeschwister sel. zu gleichen Theilen hätte als Erben einsetzen, resp. der Muttergeschwister Kinder sel. vom Erbe ausschließen wollen, dieses leicht ohne Erbeinsetzung oder Benennung der Namen Johann, Joseph und Eva Hammel hätte gesagt werden können, weil die Litiganten im gleichen Grade verwandt sind, und wenn dieses beabsichtigt worden wäre, ohne Mühe hätte verständlich gemacht werden können, es solle der Rücklaß auf die väterliche Seite fallen, und den Verwandten mütterlicher Seits sollen nur Fr. 1000 zufallen.

Die zweite Instanz dagegen entschied für die Theilung nach Häuptern

„in Betracht zwar an und für sich der Umstand, daß nebst des Erblassers Vaters Geschwistern auch deren Kinder eventuell als Erben bezeichnet sind, darauf hinzudeuten scheint, daß, falls ein oder zwei dieser Stiefgeschwister den Tod des Erblassers erlebt hätten, ein oder zwei derselben aber verstorben und Kinder von ihnen vorhanden gewesen, dann diese Letzteren an der Stelle der Eltern mit den Erstern hätten zu Theil gehen sollen, während sie nach den

Bestimmungen des Erbrechts ausgeschlossen gewesen wären, weil der nähere Grad den entferntern ausschließt (C.G.B. §. 551.)

in Betracht aber erwiesenermaßen bereits zur Zeit der Testaments-Errichtung die sämmtlichen drei Geschwister des Vaters des Erblassers verstorben waren, was dem Testator bekannt sein mußte, da er mit ihnen im gleichen Dorfe gewohnt hatte, und in Voraussetzung dieser Kenntniß die Worte: „oder deren Kinder" im Art. 2 sowie auch die gleichen Verbalien im Art. 3 nicht mehr als eine Nacherbe-Einsetzung angesehen werden können, indem die Kinder als primitive Erben erscheinen, und die beiden Art. 2 und 3 vielmehr den Sinn erhalten, daß die väterliche Linie des Erblassers zum Erbe gerufen, die mütterliche ausgeschlossen und mit einem bloßen Legat bedacht sein soll, ohne in der väterlichen Linie die gesetzliche Erbfolge abzuändern;

in Betracht, da den eingesetzten Erben keine bestimmten Theile angewiesen sind, und dieselben nach §. 574 des C.G.B. zu gleichen Theilen erben.

Urtheil des Amtsgerichts von Dorneck und Thierstein, vom 1. März 1854, und des Obergerichts von Solothurn vom 5. April gleichen Jahres.
(Directe Mittheilung.)

XI. Testament. Beurtheilung nach dem Gesetz des Wohnorts oder der Herkunft?

Am 3. März 1854 hatte Justus Carl Crousaz von Corsier (Waadt) in England, wo er seit Anfang des Jahrhunderts wohnte, seinen letzten Willen abgefaßt und Hrn. Caster, seinem Hausherrn, übergeben, durch dessen Vermittlung er nach seinem, zwei Tage später erfolgten Tode in die Verfügung der waadtländischen Gemeinde Lutry kam, welche angeblich nach Vollziehung der üblichen Förmlichkeiten die Liegenschaften in Besitz nahm, die ihr Crousaz in dieser Verfügung zugedacht hatte, meist Güter, im Umkreis dieser Gemeinde gelegen.

Die gesetzlichen Erben bestritten die Besitznahme und stützten sich dabei darauf, daß das fragliche Aktenstück ein Codicill sei und folglich die darin vorhandenen Zuwendungen nur Legate, sie aber Universalerben seien nach dem inländischen Recht (Code civil vaudois [1]);

---

[1]) Art. 629. Lorsqu'il y a codicille sans testament, les héritiers *ab intestat* prennent l'universalité des biens non légués. Art. 619. Ne sont pas réputés héritiers, mais simplement légataires, ceux qui sont appelés pour un objet spécial, de quelque manière que le testateur les ait désignés.

daß demnach die Gemeinde Lutry nicht hätte sollen in den Besitz gesetzt werden, sondern von ihnen die Ausrichtung verlangen.[2])

Ueberdieß wurde noch beigefügt, daß nicht einmal die erforderlichen Förmlichkeiten bei Eröffnung der letztwilligen Verfügung beobachtet worden seien.

Die Gegenparthei berief sich dagegen auf den Art. 32 des inländischen Gesetzes, welcher besagt:

Le lieu où la succession s'ouvrira, sera déterminé par le domicile du défunt.

und auf ein waadtländisches Gesetz vom 25. Mai 1824, dessen Art. 31 folgendermaßen lautet:

Art. 31. Lorsque, dans une succession ouverte dans l'étranger, il y aura des immeubles situés dans le Canton, l'héritier sera tenu de produire à la justice de paix du cercle où ces immeubles sont situés, les titres et autres actes en vertu desquels il entre en possession.

La partie de ces titres ou actes relative aux immeubles sera transcrite sur les registres de la justice de paix, et il en sera fourni la désignation, tant au département des finances qu'au receveur du district.

ein Gesetz, welches zunächst die Erhebung einer Handänderungsgebühr regelt.

Das Cassationsgericht entschied sich zu Gunsten der Gemeinde Lutry

Considérant que l'appréciation ou l'interprétation d'un acte de dernière volonté quant à sa contexture et quant aux effets qu'il est appelé à déployer comme institution héréditaire ou comme distribution de legs, ne peut avoir lieu que dans le pays dans lequel

---

[2]) Art. 746. S'il n'y a ni testament, ni contestation entre les héritiers légitimes, ceux-ci peuvent se mettre en possession sans autorité de justice, des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les dettes et charges de la succession. Art. 748. S'il y a un testament et s'il n'y a eu aucune opposition lors de son homologation, les héritiers institués sont, par le fait de cette homologation, envoyés en possession de tous les biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les dettes et charges de la succession. Art. 631. Tout legs pur et simple donne au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants-cause. Néanmoins le légataire ne pourra se mettre lui-même en possession de la chose léguée, mais il devra en faire la demande aux héritiers.

l'acte a été fait et où la succession s'est ouverte, sauf, toutefois, les dispositions prohibitives du pays où se trouvent les immeubles de la succession;

Qu'ainsi, et bien que les immeubles de la succession Crousaz soient situés dans le canton de Vaud, l'acte de dernière volonté, qui en dispose, ne saurait être apprécié ou interprété d'après d'autres lois que celles du pays où il a été fait et où la succession s'est ouverte, savoir l'Angleterre;

Que ces lois seules peuvent déterminer la nature et l'etendue de l'acte, et que les tribunaux de ce pays sont seuls aptes à apprécier, d'après ses lois ou ses coûtumes, les droits qui en résultent pour les intéressés;

Considérant que les demandeurs n'appuient leurs conclusions d'aucun document ou jugement émané de l'autorité anglaise, qui reconnaitrait en leur faveur un droit préférable á celui auquel prétend la commune de Lutry, et, en particulier, le droit de faire cesser à leur profit la possession par cette commune des biens qui lui ont été remis en vertu de l'acte du 3 mars 1854, transcrit le 1er août suivant dans les registres de la justice de paix, conformément aux dispositions contenues aux art. 31 et suivants de la loi du 25 mai 1824.

Spruch des Civilgerichtes von Lavaux vom 16. März 1855, in Sachen Langallerie et Consorts gegen Gemeinde Lutry, und des Cassationshofes von Waadt, vom 24. Mai gl. J. (Journal des tribunaux. II. Jahrg. S. 465 f. III. Jahrg. S. 81 f.)

XII. Erbrecht. Fähigkeit, Legate zu empfangen.

Durch eigenhändiges Testament vom 8. Oct. 1844 hatte Anna Johanna Kobel in Eykowno (?), Großherzogthum Posen, ihren Vetter Johann Nieß, wohnhaft in Orbe (C. Waadt) zum Erben eingesetzt und dem Pfarrer L. Burnier in Morges ein Vermächtniß von Fr. 2000 zugewendet. Auf dem gleichen Blatte, welches das Testament trug, befand sich auch folgender Brief an gedachten Vermächtnißnehmer, folgenden Wortlauts:

„Veuillez faire un bon accueil aux lignes que je vous adresse pour vous demander conseil et direction.

„Je souffre déjà du froid et l'on prédit un hiver rigoureux, il se pourrait que j'eusse une attaque de paralysie et ne pourrais mettre en ordre mes petites affaires.

„J'ai l'intention de faire mon testament, mais je ne suis pas

assez versée dans les lois et voudrais éviter des querelles pour ce que Dieu m'a donné.

„Je désire donner deux mille francs (argent de Suisse) aux sociétés évangéliques, celle des missions et les asiles des orphelins et orphelines. Je crois que ces sociétés ne sont pas compétentes et qu'on ne peut pas leur faire des legs.

„Vous aurez ci-dessous mes dispositions dont j'ai gardé une fidèle copie, si elles sont faites selon que veut la loi, veuillez garder celle-ci. Si vous avez l'obligeance de me faire un modèle que je vous renverrai."

Diese Verfügung wurde auch wirklich durch den Vormund des Testamentserben angefochten, weil in diesem Vermächtniß Anstalten gemeint seien, die nicht juristische Natur, d. h. nicht die Anrkenenung des Staates haben.

Die erste Instanz (das Bezirksgericht von Morges) verwarf diese Ansicht

Considérant en droit:

1° Qu'il résulte des dispositions expresses du testament prémentionné, en date du 8 octobre 1844, homologué par la justice de paix du cercle de Morges, le 26 janvier 1854, que le legs de 2000 fr. ancienne monnaie de Suisse, a été fait au pasteur Louis Burnier personnellement;

2° Que si, dans la lettre du 8 octobre 1844, écrite par la testatrice à Louis Burnier, la testatrice a témoigné le désir de donner une somme de 2000 fr. aux sociétés évangéliques, celles des missions et aux asiles des orphelins, Louis Burnier, légataire personnel d'une pareille somme dans le testament prémentionné, n'en restait pas moins libre d'en disposer à son gré selon qu'il l'entendrait;

4° Qu'à supposer même que les désirs exprimés par Anne-Jeannette Kobel dans la lettre qui accompagnait son testament pussent être considérés comme une condition apportée à l'emploi du legs de 2000 fr. de Suisse fait à Louis Burnier et que ces conditions faites en faveur des établissements susmentionnés fussent contraires aux lois et aux moeurs, soient réputées non écrites, le legs pur et simple fait en faveur de Louis Burnier n'en demeurera i pas moins valable.

Der Richter berief sich dabei auf die Artikel **559** und **631** des Code civil, welche folgendermaßen lauten:

Art. 559. Dans toute disposition entre vifs ou à cause de mort, les conditions impossibles et celles qui seront contraires aux lois ou aux moeurs, seront réputées non écrites.

Art. 631. Tout legs pur et simple donne au légataire, du jour

du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayant-cause.

Néanmoins, le légataire ne pourra se mettre lui-même en possession de la chose léguée, mais il devra en faire la demande aux héritiers.

Das Cassationsgericht erklärte das Gesetz unrichtig angewendet

Considérant que bien que l'acte de dernière volonté de la demoiselle Kobel attribue le legs de 2000 fr. au pasteur Louis Burnier, toutefois il résulte de la lettre annexèe au dit acte et faite sur la même feuille de papier, que ce legs n'était point destiné, ni en tout, ni en partie, à la personne désignée comme légataire, mais que la volonté de la testatrice, clairement exprimée dans cette lettre, est que la valeur du legs soit remise aux établissements qu'elle désigne;

Que les déclarations du ministre Louis Burnier portent bien reconnaissance de la destination du legs à autre qu'à lui et absence de tout intérêt personnel à en exiger le paiement.

Considérant, dès lors, qu'il est constant que le legs est destiné aux établissements désignés par la demoiselle Kobel, savoir: les sociétés évangéliques, celles des missions et les asiles d'orphelins.

Considérant que pour être capable de succéder, il faut exister (art. 512 du code civil [1]), et pour recevoir par donation entre vifs ou à cause de mort, il faut être une personne (Art. 561 [2]).

Considérant qn'une société constituant une personne morale peut être admise à succèder ou à recevoir par donation, mais que pour jouir de ce droit il est nécessaire qu'elle soit reconnue par la loi, c'est-à-dire qu'elle ait une existence civile et non seulement de fait; que cette existence, reconnue par la loi qui l'autorise à recevoir aux titres susmentionnés, peut seule lui attribuer la qualité de personne morale selon l'art. 561.

Considérant que les sociétés et asiles désignés par la testatrice Kobel, pour recevoir de legs qu'elle fait, n'ont pas d'existence reconnue et ne sont ainsi pas capables de succéder;

Qu'elles ne peuvent pas mieux recevoir à titre de légataire, puisque les dispositions susmentionnées de la loi ne font pas de distinctions dans la capacité de succéder a titre universel et à titre particulier, soit entre l'institution à titre d'héritier ou à titre de légataire;

---

[1]) Art. 512. Pour succéder, il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession.

[2]) Art. 561. Toutes personnes peuvent disposer et recevoir, soit par donation entre vifs, soit par disposition à cause de mort, excepté celles que la loi en déclare incapables.

Considérant que l'emploi assigné au legs par la volonté de la testatrice ne saurait être envisage comme étant une condition du legs, puisque la condition ne peut être qu'un accessoire d'une chose principale, tandis qu'ici le pasteur Burnier n'est pas qualifié et n'a aucune prétention sur le legs, d'où il suit que l'emploi conditionnel deviendrait le principal et que le legs n'existerait que sous forme de la condition, ce qui ne peut être admis.

Considérant que le legs en question étant ainsi fait à des sociétés incapables de succéder ou de recevoir, ne peut avoir d'effet.

