

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	9 (1861)
<b>Heft:</b>	3
<b>Rubrik:</b>	Rechtspflege

### Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 13.02.2026

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

# Rechtspflege.

---

## I. Collision von Gesetzgebungen.

Henri Constant Bolle von Verrières (Neuenburg) stellte am 16. März 1830 zu Morez (Frankreich), wo er damals als Meßger niedergelassen war, ein Billet von Fr. 651. — alter Neuenburgerwährung zu Gunsten von C. H. Gretillat, seines Oheims, wohnhaft zu Verrières, aus, der dasselbe im Jahr 1854, nachdem Bolle zu Môtiers (Neuenburg) in Concurs gerathen war, in diesem geltend mache und daran Fr. 79. 89 aus der Masse erhielt.

Nach Neuenburgischem Recht haftet den Creditoren für Schulden aus der Ehezeit die Frau subsidiär, mit Negrell auf den Mann. Und da nun dieser Frau, Isaline, geb. Gretillat (vom Falliten seit längerer Zeit geschieden und in zweiter Ehe lebend), in dem Concurs des Bolle eine Forderung von ungefähr Fr. 1500 zugeschrieben war, legte Bolle auf dieses Guthaben der Frau Arrest.

Dieselbe behauptete seiner Forderung gegenüber, sein Titel sei nach französischem Recht zu beurtheilen und darum 1. weil nicht auf Stempelpapier geschrieben, nach französischem Gesetz in Rechten nicht zulässig, 2. weil nicht vor Gericht geltend gemacht und durch Richterspruch executorisch erklärt, im Concurs nicht haltbar, 3. weil nach französischem Recht Frauen für Schulden des Mannes nicht gesetzlich haften, ohne Wirkung gegen die Beklagte, 4. endlich abzuweisen, insofern Zinse von 22 Jahren her verlangt werden, da doch das französische Gesetz für Capitaleinkünfte eine Verjährung von fünf Jahren aufstelle.

Das Bezirksgericht des Traversthales wies den Arrestkläger auch wirklich durch Spruch vom 11. April 1859 ab

Considérant que le titre en vertu duquel Gretillat agit, a été créé en France, dans un temps où la communauté de mariage était établie en France;

Qu'ainsi ce titre est français;

Qu'en conséquence c'est la loi française qui le régit;

Que cette loi statue qu'il ne peut être fait aucun usage, soit par acte public, soit en justice, d'un titre ne portant ni timbre ni enrégistrement,

Que celui de Gretillat n'est ni timbré, ni enrégistré,

Qu'un titre de cette nature ne doit pas être reçu devant les tribunaux de ce pays-ci, différemment qu'il serait reçu devant les tribunaux français,

Le Tribunal s'arrêtant à ce seul point de droit —

Et considérant en équité —

Que le titre en vertu duquel dame Tièche a obtenu des collocations, représente le montant d'une série d'années d'une pension alimentaire que Henri-Constant Bolle avait été, par sentence matrimoniale, condamné à payer à sa femme, pour la garde, l'entretien et l'éducation d'un enfant, après l'abandon fait en pays étranger par le citoyen Bolle de la dite femme et du dit enfant,

Qu'admettre la saisie des collocations provenant d'un titre ainsi caractérisé et, en vertu d'une créance entachée d'irrégularités, dont la qualité de débitrice subsidiaire de l'opposante est d'ailleurs encorë une question au moins équivoque, serait, si ce n'est une iniquité, du moins une *quasi-iniquité*.

Considérant que si les tribunaux doivent juger en droit strict, ils peuvent néanmoins combiner l'équité avec ce droit.

Die zweite Instanz dagegen ließ den Kläger zu (10. Juni 1859):

Considérant en droit que les époux Bolle-Gretillat étaient ressortissants neuchâtelois,

Qu'ils ont contracté leur mariage dans le canton de Neuchâtel,

Que la loi et la coutume de Neuchâtel sous l'empire desquelles le mariage a été contracté, ont régi par conséquent les rapports des époux entre eux, tant qu'a duré leur conjonction et quel que fut leur domicile,

Qu'ils ont pareillement régi, dans une mesure que les circonstances propres à chaque cas permettent au Juge d'apprécier, les rapports des époux avec des tiers,

Que dans l'espèce le titre du 10 mars 1830, signé à Morez, où les mariés Bolle étaient alors domiciliés, a été créé par un Neuchâtelois en faveur d'un créancier neuchâtelois, domicilié lui-même dans ce canton,

Que la rédaction de ce titre justifie en outre que les parties intervenantes avaient bien l'intention de faire une stipulation neuchâteloise, régie par les lois de leur pays d'origine,

Que dès lors, à raison des principes posés sur les conséquences légales du mariage contracté entre Henri-Constant Bolle et Isaline Gretillat, et des faits qui s'appliquent à la création du titre du 16 mars 1830, la femme de Henri-Constant Bolle revêt la qualité de débitrice

subsitaire de la dette qui a motivé la saisie de Charles-Henri Gretillat,

Considerant que, s'agissant d'un titre créé dans les circonstances qui viennent d'être rappelées, qui reçoit son exécution dans ce canton, et auquel il s'agit d'appliquer la loi et la jurisprudence neuchâteloises en matière de saisie ou de poursuites ordinaires, les moyens tirés de la nonapposition du timbre français, de la plus-pétition relative aux intérêts antérieurs aux cinq dernières années, et de l'absence de tout jugement préalable d'exécution n'ont pas de valeur dans la cause et ne lui sont pas applicables,

Considérant que si la dame Tièche voulait faire un moyen d'opposition de la circonstance, que le titre du 16 mars 1830 n'était pas un titre de conjonction, elle aurait dû faire la preuve de ce moyen qui était préemptoire, et ne pas se borner à alléguer que le porteur d'un titre revêtu d'une permission légale et non contestée, n'avait pas constaté *a priori* l'existence de la conjonction, au moment où le titre a été souscrit,

Considérant, enfin, que les moyens tirés de la circonstance que les significations de saisie ont été adressées à la dame Tièche seule, quoique celle-ci soit sous la puissance de son second mari, et le fait que le montant de la collocation obtenue au décret de Henri-Constant Bolle appartiendrait à la conjonction actuelle et non point à la dame Tièche, n'ont pu être accueillis par le Juge, le premier attendu que les actes et les comparutions antérieures de la dame Tièche autorisaient le créancier saisissant à lui adresser cette signification qui lui est parvenue au domicile de son mari, le second à raison de la nature toute spéciale du titre en vertu duquel la dame Tièche a obtenu d'être elle-même colloquée au décret de son premier mari.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel. IV. 603 s.)

## 2. Statusgesetzgebung.

Das Civilgesetz von Waadt sagt (Art. 2): Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Vaudois même résidant en pays étranger. Hinsichtlich der folgerichtigen Anerkennung dieses Grundsatzes für Ausländer spricht sich das Gesetz nicht aus. Die Gerichte von Waadt und die administrativen Behörden sind, wie sich dieses schon ergeben hat, in Auslegung des Begriffs von état et capacité des personnes sehr ungenau; folgender Fall zeigt die richtige Deutung.

J. G. M., Marchand, von Sonvilliers (Bern), begehrte vom Districtsgerichte Lausanne die Mehrjährigkeit (émancipation), verbeiständet und ermächtigt von seinem Vater und empfohlen von Gemeinde-

behörde und Friedensrichteramt von Lausanne, wo er niedergelassen war. Das Gericht wies ihn aber (durch Spruch vom 25. Februar 1856) ab:

attendu que — quant à son état et sa capacité civile le dit M. est régi par la loi d'origine, que dès lors le tribunal de Lausanne est incomptént pour prononcer sur la demande qui lui est soumise.

(Journal des tribunaux vaudois IV, 22.)

---

### 3. Handelsfrau.

Frau Frick betrieb den Beruf einer Modistin und schuldete für erhaltenne Modewaaren Fr. 191. 24. Gegen die hiefür angehobene Betreibung wandte sie ein, die Forderung berühre nicht sie, sondern den Mann, welcher Hallit war. Der Bezirksgerichtspräsident bewilligte Rechtsöffnung (leitete die Sache auf den Streitweg), und das Obergericht trat ihm bei mit Rücksicht darauf, daß nicht nur nicht vorliegt oder auch nur behauptet wird, daß das Modistengeschäft ein solches des Ehemanns gewesen, die Rechnungen von ihm und auf ihn ausgestellt, Anschaffungen von ihm oder für ihn gemacht, die Bücher auf seinen Namen geführt worden seien u. s. w., sondern, daß das Geschäft für die Frau und auf ihren Namen betrieben wurde und sie sich als daraus berechtigt und verpflichtet betrachtet habe (und zwar, da keine Spur davon vorhanden ist, daß der Mann sich je eingemischt oder darum bekümmert hat, ohne allen Zweifel ganz mit dessen Wissen und Willen), hervorgeht (abgesehen davon, daß sie nach Inhalt des Bürger- und Ansässenverzeichnisses das Gewerbe schon vor der Verheirathung betrieben hatte, und daß, was ihr wohl aus früheren Rechnungen bekannt gewesen sein muß, in den Büchern der Nekursten auf ihren und nicht auf des Mannes Namen debitirt wurde) aus ihrem, der Nekurrentin, eigenem Briefe vom 19. Januar d. J., worin sie sich über die Verzögerung der Zahlung damit entschuldigt, daß ihr bis jetzt noch keine Conti eingegangen seien, und sodann bittet, ihr noch 14 Tage zu gedulden, indem sie hoffe, sie werde bis dann eine Zahlung richten können, dann aber das Geschäft auch kein unbedeutendes und auf bloßen täglichen Handverdienst berechnetes gewesen sein kann, wenn berücksichtigt wird, daß die Schuld der Nekurrentin an die Nekursten im Betrage von 191 Fr. 24 Rp. gemäß des Debitorenbüchs der letzteren innerhalb neun Monaten — erlaufen ist —

(Schauberg Zeitschrift VII. 331 f.)

---

### 4. Natur des Empfangscheins eines Ehemanns für Frauengut.

A. L. Manigley hatte seinem Gläubiger A. Bidlingmeyer an Zahlung statt Fahrniß abgetreten und diese dann die Frau des Ab-

tretenen wieder eingelöst. Später griff ein anderer Gläubiger des Manigley, nemlich F. A. Leyvraz, auf dieselben, pfändungsweise. Es erhob sich aber hiegegen die Ehefrau, am Gericht vertreten durch ihren Ehemann, gestützt auf ihr an dieser Fahrniß erworbenes Eigenthum. Die erste Instanz, das Friedensgericht Morges (22. Nov. 1853), hielt den Arrest auch wirklich aufrecht, in der Voraussetzung,

que la femme Manigley n'ait pu acquérir en son nom pendant le mariage, et vu d'ailleurs l'absence de reconnaissance de ces meubles en Justice de paix.

Die zweite Instanz hob (am 17. Januar 1854) dagegen den Arrest auf,

Attendu que si les art. 1049 et 1051 du code civil prohibent à la femme la faculté d'acquérir des immeubles et de se faire constituer des créances ou d'en acquérir durant le mariage, la prohibition résultant de ces dispositions ne peut être étendue jusques aux meubles, à défaut de règles qui défendent à la femme d'en acquérir,

Attendu, en second lieu, que la reconnaissance en justice, prévue à l'art. 1065, n'est pas faite pour constater la propriété de la femme, mais qu'elle a pour but essentiellement d'assurer la reprise des biens de la femme, en empêchant le mari de devenir propriétaire du mobilier apporté par elle sans une reconnaissance préalable en justice, comme cela a lieu pour les autres biens de la femme moyennant la preuve de leur provenance,

Qu'ainsi, l'absence de reconnaissance ne saurait avoir, dans le cas actuel, l'effet que lui attribue le juge de paix.

(Journal des tribunaux vaudois I, 361.)

## 5. Geltendmachung des Frauenechts an den Liegenschaften des Ehevermögens.

Dr. J. J. H. verkaufte an den Sattlermeister H. seine Liegenschaft. Das Kaufproject war gefertigt. Als aber diese Verhandlung nach Baselschem Rechte sollte publicirt werden (behufs Anmeldung von Drittmannsrechten), widersezte sich der Verkäufer auf Grund des Widerspruchs seiner Ehefrau der Publication, sowohl außergerichtlich, als, darum vor Gericht belangt, auch da. Das Gesetz, worauf er sich berief (Gerichtsordnung von Basel, §. 361) sagt: Es soll auch kein Mann zu Projudiz seiner Ehefrauen einig ligend Stuck Gut, es habe gleich solches sein Frau ihrer-, oder er seiner Seits in die Ehe bracht, darinnen ererbt oder sie, die Eheleut, während der Ehe theils oder gemeinsamlich erkauft, gewonnen oder errungen, ohne Wissen, Willen oder Zuthun seiner Ehefrauen kräftiglich zu verpfänden, zu verkaufen oder sonst zu veralieniren oder zu entäußern. —

Das Civilgericht von Basel, durch Spruch vom 3. Juli 1860, wies aber den Ehemann als solchen mit seinem Widerspruch ab:

Da er seinen gegen diesen anerkannten Kauf gerichteten Einspruch aus dem Widerspruch der Ehefrau ableitet und also heute als Ehevogt auftritt, dieselbe Qualität, in welcher er den fraglichen Verkauf abgeschlossen, eine solche Doppelstellung aber in entgegengesetzter Richtung durchzuführen rechtlich unzulässig ist —

(Directe Mittheilung.)