La cour de cassation civile admet le recours, casse le jugement du tribunal civil, accorde au tuteur Jean Niess ses conclusions en nullité du legs, compense tous les dépens de la cause et de cassation, en ce sens que chaque partie garde ses frais, vu les motifs d'équité qui se manifestent en faveur de la partie qui succombe, et déclare le présent arrêt exécutoire.

Urtheil des Bezirksgerichts Morges vom 12. Januar 1855 und des Cassationshofes vom 22. März gleichen Jahres. (Journal des tribunaux. II. ann. S. 477 f. [1])

XIII. Erbrecht. Pflichttheilsverrechnung.

Johannes Stämpfli, von Meikirch, gewesener Oeler zu Lobsigen, wurde in Folge Obligation vom 3. April 1846 seinem Schwiegervater, Bendicht Christen, ein Kapital von L. 2000 a. W. schuldig, und verpflichtete sich, diese Summe auf eine dreimonatliche Auf- oder Abkündigung hin abzubezahlen und jährlich zu 4 % zu verzinsen. Im Weitern heißt es in der Obligation wörtlich: „Im Fall dann aber diese Summe während dem Leben des Gläubigers Christen nicht abbezahlt werden sollte, so soll dann diese Obligationssumme nebst Zinsausstand als Vorempfang an dem Erbtheile seiner Ehefrau Maria, geb. Christen, als Notherbin des Gläubigers, abgezogen werden."

In Folge Ausrechnung und Obligation vom 20. Jenner 1848, mit Cession vom gleichen Tage, wurde Johann Stämpfli seinem Schwiegervater Christen ein zweites Kapital von L. 1500 a. W. schuldig. Unterm 28. August 1848 stellte derselbe dem Christen für beide Kapitale eine neue Schuldanerkennung aus, mit dem Versprechen, „ihm diese zwei Kapitale nach dem Inhalt obiger Obligationen zu verzinsen und zu bezahlen, bei der dafür verschriebenen

---

[1]) Gegen diesen Spruch erklärte sich als Minorität im Cassationshof Hr. Jan und, lebhaft, die Redaction des erwähnten Journals in III. ann. S. 27 f.

Sicherheit und der Verpflichtung, daß diese zwei Kapitale samt Zinsausstand, oder im Falle auf Rechnung abbezahlt werden sollte, der Rest ebenfalls samt Zins ihm, dem Schuldner, als Vorempfang an seinem ihm gebührenden Weibergut seiner Frau abgerechnet werden soll."

Ab Seite des Gläubigers Christen und seines damaligen Vogts, Johannes Arn zu Ottiswyl, wurde im genannten Akte die Annahme dieser Verpflichtuug erklärt.

Seither ward nun das eine Obligationskapital ganz, das andere der L. 2000 a. W. hingegen bis auf eine Restanz der L. 1187. 95 bezahlt. Diese Restanz, nebst Zinsausstand und Folgen, gab der Vormund des Gläubigers Christen in der im Jahre 1849 über Johann Stämpfli verführten Güterabtretung ein und verlangte dafür eine Anweisung im Range der Generalität, und je im Falle der Specialität. Dabei erklärte der Ansprecher, die der Eingabe beigelegte Obligation diene auch als Bescheinigung zu der Weibergutsansprache der Ehefrau Stämpfli, welche dem Güterabtreter unter verschiedenen Malen L. 10,486. 03½ eingekehrt habe, und es werde das Recht verwahrt, ihr die betreffenden Summen bei der Theilung über das elterliche Vermögen als Vorempfang in Rechnung zu bringen. Die Liquidationsbehörde anerkannte die bezeichnete Forderung des Vaters Christen als richtig und collocirte sie im Range der Generalität zur Geduld.

Die gleiche resp. Obligationssumme der L. 1184. 95 nahm auch die Ehefrau Stämpfli in die von ihr eingereichte Weibergutsansprache auf, wurde aber dafür von der Liquidationsbehörde abgewiesen, weil die betreffende Summe bereits von Vater Christen gefordert worden sei.

Seither starb der Gläubiger Christen und dessen Verlassenschaft war unter seine Notherben zu vertheilen.

War die Ehefrau des Johannes Stämpfli mit Recht abgewiesen worden?

Der Appellations- und Cassationshof von Bern, als Compromißrichter von den Partheien angegangen, erklärte sich verneinend

in Betrachtung:

1) daß nach den Verbalien der beiden Obligationen vom 3. April 1846 und 28. August 1848 Johann Stämpfli die fragliche Summe der L. 2000 a. W. von seinem Schwiegervater, Bendicht Christen, als ein Darlehn, nicht aber als Ehesteuer oder Vorempfang auf Rechnung des künftigen Erbtheils seiner Ehefrau empfangen, und sich persönlich dafür als Schuldner verpflichtet hat;

2) daß die beigefügte Klausel: es solle die dem Johann Stämpfli verabreichte Summe, soweit sie nicht abbezahlt sein würde, als Vorempfang an dem ihm gebührenden Weibergut seiner Frau in

der einstigen Theilung abgerechnet werden, eintretenden Falls zwar wohl eine persönliche Verbindlichkeit für ihn begründen würde, nun aber bei obwaltender Sachlage keine Wirksamkeit mehr äußern kann, weil derselbe seither in Güterabtretung gefallen und in Folge dessen die Voraussetzung, daß er zu Theil gehen werde, nicht eingetreten ist, vielmehr die güterrechtlich von ihm geschiedene Ehefrau, kraft eigenen Rechts, bei der Erbtheilung mitwirkt.

Urtheil des Appellationsgerichts Bern vom 17. März 1854. (Zeitschrift für vaterländisches Recht. 1855. S. 129 f.)

XIV. Concurs. Anwendung des Gesetzes auf einen zur Zeit von dessen Erlaß rechtlich noch nicht möglichen Fall.

Die in diesem Fall hauptsächlich zur Anwendung kommende Stelle der Landesordnung §. 237 lautet folgendermaßen:

Auf die in voriger (ersten) Klasse genannten folgen die versicherten Creditoren, welche eine, wenigstens einen Monat vor ausgebrochenem Falliment vor Gericht gemachte, in der gehörigen Schreiberei verfertigte und von dem Statthalter besiegelte Obligation aufzuweisen haben u. s. w.

Nun hatte Joh. Schäublin am 18. Jan. 1854 zu Gunsten des Hieronimus Fiechter zwei Obligationen und zwar eine von Fr. 1700 und die andere von Fr. 525 errichtet und einige Tage nach Errichtung dieser Obligationen sein Vermögen seinen Schuldnern heimgeschlagen. In Folge dieses Heimschlages wurde unterm 28. Jan. das amtliche Inventar aufgenommen und unterm 9. Febr. erfolgte die amtliche Auskündung.

Die Concursbehörde collocirte die Obligationsforderungen in die zweite Klasse.

Die erste Instanz verwarf diese Ansicht und verwies nach dem Wortlaut der oberwähnten Bestimmung die Gläubiger in die Klasse der unversicherten Gläubiger.

Das Obergericht dagegen trat der in der Collocation ausgesprochenen Ansicht bei, anerkennend, daß der Wortlaut des Gesetzes das erstinstanzliche Urtheil unterstütze, aber ausgehend von der Ansicht daß der Richter sich der logischen Auslegung bedienen muß, wenn sich die Gründe derselben streng erweisen lassen.

Die angerufene Bestimmung des §. 237 der L.O. ist eine Ausnahmsbestimmung, welche eine Beschränkung der allgemeinen Regel: „daß rechtsgültig abgeschlossene Verträge redlich zu erfüllen sind und nicht von einem der Contrahenten einseitig unwirksam

gemacht werden können", enthält. Ausnahmsbestimmungen lassen jedoch keine ausdehnende Auslegung zu. Und wenn daher der §. 237 der L.O. dem Ausbruche eines Concurses einen Einfluß auf die rechtliche Wirkung einer in gutem Glauben errichteten Obligation einräumt, so ist zu prüfen, auf welche Weise zur Zeit der Einführung der Landesordnung Concurse hervorgerufen wurden, denn nur auf solche Concurse, welche die Landesordnung kennt, ist die angerufene Ausnahmsbestimmung anwendbar. In dem vorliegenden Falle wurde der Concurs des Joh. Schäublin durch Heimschlag hervorgerufen, ohne daß in der Klage behauptet ist, daß der Schuldner rechtlich betrieben war. Solche Fallimente kennt nun aber die Landesordnung nicht. Es bezeichnet nämlich die Landesordnung durch den §. 200 die Fälle, durch welche Auskündungen veranlaßt werden. Dort heißt es:

Die Personen werden auf zweierlei Art ausgekündet, entweder als Verschwender oder Schulden halber oder wenn Jemand stirbt und dessen Erben ihn wegen Schulden und Bürgschaften auskünden lassen.

Ein Falliment in Folge Heimschlags ließe sich nur aus der Bestimmung des §. 202 [1]) der L.O. ableiten. Es ist aber dort der Heimschlag beschränkt auf den Fall, daß ein Schuldner sich in solchen Umständen befindet, daß er zur Tilgung seiner Schulden ganten muß, aber keine rechte Gantbürgen aufbringen kann, welche für die Versatzungen gut sprechen, und er sich daher gemüßigt sieht, zur Verhütung mehrerer Kosten, die Auskündung selbst zu begehren.

Daß ein solcher Fall hier vorliegt, wurde von dem Kläger ebenfalls nicht behauptet.

In einer einzigen Stelle der Landesordnung ist von dem Heimschlage die Rede, nämlich im §. 242. [2]) — Aber gerade dort ist aus-

---

[1]) Schulden halber werden die Leute ausgekündet, wenn sie entweder völlig ausgeklagt sind oder doch in solchen Umständen sich befinden, daß sie zu Tilgung ihrer Schulden ganten müssen, aber keine rechte Gantbürgen, die für die Versetzungen gut sprechen, aufbringen können und daher sich gemüßigt sehen, zu Verhütung mehrerer Kosten die Auskündung selbst zu begehren.

[2]) Laut (Raths-) Erkenntniß vom 31. Mai 1809 sollen nicht nur in dem Falle, wenn die Urtheilurkund (Betreibungsstadium) wegen einer Handschriftschuld wirklich auf den Debitoren ausgewirkt worden, die daherigen Betreibungskosten in die vierte Klasse gesetzt werden, sondern auch in dem Falle, wenn der Debitor, nachdem derselbe rechtlich betrieben worden, vor Erhaltung der Urtheilurkund sein Hab und Gut den Creditoren heimschlagen, in eben dieser Klasse

drücklich darauf hingewiesen, daß dem Heimschlage die rechtliche Betreibung des Schuldners vorangehen müsse, und es ist oben bereits bemerkt, daß in dem vorliegenden Falle in der Klage nicht behauptet ist, es sei dem Heimschlage die rechtliche Betreibung des Schuldners voraus gegangen. Es wurde sogar von beklagter Seite in seiner Vernehmlassung behauptet, es sei der Schuldner zur Zeit des Heimschlags nicht rechtlich betrieben gewesen, und es wiederholt der Beklagte unter XIII der Vernehmlassung die Behauptung mit Beifügung der Worte: „wenigstens war der 45. (? wohl: der dritte) Rechtstag noch nicht angemeldet.“ Von klägerischer Seite wurde in seinem Replikvortrage nicht nur nicht behauptet, daß der 45. Rechtstag gegen den Schuldner angemeldet war, sondern er hat nicht einmal die Behauptung aufgestellt, daß überhaupt gegen denselben vor stattgefundenem Heimschlag Betreibungen vorgelegen seien und es muß somit nach Lage der Akten angenommen werden, daß der Heimschlag ohne vorhergegangene Betreibung des Schuldners stattgefunden habe, woraus sich ergiebt, daß hier ein Fallimente vorliegt, welches nach den Bestimmungen der Landesordnung nicht hätte ausbrechen können und auf welches somit folgerichtig die Ausnahmsbestimmung des §. 237 nicht ausgedehnt werden darf.

Wirft man nun noch einen Blick auf die Absicht des Gesetzgebers bei Aufnahme der Bestimmung, daß Obligationen nur Ansprüche auf Collocation in die zweite Klasse haben, wenn sie wenigstens einen Monat vor Ausbruch des Concurses errichtet worden sind, so kann man darüber nicht in Zweifel sein, daß der Gesetzgeber dadurch die Gläubiger vor absichtlichen Beeinträchtigungen schützen wollte und von der Voraussetzung ausging, daß in dem Falle, wenn ein Schuldner, der dem Fallimente so nahe steht, daß dasselbe binnen Monatsfrist ausbrechen müsse, noch Gelder gegen Verpfändung seiner Liegenschaften aufnimmt, sowohl von ihm als von dem Darleiher fraudulos gehandelt worden ist. Es mußte der Gesetzgeber um so mehr von dieser Voraussetzung ausgehen, als nach Bestimmung des §. 104 der Landesordnung [1]) dem Schuldner nach ergangenem dritten Rechtstage nicht mehr gestattet ist, eine gerichtliche Obligation zu errichtzn, und außergerichtliche Obligationen, welche nach dem ergangenen dritten Rechtstage errichtet

---

collocirt, mithin auch in diesem Falle die gerichtlichen Betreibungskosten den Handschulden vorgehen.

[1]) Sollte jedoch Jemand, über den bereits der dritte Rechtstag ergangen, eine Obligation, Signatur (Nachversicherung) oder andere Versatzung aufrichten wollen, so soll ihm dasselbe nicht gestattet werden.

worden sind, nach Ansicht des §. 105 der Landesordnung bei vorfallender Collocation für bloße Handschriften erachtet werden sollen.