## 6. Zusammenheilung.

Die Brüder Jacob und Johann Jacob Roche hatten nach dem Tode ihrer Eltern ein Gut in den Gemeinen Corsier (Waadt) und Attalens (Freiburg) gemeinsam im Besitz behalten und bewirthschaftet und nach dem Tode des einen von ihnen, des Jacob, waren seine Kinder Louise (verehelichte Borel), Marie und der Doctor Roche in sein Recht eingetreten. Die Tochter Louise verlangte nun Theilung der ihnen, den Geschwistern, zukommenden Hälften und zu diesem Behuf Versteigerung.

Zuerst das Bezirksgericht von Vevey (5. März 1855) und dann das Cassationsgericht von Waadt (3. Mai gl. J.) wiesen aber auf Antrag der beklagten Geschwister die Klägerin ab, letzteres in Betracht,

que le recours porte sur divers moyens, dont le *premier* consiste à dire qu'en statuant que les moyens de la réponse portant que les défendeurs ne s'opposent pas à la rupture de l'indivision particulière, mais demandent le partage préalable du domaine entier, etc., ne constituent pas une exception, le tribunal a fait une fausse application de l'art. 151 du code de procédure civile,

Considérant sur ce moyen que le caractère essentiel et distinctif du moyen qui doit être proposé à titre d'exception dans un procès, c'est de dispenser d'entrer dans la discussion et dans l'examen du fond de la cause et d'être ainsi un moyen séparé et indépendant de tous les autres touchant au fond de la question,

Considérant que, dans le cas actuel, le moyen opposé par les défendeurs et tendant à combattre les conclusions de la demande, par le motif qu'il doit être procédé avant tout au partage ou à la licitation du domaine dans son entier, c'est-à-dire de la propriété des parties en cause et de Jean-Jacob Roche, ne se présente nullement comme moyen indépendant de la question au fond et dispensant d'entrer en matière sur le fond,

Qu'au contraire, ce moyen exige l'examen de l'état d'indivision générale et particulière et ne peut être décidé que par des considérations tirées du fond même de la cause, d'où il suit qu'il ne constitue pas une exception, selon l'article 151 susmentionné.

Sur les autres moyens du recours, portant que le jugement n'a pas appliqué les art. 752, 1347 et 1355 du code civil, d'après lesquels la ruptures de l'indivision devait être prononcée sitôt qu'un indivis en faisait la demande,

Que le jugement fait une fausse application de l'art. 1189 du code civil, puisque l'indivision dont on demande la licitation, savoir la moitié du domaine, est une chose commune aux co-indivis et qui ne peut se partager en nature,

Enfin que le tribunal refusant la licitation devait aux moins accorder le chef des conclusions qui ne porte que sur le partage en principe,

Considérant qu'il est reconnu en fait que le domaine du Burgoz est la propriété indivise non seulement des trois personnes qui sont parties au procès actuel et qui y ont droit pour une moitié, mais aussi de Jean-Jacob Roche, qui n'est pas partie en cause,

Qu'il demeure établi que l'état d'indivision du domaine dans son entier n'a pas cessé,

Considérant que l'état d'indivision dans lequel demeurent les co-propriétaires d'un même immeuble a cet effet qu'aucun d'eux n'a un droit déterminé sur une portion quelconque de l'immeuble,

Que son droit est général et s'étend sur toutes les parties du fond, sans qu'il puisse user à lui seul sur l'immeuble entier ou sur une partie de l'immeuble, du droit de propriétaire reconnu et déterminé,

Que dans cette situation quelques-uns des indivis ne sauraient être admis à faire sans le consentement ou sans l'appel des autres co-indivis un acte quelconque intéressant l'indivision générale,

Vu les articles 752, 757, 766, 768, 1189, 1347 et 1353 du code civil,

Considérant que les parties en cause, quelle que soit leur position particulière de co-indivis entr'elles pour une moitié, ne sont au bénéfice de cette position qu'en leur qualité d'héritiers et de représentants de leur père, qui était lui-même co-indivis pour une moitié du domaine avec Jean-Jacob Roche,

Que dès lors ces parties ne sont autres que des co-indivis avec ces derniers,

Que leur droit est bien de demander la cessation de l'indivision générale du domaine en vertu de l'art. 752 du code civil, mais que l'on ne saurait reconnaître à l'une d'elles la faculté de faire partager ou liciter une portion de l'ensemble, tandis que l'indivision générale existe encore et qu'un partage de cette indivision n'a pas désigné et déterminé matériellement cette portion avec le concours de tous les co-indivis,

Que, d'un autre côté, la vente par licitation d'une portion indé-

terminée est une aliénation du tout qui ne peut avoir lieu préalablement à un partage entre tous les co-indivis,

Considérant que le partage demandé par Louise Borel vis-à-vis des deux co-indivis ne peut ainsi avoir lieu régulièrement et ne serait pas licite tant que l'indivision générale n'a pas cessé et que le ou les autres héritiers co-indivis n'ont pas été appelés à concourir et à procéder à la rupture de cette indivision,

Que le tribunal civil, en refusant les conclusions de la demanderesse, n'a pas mal appliqué la loi et a fait application des dispositions du code régissant la cause,

Qu'il n'avait pas à accorder spécialement le premier chef de ces conclusions vis-à-vis d'une partie des co-indivis, puisque ce chef intéressait en réalité tous les co-indivis ou l'indivision entière et que les défendeurs ne contestent point le droit de la demanderesse de passer ensuite au partage de la portion de l'immeuble qui pourrait leur être attribuée à eux et à la dite demanderesse, lors du partage général et alors que se partage aura été fait —

(Journal des tribunaux vaudois, III: 67 ss.)

## 7. Bevogtigungsgründe.

Das Neuenburgische Civilgesetz stellt zwei Arten der Bevogtigung Mehrjähriger auf, eine minder ehrenrührige, welche nur die Güter angeht, und eine umfassendere, welche auch die Aufsicht über die Person umfaßt.

Die Angehörigen des Numa Schäffer hatten nun bei dem Friedensrichteramt La Chauxdeonds die umfassendere Bevogtigung auf Grund von Trunksucht und daheriger Geistesstörung ausgewirkt und das Bezirksgericht, entgegen dem Widerspruch des vorläufig geordneten Beistandes, welcher nur die Güter unter Aufsicht gestellt sehen wollte, am 14. August 1858 die Maßregel des Friedensrichteramtes bestätigt:

Vu les articles 349 et 350 du Code civil, relatifs à l'interdiction,

Considérant que les faits mentionnés dans l'enquête sont constants, qu'ils sont de notoriété publique, que même des membres du Tribunal ont été souvent de la part de Numa Schäffer les objets de ses injures et de ses menaces,

Qu'il est urgent de mettre ordre à la conduite du dit citoyen Numa Schäffer —

Die zweite Instanz aber trat den Anträgen des Beistandes bei, in Betracht

que Numa Schäffer ne peut être envisagé comme „etant dans un état habituel de démence, de fureur ou d'imbécillité.“

Considérant toutefois que les mêmes faits justifient suffisamment

que ce citoyen, par ses habitudes d'ivrognerie et les conséquence qui en découlent, dans l'espèce, s'est rendu incapable d'administrer ses biens —

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel,  
IV, p. 487 ss.)

### 8. Begriff der Tradition.

J. L. Martin, Commissionnaire in Verrières (Cant. Neuenburg) besaß von Sendung des Müllers Besson in Ornans 75 Säcke Mehl, welche dieser mit Faktur vom 6. Dezember 1857 an Albert Bulle in Pontarlier verkauft hatte. Auf diesem Gute hatte Martin dem Besson verschiedene Vorschüsse gemacht. (Die Acten enthalten den Betrag nicht). Am 18. Dec. gl. J. lieferte nichtsdestoweniger Martin dem Käufer Bulle von dieser Sendung der 75 Säcke vorerst 23 und weitere 12 bezog am 18. gl. M. Bulle selbst im Magazin von Martin. Am gleichen Tag besichtigte er auch nach Qualität und Quantität in Gegenwart eines Angestellten von Martin den Rest und ließ ihn in einen besonderen Winkel des Magazins zu andern ihm, dem Käufer, gehörigen Waaren stellen. Von diesen 40 Säcken bezog er sodann acht Tage nachher noch weitere zehn. Als er aber den Rest, die letzten 30 Säcke, von Martin verlangte, behauptete dieser ein Retentions-, resp. Pfandrecht für seine Vorschüsse, gestützt auf das Gesetz über die Commissionsverhältnisse vom 4. Jan. 1836, welches sage:

„Il est accordé au commissionnaire un privilège pour le remboursement de ses avances et frais de transport sur la valeur des marchandises qui sont à sa disposition dans ses magasins.“

Bulle bestritt vor Allem die Forderungsrechte des Martin und dann dessen Pfandsprüche an Waare, die er ohne alle Vorbehalte ihm, dem Käufer, zur Verfügung gestellt habe.

Das erstinstanzliche Gericht hielt den Beweis für die Forderung nicht als erbracht. Das zweitinstanzliche anerkannte ihn als genügend. Beide aber stimmten darin überein, daß Martin keinen Pfandspruch habe, das Appellationsgericht durch Spruch vom 15. Febr. 1859:

Considérant que Martin avait un privilège sur ces marchandises, privilège qui résulte de la loi et des conventions des parties,

Considérant toutefois que le défendeur s'est dessaisi de son droit de gage, en livrant à l'acquéreur, sans réserve, la plus grande partie de la marchandise et en faisant dans ses propres magasins des déplacements et des attributions qui autorisaient l'acheteur à se considérer comme propriétaire définitif de la marchandise —

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, IV, 513 ss.)

### 8. Vindication von Darleihgeld.

Melchior Seeberger von Malters, Kant. Luzern, entfernte sich, nachdem er ein vermögliches Mädchen zur Ehe verlockt und damit das Muttergut in die Hand erhalten hatte, von Basel nach Amerika. Zuvor entlieh er noch bei J. Studer auf ein Billet die Summe von Fr. 360. 1 Ct., angeblich um einen Fruchthandel zu schließen. Studer bekam von Seebergers Abreise Wind und drang auf dessen Arrestation, die dann auch wirklich durch die französische Polizei erfolgte. Im Stiefel des Seeberger fand sich die dargeliehene Summe bis an einige wenige Stücke vor. Über ihn war in der Zwischenzeit der Concurs ausgebrochen. Die Liquidationsbehörde (die Gerichtsämter) verlangten die vorgefundene Barschaft zu der Masse, welchem Begehren das Criminalgericht denn auch statt gab, daß wegen Betrugs eine Untersuchung gegen Seeberger begonnen habe. Nun trat Studer gegen die Gerichtsämter flagend auf und vindicirte die im Stiefel des Seeberger gefundene Barschaft. Das Civilgericht von Basel (31. Mai 1859) wies aber die Klage ab, „da die Thatache festgestellt sei, daß Kläger dem Seeberger die Streitsumme dargeliehen und auch darleihen wollte, als womit er ihn auch rechtlich zu deren Eigenthümer mache, woran die vom Entlehner erwähnten Motive, die sich nicht realisirten, nichts ändern.“

(Directe Mittheilung.)

---

### 9. Expropriation. Zeit des Eigenthumsübergangs.

Für eine Straßencorrection von Fleurier nach Buttés war im Gebiet der Gemeine Fleurier (Neuenburg) Haus und Garten des Martin Geiger angesprochen und expertisiert und auf Fr. 15,500 geschätzt worden. Eine zweite vom Regierungsrath von Neuenburg begehrte Expertise brachte die Schätzung auf Fr. 17000 (13. März 1857). Inzwischen (21. Febr.) hatte Geiger in Renan (Bern) ein anderes Grundstück gekauft. Die Regierung, als die zweite Schätzung ihr bekannt worden war, verzichtete aber auf die Erwerbung. Und als Geiger erklärte, er betrachte sie als Eigenthümerin seines bisherigen Grundstücks zu Fleurier, bestritt sie dieses, weil ja der große Rath zu der Unternehmung nur einen Credit eröffnet, nicht die Expropriation bewilligt habe, wie doch nach Decret vom 16. August 1851 noch zuvor hätte geschehen müssen.

Das Bezirksgericht von Neuenburg (12. März 1858) verurtheilte aber die Regierung zu Zahlung der ersten Schätzung,

Considérant en droit, que les deux premières fins de non-recevoir forment le nœud de la question, et que, pour statuer sur leur mérite, il faut déterminer si l'expropriation est irrévocabile, une fois l'expertise tombée en force, ou s'il est encore nécessaire, comme

le prétend l'état défendeur, de faire prononcer l'expropriation par le Grand-Conseil, ensorte que les décrets et arrêts antérieurs et les actes de l'expertise ne seraient que les préliminaires de l'expropriation,

Considérant que dans la pratique aucune expropriation n'a jamais été prononcée par le Grand-Conseil après les expertises faites, et que l'expertise tombée en force a toujours été le dernier acte de la procédure d'expropriation après lequel le paiement intervenait,

Considérant que cette pratique est fondée sur un principe incontestable et dont la justice ne peut être revoquée en doute, c'est-à-dire que la position du particulier exproprié doit être la même que celle de l'Etat qui exproprie, et que cette position serait complètement inégale et n'offrirait aucune réciprocité, si l'Etat pouvait renoncer à acquérir un immeuble dont l'évaluation lui paraîtrait exagérée, tandis que le particulier ne pourrait évidemment pas empêcher l'expropriation, parceque l'évaluation lui paraîtrait trop basse,

Considérant que l'utilité publique d'une expropriation ne dépend pas du prix que les experts assignent à l'immeuble, mais du besoin que l'état a de cet immeuble,

Considérant qu'en admettant le système du défendeur et attendu qu'il n'existe aucun terme légal pour la renonciation à l'expropriation, l'Etat pourrait tenir pendant des années un particulier sous la menace de l'expropriation, ce qui est contraire au respect dû à la propriété et à l'intérêt public.