Man hatte daher nur noch den Fall in's Auge zu fassen, in welchem ein rechtlich betriebener Schuldner gegen den bereits der erste und zweite Rechtstag ergangen ist, sein Vermögen noch mit neuen Schulden belastet, zum Nachtheile seiner bereitsvorhandenen Gläubiger seine Güter mit einer Pfandlast beschwert und dann sein Vermögen seinen Gläubigern heimschlägt. Wenn zu einer solchen fraudulosen Handlung ein Dritter Hand bietet, so spricht die Vermuthung dafür, daß er mit dem Schuldner im Einverständniß war, und ihn müssen daher auch die nachtheiligen Folgen treffen, welche darin bestehen, daß seine Obligation ihm bei der Collocation keinen Platz in der zweiten Klasse sichert. Die Vermuthung, daß in der Errichtung einer Obligation die Absicht liege, die bereits vorhandenen Gläubiger zu benachtheiligen, kann aber dann nicht Platz greifen, wenn der Anleiher noch gar nicht betrieben ist, und es dem Gläubiger somit nicht möglich war, darüber Gewißheit zu erlangen, ob eine Ueberschuldung des Erstern zur Zeit der Errichtung der Obligation vorlag.

Wenn hiernach der §. 237 der Landesordnung auf solche Fallimente keine Anwendung findet, welche dadurch hervorgerufen worden sind, daß ein Schuldner, ohne rechtlich betrieben zu sein, sein Vermögen heimschlägt, so kann dem Beklagten die Wirkung seiner Obligationen, obgleich dieselben beim Ausbruche des Fallimentes noch keinen Monat alt waren, nicht entzogen werden.

Urtheil des Obergerichtes von Baselland vom 9. März 1855. (Directe Mittheilung.)

XV. Concurs. Zugverfahren.

Das Civilgesetz von Waadt stellt im Art. 922 hinsichtlich der Auflösung von Verpflichtungen folgenden ganz allgemeinen Satz auf:

Une obligation peut être acquittée par toute personne qui y est intéressée, telle qu'un coobligé ou une caution.

L'obligation peut même être acquittée par un tiers qui n'y est point intéressé, pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur.

und hinsichtlich der Anwendung desselben im Concurszug das Schuldentriebgesetz vom 12. März 1846 folgende besondere Regel:

Art. 98. Dans un retrait subséquent, le retrayant est tenu à rembourser au possesseur ses légitimes déboursés à l'occasion de son retrait, et, de plus, à lui payer sa créance ou la partie qu'il avait appliquée au retrait.

Toutefois, si cette créance est postérieure en rang à celle du retrayant, celui-ci n'est pas tenu de la payer, mais le possesseur peut empêcher le retrait, en payant le retrayant.

Le même principe s'applique aux créances que le possesseur a dû payer à l'occasion de son retrait si elles sont postérieures à celles du retrayant. Dans ce cas, le possesseur a son recours en remboursement de ces créances contre ceux à qui il les avait payées. Ces créanciers, rentrant dans leurs droits, peuvent exercer de nouveau le retrait.

Diese Sätze wurden in Anwendung gebracht in einer Streitsache zwischen den Erben von J. B. Perrin und den Erben Deverin. Am 8. März 1835 hatten nämlich die Gebrüder von Freudenreich die Besitzeinweisung gegen P. F. Perrin in Folge Pfändung erlangt und waren auch im Besitz geblieben, da Perrin die ihm zur Lösung gegönnte Jahresfrist umsonst verstreichen gelassen hatte. Darauf überschlugen die Erben von J. B. Perrin die im Pfändungsbesitz befindlichen Gläubiger durch Meldung vom 9. August 1854 und es erging darüber ein notarialischer Akt vom 29. August 1854. Am letzten Tag der laufenden Frist überschlugen weiter die Erben Deverin die vorangehenden Züger für dieselben Liegenschaften, kraft Schuldscheinforderung von Fr. 150. 83, die ihnen P. F. Perrin schuldete, und die nun durch Deverin Erben mit Interessen gezahlt werden sollte. Die Erben J. B. Perrin weigerten aber die Herausgabe der Grundstücke.

Das Bezirksgericht von Echallens hatte am 24. Januar l. J. dieses Ueberschlagsrecht zur Anerkennung gebracht. Dagegen die zweite Instanz hält die Ablehnungsgründe der Erben Perrin für statthaft:

Considérant que le droit et l'intérêt légitime de tout créancier d'un débiteur failli ou saisi consistent à obtenir le paiement de la dette;

Qu'à cet effet, les lois ont régularisé un mode de poursuite ou d'intervention pour que le créancier puisse parvenir au paiement s'il y a lieu;

Qu'elles se sont bornées et qu'elles ont dû se borner à assurer autant que possible le droit du créancier è être payé de ce qui lui est dû, et qu'elles n'ont point eu à prévoir le cas où le créancier aurait un intèrêt de lucre ou un bénéfice à faire sur sa créance en étant acquitté d'une manière plutôt que d'une autre.

Considérant que nos lois ont admis comme moyen de parvenir au paiement, le droit du créancier d'opérer le retrait des immeubles saisis au préjudice de son débiteur, et cela en vue de trouver sur la plus-value des immeubles une compensation totale ou partielle à la valeur de sa créance;

Que la loi actuelle sur la poursuite pour dette, tout comme les précédentes, comprennent le retrait dans les opérations de la poursuite, ensorte que le retrait n'est qu'un mode de procéder pour parvenir au paiement et ne donne aucun droit réel sur l'immeuble.

Considérant que le créancier qui a saisi et qui a obtenu la possession de l'immeuble saisi, et cela en acquittement de sa créance, est ainsi mis en place du débiteur et le représente quant à l'immeuble;

Que celui qui a opéré le retrait et a pris possession de l'immeuble se trouve dans le cas du créancier saisissant et prend à lui les obligations du débiteur vis-à-vis des créanciers qui agissent sur le même immeuble;

Que, dans cette position, sa première obligation est de payer la créance de celui qui poursuit l'immeuble après lui ou de laisser le fonds tout comme devrait le faire le débiteur.

Considérant que le créancier qui est au bénéfice d'un retrait perfectionné jusqu'à la revestiture de l'immeuble, et qui est ainsi mis complètement à la place du propriétaire, a droit d'agir comme l'aurait fait celui-ci, savoir d'acquitter la dette pour laquelle l'immeuble est poursuivi par un avis de retrait subséquent et de désintéresser le créancier qui poursuit, et qu'aux termes de l'art. 922 du code civil il doit être envisagé comme pouvant acquitter une obligation en qualité d'intéressé;

Que si l'art. 98 §. 2 de la loi du 18 mars 1846 prèvoit un cas particulier où le possesseur est spécialement autorisé à empêcher un retrait subséquent en payant le retrayant, la disposition de cet article n'a eu en vue que d'indiquer un remède pour le cas où le retrayant subséquent n'est pas tenu de payer le retrayant antérieur, et que cet article n'a rien de limitatif ou d'exclusif pour les autres cas;

Qu'au reste cette disposition qui est la réproduction littérale de l'art. 947 du code de procédure civile ancien, dérive des lois antérieures sur la matière des retraits, et que sous l'empire de ces lois il a toujours été admis que le possesseur avait le droit de garder l'immeuble en payant le retrayant. (Formalité de Porta, p. 474 et 475).

Considérant dès lors qu'ensuite des offres et de consignature faite par les héritiers Perrin du montant de la créance due aux héritiers Déverin, ceux-ci sont ainsi sans intérêt légitime à exiger la possession de l'immeuble, tandis que les premiers ont droit et intérêt à le conserver.

Urtheil des Cassationsgerichts von Waadt, vom 27. März 1855. (Journal des tribunaux. III. ann. p. 13 ss.)

XVI. Civilprozeß. Grenzlinie.

Zwischen den Brautleuten, Herrn Arnold König, gewesenem Handelsmann von und in Bern, und Frau Wittwe Friederika Blau, geb. Hummler, von und in Bern, wurde unterm 7. Juni 1841 ein Ehetag geschlossen, zu Folge welchem die Brautleute auf das gegenseitige Notherbrecht Verzicht leisteten, dagegen aber folgende Bestimmungen feststellten:

1) Nach dem Vorabsterben des Herrn König sollte dessen Wittwe, nach Vorauserhebung ihrer eigenen Mittel, des sämtlichen Hausraths, des Leinenzeuges, des Silbergeschirres und der Vorräthe an Lebensmitteln, aus dem Vermögen ihres Herrn Gemahls, welches an seine gesetzlichen oder testamentlichen Erben falle, eine lebenslängliche jährliche Rente von L. 3500 zukommen.

2) Auf den Fall des Vorabsterbens der Braut solle der dannzumalige Wittwer das Vermögen seiner Gattin sel. ihren gesetzlichen oder testamentlichen Erben sogleich ausliefern, und nur im Besitze und Genusse seines eigenen Vermögens verbleiben.

Nachdem Herr König sich hierauf mit Frau Wittwe Blau verehelicht hatte, errichtete er unterm 7. März 1853, unmittelbar vor seinem Tode, in Gegenwart von Zeugen, eine mündliche letzte Willensverordnung, in welcher er verfügte, daß seine Liegenschaften zu einem Viertheil seiner Wittwe und zu einem Viertheil seiner Stieftochter, Jungfer Friederika Blau, angehören, von den Kapitalien Fr. 80,000 seiner Wittwe, und Fr. 60,000 seiner Stieftochter, und die vorräthige Baarschaft endlich, die Mobilien, sowie der Ueberschuß des Vermögens über die ausgesetzten Legate hinaus, ebenfalls der Wittwe König zufallen sollten.

Nach dem Tode des Herrn König trafen die Erbschaftsberechtigten eine Uebereinkunft, kraft welcher die Geschwister des Erblassers als gesetzliche Erben anerkannt, die Bestimmungen des Ehetags als gefallen erklärt, der Wittwe dagegen eine Summe von Fr. 168,362. 90 zuerkannt wurden.

Die Finanz-Commission der Regierung von Bern faßte diese Summe nun als Geschenk auf und forderte davon, nach den erforderlichen Reductionen eine Erbs- und Schenkungsabgabe von Fr. 5558. 28, nach dem Gesetz vom 27. Nov. 1852, welches, wo kein Verwandtschaftsverhältniß vorhanden ist, 6 % fordert.

Die Wittwe dagegen behauptete: Es komme nicht darauf an, auf welchen Rechtstitel gestützt sie geerbt habe, sondern nur darauf, ob jenes Vermögen einen Theil des Nachlasses ihres Gatten bilde oder nicht? Da sie aber wirklich jene Summe von Fr. 92,638. 26 aus dem Nachlasse des Gatten, Herrn König, erbe, das Gesetz aber Wittwen, als Notherben, von der Steuerpflicht enthebe, so

sei sie irrig besteuert worden, und provocirte den Fiscus zur Klage vor dem Civilrichter. Dieser bestritt dessen Competenz und wollte die Frage auf den Administrativweg gewiesen haben.

Der Appellations- und Cassationshof in Uebereinstimmung mit dem ersten Richter verwarf das Begehren der Finanz-Commission

in Betrachtung:

1) daß Frau König weder das Recht des Staates zum Steuerbezuge, noch die Verbindlichkeit des Gesetzes vom 27. Nov. 1852 für sämmtliche Staatsbürger bestreitet, sie vielmehr ihre Weigerung, die von ihr als Abgabe geforderte Summe zu bezahlen, auf den §. 4 eben jenes Gesetzes stützt, welcher sie, nach ihrer Behauptung, von der Entrichtung einer Staatsabgabe für das quästionirliche Vermögen befreie, weil dasselbe von der Verlassenschaft ihres gestorbenen Gatten, in Folge der mit den gesetzlichen Erben desselben geschlossenen Verträgen, ihr zu Theil geworden seie; daß jedoch von Seite des Staates die Voraussetzung, auf welcher diese Behauptung beruht, nicht als richtig zugegeben, sondern dagegen behauptet wird, es seie der betreffende Theil des Vermögens, nach Mitgabe der Verträge, der Frau König nicht von ihrem Gatten zugefallen, sondern von dessen ihr nicht verwandten Erben schenkungsweise ihr überlassen worden, daher der §. 3 des Gesetzes seine Anwendung finden müsse; daß somit nicht ein Hoheitsrecht des Staates und nicht die Verbindlichkeit eines Gesetzes, sondern nur die aus den sich entgegenstehenden Ansichten hervorgehende Frage: ob Frau König das fragliche Vermögen als Erbschaft oder Vermächtniß ihres Gatten oder aber als Schenkung von Seite dritter Personen erworben habe? im Streite liegt; daß aber diese Frage an sich rein civilrechtlicher Natur ist, und nach civilrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden sein muß;

2) daß nach der frühern Gesetzgebung (Prozeßform für Administrativstreitigkeiten vom Jahr 1818) bei Verweigerungen öffentlicher Leistungen die Beamten oder Behörden, welche die Leistung verlangten, in dringenden Fällen, wenn nämlich aus einem Aufschub ein allgemeiner Nachtheil zu besorgen war, bei dem Oberamtmann vorläufige sichernde Maßnahmen provociren konnten (§. 20); daß sie aber dann mit einer ordentlichen administrativrechtlichen Klage gegen den Renitenten auftreten mußten (§§. 19 und 21), und daß erst nachdem die beiden Parteien in einem geregelten Verfahren und nach Führung der nöthigen Beweise das vollständige rechtliche Gehör genossen hatten, der Streit vor den Oberamtmann als erstinstanzlichen Richter, und vor den Regierungsrath als oberinstanzliche Gerichtsbehörde zum Entscheid gelangen durfte (V. Abschnitt (§§. 23—94);

3) daß die §§. 17 bis und mit 95 der Administrativprozeßform,

und somit auch der IV. Abschnitt, welcher von Streitigkeiten über öffentliche Leistungen handelte, durch den Artikel 2 des Promulgationsdekretes zu dem Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen vom 31. Heumonat 1847 aufgehoben wurde; daß aber nach der Beschaffenheit und nach dem Geiste der dermaligen Staatsverfassung diese Aufhebung nicht in dem Sinne geschehen sein kann, daß die Administrativbehörden nunmehr von sich aus ohne weiters zu entscheiden haben sollen, ob eine verweigerte öffentliche Leistung zu erfüllen seie oder nicht; daß der Renitent bloß allfällig in Vorstellungen und Bittschriften seine Weigerung zu rechtfertigen solle versuchen können, und daß die Anrufung eines eigentlichen Richters ihm nicht mehr zustehen solle, sondern daß er es sich gefallen lassen müsse, ohne ein vorangegangenes regelmäßiges Verfahren und ohne nach einem solchen ein rechtliches Gehör vor einem eigentlichen gesetzlichen Richter vollständig genossen zu haben, von der fordernden Administrativbehörde selbst oder von der obersten Behörde in Verwaltungssachen, dem Regierungsrathe, zur Erfüllung der verweigerten Leistung angehalten zu werden; daß man vielmehr annehmen muß, es habe der Gesetzgeber durch die Aufhebung der Administrativprozeßform den §. 11 der Verfassung, laut welcher die administrative und die richterliche Gewalt in allen Stufen der Staatsgewalt getrennt sein sollen, in Ausführung bringen, und zu dem Ende den Administrativbehörden die bis dahin ihnen obgelegene Jurisdiktion über administrativrechtliche Streitigkeiten abnehmen und dieselbe den ordentlichen Gerichten übertragen wollen; daß letzteres auch um so weniger zu bezweifeln ist, weil die gerichtliche Thätigkeit der ersteren Behörden jedenfalls aufgehoben wurde, ohne daß an der Stelle derselben irgend eine andere besondere Behörde mit der betreffenden ihnen zugestandenen Justizpflege beauftragt worden wäre;

4) daß diese Auslegung des Art. 2 des erwähnten Promulgationsdekrets durch die bisherige Praxis als die richtige angenommen wurde, und daß dieselbe auch durch den §. 23 [1]) der Staatsverfassung unterstützt wird;

5) daß zwar das Gesetz über das Verfahren in Streitigkeiten über öffentliche Leistungen vom 30. März 1854 [2]) Vorschriften ent-

---

[1]) Offenbar ist hier §. 33 gemeint: „Der Staat ist schuldig, über jede gegen ihn angebrachte Klage, welche einen Gegenstand des Mein und Dein betrifft, vor den Gerichten Recht zu nehmen, der Grund der Klage sei, welcher er wolle; mit Ausnahme jedoch des Falles, wo wegen eines verfassungsmäßig erlassenen Gesetzes geklagt wird.

[2]) Vgl. in dieser Zeitschrift IV. 1. Rechtsgesetzgebung 1854 n. 41.

hält, welche mit denjenigen des Abschnitts IV. der aufgehobenen Administrativprozeßform vom Jahr 1818 im Wesentlichen übereinstimmen, daß aber gerade hierin ein weiterer Beweis liegt, daß die dießortigen Grundsätze wenigstens bis zur Erlassung des neuen Gesetzes keine Geltung mehr hatten;

6) daß übrigens das Gesetz vom 30. März 1854 auf den waltenden Spezialfall seine Anwendung jedenfalls nicht finden könnte, weil dasselbe erst mit dem 1. April 1854 in Kraft trat, das Provokationsgesuch der Frau Wittwe König aber bereits am 5. Dezember 1853 vor dem Richter angebracht und rechtshängig gemacht worden war.

Urtheil des Appellations- und Cassationshofes Bern vom 6. Nov. 1854. (Zeitschrift für vaterländisches Recht. 1855. S. 81 f.)

---

2. Criminalrecht.

XVII. Raub. Gesetzesauslegung.

Hans Jacob Waßer von Gränichen und Jacob Huggenberger, Geflechthändler, hatten in der Nacht vom 2. auf den 3. September 1854, den beiden Knechten Bolt und Widmer im Walde beim Oberrain (Gemeinde Seon), welche eine Summe Geldes von Fr. 2156. 97 bei sich trugen, aufgepaßt, sie angegriffen, schwer mißhandelt, dabei verwundet, und beraubt.

Das Gesetz von Aargau §. 150 enthält folgende Bestimmung:

„Ist der mit gewaltthätiger Handanlegung unternommene Raub auch vollbracht worden, so hat schwerste Kettenstrafe im zweiten Grade statt."

Das gleiche Gesetz §. 157 bestimmt über Raub unter Anwendung von Drohung Kettenstrafe zeitlich im ersten Grade, von schwerer Verwundung oder von Qualen Tod.

Das Obergericht verhängte in Anwendnng von §. 159 des peinlichen Strafgesetzes gegen Beide schwerste Kettenstrafe langwierig im zweiten Grade, auf die Dauer von 20 Jahren und zu 40 Stockstreichen, wovon die Hälfte beim Eintritte, die andere Hälfte beim Austritt aus der Strafanstalt und zwar:

„da auf den vorwürfigen Fall der §. 159 des peinl. Strafgesetzes zutreffe, welcher auf den mit gewaltthätiger Handanlegung unternommenen und vollbrachten Raub schwerste Kettenstrafe im zweiten Grade androhe. Diese Strafbestimmung sei — entsprechend der in den §§. 157 und 160 des gleichen Gesetzes beobachteten, mit den dort erwähnten, jeweils neu hinzutretenden Erschwerungsgründen in Uebereinstim-

mung stehenden Steigerung der Strafandrohung — mit der aus Versehen weggelassenen Bezeichung „langwierig" zu ergänzen, wie sich dieses auch aus der im Staatsarchive befindlichen Urschrift des Gesetzes ergebe. Bei Ausmessung der Strafdauer falle den Angeschuldigten die vorherige reife Ueberlegung erschwerend zur Last, während ihnen der Umstand mildernd zu Statten komme, daß der Eigenthümer beinahe vollständig wieder in den Besitz des gestohlenen Geldes gekommen sei."

Urtheil des Obergerichtes Aargau, vom 9. Nov. 1854. (Amtsblatt d. C. S. 637.)

XVIII. Diebstahl. Rückfall.

Das Kantonsgericht von Obwalden beurtheilt den Johann Fanger, 36 Jahr alt, Landarbeiter, heimatrechtig in der Schwendi.

Derselbe ist 90 Diebstähle geständig, welche sich gemäß Taxation zusammen auf 710 Fr. 47 Rp. belaufen. Von diesen Diebstählen verübte derselbe 58 durch mehr oder weniger gewaltsamen Einbruch in Häuser, vorzüglich in Keller, auch in Speicher und Ställe; 6 konnte er in Kellerfenstern durch Einlangen mittelst Stangen und andern Instrumenten ausführen, ohne daß er in's betreffende Lokal selbst einsteigen mußte; 26 seiner Entwendungen beging er im Freien — an Gartenfrüchten, an Obst und einigen Stücken Schmalwaare. — Diese Diebstähle vertheilen sich auf 61 Beschädigte. — Das Entwendete besteht größtentheils in verschiedenen Lebensmitteln, vorzüglich in Käsen, deren er nämlich 45 ganze und 5 halbe Stücke, größere und kleinere, jedoch meist magere, entfremdete; ferner in 9 Stücken Schafe, sowie auch in Anken, Mehl, Fleisch, Erdäpfeln und verschiedenen im Auszuge näher bezeichneten Gegenständen.

Strafe: ¼ Stunde Halseisen, 40 Ruthenstreiche auf der Tour zur Melchenbrücke, nach einem halben Jahre in geschlossenem Raum noch 30 Ruthenstreiche durch den Strafrichter, 7 Jahre Schellenwerk mit Schnabel, erste Hälfte mit Ketten; lebenslängliche Ehrlosigkeit, Vorknieen in der Pfarrkirche an einem dienlichen Sonn- oder Festtag.

Urtheil des Kantonsgerichtes von Obwalden vom 17. Sept. 1855. (Amtsblatt vom 22. Sept. gl. J.)

XIX. Fortgesetzter Diebstahl.

Johann Eggspüler von Klingnau, 18 Jahre alt, katholisch, vermögenslos, schlich sich im Heumonat 1854 in das Haus des

Sebastian Wenge, stieg, nachdem die Hausgenossen sich alle entfernt hatten, durch das Kuchenfenster in eine Stube und nahm aus einem Trog in einer offenen Nebenkammer 5 Fünffrankenstücke, gab davon an die Mutter und verpraßte das Uebrige. Kurze Zeit hernach entwendete er nach gleicher Vorbereitung an ganz gleichem Ort 6 Fünffrankenthaler, und auf offenen Räumlichkeiten dem Knecht Martin Meier vier Gulden. Unter gleichen Verumständungen am 22. Weinmonat Fr. 2. 30 Ct. und am 29. gl. Monats 50 Ct., im Ganzen Fr. 70. 47 Ct.

Schreite man, sagt die zweite Instanz, zur rechtlichen Würdigung, so gestalten sich die vom Angeschuldigten an Wenge begangenen Entwendungen, da dieselben als ein fortgesetzter, in verschiedenen Angriffen verübter Diebstahl aufzufassen seien und der Gesammtbetrag des Entwendeten Fr. 30 a. W. übersteige, nach §. 146 des peinlichen Strafgesetzes als das Verbrechen des Diebstahles, welchen, da er weiter nicht beschwert erscheine, §. 150 des gleichen Gesetzes mit Zuchthausstrafe zeitlich im ersten oder zweiten Grade bedrohe. Zwar habe das Bezirksgericht den Beschwerungsgrund des verschlossenen Gutes für alle fünf Angriffe angenommen, weil Eggspühler auf ungewohntem Wege, d. h. durch ein offenes Fenster aus der Küche in die Stube gelangt sei; allein diese strengere Ansicht lasse sich im Falle nicht rechtfertigen, weil das Fenster selbst nicht verschlossen, die Räumlichkeit ihrer Lage nach aber ohne Schwierigkeit zugänglich gewesen sei. Die Begehung gestalte sich somit nur als ein unbeschwerter peinlicher Diebstahl, obgleich ein solcher auch schon in der einzelnen, unter Nr. 2 erwähnten Entwendung vorliege, indem dieselbe an verschlossenem Gute begangen worden und über Fr. 10 a. W. betrage. Bei Ausmessung der Strafdauer falle dem Angeschuldigten zur Last: seine frühere, wenn auch nur polizeiliche Bestrafung wegen Diebstahls; mildernd dagegen komme ihm zu Statten: seine vernachlässigte Erziehung, seine Jugend, drückende Armuth und die Enthaltung von Zufügung größeren Schadens, wozu die Gelegenheit offen gestanden.

Urtheil des Obergerichts Aargau vom 21. Christmonat 1854. (Amtsblatt 1855. n. 4. Extrabeilage.)

XX. Diebstahl. Strafart.

1. Criminalgesetz von Schaffhausen. §. 145. Wenn bei einem Diebstahle mehrere erschwerende Umstände zusammentreffen, so soll nach Maßgabe der Gefährlichkeit schwere Kettenstrafe von 16 bis 20 Jahren erkannt werden. §. 146. Wenn aber ein solcher Verbrecher schon zweimal des Diebstahls wegen mit Criminalstrafe be-

legt worden und sich das Stehlen so zur Gewohnheit gemacht habe, daß wenig Hoffnung zur Besserung übrig bleibt, so soll er mit dem Tode bestraft werden.

Christian Heusi, Chömichristen, Maurer von Schleitheim, 48 Jahr alt, verheirathet, Vater eines Kindes, schlich sich unter dem 5. Sept. 1854, ungefähr um 3 Uhr Nachmittags, in das Wohnhaus des Herrn Kantonsrath Christian Stamm in Schleitheim durch die Hinterthüre ein, hatte sich auf der Laube des obern Stockes versteckt, die Entfernung der sich zur Feldarbeit begebenden Hausbewohner abgewartet, sich dann durch die Küche in die Stube verfügt, den dort befindlichen Speiseschrank durchsucht, und mit dem in einem Fache vorgefundenen Schlüssel die nebenliegende Stubenkammer geöffnet und daselbst aus einem unverschlossenen Kasten (Kommodenaufsatz) die Summe von 757 Fr. 20 Rp. entwendet und hievon 201 Fr. für sich und seine Haushaltung aufgebraucht.

Der Diebstahl war also mehrfach qualificirt, an verschlossenem Gut, und der Betrag überstieg die Summe von 300 Gulden; überdieß war der Angeklagte schon dreifach wegen anderer qualificirter, und zwar in hohem Grade beschwerter Diebstähle bestraft (1832, 1835, 1849).

Das Kantonsgericht erkannte,

„daß die dem Angeklagten zur Last fallenden Diebstähle mit besonderer Arglist und Verwegenheit ausgeführt worden, und die demselben auferlegten schweren Freiheitsstrafen in einer Gesammtdauer von 19 Jahren fruchtlos geblieben sind; — verhängte jedoch,

da demnach der Angeklagte nach dem Wortlaute des Strafgesetzes (§. 146) das Leben verwirkt hätte, die Todesstrafe aber beim Verbrechen gegen fremdes Eigenthum längst nicht mehr in Anwendung gekommen ist; daß unter diesen Umständen aber die im Gesetz angedrohte Freiheitsstrafe (§. 145) gerechtfertigt erscheint, 20jährige Kettenstrafe und bei Eintritt und nach Ablauf von vier Wochen jeweils 25 Staupbesenstreiche.