Die zweite Instanz trat vorläufig auf die Quantitätsfrage aus formellen Gründen nicht ein, entschied aber, wie die erste Instanz, zu Gunsten Geigers (6. April 1858),

Considérant en droit que toute la matière sur l'expropriation pour cause d'utilité publique a été réglée jusqu'ici par le décret promulgué le 16 août 1851,

Que ce décret ne renferme aucune disposition qui s'appliquerait aux principes soulevés dans la cause actuelle et exprimés dans les deux premières fins de non-recevoir,

Qu'en l'absence de toute disposition écrite le juge doit appliquer à l'espèce la pratique et les règles qui ont été observées et suivies jusqu'ici par l'Etat lui-même en matière d'expropriation,

Que cette pratique a constamment admis que l'Etat devenait propriétaire de l'immeuble exproprié dès le moment où l'expertise était définitive,

Que l'expropriation était, dès ce moment, consommée, sans que l'Etat eût besoin de recourir à une nouvelle sanction du Grand-Conseil,

Qu'en conséquence ces règles sont contraires aux conclusions prises dans les deux premières fins de non-recevoir, attendu que

l'Etat ne peut renoncer, au préjudice du propriétaire, à une expropriation consommée —

(Recueil des arrêts du tribunal d'appel de Neuchâtel, IV, 311 ss.)

## 10. Credithypothek.

Jacob Kocherhans hatte ein Gebäude speculationsweise aufzuführen unternommen und die Maurerarbeit dem J. Meyer übergeben, die Zimmerarbeit dem J. Linner. Der erstere, welcher der Zahlungsfähigkeit des Bauherrn nicht traute, übernahm die Arbeit nur gegen dritte Hypothek auf dem Gebäude bis zum Betrag von Fr. 9000. Die Obligation lautete folgendermaßen:

Wir — bekennen für uns —, daß wir dem Herrn J. Meyer — für seine aus dem durch ihn übernommenen Neubau unserer — Liegenschaft erwachsende Forderung von neuntausend Franken — die zweite Ueberbesserung der nachbeschriebenen — Liegenschaft hiemit einsetzen. — . . .

Als es an das Legen der Balken im zweiten Stockwerk kam, fehlten dem Zimmermeister die Mittel, das Holz herbeizuschaffen. Er fand einen Holzhändler, der bereit war, es ihm gegen ein Billet zu liefern, wenn Meyer es indossire. Da diesem an Vollendung des Baues gelegen war, unterzeichnete er; Linner bezog das Holz. Das Billet mußte aber von Meyer eingelöst werden. Vor Vollendung brach nun über den Bauherrn der Concurs aus und Meyer meldete seine Bauforderung an, unter Einlegung der Creditobligation. Die Verwendungen betrugen Fr. 6714. 98, einbegriffen die Verwendung für das Holz.

Die Liquidationsbehörde, die Aemter des Stadtgerichts Basel, bestritten an dieser Eingabe aber den Betrag von Fr. 650. — als Darleihen an Linner, das nicht in der Credithypothek gemeint sei. Die erste Instanz, das Civilgericht Basel, erkannte jedoch (14. Febr. 1860):

„Da der Wortlaut der Obligation, auf welche Kläger seine Aufnahme in die zweite Concursklasse des Kocherhans gründet, nicht nothwendig darauf führt, daß nur die in vorliegendem Accord vorgesehene Arbeit darunter verstanden werden könne, über die Frage aber, ob das Bauholz, für dessen Ankauf die Fr. 650. — zu privilegiren sind, in den Neubau des Kocherhans durch Geld des Meyer gekommen sei, kein Streit vorliegt, so ist Kläger mit der ganzen Summe von Fr. 6714. 98 in die zweite Klasse der Kocherhans'schen Masse admittirt.“

Die zweite Instanz dagegen trat der Liquidationsbehörde bei durch Spruch vom 29. März gl. J.:

„Da die fragliche Obligation dem Kläger Appellaten nur „für seine

aus dem durch ihn übernommenen Neubau der Kocherhans'schen Liegenschaft erwachsene Forderung“ ein Pfandrecht einräumt, er aber anerkannt hat, nur die Maurerarbeit übernommen zu haben, wofür auch die annähernde Übereinstimmung der Obligationssumme mit dem Betrag der Accordarbeiten spricht, überdies die Wechselschuld des Vinner für das in den Bau gekommene Holz aus einer späteren Zeit als der der Ausstellung des Pfandbriebs datirt, zudem ein Pfandrecht als ein 'ausnahmsweises Recht, im Zweifel in beschränkendem Sinne auszulegen ist“ —

(Directe Mittheilung.)

## 11. Nullität. Geltendmachung durch einen Contrahenten.

Die Gesetze von Neuenburg (3. Juni 1833 und 10. Juli 1852) verlangen von anonymen Gesellschaften den Eintrag ihrer Statuten in die Gerichtsbücher und das Amtsblatt. Die Actienunternehmung des Dampfbootes Industrial auf dem Neuenburger-See hatte nun zwar vom Großen Rath ihre Concession erhalten, aber bei Gefahr der Nichtigkeit unter Auflage der gesetzlichen Einschreibung ihrer Statuten in Gerichtsbuch und Amtsblatt. Beides unterließ die Gesellschaft und verkaufte dann später dieses Dampfboot an die Gesellschaft Merian und Bernard, welche dasselbe aber, im Widerspruch mit den Kaufverhandlungen, längere Zeit in ihrem, der Käufer, Interesse verwendete, ohne die übrigen vertragsmäßigen Pflichten zu erfüllen. Von der Verkäuferin deshalb vor Bezirksgericht Neuenburg geladen, mit dem Antrag, den Käufern sei die fernere Verwendung des Dampfbootes zu untersagen und sie haben ihr, der Verkäuferin, eine Entschädigung von Fr. 30000 zu bezahlen, wendeten die Käufer ein, Klägerin könne in Rechten gar nicht stehen, ihr mangle die rechtliche Persönlichkeit, da sie die gesetzlichen Formalitäten nicht oder doch erst nach Erhebung der Klage erfüllt habe. Beide Instanzen aber wiesen diese Einwendung zurück,

Considérant en droit que les défendeurs ont traité eux-mêmes avec la société des bateaux à vapeur, qu'ils ont ainsi, et pour ce qui les concerne dans la stipulation du 20 juillet 1854, reconnu implicitement l'existence et la qualité de cette société,

Qu'alors même que celle-ci eût encouru la nullité vis-à-vis d'autres tiers, les défendeurs ne sont pas autorisés à invoquer cette nullité, pour l'exécution des conditions du contrat passé entre eux, et qu'ils ont couvert cette nullité par leurs propres actes —

(Recueil des arrêts du tribunal d'appel de Neuchâtel, IV, 214 ss.)

## 12. Kaufabschluß. Conventionalstrafe.

Brüderlin-Jörin, Hauseigenthümer zu Birsfelden (C. Baselland), hatte mit dem Niedergelassenen Wyser einen Verkauf abgeschlossen, und durch Nebenvertrag einen Neukauf von Fr. 1000. — festgesetzt, den die reuige Partei dem Gegner zu erlegen habe. Als der Käufer nun keine Anstalt zur Fertigung mache, wodurch der Kauf bei der Gemeindebehörde angegeben und das Grundstück ins Eigenthum des Käufers übertragen wird, belangte ihn der Verkäufer vor dem Civilgericht Basel auf Haltung des Kaufes oder auf Bezahlung des Neukaufgeldes von Fr. 1000. — Der Käufer aber wendete ein, der Kauf sei nie eigentlich völlig verabredet worden, immerhin würde er auch, falls abgeredet, doch keine Gültigkeit haben gegenüber dem Gesetz, das vor der Fertigung jeder Partei den Rücktritt offen halte und daher auch nicht gestatten könne, daß in Umgehung seiner Bestimmungen die Parteien, vermöge einklagbarer Conventionalstrafen zum Kauf angehalten werden können.

Da der Kaufvertrag auf dem Boden von Baselland von Einwohnern von Baselland abgeschlossen worden war, ersuchte das Civilgericht Basel das Obergericht von Baselland um Auskunft über die dortseitige Auffassung des vom Beklagten angerufenen Gesetzes, welches folgendermaßen lautet:

Landesordnung §. 137: Obwohl nun, den gemeinen Rechten nach, zu Vollziehung dieses Vertrages, der Contrahenten Einwilligung genugsam und eben nicht nöthig ist, daß der Kauf in Schriften verfaßt oder etwas auf die Hand gegeben werde, es sei denn ein solches unter denselben ausdrücklich abgeredet worden, so soll dennoch (damit allerhand Nänken und Vervortheilungen so viel möglich vorgebogen werde), wenn liegende Güter in den Landdistrikten häufig übertragen werden, der Kauf anderst nicht seine Richtigkeit erlangt haben, als wenn diese liegenden Güter an dem Gericht, in dessen Gerichtszwang sie sich befinden, ordnungsmäßig gefertigt worden sind.

§. 138. Von der Obliegenheit, jeden Kauf von Liegenschaften in den Landdistrikten fertigen zu lassen, es möge ein Fremder oder Einheimischer sein, ist niemand befreit.

§. 139. Der Aufschub von der Zeit des geschlossenen Vertrags bis zur gerichtlichen Fertigung kommt den etwa reuig gewordenen Contrahenten, dem Käufer sowohl als dem Verkäufer, zu statten.

Die Auskunft (vom 20. Jan. 1860) lautete:

Durch heutigen Obergerichtsspruch erhielten wir den Auftrag, Ihnen auf Ihre verehrl. Zuschrift d. d. 4. Jänner 1860 zu melden, daß seit längerer Zeit keine Processe über Conventionalstrafen in „Bezug auf Rücktritt von verabredetem Liegenschaftskauf“ in appellatorio zur Verhandlung gekommen, was seinen Grund darin haben dürfte,

dass eine ziemlich feste Rechtsanschauung im Sinne der in Abschrift mitfolgenden Sprüche des Bezirksgerichts Liestal, (vom 4. Sept. 1841) und Obergerichts (vom 6. April 1842) sich gebildet und so fragliche Conventionalstrafverträge von Anfang an oder doch deren Einklage, als vergeblich, zu verhindern vermöcht zu haben scheinen.

Darauf gestützt, erließ nun das Civilgericht (24. Januar 1860) folgenden Spruch:

„Da der Nebenvertrag, auf welchen geflagt wird, zum Zweck hatte, den Willen der Parteien hinsichtlich des geschlossenen Hauptvertrages, nämlich eines Liegenschaftskaufs, zu binden und dieser Verkauf, als in Basellandschaft zur Vollziehung kommend, nach dortigen Gesetzen zu beurtheilen ist, nun aber diese nach der im Lande selbst geltenden von competenter Stelle bezeugten Auslegung aus Gründen öffentlicher Ordnung — „damit allerhand Mängeln und Vervortheilungen so viel möglich vorgebogen werde,“ — die Bindung des Willens der Kaufcontrahenten vor Eintritt der amtlichen Ratification (Fertigung) verbieten, welche nicht eintrat, folglich der Nebenvertrag in seiner Richtung den gesetzlichen Bestimmungen über den Hauptvertrag zuwider ließe, was unzulässig ist, so wird Kläger mit seinem aus genanntem Nebenvertrag abgeleiteten Begehren auf Zahlung einer Conventionalbuße von Fr. 1000 abgewiesen.“

(Directe Mittheilung.)

### 13. Pacht. Rücklaß des Pächters.

Wolfgang Nussbaumer war Pächter auf dem Landgut zum Horburg vor Minder-Basel. Diese Pacht trat er an unter dem Besitzer Sparren-Best von Nidau, welcher sein Eigenthum käuflich an Chr. Knuti von Diemtigen abtrat, ohne dass feste Bestimmungen über die Pflichten des Pächters zwischen diesem und dem neuen Käufer abgeredet wurden. Unter gleichen Umständen ging das Gut weiter in die Hände des R. Kiener, welcher bald mit dem alten Pächter in Streit gerieth und so weit gelangte, dass er die schnellen Rechte zu Bezahlung des Pachtzinses verlangte, eventuel auf Zwangsabtrieb des Nussbaumer und jedesfalls auf sofortiges Verbot jeder Verfügung über Stroh, Heu, Dünger und Futter drang. Der Pächter deponirte den Pachtzins, verlangte aber Abrechnung mit dem Gutsherrn über seine Verwendungen auf das Pachtgut und Begnahme alles Strohs und Dungers und Futters. Unwidersprochen blieb wirklich, dass bei dem letzten Handwechsel Knuti alles dieses hatte versteigern lassen und er, der Pächter Nussbaumer, bei dieser Versteigerung es gekauft hatte.

Das Civilgericht Basel erließ nun (22. Sept. 1859) nach eingezogenem Bericht von Fachmännern folgenden Spruch:

„Da sich nach eingezogener Erfundigung ergeben, dass das Zeitschrift f. schweiz. Recht IX.

(3) 2

bleiben von Futter, Stroh und Bau auf dem Lehengut in der Mehrzahl der Verträge als Regel aufgenommen wird, folglich als gewohnheitsrechtlich einverstandene Regel da zu gelten hat, wo eine Abrede der Parteien nicht sicher dargethan werden kann, im vorliegenden Fall um so mehr, als diese Regel in einem früheren Vertrag über das gleiche Gut von dem Beklagten unwidersprochen anerkannt ward, so ist Beklagtem verboten, von dem Lehengut des Klägers irgend weiter Bau, Futter oder Stroh ohne Einwilligung des Klägers wegzuführen, unvorgegriffen immerhin allfälligen Entschädigungsansprüchen, welche die Kläger gegenüber Beklagtem bei seinem Abzug oder jetzt schon darthun könnte.

(Directe Mittheilung.)