Urtheil des Kantonsgerichtes von Schaffhausen vom 12. Juni 1855. (Amtsblatt S. 498 f.)

---

2. Bernhard Matter von Muben, 33 Jahre alt, Maurer, geschiedener Ehemann, Vater eines Kindes, im Brachmonat 1851 wegen verschiedener mehrfach beschwerter Diebstähle zu 20jähriger Kettenstrafe verurtheilt, am 10. Jenner 1853 aber der Haft entsprungen, beging in den darauf folgenden zehn Monaten eilf Diebstähle, im Gesammtbetrage von ungefähr 3970 Fr., und mehrmals in äußerst frecher Weise, einigemal in Gesellschaft, meist bei Nachtzeit und durch Einbruch oder Aufbrechen.

Das Obergericht verurtheilte ihn einstimmig zum Tode durch das Schwert, zum Ersatze des angestifteten Schadens und zu Bezahlung seiner Gefangenschafts-, sowie aller Untersuchungs- und Vollstreckungskosten,

„da dem Matter das Verbrechen des öfters wiederholten und bezüglich Nr. 10 mehrfach beschwerten Diebstahles zur Last falle, indem der bei Herrn Rohr in Lenzburg unternommene Einbruch zur Nachtzeit und in Gesellschaft ausgeführt worden sei, eine empfindliche Beschädigung von weit mehr als Fr. 400 a. W. zur Folge gehabt habe und von besonderer Verwegenheit und Gewaltanwendung zeuge, daß also hinsichtlich der Bestrafung dieses Diebstahles die Bedingungen zur Anwendung nicht nur des §. 152, sondern auch des §. 153 vorlägen. Der §. 152 laute nämlich: „Beläuft sich die Summe des Gestohlenen über 400 Schweizerfranken, oder ist auch bei einer geringern Summe dem Bestohlenen ein nach seinen Umständen empfindlicher Schaden zugefügt oder der Diebstahl mit besonderer Verwegenheit, Gewalt oder Arglist verübt worden, so soll Kettenstrafe anhaltend im ersten Grade, und wenn der Thäter auch schon früher des Diebstahles wegen bestraft worden, schwere Kettenstrafe anhaltend im zweiten Grade erkennt werden.“ Und §. 153: „Wenn bei einem Diebstahle mehrere von den im vorigen § angezeigten erschwerenden Umständen zusammentreffen, so soll nach Maßgabe der Gefährlichkeit schwere Kettenstrafe langwierig im ersten Grade erkennt werden.“ Allein es komme hiebei die auch vom öffentlichen Ankläger und vom löblichen Bezirksgerichte aufgeworfene und bejahte, vom Vertheidiger dagegen als zweifelhaft bezeichnete weitere Frage in Betracht: ob auf den Untersuchten nicht der §. 154 anzuwenden sei, welcher folgendermaßen laute: „Wenn aber ein solcher Verbrecher schon zweimal des Diebstahls wegen fruchtlos mit Kriminalstrafe belegt worden, und sich das Stehlen so zur Gewohnheit gemacht hat, daß wenig Hoffnung zur Besserung übrig bleibt, so solle er mit dem Tode bestraft werden.“

Matter sei nämlich, nebst zweimaliger, zuchtpolizeilicher Ahndung, wegen Diebstahls schon dreimal peinlich verurtheilt, und zwar durch obergerichtliches Erkenntniß vom 26. Heumonat 1844 mit dreijähriger Kettenstrafe, durch solches vom 19. Hornung 1850 mit sechszehnjähriger schwerer Kettenstrafe, endlich durch Urtheil vom 3. Heumonat 1851 mit zwanzigjähriger schwerer Kettenstrafe belegt worden. Von der zweiten peinlichen Strafe habe er aber nur etwa ein halbes Jahr und von der dritten nur ungefähr 18 Monate ausgestanden, indem er aus den Strafanstalten Baden und Aarburg gewaltthätig ausgebrochen und entwichen sei. Die erste Bedingung des §. 154 — zweimalige fruchtlose, peinliche Bestrafung des Mat-

ter wegen Diebstahls — liege vor, zumal nicht zweimalige vorausgegangene Anwendung des §. 153, sondern überhaupt nur zweimalige Belegung mit Kriminalstrafe und das Vorhandensein der Bedingungen des §. 153 in dem zu beurtheilenden Falle erfordert würden, und Matter schon dreimal wegen Entwendung peinlich bestraft worden sei. Das zweite Erforderniß des §. 154 sei, daß der Verbrecher sich das Stehlen so zur Gewohnheit gemacht habe, daß wenig Hoffnung zur Besserung übrig bleibe. In dieser Beziehung wiesen nun die Akten nach, daß der Angeklagte schon in seinem fünfzehnten Lebensjahre (1836) die Ausübung des Diebshandwerkes begonnen habe, wegen zweier Entwendungen in den Jahren 1836 und 1841 polizeilich, am 16. Heumonat 1844 für drei nächtliche Diebstähle mit Einbruch, am 19. Heumonat 1850 für 15 (11 im Kanton Aargau), meistens zur Nachtzeit, in Gesellschaft und an verschlossenem Gute begangene Entwendungen, und am 3. Heumonat 1851 wegen 11 nächtlich, meistens mittelst Einbruches und zum Theil in Gesellschaft (8 im Aargau) verübter Diebstähle peinlich bestraft worden sei, und daß er seit seiner letzten Entweichung aus der Strafanstalt bis zur Verhaftung in Teufenthal (Jenner 1853 bis Jenner 1854) wiederum 10 nächtliche, durch Einbruch bewerkstelligte und zum Theil in Gesellschaft unternommene Diebstähle ausgeführt und zu einem derselben auch das erforderliche Werkzeug sich diebisch zugeeignet habe. Der Werth des von Matter theils einzeln, theils in Gesellschaft Entwendeten betrage im Ganzen über Fr. 10,500 n. W. Nachdem derselbe bereits fünfmal fruchtlos wegen Diebstahls bestraft worden sei und er im letzten Jahre wieder 10 Einbrüche ausgeführt und sich dadurch einen weit über das Bedürfniß hinausreichenden Werth verschafft, welchen er größtentheils verschenkt und verpraßt habe, dürfe und müsse der Richter endlich annehmen, daß bei Matters eingewurzelter Neigung, Gewohnheit und Fertigkeit zum Stehlen wenig Hoffnung zur Besserung übrig sei, zumal dieser die im Urtheile vom 3 Heumonat 1851 ausgesprochene Hoffnung seither auf arge Weise zu Schanden gemacht habe. Es treffe also bei demselben auch das zweite Erforderniß des §. 154 zu. Wenn die Erhaltung und Befestigung der öffentlichen Sicherheit unleugbar ein Hauptzweck der Strafgesetze sei, so müsse sich der Richter hier durch das Gesetz und die wohlbegründeten Ansprüche der bürgerlichen Gesellschaft auf Schutz und Sicherheit verpflichtet finden, strenge Gerechtigkeit walten zu lassen."

Der große Rath, um Gnade angegangen, bestätigte mit Mehrheit das Urtheil.

Urtheil des Obergerichtes von Aargau, vom 22. April 1854. (Amtsblatt gl. K. S. 321 f.)

XXI. Diebstahl. Motiv.

Jakob Rüegg von Wyla, Kanton Zürich, 59 Jahre alt, unverbeiständet, hatte am 12. Januar 1854 bei dem Nachtwächter von Buchthalen, M. Hangartner, Unterkunft über Nacht erhalten und bald nach Mitternacht, während der Wächter die Stunde rief, diesen im Gesammtbetrage von Fr. 14. 55 bestohlen und sich darauf mit der Beute entfernt. Ganz in gleicher Weise hatte er sich gegen Hans Georg Graf in Oberhallau am 17. Januar verschuldet in einem Betrag von Fr. 56. 37.

Der Angeklagte war schon fünf Mal durch die Strafgerichte der Kantone Zürich, Schwyz und Thurgau kriminell bestraft worden.

Das Gericht schärfte die 8jährige Kettenstrafe durch körperliche Züchtigung, namentlich in Betracht, daß die Verübung beider Diebstähle nicht sowohl einem momentan vorhandenen, verbrecherischen Willen, als vielmehr einer tiefgewurzelten Abneigung vor geregelter Thätigkeit und einem angewöhnten Hange zu müssiggängerischem Herumstreifen zuzuschreiben, mithin als Ausfluß einer allgemeinen Anlage zur Verübung von Verbrechen um so ernster zu ahnden ist.

Urtheil des Obergerichtes Schaffhausen vom 17. Mai 1854. (Amtsblatt d. K. p. 325 f.)

XXII. Unterschlagung. Ergänzung des Gesetzes.

In Baselland wird in Criminalsachen noch das Criminalgesetz des Gesammtkantons Basel von 1821 den Urtheilen unterlegt. Dasselbe hat keine Bestimmungen über Unterschlagung, außer sofern solche von Beamten verübt wird.

Dagegen enthielt das correctionelle Gesetz die allgemeine Bestimmung (§. 57): „Wenn dem correctionellen Gericht Fälle überwiesen werden, welche in dem gegenwärtigen Gesetz nicht bezeichnet sind, allein ihrer Natur nach in die Reihe der Vergehen gehören, so wird dasselbe die Untersuchung vornehmen und eine der vorgeschriebenen Strafarten anwenden können, welche jedoch das im Gesetz für jede derselben festgesetzte Maximum nicht übersteigen darf.“

Dasselbe correctionelle Gesetz §. 11 bestimmt: „Wenn bei einer nach den Gesetzen als Verbrechen oder als Vergehen angesehenen Handlung oder Unterlassung aus der vorgenommenen richterlichen Untersuchung hervorgeht, daß zwar kein rechtswidriger Vorsatz obgewaltet, jedoch ein Mangel an gehöriger Achtsamkeit oder Aufmerksamkeit bei der That stattgehabt habe, so ist Fahrlässigkeit ein-

getreten, die von dem correctionellen Richter nach folgenden Bestimmungen zu beurtheilen ist."

Dieser Stand der Gesetzgebung fällt in Betracht bei folgendem Fall.

Jakob Keller von Rothenfluh (Kant. Baselland), Maurer, erhielt am 17. Nov. 1844 die Vogtei über Barbara Erni übertragen und am 19. Sept. 1845 diejenige über Verena Gysin. Durch erstere erhielt er ein Vermögen von 400, durch letztere ein solches von circa 2300 alten Franken zu verwalten. Keller ergab sich einem unordentlichen, verschwenderischen Leben. Schon bei den gewöhnlichen Rechnungsablagen am 19. Sept. 1845 und am 11. und 12. Juni 1851 konnte ein bedeutender Theil jener Vermögen von ihm als vorhanden nicht nachgewiesen werden, ohne daß dieß jedoch andere Folgen hatte, als die Aufforderung an ihn, die Recesse durch Titel sicher zu stellen. Am 20. Nov. 1852 fand sich endlich der Gemeinderath veranlaßt, auf Mundtodterklärung des Keller bei der Regierung anzutragen, welchem Gesuche alsbald entsprochen wurde. Als nun Keller in Folge hievon am 30. Nov. desselben Jahres Endrechnung ablegte, stellte es sich heraus, daß von dem 753 Fr. 48 Ct. betragenden Vermögen der Erni nur noch 94 Fr. 25 Ct. und von dem 4042 Fr. 09 Ct. betragenden der Gysin nur noch 2374 Fr. 94 Ct. vorhanden waren. In dem nun ausbrechenden Concurse wurden jedoch diese beiden Lücken bis auf 655 Fr. 97 Ct. und 1673 Fr. 09 Ct. gedeckt. Auf die Anzeige hievon fand sich die Regierung veranlaßt, am 1. Juni das Statthalteramt Sissach mit Einleitung eine Voruntersuchung gegen Keller zu beauftragen. In diesem gestand Keller sogleich ein, daß er von den ihm anvertrauten Vogtsgeldern circa 1600 alte Franken an eingegangenen Zinsen und Capitalien nach und nach in sein Haus und für sich verbraucht habe.

Am 27. Juli 1853 überwies die Regierung (nach Verfassung Anklagekammer) den Fall zur Beurtheilung an das Criminalgericht.

Das Criminalgericht aber wies die Sache ab und an das correctionelle Gericht unter folgenden Erwägungen:

diese allgemeine Klage sei nun in unserm Criminalgesetzbuche nicht vorgesehen, sie sei weder unter den Begriff von Unterschlagung, noch von Betrug zu setzen, und könne daher auch nicht von hierortigem Tribunale beurtheilt werden;

es liege vielmehr eine Fahrlässigkeit vor, die nach §. 6 des Criminal- und §. 11 des correctionellen Gesetzes zu ahnden sei, indem im vorliegenden Falle ein rechtswidriger Vorsatz nicht bewiesen und nicht vorzuliegen scheine; es sei leicht möglich, daß der Angeklagte in der Meinung gestanden haben möge, daß er die in seinen Nutzen verwendeten Vogtsgelder wieder ersetzen könne, ohne daß für

die Pupillen irgend Schaden entstehe; es sei überhaupt hierorts bei Abnahme von Vogtsgeldern gebräuchlich und komme oft vor, daß ein Rezeß von irgend einem Betrage als hinter dem Vogt stehend bezeichnet werde, wo es dann Sache der Vormundschaftsbehörde sei, für dessen Sicherstellung zu sorgen;

es sei auf keine Weise indicirt, daß Beklagter bei Ablegung der Rechnungen die Wahrheit unterdrückt, etwas verheimlicht oder unterschlagen habe; immerhin aber sei die Pflichtvergessenheit, die er sich als Vogt zu Schulden kommen lassen, höchst strafwürdig.