#### 14. Subsidiarität der Trager-Haftung bei Einzinserei.

Schwestern R. von D., Kantons Lucern, waren Eigenthümerinnen von Erbzahlungskapitalien und von Gültens, die auf Liegenschaften des L. R. und des F. J. R. hafteten.

Nach §. 22 des Luzern. Gesetzes über Errichtung von Hypothekarinstrumenten sind, wenn mitsammenverschriebene Unterpfänder (Liegenschaften) vertheilt oder von einander verkauft werden, die auf jedem Liegenschaftsstück besonders haftenden Beschwerden und Verschreibungen auf dasselbe zu verlegen, die gemeinschaftlichen aber nach Verhältniß des Werthes der getrennt werdenden Güter auf diese zu verteilen. Der Ansprecher hat sich bei Einforderung von Kapital und Zins nur an denjenigen Zinspflichtigen zu halten, der sich ihm als Hauptzinsler (Trager) dargegeben hat. Gegen diesen ist auch die Betreibung zu richten und ihm liegt dann ob, die Betreibung seinen Mitpflichtigen (Einzinsern) bekannt zu machen. Es haften jedoch bei Gültens nur drei Zinse und Markzins, bei Erbzahlungskapitalien nur ein Zins und Markzins nebst dem Zins, der während der Betreibung zuwächst, auf dem liegenden Unterpfand. Das Weitere wird fahrende Ansprache.

Die Schwestern R. stellten nun gegen die Gebrüder R. die Rechtsklage: diese seien gehalten, unter solidarischer Verbindlichkeit ein Erbzahlungskapital von Fr. 479. 68 und die Zinse hievon für 1849 bis und mit 1857 nebst Martinzins, ferner die Zinse von zwei Gültens à 450 Gulden für 1850 bis und mit 1855 zu bezahlen.

Erstinstanzlich wurde den Klägerinnen gegenüber L. R. in contumaciam entsprochen, nicht aber gegenüber dem F. J. R., der nicht contumax war.

In zweiter Instanz handelte es sich nur noch um die solidarische Verbindlichkeit des F. J. R.

Das Obergericht Luzern änderte theilweise das erinstanzliche Ur-

theil, indem es (1858) die Subsidiarität der Solidarität der Träger vorstellte, so weit Ansprüchen, welche ursprünglich liegende waren, in das Fahrende übergegangen sein sollten, die Beklagten aber allerdings nur pro rata haften ließ

In Erwägung,

- 1) daß es sich im vorliegenden Prozeß nicht sowohl um die Existenz einer Schuldansprache, als vielmehr um die solidarische Haftbarkeit für dieselbe handelt,
- 2) daß, was die den Schwestern R. zugehörigen liegenden Ansprüchen auf den Grundstücken der Brüder R. betrifft, unzweifelhaft eine Einzinerschaft vorhanden ist;
- 3) daß, betreffend die Einzinerschaften, das Rechtsverhältniß folgendes ist:

Die Einziner haften subsidiär für die ganze Schuld, deren einzelne Theile sie zunächst schulden. Sobald einer der mehren Einziner insolvent wird, dann, aber auch erst dann, äußert sich die Solidarität der Einziner. Bis dahin hat jeder Einziner nur seinen Theil zu verzinsen und zu bezahlen. Hingegen ist der liegende Hypothecargläubiger nicht gehalten, von den Einzinsern die Verzinsung oder Abzahlung ihrer Theilschulden (Raten) anzunehmen, sondern derjenige Einziner, welcher die größte Rata schuldet, ist der Träger, der die Zins- oder Abzahlungsraten von jedem Einziner einzieht und dem Gläubiger einliefert. Der Träger ist zunächst auch ein Einziner und haftet, wie diese, zunächst nur für seine Rata und erst subsidiär für die Raten der Mitziner. Der Creditor freilich darf ihn als Repräsentanten aller Einziner betrachten und ihn für das Ganze betreiben. Der Träger aber kann, wenn seine Mithaften säumig sind, durch Deponirung seines Anteils die Rechtsbetreibung von sich ab- und auf die säumigen Einziner hinlenken, wo dann im Falle der Nichtzahlung diese in den Concurs fallen,

- 4) daß F. J. R. laut den vorliegenden Acten als Hauptziner oder Träger bezeichnet ist,
- 5) daß, soviel von den liegenden Ansprüchen vor der rechtlichen Einforderung in das Fahrende übergegangen sein sollte, (dessen Betrag noch zu untersuchen ist), die solidarische Haftbarkeit ganz aufgehört hat.

(Directe Mittheilung.)

## 15. Advocatenclientel. Juristische Natur des Vertrags zwischen Advocat und Client.

Aus den fünf von dem Correctionellgericht Lausanne zu den Kosten verurtheilten B. C. G. M. und R. faßten deren Advocaten M. und B.

den Henry Louis G. ins Recht für den Betrag ihrer Deservitenforderung von Fr. 426. 30. Das Bezirksgericht Lausanne wies aber (14. April 1854) die Kläger mit der Solidarforderung ab und verurtheilte den Beklagten nur zum Fünftheil des geforderten Betrages. Die gegen dieses Urtheil ergriffene Cassationsbeschwerde fußte hauptsächlich auf Art. 1484 C. c. du c. de Vaud (2002 C. c. Fr.)

Lorsque le mandataire a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, chacune d'elle est tenue solidairement envers lui de tous les effets du mandat.

Der Cassationshof trat aber der ersten Instanz bei (25. Mai 1854):

Considérant que dans son jugement le tribunal civil a reconnu que la mission donnée par G\*\*\* et consorts aux advocates M\*\*\* et R\*\*\* pour les défendre devant le tribunal correctionnel, ne constitue pas un mandat dans le sens du code civil, mais établit des rapports de conseil et de clients,

Considérant qu'en effet, d'après la définition du mandat (art. 1467 du code civil) et d'après la portée et les conséquences données à ce contrat, l'avocat ne doit pas être envisagé comme le mandataire du client, puisqu'il n'a pas vocation pour le représenter et pour prendre sa place dans les actes qui le concernent,

Que la mission de l'avocat est essentiellement d'assister le client ou le représentant de celui-ci devant les tribunaux, de lui donner des conseils relatifs à des difficultés juridiques et d'exposer oralement ou par écrit les faits et le droit de la cause, ainsi que de faire pour le client toute réquisition nécessaire, sauf les cas exceptés; que la présence de l'avocat ne dispense pas le client de comparaître personnellement ou par mandataire spécial pour ses divers actes,

Que nulle part la loi ne confond la qualité d'avocat avec celle du mandataire, que même elle les distingue nettement (art. 12 de la loi sur le barreau et 30 du code de procédure civile),

Que l'on ne saurait non plus assimiler le ministère de l'avocat avec le louage d'ouvrage ou d'industrie dans le sens du code civil (art. 1264 et suiv.), qui ne règle que certains ouvrages et certaines industries déterminées,

Considérant que c'est ainsi avec raison que le tribunal civil a écarté l'idée du mandat, et partant celle de la solidarité qui en serait résultée pour G\*\*\* et ses consorts, et qu'il a envisagé les rapports de l'avocat avec ses clients comme constituant un contrat particulier soumis aux règles générales sur les contrats.

(Journal des tribunaux-vaudois, II, 102 ss.)

---

## 16. Biehverstellung. Haftbarkeit für Zufallschaden.

Nerny hatte Magnenat einen Stier und eine Kuh auf Alp gegeben, von Auffahrt bis St. Denis, gegen Fr. 20. für den Sommer. Da berichtete im August der Alphbesitzer dem Nerny, er möge die Kuh abholen, es sei ihr ein Unfall begegnet. Sie hatte, man wußte nicht, woher? einen Schaden am Bein, eine Art Bruch. Als aber Magnenat später die Fr. 20. verlangte, weigerte sie Nerny, da nach dem Gesetz der Alphbesitzer den Schaden trage. Der Kläger ermäßigte seine Forderung auf Fr. 10.

Das Gesetz (C. c. de Vaud 1288, 1292) sagt nun: Le bail à cheptel simple est un contrat par lequel on donne à un autre des bestiaux à garder, nourrir et soigner à condition — que le preneur supportera la moitié de la perte. — Le preneur n'est tenu du cas fortuit au delà de l'obligation qui lui est imposée par l'article 1288, que lorsque ce cas fortuit a été précédé de quelque faute de sa part, sans laquelle la perte ne serait pas arrivée. — En cas de contestation le preneur est tenu de prouver le cas fortuit et le bailleur est tenu de prouver la faute qu'il impute au preneur. —

Der Friedensrichter von Gossionay hielt (2. April 1857) den Eigentümer zu Zahlung der Fr. 10. — an, und nach erfolgter Cassationsbeschwerde auch, (und zwar überdies unter Verfällung des Nerny in eine Streitbuße von Fr. 10. —) der Cassationshof (13. Mai 1857):

Considérant que le preneur Magnenat n'est pas tenu, aux termes des articles susmentionnés, de l'accident arrivé par le cas fortuit à la génisse de Nerny, à moins toutefois que le cas fortuit n'ait été précédé de quelque faute de sa part,

Considérant que, selon l'art. 1292, il incombaît au bailleur Nerny de prouver la faute préalable qu'il imputait à Magnenat.

Considérant que, dans la cause, le bailleur n'a pas établi qu'il y ait eu faute préalable de la part du preneur Magnenat et que ce n'était pas à ce dernier à déférer la preuve<sup>1)</sup>.

(Journal des tribunaux vaudois V, 289 ss.)

<sup>1)</sup> Seeretan in seinem Commentar zum waadtländischen Civilgesetz (p. 456): Si le preneur n'a pas prouvé le cas fortuit, le bailleur n'est tenu à aucune preuve. Mais lorsque le cas fortuit est prouvé, le bailleur peut faire condamner le preneur à la perte entière, en prouvant qu'il y a eu de sa part faute précédente. — Bellis findet in diesem Fall aber gar keinen Cheptel simple, sondern Alpage nach Art. 1313—1315.

## 17. Schadenersatz für Entziehung der Klagechte.

(„Affaire Wolfrath.“)

In der Nacht vom 2. auf den 3. Sept. 1855 erfolgte die bekannte Schilderhebung vieler Anhänger der alten fürstlichen Regierung von Neuenburg, ausgegangen von einigen Punkten des oberen Landes, aber dann von der Landbevölkerung in die Stadt Neuenburg, den Sitz der Regierung verpflanzt. Die Mitglieder derselben wurden gefangen gesetzt, die preußische Fahne auf dem Schlosse aufgezogen und das Schloß in Vertheidigungszustand gesetzt. Die Stadtbehörde wurde zu Lieferungen aufgefordert und Buchdruckereibesitzer Heinrich Wolfrath zum Druck von Proklamationen. Dieser befolgte die Ordre, ihm am 3. September früh ertheilt, und nahm diese Proklamationen auch in seine an diesem Tage mit dem Datum des folgenden Tages gedruckte *feuille d'avis* auf, mit folgendem Zusatz:

„Neuenburg, den 3. September 1856. Das neuenburgische Volk „will seine Rechte und seine Unabhängigkeit wieder erlangen. Die „Royalisten von la Sagne, des Val de Ruz und von Neuenburg haben „sich diese Nacht in Masse erhoben und unter Anführung von fähigen „Chefs des Schlosses unseres Fürsten sich bemächtigt; im nämlichen „Augenblick, um 2 $\frac{1}{4}$  Uhr in der Frühe, hat eine andere Colonne unter „dem Commando des Herrn Obersten von Bourtales und ohne Schwert- „streich Loele besetzt. Es bleibt uns nur so viel Zeit, um die Pro- „klamationen und Bulletins, die angeschlagen wurden, zu wieder- „holen; Alles, was wir sagen könnten, würde neben diesen von nun „an historischen Documenten verdunkelt. Mit Gott, für König und „Vaterland.““

Diese *feuille d'avis* enthielt regelmäßig eine Chronik der politischen Tagesneuigkeiten, und zwar in einem Sinne gefaßt, der dem Anhang der neuen Regierung nicht günstig war, so daß das Blatt und der Druckereibesitzer bei diesem überhaupt nicht gut angesehen war. Wolfrath anerkannte, auch ein Paket der genannten Proklamationen durch einen Beauftragten in den Canton versendet zu haben. Als nun aber am 4. September in der Frühe das Schloß von den Anhängern der fürstlichen Regierung verlassen und die gefangen gesetzten Staatsräthe wieder in Freiheit gesetzt worden waren und dann die *feuille d'avis* von gestern ausgegeben wurde, erfolgte die Verhaftung des Buchdruckers und während derselben die Zerstörung seiner Pressen, die Verwüstung seines Druckereilocals, die Verbrennung eines Theils seines Verlags, und ein anderer Theil wurde in den See versenkt. Zweimal trachtete Oberst Denzler, unter dessen Anführung das Schloß in der Frühe wieder genommen worden war, dieser Volksrache Widerstand zu leisten, aber erst zum zweitenmale mit Erfolg. Manche Uniformirte, ohne Zweifel seiner Truppe angehörig, wurden dabei ge-

sehen. Am folgenden Tag erhob das Friedensrichteramt den Stand der Vocalien und, gestützt darauf und auf eine von Wolfrath aufgestellte Berechnung seines Schadens, leitete dieser am 19. Dec. 1856 bei dem Bezirksgericht Neuenburg eine Klage gegen die Regierung auf Schadloshaltung mittelst Zahlung von Fr. 44311. 39 cs. ein, welche der Kläger aber später (26. Febr. 1858), nach veränderter politischer Lage, wieder zurücknahm. Bekanntlich waren nemlich durch die Verhandlungen zu Paris folgende Maßnahmen und Beschlüsse herbeigeführt werden:

1. Der Bundesbeschluß vom 26. September 1856, in seinem ersten Artikel dahin lautend:

„Die Neuenburger, von welchen aus eigener Kraft die republi-  
canische Verfassung ihres Kantons aufrecht erhalten und dadurch auch  
„die Integrität gesammter Eidgenossenschaft behauptet worden ist,  
„haben sich um das Vaterland verdient gemacht.“

2. Der Bundesbeschluß vom 16. Januar 1857, welcher dahin geht:

Art. 1. „Der Proces, welcher wegen des am 2. und 3. Herb-  
monat 1856 im Canton Neuenburg stattgehabten Aufstandes unterm  
„4. Herbstmonat angehoben worden ist, wird hiemit niedergeschlagen.“

Art. 2. „Die durch das Decret der Anklagekammer vom 15. Christ-  
monat 1856 in Anklagezustand versetzten Personen haben, soweit dies  
„nicht bereits geschehen ist, das Gebiet der schweizerischen Eidgenos-  
schaft auf so lange zu verlassen, bis die Neuenburger-Angelegenheit  
„vollständige Erledigung gefunden hat.“

3. Der Vertrag, abgeschlossen in Paris unterm 26. Mai 1857, aus welchem in seinem Urteile folgende Bestimmungen herausgehoben werden:

— Art. 3. „La confédération suisse garde à sa charge tous les  
„frais résultant des évènements de Septembre 1856. Le canton de  
„Neuchâtel ne pourra être appelé à contribuer à ces charges que  
„comme tout autre canton et au prorata de son contingent d'argent.“

Art. 5. „Une amnistie pleine et entière sera prononcée pour  
„tous les délits ou contraventions politiques ou militaires en rapport  
„avec les derniers événements en faveur de tous les Neuchâtelois,  
„Suisses ou étrangers et notamment en faveur des hommes de la  
„milice que se sont soustraits, en passant à l'étranger, à l'obligation  
„de prendre les armes.“

„Aucune action soit criminelle soit correctionnelle en dommages  
„et intérêts, ne pourra être dirigée, ni par le canton de Neuchâtel,  
„ni par aucune autre corporation ou personne quelconque, contre  
„cenx qui ont pris part, directement ou indirectement, aux évène-  
„ments de Septembre.“

L'amnistie devra s'étendre également à tous les délits politiques  
„ou de presse autérieurs aux événements de Septembre.“

In Folge dieser neuen Lage wandte sich nun Wolfrath mit seiner Forderung an den Bundesrat, zuerst außergerichtlich, dann vor Bundesgericht, gestützt darauf, daß ihm durch die eingetretene Amnestie die Verfolgung seiner Klage auf Schadenersatz gegen die Schuldigen unmöglich geworden sei, und nun der Bund die Pflicht habe, da er dessen Ersatz durch seine Vereinbarungen unmöglich gemacht habe, diesen selbst zu leisten, indem die Verhandlungen bei dem Pariserfrieden beweisen, daß der Bundesrat seiner Verpflichtung zum Schadenersatz sehr wohl bewußt gewesen sei. In einer Depesche vom 28. März 1857 an den außerordentlichen Gesandten Dr. Kern in Paris komme folgender Passus vor:

„Wir könnten auch zugeben, daß bezüglich der Civilklagen Amnestie „eintrete. Allein in diesem Falle müßte ohne Zweifel der Staat Neuen- „burg begründeten Klagen gerecht werden. So hat z. B. ein Ingénieur am 3. September eichene Eisenbahnschwellen weggenommen, „um dieselben auf dem Schlosse zu Barrikaden zu verwenden. Sie „wissen ferner, daß umgekehrt von republikanischen Bürgern die „Druckerei Wolfrath am 4. September demolirt worden sein soll. Für „diese und ähnliche Beschädigungen werden nun hüben und drüben „Schadenersatzklagen angehoben, welche nicht ohne Weiteres abzuweisen „sein werden.“

Ein Referat des politischen Departements vom 25. April 1857 spreche sich ferner über die Angelegenheit folgendermaßen aus: „Der Art. 3 legt der Eidgenossenschaft die von den 1856er September-Ereignissen herrührenden Kosten auf. Diese Kosten sind diejenigen „für die Truppenaufstellung, für die militärische Besetzung des Kantons und für die gerichtliche Untersuchung. Verpflichtet aber dieser Artikel die Eidgenossenschaft auch, die besonders, dem Kanton Neuenburg durch die September-Ereignisse verursachten Kosten zu tragen? — Man kann dies bestreiten. + In der That hat man nie bezweifelt, „daß diese Kosten dem Kanton Neuendurg auffallen müssen. Sie stehen „ihm mit vollem Rechte zu. Der Artikel scheint also nur diejenigen „Kosten betreffen zu sollen, welche dem Kanton oder den Aufständischen „hätten auferlegt werden können, und er bestimmt, daß sich die Eidgenossenschaft ihrer nicht entledigen dürfe. Dies wäre wahrscheinlich „auch von den Bundesbehörden freiwillig beschlossen worden. Man „kann daher sagen, dieser Artikel wäre unnütz, wenn nicht dessen erste „Ursache ein gewisses Misstrauen gewesen. Uebrigens liegt wenig „daran, — daß die Eidgenossenschaft diese, Neuenburg besonders be- „treffenden, Kosten trägt, indem dieser Umstand bei einer billigen Ver- „theilung der in Art. 6 erwähnten Summe in Berücksichtigung ge- „zogen werden kann.“

Endlich ergebe sich aus einem bei Hrn Dr. Kern unterm 19. Sep-

tember 1857 eingeholten Besinden,<sup>2)</sup> daß es nach seiner Ansicht in der Meinung der Conferenz-Mächte liege, es sollen die diesfälligen Kosten vom Bunde übernommen werden.

Aus den dargestellten Actenergebnissen werde zur überzeugenden Gewißheit des Richters erstellt, daß der Beklagte die vertrag-

<sup>2)</sup> In der Antwort des Bundesraths eröffnet dieser darüber (Art. 168):

Herr Dr. Kern theilt dem Bundesrath einzelne Momente über die Entstehung der nunmehrigen Fassung des Art. 3 des Pariservertrags mit und sagt dann: Es ist nun sehr wohl möglich, daß wenn der Prozeß gegen den Staat (Neuenburg) fortgeführt wird, Wolfrath, gestützt darauf, daß die Truppen, die an dem Zerstörungsact Theil genommen haben, nicht im cantonalen Dienste standen, abgewiesen wird. Für diesen Fall hat er sich die Klage gegen die eigentlichen Urheber (seien es Soldaten oder Bürger) vorbehalten. Hier wurde dann aber die fernere Frage entgegengestellt, ob nach dem Vertrag eine solche Klage nicht von vornehmerein ausgeschlossen sei durch den Wortlaut des Art. 5., der zwar offenbar mehr zu Gunsten der Royalisten aufgestellt worden ist, in der Redaction aber eine so allgemeine Fassung erhalten hat, daß er überhaupt von solchen spricht, welche an den Septemberereignissen direct oder indirect Anteil genommen haben. — Die Urheber der Zerstörung würden sich vermutlich auch ihrerseits auf diesen Artikel berufen und erklären, sie werden doch nicht ungünstiger gestellt sein, als die Royalisten, die bei dem Aufstande sich gegen die Republik betheiligten, während sie für dieselbe die Waffen ergriffen haben. Wird der Artikel 5 in dieser allgemeinen Bedeutung aufgefaßt und somit, gestützt auf den Neuenburger Vertrag, dem W. jede Klage gegen den Urheber der Zerstörung abgeschnitten, so würde er höchst wahrscheinlich, — wenn nicht schon vorher, — an die Conferenz sich wenden und von ihr Erläuterung über den Sinn des Vertrages, speciell über den Sinn der Artikel 3 und 5 begehrten. Würde dieser Fall eintreten, so halte ich für höchst wahrscheinlich, daß die Conferenz sich folgendermaßen aussprechen würde: In Bezug auf die dégats causés seien alle Neuenburger, welcher politischen Partei sie angehören mögen, gleich zu behandeln. Da nun in Folge des Vertrages jede Klage gegen Theilnehmer an den Septemberereignissen ausgeschlossen werde und da ferner bei Annahme des Art. 3 die Conferenz den von der Schweiz verlangten Zusatz, wonach der Canton Neuenburg die sog. frais particuliers, darunter auch diejenigen für die dégats causés, zu tragen gehabt hätte, gestrichen wurde, so seien die diesfälligen Kosten vom Bunde zu übernehmen. Aus diesen Gründen schien es dem Herrn Kern, der Bundesrath sollte suchen, die Reklamation auf dem Wege der gütlichen Verständigung zu erledigen. Er fügte bei, es wäre sehr zu bedauern, wenn die Frage zum Gegenstand von Verhandlungen der Conferenz gemacht würde, da das Resultat voraussichtlich eher zu Gunsten Wolfraths, als zu Gunsten der Eidgenossenschaft ausfallen würde.

gemäße Verpflichtung übernommen habe, an die Stelle derjenigen, welche die Buchdruckerei demolirten, den Kläger zu entschädigen; dieser könne an Niemanden, als an den Bund sich wenden, wobei Letzterer die Verabfindung mit dem Kanton Neuenburg vorbehalten bleibe, wie auch in anderweitiger Beziehung eine Vereinbarung mit der Regierung dieses Cantons erzielt worden sei.<sup>3)</sup>

Der Bundesrat stellte dieser Forderung die vier Fragen entgegen:

- 1) Würde der Kläger ohne das erlassene Amnestie-Decret ein Recht auf Entschädigung besitzen?
- 2) Ist in Folge der Amnestie dem Kläger die Geltendmachung seines Klagrechtes abgeschnitten?

3) Hierüber sagt die Klage (Artt. 42 und 43) Folgendes:

Mit Rücksicht auf die Bestimmungen des Pariservertrags, wonach die Amnestie auch auf alle Civillagen wegen bei Anlaß der Septemberereignisse stattgefundenen Beschädigungen ausgedehnt worden war, anerkannte der Bundesrat auch durch Schlußnahme vom 26. Juni 1857 den Grundsatz, daß der Staat für die dahерigen Kostenerstattforderungen einzustehen habe, nahm jedoch hiebei bloß auf diejenigen Civilbeschädigungen Bedacht, welche Privatpersonen an ihren Personen oder ihren Gütern Seitens der „Insurgenten“ erlitten hatten (*les dommages civiles causés aux particuliers dans leurs personnes et dans leurs biens par les insurgés*) und traf mit der Regierung von Neuenburg eine Nebereinkunft, daß diese in einiger Modification des Art. 3 des Pariservertrags von dem Canton Neuenburg getragen werden sollen. Der große Rath von Neuenburg genehmigte die letzterwähnte Nebereinkunft und ertheilte unterm 29. Juni 1857 dem Staatsrath in Verbindung mit einer zu diesem Ende niedergesetzten Specialcommission, den Auftrag, die dahерigen Reclamationen zu prüfen. Durch Beschuß vom 15. Nov. 1857 bestimmt der Gr. Rath des Cantons Neuenburg die Entschädigung der Privaten, welche Seitens der „Insurgenten“ vom September beschädigt worden waren, auf eine Gesamtsumme von Fr. 40024. 16 es. und autorisierte die Finanzdirection zu deren Auszahlung. Die „Antwort“ bestreitet dies nicht, sondern fügt hinzu: Natürlich durch den Artikel 5. wollte man die „Insurgenten“ und keineswegs den Staat oder die zum Schutze der Republik herbeigeilten Republicaner vor gerichtlicher Verfolgung schützen. Deshalb hat auch der Staat Neuenburg die gegen ihn angehobene Klage des Herrn Wolfrath keineswegs aus dem Grunde bestritten, weil eine Klage nach Art. 5. des Pariservertrags überhaupt unzulässig sei. Der Staat ließ sich vielmehr auf die Klage ein und wies nach, daß der Staat für die Urheber des Schadens nicht verantwortlich gemacht werden könne, weil dieselben nicht im Staatsdienst gestanden seien, sondern auf ihre eigene Verantwortlichkeit handelten u. s. f.

3) Ist eventuell der Beklagte nach den Bestimmungen der Bundesverfassung zum Schadenersatz verpflichtet?

4) Resultiert eine derartige Verpflichtung aus den Stipulationen des Pariser=Vertrags?

Der ersten Frage stellte der Beklagte die eigene Verschuldung des Klägers entgegen, der zweiten die Thatache, daß nicht bekannte Einzelne, sondern ein Volkshause gehandelt, und zwar Leute, für welche keine Amnestie begeht noch erlangt worden, da diese nur den Royalisten gelte; der dritten die Natur einer Amnestie, welche nach der Bundesverfassung Art. 74, Ziff. 7 und Art. 104 völlige Vergessenheit eines Verbrechens mitführe, also auch der civilrechtlichen Folgen, und den Widerspruch, in dem Kläger sich befindet, wenn er für sich die Amnestie genieße und Andern sie bestreite; der vierten die Botschaft des Bundesraths an die Bundesversammlung vom 8. Juni 1857, aus welcher sich ergebe, was der Bundesrat von jeher als Sinn der im Art. 3 des Pariservertrags von ihm übernommenen Kosten verstanden habe, nemlich militärische, welcher unbefangenen amtlichen Ausserung des Beklagten gegenüber die vertrauliche Meinungsäußerung seines Gesandten in Paris in keinen Betracht falle.