Auf Appellation des Staatsanwalts und nach Einholung eines auswärtigen Rechtsgutachtens wurde aber vom Obergericht am 12. Mai 1854 das Incompetenzurtheil aufgehoben und diese Procedur dem Criminalgerichte „behufs Erledigung durch Endurtheil" zurückgewiesen, unter folgenden Erwägungen:

daß bewiesen und unbestrittenermaßen vorliege, der angeklagte Appellat Keller habe von den ihm anvertrauten Vogtsgeldern Fr. 2328. 08 widerrechtlicherweise in seinem Nutzen verwendet;

er habe hiefür vorsätzlich im Sinne von §. 3 Criminalgesetzes gehandelt, indem er gewußt, daß durch die Verwendung des fremden Gutes der rechtswidrige Erfolg der Verletzung fremder Eigenthumsrechte nothwendig eintreten müsse;

es werde zwar die widerrechtliche Aneignung fremden anvertrauten Gutes, von Nichtbeamten verübt, im Gesetze nirgends ausdrücklich mit Strafe bedroht, allein es liege offenbar weder im Willen des Gesetzgebers, selbe ganz ungestraft zu lassen, noch solche, wenn sie des hohen Werthes des Objektes und des verletzten besondern Treueverhältnisses wegen die allgemeine Natur eines Verbrechens an sich trage, lediglich nach §. 57 des correctionellen Gesetzes zu bestrafen; vielmehr zeige sich in dieser Beziehung in der Gesetzgebung eine Lücke, die schon mehrfach in Urtheilen des Criminalgerichts durch Anwendung verwandter Strafbestimmungen, namentlich derer über Diebstähle, ausgefüllt worden;

hiedurch gebe sich ein, allgemeinen Grundsätzen und den Bestimmungen neuer Gesetzgebungen durchaus entsprechendes Gewohnheitsrecht kund, das gleich dem geschriebenen Rechte Beachtung verdiene, im vorwürfigen Falle aber, abgesehen von dtr Verletzung besonderer Rechtspflichten, eine weitaus genügende Höhe des Betrages, um die criminelle Kompetenz durchaus begründet zu halten.

Das Criminalgericht, in die ungehörige Stellung gezwängt, gegen seine Ueberzeugung urtheilen zu müssen, sprach nun Keller von der wider ihn erhobenen Criminalanklage frei und wies ihn dem correctionellen Gerichte zu.

„In Festhaltung der dem Spruche vom 6. August 1853 voran-

geschickten Begründungen" formulirte es seine weitern Erwägungen folgendermaßen:

„daß Keller die eingetretenen Folgen seiner Handlung, nämlich den für seine Vogtsbefohlenen entstandenen Schaden als nothwendige — wie das Obergericht in seinem dem eingeholten Rechtsgutachten angepaßten Spruche vom 12 dieß angenommen — absolut habe voraussehen müssen, stehe nicht fest; es sei vielmehr denkbar, daß der über 50 Jahre zählende Angeklagte in der Meinung und Hoffnung gestanden haben möge, er könne aus dem zu gewärtigenden väterlichen Erbtheile die hinter sich habenden Vogtsgelder resp. die sich gezeigten Rezesse decken, und diese Annahme gewinne an Glaubwürdigkeit dadurch, daß der E. Gemeinderath zu Rothenfluh Kellers sehr alten und sehr bemittelten Vater veranlassen wollen, für seinen Sohn resp. für den Vogtsgeldermanko Bürgschaft zu leisten und erst, als derselbe diesen Dienst ausgeschlagen, Anzeige gemacht hat;

in Erwägung überdieß, der §. 135 des Criminalgesetzes verlange als Erforderniß zum Diebstahle, „daß sich Jemand wider Wissen und Willen des Eigenthümers einer Sache bemächtige"; als Damnifikat im concreten Falle erscheine nun nach den Grundsätzen des Vormundschaftsgesetzes die Gemeinde Rothenfluh, und nach den vorliegenden Akten habe deren Vorstand bezüglich auf den einen Pupillen schon durch die Vogtsrechnungen von den Jahren 1845 und 1851 und bei der Vogtsablage für den andern im Jahre 1851 Kenntniß von nicht unbedeutenden Rezessen gehabt, ohne irgend welche Vorkehr zu Versicherung derselben getroffen zu haben.

Das Obergericht behielt natürlich formell Recht und „fußend auf seine Motive vom 12. Mai 1854" verurtheilte es am 6. Juli gleichen Jahres unter gewechseltem Präsidium Keller zu achtmonatiger Zuchthausstrafe.

Urtheile des Criminalgerichtes von Baselland vom 6. Aug. 1853 und 29. Mai 1854 und des Obergerichtes vom 12. Mai und 6. Juli 1854.

(Amtsblatt d. K. II. Abtheil. von 1854. S. 80 f.)

XXIII. Unterschlagung. Bedeutung der Ersatzmöglichkeit.

Jakob Meyer, gewesener Weibel des Friedensrichteramtes Schaffhausen, 43 Jahr alt, Vater von vier Kindern, hatte sechs ihm gelegentlich seiner Dienststellung anvertraute Abschlagszahlungen im Gesammtbetrage von 96 Fr. 11 Rp. zurückbehalten und in seinen eigenen Nutzen verwendet, später aber, während der Dauer der darüber angehobenen Untersuchung, wieder zurückerstattet.

Das Obergericht belegte ihn mit Zuchthausstrafe von 14 Tagen, stellte ihn auf vier Jahre im Aktivbürgerrecht ein und entsetzte ihn von der Weibelstelle, mit Rücksicht auf die folgenden Gesetzesstellen:

Criminalgesetz §. 163. [Definition des Verbrechens und Grenzbestimmung des criminellen Betrages auf 50 Gulden.]

§. 164. Die That ist als vollendet zu betrachten, sobald der Besitzer die Sache in der Absicht der Zueignung dem zur Zurückforderung berechtigten abläugnet, dieselbe ganz oder zum Theil braucht oder veräußert, oder sonst eine blos dem Eigenthümer zustehende Handlung geflissentlich damit vornimmt.

Das Zuchtpolizeigesetz (§. 77) stellt als Grenze für das betreffende Gebiet die Beträge von 5 bis 50 Gulden und eine Zuchthausstrafe von 8 Tagen bis 6 Monaten auf.

Die Rücksichten des Obergerichtes waren:

daß der Angeklagte zwar während der Dauer der Untersuchung sämmtlichen Gläubigern die für sie in Empfang genommenen Abschlagszahlungen wieder erstattet hat, wobei sich aber aus der Untersuchung ergibt, daß von demselben nur Fr. 46. 67 Rp. aus eigenen Mitteln, die Restsumme von Fr. 49. 44 Rp. aber durch fremde Hülfe gedeckt worden ist, daß der Angeklagte weder Vermögen noch Kredit besitzt, und ihm damit auch die Fähigkeit zum selbständigen Ersatze der von ihm widerrechtlich vorenthaltenen Gelder bis auf Höhe von Fr. 49. 44 Rp. abgegangen ist;

daß somit im vorliegenden Falle auch bei einer ganz milden Interpretation der Strafgesetze (Crim.-Ges. §. 163 ff., Z.-P.-G. §. 77 ff.) die Vermuthung der absichtlichen die Unterschlagung bedingenden Zueignung von Fr. 49. 44 Rp. gegen den Angeklagten eintreten muß, indem derselbe diesen ihm zur Ablieferung anvertrauten Betrag für sich gebraucht hat, seine Unfähigkeit zum Ersatz aus eigenen Mitteln aber zu der Zeit, wo die Ablieferung des Geldes hätte erfolgen sollen, außer Zweifel gesetzt ist;

daß der dienstliche Charakter des Angeklagten aus dem Grunde keine selbstständige Qualification der von ihm verübten Unterschlagung begründet, weil nicht sowohl der Weibel des Friedensrichters, als vielmehr der Friedensrichter selbst von den Betriebenen Zahlungen entgegen zu nehmen hat, der Umstand aber, daß der dienstliche Charakter zu diesen Unterschlagungen Anlaß geboten und von dem Angeklagten auch hiezu benutzt worden ist, erschwerend gegen denselben spricht.

Urtheil des Obergerichtes Schaffhausen vom 9. Febr. 1855. (Amtsblatt d. Kant. S. 179 f.)

XXIV. Betrug. Oeffentliche Urkunde.

Verena Fäs geborne Dättwiler von Schöftland, 46 Jahr alt, reformirt, Wittwe, Mutter von zwei Kindern, vermögenslos, hatte sich in der Absicht, ihrem 22jährigen Sohne Christian Fäs zu Erlernung der Uhrenmacherkunst zu verhelfen, bei gänzlichem Mangel an Geldmitteln mit einem angeblich von diesem Sohne verfertigten falschen Scheine, die Gutsprache des Gemeinderathes von Schöftland für ein Darleihen von Fr. 50 darstellend, am 26. Mai l. J. nach Zofingen begeben und Herrn J. J. Müller-Gengenbach um das Darleihen ersucht, der sich dazu hätte bereit finden lassen, wenn die vorgelegte Gutsprache auf dem löbl. Bezirksamt Zofingen, bei dem er sich über die Aechtheit des Siegels und der Unterschriften erkundigte, nicht sogleich als unächt erkannt worden wäre. Ueber die Art und Weise, wie diese falsche Gutsprache zu Stande gekommen, gibt die Angeschuldigte an, daß sie und ihr Sohn sich berathen, wie sie zu dem benöthigten Geldvorschusse gelangen könnten; daß dann der Letztere den Schein mit den Unterschriften des Gemeindeammannes Jb. Lüthi und des Gemeindeschreibers Sl. Buchser geschrieben, ab einem früher vom Gemeinderathe erhaltenen Gutscheine für den Bezug eines Weberzettels das Siegel abgelöst und dieses auf den falschen Schein gedrückt habe.

Die erste Instanz (BG. Kulm) fand in dem Verbrechen Verfälschung öffentlicher Urkunden.

Das Obergericht erachtete aber, diese Annahme sei zu verneinen. Nach §. 69 des peinl. Strafgesetzes mache sich derjenige dieses Verbrechens schuldig: „der aus Eigennutz oder andern bösen Absichten Staats- oder öffentliche Kreditpapiere oder im Staate als öffentliche Urkunden geltende Schriften, wessen Inhaltes solche auch sein mögen, unbefugter Weise errichte, nachmache, oder ächte verfälsche.“ Nach §. 132 der P.-O. seien als öffentliche Urkunden anzusehen „alle Schriften, welche von Gemeindeammännern, Gemeinderäthen u. s. w. in Amtssachen in vorgeschriebener Form ausgestellt werden“. Die Ausstellung einer gemeinderäthlichen Gutsprache für ein Darleihen, das nicht auf einer öffentlichen Urkunde beruhe, sondern auf eine bloße keine schuldschrift (einfache Obligation) verabfolgt werde, sei aber Privat-Amtssache, weil sie vom Gemeinderathe weder infolge eines Gesetzes gefordert werden könne, noch vermöge seiner Amtspflicht ertheilt werde. Die Gutsprache sei nichts anderes, als eine lediglich die Aussteller, unter Umständen möglicherweise auch die Ortsbürgergemeinde verpflichtende Privaturkunde, wodurch gegenüber dem Gläubiger freiwillig ein Bürgschaftsvertrag eingegangen werde, welche privatrechtliche Eigenschaft dadurch nicht verändert werde, daß zufällig ein Gemeinderath die Bürgschaft eingehe, die daherige Urkunde ausstelle und mit seinem Siegel versehe. Dagegen falle der That

bestand unter die Bestimmung des Gesetzes vom Betruge, indem der gesuchte Darleiher durch die listige Vorstellung, daß der Gemeinderath von Schöftland für das Darleihen von Fr. 50 Gutsprache leiste, in Irrthum habe geführt werden wollen, wodurch er an seinem Eigenthume, wenigstens an seinen vermeintlichen Bürgschaftsrechten, Schaden gelitten haben würde. (§. 161 des peinlichen Strafgesetzes.) Wäre nun das Darleihen wirklich erzielt worden, so würde sich die That nach Mitgabe des §. 164 und des §. 165 lit. a des peinl. Strafgesetzes zum Verbrechen des vollendeten Betruges gestalten, weil der Schaden, auf welchen die böse Absicht, wenigstens bezüglich der dem Gläubiger vorgespiegelten Sicherheit, gerichtet gewesen, Fr. 50, also mehr als Fr. 30 a W. betrage. Nun sei aber das Verbrechen des Betruges nicht zur Vollendung gelangt, weil das Darleihen nicht stattgefunden, und deshalb auch kein Schaden entstanden sei. Indem aber die Angeschuldigte von der falschen Urkunde wirklich Gebrauch zu machen gesucht und dieselbe dem Herrn Müller-Gengenbach zu dem Zwecke übergeben habe, um ihn zu dem Darleihen zu vermögen, habe sie ihrerseits den bösen Vorsatz zum Verbrechen durch eine äußerliche, zur wirklichen Ausübung führende Handlung unverkennbar an den Tag gelegt, dessen Vollbringung nur deßwegen unterblieben, weil die Gutsprache noch rechtzeitig als falsch erkannt worden sei. Es liege also der Versuch zum Verbrechen des Betruges vor.