Der Spruch des Bundesgerichts (20. Dec. 1859) ging nun auf Abweisung des Klägers aus folgenden Erwägungen:

1) Der Art. 3 des Pariser=Vertrags vom 26. Mai 1857 kann zu Begründung der Klage nicht dienen, denn derselbe verfügt offenbar nichts anderes, als daß die Eidgenossenschaft die ihr aus den Neuenburger=Greignissen erwachsenen Kosten selbst zu tragen habe und daß sie dem Kanton Neuenburg diesfalls keine besondere Belastung zuzumuten dürfe. — Eine Verbindlichkeit zu Übernahme von Privatentzädigungen vorliegender Art ist in diesem Artikel nicht ausgesprochen und kann in keiner Weise aus dem Wortlaut desselben abgeleitet werden. Die Berichte und Ansichten, welche aus den Unterhandlungen über den Vertrag zu dessen Auslegung herbeigezogen wurden, sind bei dem klaren Wortlaut nicht zu berücksichtigen, und deren Anrufung ist um so weniger statthaft, als man bei dem definitiven Abschluß des Vertrages von den früheren Grundlagen, auf welche sich die Berichte beziehen, abgegangen ist.

2) Der Art. 5 des benannten Vertrages bedingt vollständige Amnestie für alle diejenigen, welche sich an den September=Greignissen betheiligt; er untersagt im Besondern noch alle Klagen auf Ersatz für erlittene Beschädigungen. Nun lag es freilich nicht in der Absicht, den Republicanern Amnestie zu ertheilen, da man den Dank des Vaterlands ihnen votierte. Gleichwohl müste der Wortlaut des Vertrages auch die Zerstörer der klagerischen Druckeret vor jeder civilrechtlichen Verfolgung schützen.

Demnach kann der Kläger aus dieser Bestimmung des Vertrages

keine Berechtigung zur Klage gegen den Bund ableiten, weil die Bundesverfassung keine Beschränkung in Beziehung des Rechts zu Ertheilung der Amnestie enthält und die Bundesversammlung für die Ausübung eines verfassungsmäßigen Rechts nicht vor dem Civilrichter zur Verantwortung gezogen werden kann.

3) Aus den Acten ist mit Bestimmtheit zu entnehmen, daß der Kläger der Beheiligung am Aufruhr sich schuldig gemacht und deswegen in Anklagezustand versetzt wurde. Durch seine Druckschriften hat er dem Aufruhr gedient und denselben zu verbreiten gesucht, die dadurch herbeigeführte Zerstörung der Druckerei fällt nach dem Berichte der eidgenössischen Commissarien in einen Zeitpunkt, in welchem die durch den Aufruhr hervorgerufene Erschütterung der öffentlichen Ordnung noch nicht ganz vorüber war, wo die gesetzlichen Behörden sich noch nicht in der Lage befanden, der Zerstörung des klägerischen Eigenthums vorzubeugen. — Der dem Kläger zugestossene Schaden war also eine Folge derjenigen Zustände, zu deren Herbeiführung er selbst mitgewirkt. Der Schaden muß als ein selbstverschuldeter angesehen werden.

4) In Beziehung auf die beim Kläger zur Last fallende Theilnahme am Aufruhr ist er der Amnestie theilhaftig geworden, die Strafuntersuchung wurde niedergeschlagen. Nun ist es aber nicht statthaft, daß Kläger die Amnestie, so weit sie ihm Straflosigkeit zusichert, sich zu Nutzen mache; daß er eben deswegen, weil Andern ebenso Straflosigkeit gewährt wurde, aus dem gleichen Erlasse eine Klage auf Schadenersatz gegen den Bund ableite, welcher die Amnestie gewährte.

Der Kläger muß also die erlassene Amnestie mit allen ihren Wirkungen, den günstigen wie den ungünstigen, sich gefallen lassen; ohne Amnestie hätte er kein Klagerecht besessen, durch dieselbe konnte er keines erwerben.<sup>4)</sup>

(Directe Mittheilung.)

## 18. Ersatz für Ehebruchschaden.

Daniel M. von Ferreyres (Wadt) war wegen Ehebruchs mit Florentine, geb. V., bestraft und die Ehe der letztern mit Abraham Michaud am 9. März 1853 gerichtlich aufgelöst worden. Der geschiedene

<sup>4)</sup> Bekanntlich stimmten sämtliche graduirte Juristen des Gerichtes: Dubs, Pfyffer, Blösch und Blumer, sowie Herr Cantonsgerichtspräsident Hermann in Sachseln, der in diesem Spruch vertretenen Ansicht entgegen, für grundsätzliche Zulassung des Klägers. Die Motive des Spruches, nach der Auffassung des Bundesrichters Häberlin finden sich genauer auseinandergesetzt in der Thurgauer Zeitung vom 28., 29. und 30. Dec. 1859.

Mann richtete nun gegen den Ehebrecher eine Klage auf Bezahlung von Fr. 5000. —, als gegen denjenigen, welcher diese Scheidung verursacht habe. Das Bezirksgericht von Cossonay erkannte ihm (18. Febr. 1855) Fr. 1200. zu und ihm trat das Cassationsgericht (23. März gl. J.) bei,

Considérant qu'il résulte du principe général posé à l'art. 1037 du code civil que tout fait de dommage imputable peut donner lieu à une action en indemnité contre son auteur,

Que dans le cas actuel, le tribunal civil a reconnu en fait, que le demandeur a éprouvé un dommage par le fait de Daniel M\*\*\* qui a motivé le divorce,

Que la loi n'a pas d'exception au principe susmentionné pour le cas du dommage envers un des époux par le fait de l'adultère de son conjoint,

Qu'il appartient aux tribunaux d'apprecier les faits dans chaque cas de ce genre et de vérifier la mesure en laquelle il y a dommage imputable au complice,

Que les dispositions de la loi sur les suites du divorce ne concernent que les époux divorcés et règlent leurs rapports ultérieurs, soit quant à leurs personnes et à leurs enfants, soit quant à leurs biens, mais sont sans application à des tiers en ce qui tient aux suites matérielles du divorce,

Qu'ainsi Daniel M\*\*\* ne peut prétendre que ces suites, pour ce qui le concerne, comme auteur d'un dommage, ont été réglées par le jugement en divorce,

Considérant enfin que le tribunal a constaté en fait les éléments constitutifs du dommage et les a appréciés dans sa compétence.<sup>5)</sup>

(Journal des tribunaux vaudois, I. 469 ss.)

## 19. Schadenersatz. Indirecte Ursache.

Der Camionführer der französischen Ostbahnhstation zu Basel, R. Rumpf, hatte von der Bestäterei dieser Station die Anweisung erhalten, mehrere Fässer Salatöl in das Kaufhaus zu führen, die für Herr Riggenbach zum Arm bestimmt waren. Als er auf dem Marktplatz einem Güterfrachtwagen begegnete, stieß sein Camion an den Wagen. Ein Faß wurde dadurch zur Erde geworfen und alles Öl rann aus. Er mußte es ersehen. Später ergab sich die falsche Anweisung.

<sup>5)</sup> Die Redaction des Blattes widerspricht dieser neuen Jurisprudenz und nennt in energischer Sprache das Untersangen des Klägers „dorer les cornes.“

Und allerdings wäre bei richtig ertheiltem Auftrag der Camion gar nicht auf den Marktplatz gekommen. Der zu Schaden gekommene Camioneur belangte nun seinen Auftraggeber zu Ersatz dieses Schadens, weil er ihn durch seinen unrichtigen Auftrag in denselben gebracht.

Das Civilgericht Basel fand aber (23. Juni 1857), daß, da der zu der Klage Veranlassung gebende Schaden während der Dauer der von dem Kläger übernommenen Verantwortlichkeit entstanden sei, die äußerliche Veranlassung der Uebernahme (der Verantwortlichkeit für die Waare) auf einen weiten Punkt (hinaus), als den ursprünglich verlangten, ganz außer Acht falle.

(Directe Mittheilung.)

## 20. Rückvergütung eines Vorschusses.<sup>6)</sup>

Nach der Besetzung von Lucern (23. Nov. 1847) und Sprengung des Bundes, den sieben eidgenössische Stände zu Wahrung ihrer Souveränitätsrechte eingegangen hatten, verlangte die schweizerische Tagsatzung Rückzahlung der Gelder, welche die diesem Bund beigetretene Regierung von Lucern nach Abrede mit den ihr verbündeten Cantonen im Interesse ihrer Sache aus der eidgenössischen Kriegskasse enthoben hatte. Um möglichst einfach zu diesem Ziele zu gelangen, wurde diese Summe denjenigen Mitgliedern der Regierung abverlangt, welche in Lucern nach der Besetzung geblieben waren und dann auch die betreffende Summe in Kurzem von diesen Männern eingezahlt. Da sie zu Enthebung dieser Summe aus der Kriegskasse nur durch Beschluß der verbundenen Cantone bestimmt worden waren und eigenes Interesse in dieser Sache nie gesucht hatten, traten sie nun, nachdem die öffentlichen Verhältnisse in eine gewisse Ruhe zurückgekehrt waren, mit einer Klage gegen den Stand, den sie früher regierten, auf und verlangten Rückvergütung dieser von ihnen erstatteten Summe von Fr. 119669. 38 sammt Zinsen à 5% seit 31. Dec. 1856, und zwar ausschließlich gegenüber der Regierung von Lucern, als die für ihre frühere Contrahenten solidarisch hafte. Da Lucern jede Zahlungsverpflichtung, eventuell namentlich die solidarische Haftbarkeit bestritt, gelangte die Sache vor das Bundesgericht, welches (16. Dec. 1859), nachdem Lucern noch den concordirenden Mitständen den Streit verkündet hatte, dem Antrag der Kläger beirat,

Da sich ergeben:

A. Durch Art. 20 und 21 der Verordnung vom 13. August 1835 habe die eidgenössische Tagsatzung verfügt: „die sämmtlichen eids-

<sup>6)</sup> Vgl. diese Zeitschr. Bd. VI. (Rechtsprfl. und Gesetzgebung) S. 48 f. und Bd. VIII. (Rechtsprfl. und Gesetzgebung) S. 28 f.

genössischen Kriegsfonds sollen, soweit sie in baarem Gelde bestehen, in drei Dépôts vertheilt und den drei Vororten zur Verwahrung übergeben werden, die Vororte sollen für sichere Verwahrung der ihnen übergebenen Gelddépôts auf gleiche Weise sorgen, wie für ihre eigenen Cantonscassen, und sie sind hiefür der Eidgenossenschaft verantwortlich.“

B. In einer unterm 9. 10. und 11. December 1845 abgehaltenen Conferenz haben die Abgeordneten der Cantone Lucern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Freiburg und Wallis ein sogenanntes Schutzbündniß unter sich abgeschlossen und in den diesfälligen Vertrag unter anderm folgende Bestimmungen aufgenommen: „Ein Kriegsrath, bestehend aus einem Abgeordneten aus einem jeden der obgenannten Stände, mit allgemeinen und so viel möglich ausgedehnten Vollmachten von den Regierungen versehen, hat die oberste Leitung des Krieges zu besorgen. Er wird bei einem bevorstehenden oder erfolgten Angriffe zusammenreten. — Der Kriegsrath mit den ihm ertheilten Vollmachten hat im Falle der Noth alle zur Vertheidigung der bestreifenden Cantone erforderlichen Maßregeln zu treffen. — Wo die Gefahr nicht so dringender Natur ist, wird man sich mit den Regierungen dieser Cantone in Rücksprache setzen.“

C. In einer außerordentlichen Sitzung vom 5. October 1847 habe der Große Rath des Cantons Lucern folgende Maßnahmen getroffen:

— II. „Die vom Regierungsrathe seit einer Reihe von Jahren zur Handhabung des Bundesvertrags, zum Schutze der Souveränität der Cantone, zur gemeinsamen Vertheidigung der sieben katholischen Stände, sowie der Rechte und Freiheiten des Cantons Luzern getroffenen Anstalten und Maßregeln seien genehmigt und verdanft.“

III. Der Regierungsrath sei beauftragt, mit gleichem Eifer fortan für die Souveränität des Standes Lucern im Vereine mit den bündesgetreuen Ständen einzustehen; ihm wird unbedingt Vollmacht ertheilt, alle Maßregeln zu treffen, welche zum Schutze der Unabhängigkeit der Cantone und zur Veruhigung des Vaterlands zweckmäßig sind.

IV. Der Regierungsrath wird ermächtigt, diejenigen finanziellen Mittel anzuwenden, welche er zur Ausführung seiner Maßregeln erforderlich und zweckmäßig findet.“ —

D. Bei herannahendem Ausbrüche des Sonderbundskrieges habe unterm 25. Oct. 1847 der eidgenössische Vorort Bern die Regierung von Lucern aufgefordert, die Baarschaft, welche in der eidgenössischen Cassa zu Lucern liege, an das eidgenössische Kriegscommissariat abzuliefern, das daherrige Schreiben sei einfach ad acta gelegt worden; unterm 29. Oct. 1847 habe sodann der Kriegsrath der sieben Stände an den Regierungsrath des Cantons Lucern das Ansuchen gerichtet, daß von den in Lucern befindlichen Spitalgeräthschaften der Eid-

genossenschaft dem Obercommando der Truppen das Nöthige zur Verfügung gestellt werde; ein ferner Schreiben desselben Kriegsraths an den Regierungsrath des Kantons Lucern enthalte das Begehr, daß dem Ersteren entweder aus der in Lucern liegenden eidgenössischen Cassa die nöthigen Gelder angewiesen oder aber die Schlüssel zur Cassa übergeben werden, mit welchem Begehr die Erklärung verbunden worden sei, „daß der Kriegsrath den Stand Lucern der besondern Verantwortlichkeit, welche hinsichtlich dieser Gelder auf ihm „ruhe, entlasse und jene auf sich nehme.“

E. Nach Inhalt zweier Schreiben de dato 30. October 1847 habe der Regierungsrath des Kantons Lucern sowohl dem Begehr um Ablieferung der Spitäleffecten aus dem eidgenössischen Magazin als demjenigen um theilweise Defnung der eidgenössischen Kriegscasse zu Handen der sieben Cantone entsprochen, in der Meinung, „daß die „Cantone für die herausgegebenen Gelder, sowie für die Spitäleffecten „eine solidarische Verantwortlichkeit zu übernehmen haben.“

F. Durch Schreiben vom 30. October 1847 spreche sich der Kriegsrath der sieben Stände gegenüber dem Regierungsrath des Kantons Luzern wörtlich dahin aus:

„In Beantwortung Eurer verehrlichen Zuschrift von heute, womit „Ihr die in Lucern befindlichen Spitäleffecten und Schanzwerkzeuge „der Eidgenossenschaft zu unserer Verfügung stellest und uns anzeigen, „daß die nöthigen Gelder aus der eidgenössischen Kriegscasse verabfolgt werden, falls die sieben Cantone die solidarische Haftbarkeit „für dieselbe übernehmen, sind wir im Falle, Euch zu berichten, daß „diese letztere Bedingung vom h. Kriegsrathen Name s der verbündeten Stände bereits angenommen ist.“

G. An eidgenössischen Geldern seien nun enthoben worden:

a) aus der Hauptcassa . . . . .	Fr. 221777. 14
b) aus der Handcassa . . . . .	" 680. —

zusammen eidgenössische Valuta Fr. 222457. 14.

Diese Summe sei theils für Besoldung und Verpflegung der Truppen, für Anschaffung von Früchten und andere Ausgaben verwendet, theils an die Cantone Lucern, Uri, Schwyz und Unterwalden abgeliefert worden, an baar seien in der siebenörtigen Cassa verblieben Fr. 7645.

H. Die von der Tagsatzung in den Kanton Luzern gesandten eidgenössischen Commissarien haben den Stand Lucern für allen Schaden, welcher durch Entfremdung der eidgenössischen Gelder und Effecten verursacht worden sei, verantwortlich gemacht und am Schlusse ihres Schreibens vom 28. November 1847 die provisorische Regierung eingeladen, diejenigen Anordnungen zu treffen, welche geeignet sein können, die Interessen der Eidgenossenschaft in jeder Beziehung zu wahren, und in dem Ende gegenüber den anwesenden Mitgliedern der abge-

tretenen Regierung sowie in Hinsicht auf das Vermögen derselben, welche sich entfernt haben, diejenigen Maßregeln zu ergreifen, welche zu diesem Zwecke erforderlich seien; unterm 6. December sei dann von den eidgenössischen Repräsentanten der provisorischen Regierung eine Frist von 10 Tagen festgesetzt worden, um die in der eidgenössischen Kriegscassa mangelnden Gelder zu ersezzen,

J. Schultheiß und Regierungsrath des Kantons Lucern haben hie-nach unterm 24. Dec. 1847 Folgendes beschlossen:

I. „Es seien die Mitglieder des abgetretenen Regierungsrathes „unter solidarischer Haftbarkeit gehalten, innerhalb 10 Tagen einen, „dem vorgefundnen Defecte in der eidgenössischen Cassa gleichkom-“menden Baarbetrag von Fr. 221777. 15 es. eidgenössische Valuta an die „Staatskassa zu entrichten.“

II. „Neben dieser vorläufigen Anordnung bleibe sowohl für „den Staat als für die angesprochenen Personen eine spätere endliche „Regulirung und Auseinandersetzung durch den Grossen Rath und „nöthigenfalls auch durch die Gerichte förmlich vorbehalten. Dem-“zufolge bleiben den Mitgliedern des aufgelösten Regierungsrathes „alle ihre Rechte unter sich und gegenüber dritten Personen unbemom-“men, wogegen auch dem Staaate vorbehalten bleibt, auf strafrechtlichem „und civilrechtlichem Wege weiter gegen dieselben einzuschreiten und „insbesondere für die verschleppten Spitaleffecten u. s. w. später Ersatz „zu verlangen.“

K. Auf die Vorstellungen der abgetretenen Regierungsräthe habe der Große Rath in seiner Sitzung vom 18. Jan. 1848 beschlossen: „der „Regierungsrath habe bei Erlass seiner Schlussnahme vom 24. Christ-“monat 1847 betreffend die Mitglieder des abgetretenen Regierungsrathes innert den Schranken seiner Befugniß gehandelt und die an-“geföhrte Schlussnahme sei hierorts gutgeheißen.“

L. Es sei den Klägern gelungen, theils eine Reduction der ihnen abgesetzten Summe zu erwirken, theils von den Ständen Uri, Schwyz und Unterwalden Rückzahlungen zu erhalten; dagegen habe das Obergericht des Kantons Luzern durch Urtheil vom 11. October 1850 die Kläger verfällt, an der Bezahlung von Zinsen und Spesen von einem durch das Banquier-Haus Knorr contrahirten Anleihen sich zu betheiligen; Kläger haben sodann successive die ihnen von der Regierung des Kantons Luzern auferlegten Pflichten erfüllt, unter steter Wahrung derselben Rückgriffsrechte, welche ihnen durch das Decret vom 24. Dec. 1847 vorbehalten worden seien; die von den Klägern auf den 31. December 1856 abgeschlossene Rechnung erzeige ein Guthaben derselben an die sieben Sonderbundstände von Fr. 118,668. 38 es.

M. Kläger begründen nun ihr Begehren für bejahenden Entschied der gestellten Rechtsfrage folgendermaßen:

1) „Der Sonderbund qualifizire sich als ein staatsrechtlicher Ver-  
Zeitschrift f. schweiz. Recht IX. (3) 3

trag der sieben katholischen Cantone; civilrechtlich haben die letztern für alle hieraus resultierenden Folgen einzustehen; im Vertragsacte sei die Aufstellung eines Kriegsraths als oberster leitender Behörde für die Kriegsführung vorgesehen worden; derselbe sei mit allen seiner Zweckbestimmung entsprechenden Competenzen ausgerüstet gewesen; die sieben Stände haben ihn als sonderbündische Behörde anerkannt und seien zu ihm gestanden; in Folge der ihm übertragenen Vollmachten habe der Kriegsrath bei der vorörtlichen Regierung von Lucern die Herausgabe der Kriegscassa, der Spitaleffecten und der Schanzwerkzeuge in Anspruch genommen, und er habe, als seinem Begehr willfahrt worden sei, die sieben Kantone für die getroffene Maßnahme ausdrücklich und zwar solidarisch verpflichtet;

2) Der §. 535 des bürgerlichen Gesetzbuches für den Canton Lucern bestimme: „Haben mehrere Personen zugleich sich einem Dritten „in einem und demselben Vertrage verpflichtet, so ist, sofern nicht das „Gegentheil aus dem Vertrage erhellt, anzunehmen, daß Einer für „Alle und Alle für Einen (solidarisch) dem Berechtigten für die Erfüllung haften;“ daß der Canton Lucern ein Mitglied des Sonderbunds gewesen, daß dessen Regierung mit den für Beförderung seiner Zwecke benötigten Vollmachten ausgerüstet gewesen sei, könne eben so wenig bestritten werden als die Thatsache, daß die Kläger in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der vorörtlichen Regierung über das Eigenthum der Eidgenossenschaft nicht für sich, sondern für den Sonderbund verfügt haben; es erscheinen demnach die Kläger als berechtigt, den Canton Lucern als solidarisch verpflichteten Stand für die Erfüllung der eingeklagten Verbindlichkeit haftbar zu machen.

N. Der Anwalt der Beklagten stelle das Gesuch, daß die Forderung entweder definitiv, jedenfalls angebrachter Maßen abgewiesen werde, er rechtfertige dieses Begehren in folgender Weise:

1) Der Sonderbund sel von Anfang ein widerrechtlicher Act gewesen, und als solcher auch in Sachen der Parteien durch rechtskräftigen obergerichtlichen Entscheid vom 13. April 1850 erklärt worden, insbesondere habe nach §. 263 des Organisations-Gesetzes vom 29. Jan. 1842 die Regierung eine weder in der Bundesurkunde noch in der kantonalen Gesetzgebung aufgestellte Behörde nicht anerkennen dürfen,

2) Die Vollmachten des Großen Rates von Lucern an die Regierung haben nur auf die cantonale Cassa Bezug gehabt, ein Angriff auf die dem Canton zur Verwahrung übergebenen eidgenössischen Gelder sei nie in dem Bereich ihrer Befugnisse gelegen,

3) Durch die obergerichtlichen Urtheile vom 18. April und 11. October 1850 sei rechtskräftig entschieden, daß Kläger dem Canton Lucern für allen durch ihren Eingriff in die eidgenössische Cassa verursachten Schaden zu haften haben,

4) Nur in der Eigenschaft als Beauftragte der Sonderbund-

cantone oder kraft einer vom Stande Lucern erhaltenen Cession würden die Kläger befugt sein können, ihr Rückforderungsbegehren zur Geltung zu bringen; dieselben seien nun niemals als Sachwalter der sieben Stände bestellt worden, ebensowenig habe die Beklagte jemals die Absicht gehabt, den Klägern eine auf sich selbst lautende Cessions-Urkunde zu behändigen; die vom sonderbündischen Kriegsrath erklärte Garantie besthe nicht zu Gunsten der Kläger, sondern für den Canton Lucern,

5) Sofern die Beklagte sich veranlaßt gefunden hätte, in Betreff der Restitution der eidgenössischen Kriegscassa die Kläger unangefochten zu lassen und ihren Rückgriff auf die ehemals mitverbündeten sechs Stände zu nehmen, so würde dies nur pro rata haben geschehen können, und es wäre sonach die Nothwendigkeit eingetreten, jeden Stand einzeln für sein Betreffniß zu belangen; den Klägern, insofern denselben auch die nämlichen Befugnisse eingeräumt werden wollen, wie dem Stand Lucern, könne nun nicht die Berechtigung zustehen, die Beklagte für das Ganze zu belangen; im allerbesten Falle treten die Kläger nur in die Stellung, welche der Stand Lucern als Berechtigter gegenüber den sechs Mitständen als Verpflichteten hätte einnehmen können,

6) Die Kläger haben ihr Regressrecht auch dadurch verwirkt, daß sie mit den Ständen Uri und Schwyz in Processe sich eingelassen und mit dem Canton Unterwalden contrahirt haben, ohne bei Anlaß der durchgeführten Processe der Beklagten den Streit zu verkünden oder bei den abgeschlossenen Verträgen dieselbe zur Mitbeteiligung einzuladen, es finde sich hiemit die Beklagte durch das Verschulden der Kläger in eine Lage versetzt, in welcher es ihr nicht mehr möglich sei, die übrigen Sonderbundsstände für Ersatz zu belangen,

7) Eventuell müsse die eingeklagte Forderung auf die Summe reduziert werden, welche die Kläger an die Beklagte bezahlt haben; insbesondere berühre die Beklagte der gemachte große Aufwand von Kosten und Spesen nicht und am allerwenigsten könne dieselbe zum Ersatz von Proceßkosten angehalten werden, während bei einigen der geführten Processe von ihrer Seite keine Streitbeteiligung stattgefunden habe und durch das rechtskräftige obergerichtliche Urtheil vom 11. October 1850 der Kostenpunkt sogar theilweise zu Gunsten der Beklagten regulirt worden sei.

#### Erwägungen:

1) Die von der Beklagten erhobene Einrede der beurtheilten Sache erscheint nicht begründet:

Die Kläger wurden durch Zwangsmäßigkeiten veranlaßt, sich zum Ersatz des in der eidgenössischen Kriegscassa vorgefundenen Deficits zu verpflichten, dleß geschah aber mit dem ausdrücklichen Vorbehalt einer späteren rechtlichen Erörterung über die Schuldspflicht, welchen Vorbehalt die Beklagte zugestanden und angenommen hat.

In dem Rechtsstreit vom Jahr 1850 handelte es sich nur um Ermittlung des Umfangs der von den Klägern mit bezeichnetem Vorbehalt eingegangenen Verpflichtungen, nämlich um die Frage: ob und in welchem Maße die Kläger an die Zinsen und Spesen des Knörr'schen Anleihens beizutragen haben. Das Urtheil über diesen Nebenpunkt kann also den bei Nebernahme der Verpflichtung von den Klägern gemachten Vorbehalt nicht aufheben, es schließt die Erörterung der Hauptfrage nicht aus.

2) Die Einrede der Rechtsverwirkung wegen unterlassener Streitverkündung bei der Verhandlung mit den Ständen Uri, Schwyz und Unterwalden erscheint ebenfalls nicht gerechtfertigt, weil die Kläger in dem ohne Streitverkündigung angehobenen Processe obgesiegt, also nicht für das im Streit gelegene Object regressiren, und weil nicht dargethan ist, daß durch jene Verhandlungen die Beklagte in eine nachtheilige Rechtsstellung versetzt worden sei.

3) Die Beklagte hat sodann geltend gemacht, daß der Sonderbund von Anfang an ein widerrechtlicher Vertrag gewesen sei, aus dem keine rechtlichen Ansprüche abgeleitet werden können. Dieser Einwurf ist schon durch eine bundesgerichtliche Entscheidung vom 3. Juli 1858 als unbegründet erklärt worden und darum jetzt nicht näher auf dessen Erörterung einzutreten.

4) Was den erhobenen Einspruch gegen die Klagberechtigung anbelangt, so haben die Kläger nicht nöthig, dieselbe aus den Rechten Dritter abzuleiten, sondern sie erscheinen für sich zur Klage befugt.