Urtheil des Bezirksgerichts Kulm vom 4. Juli und des Obergerichts Aargau vom 26. gl. Monats 1854. (Extrabeilage zum Amtsblatt d. K. n. 33)

XXV. Fälschung. Aechte Urkunde. Früher bestrafte Fälle.

Samuel Brunner, im Jahr 1849 obergerichtlich zu 8jähriger Kettenstrafe wegen Fälschungen verurtheilt, hatte im Wege der Begnadigung seine Freiheit wieder erlangt und als Schreiber in seiner Heimatgemeinde Gränichen bei verschiedenen Personen sein Unterkommen gefunden, unter Andern auch bei dem Gemeindeammann, wo er im Pfändungswesen Aushülfe leistete. Dieser sein Prinzipal verwendete sich für ihn um Rehabilitation, bei Anlaß derselben ergaben sich aber frühere Vergehen, die bei der ersten Untersuchung noch nicht bekannt geworden waren. Im Eintragen eines Fertigungsprotocolls hatte er eine Fälschung begangen, indem er einzelne Hypothekarposten bei Kaufverträgen wegließ, andere einschaltete und falsche Daten vormerkte; ja in den Protocollheften des frühern Aktuars hatte er ganze Bogenlagen herausgenommen und solche

durch andere ersetzt, um weitere Fälschungen daran vorzunehmen. Ueberdieß beging Brunner auch seit seiner Entlassung neues Unrecht. Als Angestelltem des Ammann Widmer wurde ihm nämlich von diesem leichtfertiger Weise die Führung der Pfandbücher, sowie die Ausfertigung der Verhaftungs- und Pfandzeugnisse anvertraut. Diese Gelegenheit benutzend, trug Brunner zu Anfang dieses Jahres eine Forderung seiner Frau mit Fr. 45, auf Jakob Gyger, Ankenbänis, lautend, fälschlich ins Pfandbuch ein. Während er nämlich blos Fr. 2. 19 Pfandrechte besessen, zeichnete er bei Anlaß der Einschreibung einer betriebenen Forderung des Rudolf Schaffner, Viehhändler, eine Forderung von Fr. 45 im Pfandbuch ein, setzte diese der Forderung des Schaffner voran und stellte in diesem Sinne denn auch das Pfandzeugniß aus, welches Herr Widmer, ohne Anstand zu nehmen, beglaubigte und den Partheien einhändigte. Erst auf eine Reklamation ab Seite des Bürgen für die Schaffner'sche Forderung zog Brunner diese Forderung zurück und erklärte sie in dem Pfändungszeugniß für ungültig.

Das peinliche Strafgesetz von Aargau sagt nun: „Wer aus Eigennutz oder andern bösen Absichten Staats- oder andere öffentliche Creditspapiere oder im Staate als öffentliche Urkunden geltende Schriften, wessen Inhalts solche auch sein mögen, unbefugter Weise errichtet, nachmacht oder ächte verfälscht, macht sich des Verbrechens der Verfälschung öffentlicher Urkunden schuldig."

Das Obergericht erklärt nun dieses Verbrechen als vorhanden bei der letzterwähnten Handlung. Es sagt:

Zwar waltet bezüglich dieser Handlung zwischen dem Tit. Bezirksgerichte und dem Herrn Vertheidiger darüber Widerspruch, unter welche Strafbestimmung dieselbe falle, indem Ersteres sie unter den §. 69 des peinl. Strafgesetzes stelle, Letzterer aber diesen Paragraphen nicht für anwendbar halte, weil Brunner, als Angestellter des Gemeindeammanns, nicht unbefugt eine öffentliche Urkunde errichtet oder nachgemacht, auch nicht eine ächte schon bestehende verfälscht habe. Unzweifelhaft liege aber hier die Verfälschung einer ächten Urkunde vor, weil Inquisit, statt der mit Pfandrecht versehenen Forderung von Fr. 2. 10 seiner Ehefrau, in das Pfandbuch und in das Pfändungszeugniß für R. Schaffner fälschlich Fr. 45 eingetragen und vorgestellt, und dadurch diese öffentlichen Urkunden als Privatmann gefälscht, d. h. verfälscht dem Ammann zur Unterzeichnung vorgelegt habe. Das Gesetz sage nur von einer ächten, nicht einer schon bestehenden Urkunde; in der Regel werde zwar die Verfälschung an einer schon bestehenden öffentlichen Urkunde stattfinden, hier habe aber Brunner, als Privatsekretär des Ammanns, in eigennütziger Absicht eine falsche öffentliche Urkunde ausgefertiget, welche Handlung, wenn er Beamteter wäre, unter den §. 101 fiele, nun aber,

weil er die Fälschung als Privatmann hineingeschmuggelt habe, dem §. 69 zu unterstellen sei. Jedenfalls sei sie, wenn auch nicht in ihrem ganzen Inhalte, doch in ihrem unwahren Theile unbefugt errichtet worden.

Es wurde auch geltend gemacht, das frühere Verbrechen von 1845 könne nach §. 17 des peinlichen Strafgesetzes nicht mehr zur Strafe gezogen werden. Derselbe lautet folgendermaßen: Ist ein Verbrecher mehrerer unter sich verschiedener Missethaten schuldig, so solle die Strafe nach demjenigen Verbrechen, worauf eine größere Strafe bestimmt ist, zuerkannt, aber zugleich auf die übrigen Verbrechen Bedacht genommen werden.

Das Obergericht hält diese Bestimmung aber in keiner Weise für anwendbar. Denn dieser Paragraph beziehe sich auf den Fall, in welchem mehrere erwiesene Verbrechen gleichzeitig zu beurtheilen seien. Dieser Fall treffe aber hier nicht zu. Die jetzt zu Tage geförderten Verbrechen I., II., III. und IV. seien nicht Gegenstand der Untersuchung und Beurtheilung im Jahre 1849 gewesen, und daher auch jetzt nicht verjährt. Freilich würde die Strafe 1849 nicht viel größer geworden sein (acht Jahre Ketten), wenn damals auch die jetzigen Verbrechen an's Licht gebracht und beurtheilt worden wären. Allein Inquisit habe sich seine jetzige ungünstigere Lage selbst dadurch bereitet, daß er in der ersten Untersuchung die jetzt ermittelten Fälschungen, ungeachtet der Aufforderung zur Angabe aller seiner strafbaren Handlungen, nicht bekennt habe. Da der Fall des §. 17 nicht vorliege, so sei der Richter durch den §. 16 des peinl. Strafgesetzes und durch die §§. 2 und 5 der Criminalgerichtsordnung verpflichtet, die neuentdeckten Verbrechen gesetzlich zu bestrafen.

Urtheil des Obergerichts vom 24. Aug. 1855. (Extrabeilage zum Amtsblatt des Kantons n. 40.)

XXVI. Fälschung. Testament. Anfechtung einer öffentlichen Urkunde.

Jakob Rychiger, von Rohrbach, wohnhaft gewesen zu Lauperswyl, hinterließ bei seinem am 18. April 1852 erfolgten Absterben eine letzte Willensverordnung, welche am gleichen Tage von Notar Rämi abgefaßt und unterzeichnet, und am 21. desselben Monats vom Gemeinderath von Lauperswyl homologirt wurde.

Gegen diesen Akt wurden von den Klägern in den Art. 15, 18, 19 und 20 folgende Ausstellungen gemacht:

1. Der Inhalt sei von fremder Hand geschrieben und die Verordnung nur vom Notar und zwar später unterschrieben. (Beweis:

Original. Sachverständige.) 2. Die Ablesung sei nicht in gleichzeitiger Anwesenheit beider Zeugen durch den Einen derselben erfolgt und der Erblasser habe das Aktenstück auch nicht als seinen letzten Willen erklärt. (Beweis: Zeugenabhörung.) Die Kläger fügen bei, die Parteien seien auf eine wegen dieser Sache eingereichte Fiskalanzeige von dem Untersuchungsrichter und Bezirksprokurator an den Civilrichter gewiesen worden. Die Beklagten bestreiten das Recht zum Beweise der fraglichen Thatsachen auf dem Civilwege, denn es handle sich um einen Fälschungsbeweis gegen eine vom Gemeindrathe von Lauperswyl homologirte letzte Willensverordnung mithin gegen eine öffentliche Urkunde; der Verdacht einer Fälschung könne aber nur auf eine der drei Personen fallen, die dabei mitgewirkt, nämlich entweder auf Herrn Notar Rämi oder die Instrumentszeugen Johann Aeschlimann und Mathias Röthlisberger; diese Zeugen seien noch am Leben und können von den Bernischen Gerichten erreicht werden.

Die hauptsächlich einschlagende Stelle der geltenden Civilprozeßordnung ist §. 215, welcher folgendermaßen lautet: „Behauptet eine Parthei, eine als Beweismittel angerufene, dem Anscheine nach unverdächtige Urkunde sei gefälscht oder verfälscht, so hat sie ihr Vorgeben zu beweisen. Ergeben sich im Verfolge der Verhandlung hinreichende Anzeigen, daß eine bestimmte Person Urheber der Fälschung sei, so soll, sofern der Verdächtige noch am Leben ist und voraussichtlich von den Gerichten des Staates erreicht werden kann, der Civilprozeß eingestellt und die Sache dem Strafrichter überwiesen werden."

Dieser Bestimmung glaubte die erste Instanz zu entsprechen, als sie den Civilweg unzulässig erklärte. Dagegen entschied die obere Instanz für Eröffnung desselben

in Betrachtung:

1) daß nach §. 165 P. in allen Fällen, wo das Gesetz nicht etwas Anderes bestimmt, dem Gegner der Partei, welcher die Beweislast auffällt, das Recht zu der Führung eines Gegenbeweises vorbehalten ist;

2) daß nun zwar eine öffentliche Urkunde so lange vollen Glauben verdient, als nicht die Unächtheit oder die Unvollständigkeit derselben durch den Gegner des Beweisführers nachgewiesen ist (§. 200 P.);

3) daß aber der §. 215 P. selbst gegen öffentliche Urkunden, die dem Anscheine nach unverdächtig sind, wie das vorliegende Testament, den Beweis einer Fälschung oder Verfälschung zuläßt, und dieser Beweis auf dem Civilwege eingeleitet und ausgeführt werden mag, bis und so lange sich aus der Verhandlung keine hinreichenden Anzeigen ergeben, um gegen eine bestimmte Person als Urheber

der Fälschung unter den gegebenen Voraussetzungen strafrechtlich einzuschreiten;

4) daß übrigens im vorliegenden Falle es sich um eine strafrechtliche Verfolgung einer bestimmten Person als Urheber der angeblichen Fälschung, schon darum nicht mehr handeln könnte, weil auf eine eingereichte Fiskalanzeige hin vom kompetenten Untersuchungsrichter die Untersuchung gegen die betreffenden Personen bereits aufgehoben worden ist.

Spruch des Appellations- und Cassationshofs von Bern vom 27. April 1854. Zeitschrift für vaterländisches Recht. 1855. S. 42 f.)

XXVII. Fälschung. Verhältniß von Civil- und Strafverfahren.

Die Milchgenossenschaft von Cottens hatte die Streichung des Abraham Challet aus ihren Listen beschlossen, weil derselbe am 6. und 7. März Milch, mit Wasser oder anderer fremdartiger Flüssigkeit gemischt, in den gemeinsamen Vorrath gebracht habe, als wofür Beweis vor dem Richter angeboten wurde.

Der Beklagte widersprach die Zulässigkeit der Beweisführung vor dem Civilrichter, weil Beweisgegenstand eine Fälschung sei.

In Uebereinstimmung mit der ersten Instanz wies aber das Cassationsgericht den Challet ab, da sich ergebe

Que la demande à preuve a pour objet un fait constitutif d'un délit; qu'il y avait par conséquent conflit entre l'action civile et l'action pénale, et lieu à renvoi préalable au pénal pour établir le fait, sauf à reprendre ensuite l'action civile conformément à l'interprétation raisonnable des art. 111 et suivants du code de procédure civile et aux principes de la séparation de l'ordre judiciaire civil et du pénal.

Considérant que la preuve requise porte sur un fait de l'ordre pénal, puisqu'il y a allégation d'un mélange frauduleux ou dolosif préjudiciable à la Société de la fromagerie.

Mais considérant que ce délit est de la nature de ceux qui ne sont poursuivis pénalement que sur plainte du lésé;

Que la Société demanderesse n'attaque pas l'auteur du fait sous le rapport pénal proprement dit; qu'elle requiert seulement l'application de son règlement à titre de réparation du dommage causé

Considérant que les dispositions des articles 111 et suivants du code susmentionné n'imposent pas l'obligation de poursuivre le fait avant tout devant les tribunaux de la justice pénale, et n'exigent pas même une plainte de la part du lésé;

Qu'il n'y aurait lieu, en cas d'allégation de l'existence d'un délit, qu'à examen de la part du tribunal et sur demande d'une des parties ou du ministère public, de la question de l'influence du fait sur la contestation, puis à renvoi au tribunal d'accusation, le cas échéant, et à la suspension du procès civil.

Considérant que ces dispositions ne sont pas de nature à empêcher la partie qui estime être lésée de poursuivre civilement l'auteur du fait, lors même qu'il n'y a ni plainte ni renvoi au pénal, et de faire les preuves qui incombent à la cause.

Spruch des Gerichts von Cossonay vom 26. Sept. 1854.
Urtheil des Cassationsgerichts von Waadt vom 28. Nov. gl. J. (Journal des tribunaux. II. Jahrg. S. 370 f.)

XXVIII. Brandstiftung. Lebensgefahr.

Aus der Untersuchung vor dem Bezirksgericht Kulm ergab sich:

Johanna Senn geb. Bertschi von Unterkulm, 27 Jahr alt, reformirt, verehlicht, Mutter eines Kindes, vermögenslos, welche geglaubt, ihre Nachbaren Hans Jakob Senn, Harzer, und dessen Sohn und Sohnesfrau „meinten es nicht gut mit ihr, sondern es seien dieselben hinterrücks immer falsch gegen sie gewesen", sei hierüber oftmals böse geworden und habe daher den Entschluß gefaßt, denselben einmal ihr Haus anzuzünden. Am 11. April abhin sei sie Nachts, etwa um 10 Uhr, nachdem ihr Ehemann bereits zu Bette gewesen, zu dem ganz nahen Hause jener ihrer Nachbaren gegangen, um — versehen mit Zündhölzchen — daselbst bei der Scheune, wo das Strohhaus fast bis auf den Boden hinuntergereicht, Feuer einzulegen; sie habe jedoch bemerkt, daß in dem Hause noch nicht Alle in der Ruhe, sondern noch Jemand wach gewesen, und sei daher aus Furcht, verrathen zu werden, unverrichteter Dinge nach Hause zurückgekehrt, wo sie ihren Ehemann schlafend im Bette angetroffen habe.

Folgenden Tages, den 12. April, habe sie von mehrgedachtem Nachbar 5 Batzen Geld entlehnen wollen, was ihr aber abgeschlagen worden. Hierüber, namentlich weil sie gewußt, daß Senn den Erlös von einer kurz vorher verkauften Kuh besitze, sei der Zorn gegen denselben in ihr von Neuem erwacht und der Entschluß, dessen Haus anzuzünden, noch mehr befestiget worden. Demzufolge habe sie sich Nachts zwischen 9 bis 10 Uhr unentkleidet zu Bette gelegt und, als ihr Ehemann eingeschlafen gewesen und sie angenommen habe, auch die Bewohner des Nachbarhauses würden sich in der Ruhe befinden, sei sie um 10 Uhr ganz sachte aufgestanden, habe abermals Zündhölzchen behändiget, sich außer ihre Wohnung zum

Hause des Hans Jakob Senn begeben und, nachdem sie daselbst Niemand wahrgenommen, bei der Scheune unter dem Dache, wo zwei Strohwellen an dasselbe gelehnt gewesen, ein Zündhölzchen auf dem Boden gestrichen und damit eine der Strohwellen angezündet. Als diese zu brennen angefangen, sei sie schnell in ihre Wohnung zurückgekehrt, wo sie ihren Mann fortwährend schlafend gefunden. Nach einer halben Viertelstunde etwa, als das Haus des Nachbars bereits in hellen Flammen gestanden, habe sie ihren Ehemann aufgeweckt, der — erschrocken, im blosen Hemde — zuerst nach ihrem einzigen Kinde in der Wiege gegriffen und dasselbe in Sicherheit gebracht; sie selbst aber habe einen von der Gemeinde Boniswyl bei ihnen verkostgeldeten Knaben, Namens Ludwig Holliger, aufgeweckt, und dann mit ihrem Manne auch noch ihre wenige Fahrhabe zu retten versucht. Bald sei aber auch ihr eigenes Haus vom Feuer ergriffen und gleich dem des Nachbars eingeäschert worden.

Im Augenblicke des entstandenen Brandes hätten Hans Jakob Senn und dessen Sohnesfrau, Elisabeth geb. Eichenberger, zufälligerweise sich noch in der Wohnstube wachend auf dem Kunstofen befunden, weil der Sohn Friedrich Senn abwesend gewesen und sie dessen Heimkehr abgewartet. Die übrigen Familienglieder, nämlich fünf Kinder des Letztern, ein taubstummer Sohn und ein Großsohn des Hans Jakob Senn, seien schon früher zu Bette gegangen und hätten sich im ersten Schlafe befunden. Frau Senn habe ihre Kinder unter drei Malen mit Mühe und Anstrengung zu retten vermocht, der Taubstumme sich im Hemde, der Großsohn aber nackt flüchten müssen.

Das Obergericht wies die Todesstrafe mit folgender Auseinandersetzung ab:

Unterstellt man nun diesen aktenmäßigen Thatbestand den Vorschriften des peinl. Strafgesetzes, so liege in der Handlungsweise der Johanna Senn nach §. 169 das Verbrechen der Brandlegung; denn dieser laute: „Das Verbrechen der Brandlegung begeht derjenige, welcher eine Handlung unternimmt, aus welcher nach seinen Anschlägen an eines Andern Gebäude eine Feuersbrunst entstehen soll, wenn gleich das Feuer nicht ausgebrochen ist, oder keinen Schaden verursacht hat". Weiter schreibe der §. 170 vor: „Die Strafe der Brandlegung ist nach folgendem Unterschiede auszumessen:

a. Wenn das Feuer ausgebrochen und dadurch ein Mensch, da es vom Brandleger vorausgesehen werden konnte, augenscheinlicher Lebensgefahr ausgesetzt oder getödtet wird; wenn der wirklich ausgebrochene Brand zu wiederholtenmalen gelegt, wenn außer dem angezündeten Gebäude auch noch andere aufgezehrt wur-

den, oder wenn der Brand durch besondere, auf Verheerung gerichtete Zusammenrottung bewirkt worden, so ist die Strafe der Tod des Thäters."

Es frage sich somit, ob eine der soeben angeführten Bestimmungen hier zutreffe? Ueber den Umstand, ob die Brandstifterin die Gefahr wirklich vorausgesehen habe, in welche die Bewohner des Nachbarhauses durch das Anzünden desselben auf die angegebene Weise versetzt worden, ertheilen die Akten keinen Aufschluß. Es dürfe jedoch der Richter annehmen, daß die Johanna Senn diese Gefahr wenigstens habe voraussehen können, indem die Brandlegung nach ihrem eigenen Geständnisse zu einer Zeit stattgefunden, wo sie geglaubt habe, daß die Bewohner des von ihr angezündeten Hauses bereits zur Ruhe gegangen seien. Wenn nun auch dieser letztere Umstand den Schluß auf absichtliche Gefährdung von Menschenleben nicht gestatte, indem die Untersuchte angebe, sie habe diesen Moment erwartet, damit sie nicht entdeckt werde, und dieser Grund ihre Handlungsweise am 12. April — verglichen mit dem Versuche am 11. — hinlänglich erkläre, so sei derselbe doch hinreichend, die Vermuthung zu begründen, daß der Thäterin die Gefahr beim Anzünden eines Strohhauses zur Nachtzeit nicht wohl habe entgehen können, zumal ihr Entschluß ein reifer, vorbedachter, und die That selbst nicht etwa der unmittelbare Ausfluß einer kurz vorausgegangenen Aufregung gewesen, welch' letztere das Bedenken der Folgen der Brandstiftung entweder ganz unmöglich oder doch mehr oder minder unwahrscheinlich gemacht hätte. — Allein es frage sich weiter, ob die Bewohner wirklich einer augenscheinlichen Lebensgefahr ausgesetzt gewesen? Diese Frage müßte ohne anderes bejaht werden, wenn die Familie des Hans Jakob Senn zur Zeit der Brandlegung bereits im Schlafe, somit in einem Zustande sich befunden hätte, in welchem sie das Feuer entweder gar nicht, oder wenigstens nicht rechtzeitig hätte gewahren können, um das Leben zu retten. Ueber diesen entscheidenden Augenblick gebe die Aussage des Vaters Hans Jakob Senn in den wenigen Worten den gänzlichen Aufschluß: „Ein Glück für uns, daß wir noch nicht entkleidet und noch nicht entschlafen waren, sonst wären wir alle 9 Personen unrettbar in den Flammen ums Leben gekommen." Der glückliche Zufall also, daß einige der Bewohner des angezündeten und abgebrannten Hauses noch nicht zur Ruhe gegangen, sondern, namentlich die Ehefrau Elisabeth Senn, noch vollkommen wach und auch der Vater Senn noch angekleidet sich auf dem Kunstofen befunden, das Umsichgreifen des Feuers demnach bemerkt und sich und die Ihrigen hätte retten können, komme sonach der Untersuchten, auch wenn sie dieselben nicht vorausgesehen, ja — um nicht entdeckt zu werden — nicht einmal beabsichtiget habe, in der Weise zu statten, daß wohl

im Allgemeinen Gefahr für Menschenleben und zwar höchstwahrscheinliche, nicht aber in jenem Maaße als vorhanden anzunehmen sei, welche das Gesetz mit dem Worte „augenscheinlich" bezeichne. Dieser Grad der Gefährdung müsse nämlich vor der Betrachtung in den Hintergrund treten, daß sämmtliche Familienglieder — wenn auch immer mit genauer Noth — doch unverletzt und ohne irgend einen Nachtheil an Gesundheit und Leben den Flammen sich hätten entziehen können. Im Einklange mit diesem prozedürlich erwiesenen Thatumstande erschiene übrigens die weitere Angabe des Vaters Senn, daß der taubstumme, 33jährige Sohn desselben noch so viel Geistesgegenwart gehabt, daß er einen baumwollenen Zettel von der Ofenstange und die Sohnesfrau eine Bettdecke habe hinausbringen können.

Die Todesstrafe sei daher, aus dem im Gesetze angegebenen Grunde, hier nicht anwendbar, und eben so wenig aus dem weiter folgenden: „wenn außer dem angezündeten Gebäude auch noch andere aufgezehrt werden." Denn für einmal sei neben dem angezündeten fremden Hause des Hans Jakob Senn nur noch das eigene der Johanna Senn, beziehungsweise ihres Ehemannes, abgebrannt. Da aber der §. 173 das Anzünden des eigenen Gebäudes einer besondern, mit jener der gewöhnlichen Brandlegung an eines Andern Gebäude (§. 169) nicht zu verwechselnden Strafgattung unterstelle, so könne auch die Zufälligkeit, daß in Folge einer Brandstiftung an eines Andern Gebäude das eigene Haus des Brandstifters mit eingeäschert werde, nicht als Qualifikation des Verbrechens im Sinne des §. 170 lit. a angesehen werden. Sodann verlange jene Gesetzesstelle das Abbrennen anderer Gebäude in der vielfachen Zahl, was hier im gegebenen Falle nicht zutreffe, und es habe das Obergericht in Folge einer konstanten Praxis diese Auslegung der betreffenden Gesetzesbestimmung stets festgehalten.

Urtheil des Obergerichtes Aargau vom 26. Heumonat 1854. (Amtsblatt des Kantons S. 520 f.)

XXIX. Brandstiftung an eigenem Vermögen. Gefahr für fremdes Eigenthum.

Gegen Jakob Stadler, Sohn, von Birrwyl, 24 Jahre alt, unverehlicht, reformirt, berufs- und vermögenslos, ergab sich, daß er auf frühere Zumuthungen des von Gläubigern gedrängten Vaters und dessen Versprechungen, nachdem sich am 28. März 1855 die Hausgenossen alle aus verschiedenen Gründen von Hause wegbegeben hatten, das im Hause gelagerte Heu anzündete und nachdem es sich dem Strohdache mitgetheilt, das ganze Haus in kurzer Zeit eingeäschert habe. Gegen Abend seien dann Vater und Mutter Stadler

zurückgekehrt. Diese Letztern, wie ihre übrigen zwei Söhne, hätten dann eingestanden, daß sie von der zwischen Vater und Sohn Stadler gepflogenen Besprechung zwar Kenntniß gehabt, wollten mit deren Absicht aber nicht nur nicht einverstanden gewesen sein, sondern von der Ausführung des verbrecherischen Vorhabens ernstlich abgemahnt haben.

Die Frage, ob hier Brandstiftung an eigener Sache vorliege, bejaht das Obergericht völlig. Es bezieht sich dabei auf §. 172 des peinlichen Strafgesetzes, welcher sagt:

„Wer durch die aus was immer für einer bösen Absicht unternommenen Ansteckung seines eigenen Gebäudes auch fremde Gebäude der Feuersgefahr ausgesetzt, wird ebenfalls der Brandlegung schuldig und ist nach den in den vorhergehenden Paragraphen enthaltenen Bestimmungen zu bestrafen."

Nun habe Jakob Stadler, Sohn, zwar nicht sein eigenes Haus, sondern dasjenige seines Vaters, auf Anstiften dieses Letztern und in dessen Auftrage, in Brand gesteckt; es müsse somit seine Handlung, weil er dem verbrecherischen Willen seines Vaters eigentlich nur zum Werkzeug gedient habe, ebenso aufgefaßt und bestraft werden, als hätte er sein eigenes Haus in Brand gesteckt.

Die Gefahr für nachbarliches Eigenthum verneint dagegen der Gerichtshof, entgegen der Anschauungsweise des Bezirksgerichtes. Nach dem Berichte des Edn. Gemeinderathes Birrwyl selbst fehlten nämlich die Bedingungen, unter welchen er die Feuersgefahr für die Nachbarhäuser voraussetze, nämlich die Tröckne der Dächer oder der Luftzug beim Brande, indem dargethan sei, daß der Brand bei vollkommener Windstille und zu einer Zeit stattgefunden, da die Dächer der Häuser mit Schnee bedeckt gewesen. Die Thatsache der Gefahr für andere Gebäude sei daher im Falle nicht erwiesen, wenn auch unter andern zufälligen Umständen eine solche vorhanden gewesen wäre. Die Strafbestimmung des §. 172 des peinl. Strafgesetzes sei daher im Falle nicht anwendbar, sondern es komme diejenige des §. 173 des gl. Gesetzes gegen Jakob Stadler, Sohn, zur Anwendung, welcher laute: „Wer sein Gebäude in Brand steckt, ohne daß dabei ein fremdes Gefahr läuft, vom Feuer ergriffen zu werden, insofern er dadurch die Rechte eines Dritten zu verkürzen, oder Jemand Verdacht zuzuziehen suchte, soll mit Zuchthausstrafe zeitlich im zweiten Grade belegt werden."

Urtheil des Obergerichtes Aargau vom 2. Brachmonat 1855. (Extrabeilage zum Amtsblatt d. K. u. 28.)