Als nämlich die Mitglieder der vorörtlichen Regierung von Lucern über die ihrer Verwaltung anvertrauten eidgenössischen Gelder und Effekten zu Gunsten des Sonderbunds verfügten, hatten sie unzweifelhaft die Absicht, nicht nur den Stand Lucern, sondern auch sich selbst vor den Folgen dieses Schrittes sicher zu stellen und sich den Regress zu sichern auf den Fall, daß sie für ihre Handlungsweise verantwortlich gemacht würden. Der Wortlaut der erhaltenen Gutsprache (Fact. F.) entspricht auch ganz dieser Ansicht. Da nun die Kläger für ihre Verfügung zu Gunsten des Sonderbunds persönlich verantwortlich gemacht und zum Ersatz verhalten wurden, muß ihnen auch der Regress gegen die Gutsprecher offen stehen.

5) Diese oben entwickelte Ansicht schließt auch die Berechtigung in sich, gegen den Stand Lucern klagend aufzutreten, weil der Kriegsrath im Namen aller Stände des Sonderbunds handelte und für dieselben eine solidarische Verpflichtung einging, und weil keine Erklärung vorliegt, daß der Stand Lucern von den Folgen der geleisteten Gutsprache befreit sein solle.

6) Es kommt also nur noch in Frage, ob der Kriegsrath die Kantone des Sonderbunds in dem eingeklagten Umfange habe verpflichten

können, und diese Frage muß mit Rücksicht auf Fact. B. und C. unbedingt bejaht werden.

7) Wenn nach den bisherigen Grörterungen die Klage im Grundsache als gerechtfertigt sich darstellt, so bleibt noch zu prüfen, ob dem von der Beklagten eventuell gegen die Größe der eingeklagten Forderung erhobenen Einspruch Folge gegeben werden könne.

8) In dieser Beziehung ist jedoch von der Beklagten im Einzelnen kein hinreichender Nachweis geleistet worden, welcher das Gericht zur Überzeugung hätte bringen können, die Beklagte werde mit Zinsen und Spesen belastet, welche als unerwiesen oder nicht erforderlich zu betrachten seien.

---

In Folge dieses Urtheils zahlte der Stand Lucern fragliche Summe den Klägern aus und zwar mit Zuschlag der Zinsen vom 31. Dec. 1856 bis 16. Febr. 1860, im Betrag von Fr. 18704. 49 cs. und den Kosten Fr. 1715. 10 cs., zusammen im Ganzen Fr. 140088. 97 cs. und fässt nun nach Abzug seines Matum von Fr. 60735. 03 cs. den Canton Freiburg für Rückvergütung dieser Summe samt Zinsen ebenfalls wieder solidarisch ins Recht, diesem überlassend, ob und gegen wen er seinen Regress üben wolle. Dieser stützte sich in seiner Entgegnung darauf, daß der Abgeordnete von Freiburg im siebenörtigen Kriegsrath gegen den Angriff der Kriegscassagelder gestimmt und der Canton Freiburg von diesem Geld nichts bezogen habe, eventuell, daß Lucern mit seinem Begehrn bis nach allgemeiner Abrechnung unter den sieben Cantonen abzuwarten habe. Es sei nämlich eine allgemein herrschende Regel, daß Parteien, welche aus einer abgemachten Rechtsache Forderungen gleichartiger Natur unter sich zu regeln haben, nicht bruchstückweise bald die eine, bald die andere Ansprache einlagen können, sondern es müssen die streitigen Rechtsverhältnisse in einem und demselben Processe ihre Erledigung finden, welcher Wille auch im bündesgerichtlichen Urtheile vom 3. Juli 1858 auf eine unzweideutige Weise sich kund gebe; die Beklagte werde im Falle sein, mit Bezug auf das klägerische Rechtsbegehrn eine Masse von Einreden zur Geltung zu bringen, einmal über die Anwendbarkeit der eidgenössischen Geldscala, so dann über die Schuldverpflichtung selbst, deren Bestand um so mehr bestritten werden müsse, als Freiburg durch seinen Abgeordneten gegen den Beschuß des sonderbündischen Kriegsraths vom 30. Oct. 1847 Einsprache erhoben, von den verwendeten Geldern auch nie einen Rappen empfangen habe und ein Theil der Gelder erweislicher Maßen nach dem 14. November 1847, als dem Tage der von der freiburgischen Regierung mit den eidgenössischen Behörden abgeschlossenen Capitulation, ausgelegt worden sei; endlich stehen der Beklagten behufs der Compensation Gegenforderungen zu Gebote, und zwar möglicher

Weise viel größere und bessere, als die in Frage liegende; hiernach ergebe sich klar, daß die bezeichneten und andere Streitfragen allgemeiner Natur nicht in Hinsicht auf einen einzelnen Forderungs-  
posten, sondern bei Austragung der großen gegenseitigen Rechnungs-  
Angelegenheit zum Entscheide gelangen müssen.

Die Rechtfertigung dieses Begehrens liege zum Theil in dem bereits Gesagten; die Zweckmäßigkeit desselben müsse aber um so mehr einleuchten, je überzeugender nachgewiesen worden sei, daß bei Liquidation der aus dem Sonderbundskrieg herrührenden Ansprüche aller Art allgemeine Rechtsgrundsätze in Erörterung fallen, bei deren Beurtheilung nicht nur die beiden streitenden Kantone, sondern bei Gesamtheit der ehemaligen Sonderbundsstände als beteiligt erscheine.

Das Bundesgericht verurtheilte nun Freiburg blos zu Bezahlung seines Natum von Fr. 44465. 85 es. samt Zinsen bis 15. Februar 1860 und wies Lucern mit der weitern Forderung ab, in Erwägung

1) Dass vorerst das bundesgerichtliche Urtheil vom 3. Juli 1858 auf die Behandlung des obschwebenden Forderungsstreites keinen maßgebenden Einfluß übt, einerseits weil dasselbe im Grundsatz die gegenseitige Verrechnung von Kosten, welche die einzelnen Kantone im Sonderbundskriege angewendet hatten, als zulässig erklärte, hier aber eine Ansprache des Standes Lucern für Ausgaben, welche der sonderbündische Kriegsrath im Interesse der gemeinschaftlichen Kriegsführung beschlossen hatte, in Frage steht, andererseits weil auch das Bundesgericht durch sein Urtheil vom 3. Juli 1858 keine Vorschriften darüber ertheilte, in welcher Form und in welchem Zusammenhange die Kantone ihre gegenseitigen Rechtsansprüche zur Geltung bringen sollen, in dieser Hinsicht demnach die Freiheit der Kantone für die Proceßführung keinen Beschränkungen unterworfen worden ist.

2) Dass nach Art. 91 des Bundesgesetzes über das Proceßverfahren es in der Berechtigung der Beklagten gelegen hätte, der Forderungs-klage eine beliebige Widerklage entgegen zu stellen, nun aber die Beklagte nicht nur unterlassen hat, diese Berechtigung zu benützen, vielmehr zur Zeit nicht einmal wahrscheinlich gemacht worden ist, daß ihr gegenüber der Klägerin Forderungsrechte zu Gebote stehen, zumal solche, welche die eingeklagte Summe aufwiegeln.

3) Dass das eventuelle Begehr des Beklagten, es sollen die mitverbündeten Stände des ehemaligen Sonderbundes ins Recht gerufen werden, dem klaren Wortlaut des Art. 8 des eidgenössischen Proceßgesetzes entgegentritt.

4) Dass nach Art. 45 desselben Gesetzes die Beklagte verpflichtet war, alle Bertheidigungsgründe gegen die erhobene Forderung auf einmal vorzubringen, und daß, nachdem von ihr die materielle Ein-  
fassung versäumt wurde, dieselbe mit allen Einreden als ausgeschlossen

zu betrachten ist, soweit dieselben in thätsächlicher Beziehung nicht durch die vorliegenden Acten zweifellos gestellt sind.

5) Daß im Hinblick auf die Verpflichtungsurkunde vom 30. October 1847 (Fact. Litt. A) der ehemalige Vorort Lucern allerdings befugt gewesen wäre, von den Sonderbundsständen für Ersatz des Deficit in der ihm anvertrauten Dépotcassa jeden Beliebigen als Solidarschuldner um das Ganze zu belangen, nun aber, namentlich in Folge des bundesgerichtlichen Urtheils vom 16. December 1869 (Fact. Litt. C.) die Angelegenheit in das Stadium der Repartition der Schuld unter die verpflichteten Cantone übergegangen ist, wobei nach allgemein herrschenden Rechtsgrundsätzen jeder solidarisch verpflichtete Schuldner pro rata seines Anteils belangt zu werden pflegt, immerhin unbeschadet der subsidiären Haftbarkeit desselben für den Fall, als bei den mitverpflichteten Schuldern die sie betreffende Quota nicht erhältlich sein sollte.

6) Daß nach Art. 5 der Sonderbundssakte, enthaltend die Bestimmung: „die Kosten, welche im gemeinschaftlichen Interesse dem einen oder andern Canton erwachsen, sollen von allen sieben Cantonen nach der eidgenössischen Geldscaala getragen werden, die Anwendung dieses Repartitions-Maßstabs nicht zweifelhaft sein kann.“

(Directe Mittheilung.)

---

## 21. 22. Wassernutzung und Wasserrecht. Ersatz dafür.

Johann Neberhardt bei Urtenen (C. Bern) besaß einen Sodbrunnen, der nach erhobener Untersuchung regelmäßig und reichlich Wasser gab, bis im Jahr 1856—57 im Schönbühlthale auf Anordnung des Staats Entsumpfungsarbeiten vorgenommen wurden, welche die anstoßenden Gebiete mit Gräben durchschnitten, in welchen auch nach und nach beinahe alles Wasser des fraglichen Brunnens abgeleitet ward. Der Zusammenhang dieser Wasserentziehung mit der Entsumpfung ward durch die erhobenen Untersuchungen zur Rechtsgewissheit ermittelt und durch Neberhardt darauf angetragen, daß ihm entzogene Wasser ihm wieder zufliessen zu lassen und den ihm verursachten Schaden zu vergüten. Die beklagte Entsumpfungscommission bestritt beiderlei Pflicht, wurde aber durch Urtheil des Amtsgerichts Fraubrunnen vom 3. Febr. 1860 zu Beidem verfällt.

Das Appellations- und Cassationsgericht von Bern trat aber der entgegenstehenden Ansicht bei durch Spruch vom 3. Mai gl. J.

In Betrachtung:

1) Daß allerdings durch das Beweisverfahren ermittelt ist, daß das Abstehen des Sodes des Klägers Johannes Neberhardt eine Folge

der Seitens der Entsumpfungsgesellschaft des Schönbühlthales vor- genommenen Arbeiten ist, wie auch nicht zweifelhaft ist, daß dem Aeberthardt aus diesem Abstehen seines Sohnes Schaden entstanden ist,

2) Daß aber derjenige, der einem andern einen Schaden zugefügt hat, denselben nur dann zu ersätzen hat, wenn dies entweder rechtswidriger Weise, d. h. mittelst solchen Handlungen geschehen ist, zu deren Vornahme er gar nicht befugt war, oder wenn er zwar dazu befugt war, aber nur unter der gesetzlichen oder vertragsmäßigen Bedingung, daß er allen aus seinen Handlungen entstehenden Nachtheil vergüte, wie z. B. bei Expropriationen,

3) Daß nun nach der Vorschrift der Satzung 378 C. sich das Recht des Eigenthümers eines Grundstückes nicht allein auf die Oberfläche, sondern auch auf die Tiefe erstreckt, daher jeder Eigenthümer von Grund und Boden das unbeschränkte Recht hat, auf demselben in die Tiefe zu graben, weshalb die Entsumpfungsgesellschaft, auch abgesehen von einer obrigkeitlichen Concession, berechtigt war, auf dem Grund und Boden ihrer Mitglieder die zur Entsumpfung nothwendigen Arbeiten vorzunehmen,

4) Daß aber Jemand, der nur von seinem ausdrücklich durch das Gesetz anerkannten Rechte Gebrauch macht, der Natur der Sache nach nicht verpflichtet sein kann, den Schaden zu vergüten, der in Folge zufälliger Verhältnisse aus seiner rechtmäßigen Handlungsweise entsteht,

5) Daß allerdings nach Satzung 380 C. jedes Grundstück so benutzt werden soll, daß auch die Nachbarn ihre Grundstücke ihrem Rechte nach benutzen können,

6) Daß aber hieraus keineswegs folgt, daß derjenige, der zuerst von seinem Rechte Gebrauch macht, seinen Nachbarn hindern kann, später auch das seinige auszuüben, weshalb z. B. derjenige, der zuerst auf seinem Grundstücke baut oder nach Wasser gräbt, seinen Nachbar nicht hindern kann, später auch auf seinem Grundstück zu bauen oder zu graben, wenn gleich ihm, dem zuerst Bauenden oder Grabenden, dadurch das Licht seines Gebäudes, oder das Wasser seines Brunnens entzogen wird, vielmehr jeder Nachbar sein Recht in vollem Umfange ausüben darf, dagegen auch die etwaigen Folgen der rechtmäßigen Handlungsweise des Andern zu tragen hat, ohne zu einem Entschädigungsanspruch berechtigt zu sein,

7) Daß diese Grundsätze durch den Redactor des Civilgesetzbuches bestätigt werden, indem er in seiner Anmerkung zu der angeführten Satzung 380 C. ausdrücklich erklärt, der Eigenthümer dürfe auf seinem Grunde bauen, graben u. s. w., ohne sich darum zu kümmern, ob er dem Hause des Nachbars die Aussicht, seinem Brunnen das Wasser entziehe, wenn dieser kein Recht erworben habe, denselben an der fraglichen Handlung zu verhindern,

8) Daß der Umstand, daß die Entsumpfungsgesellschaft ihre Arbeiten nicht nur auf dem Grund und Boden ihrer Mitglieder, sondern laut erhaltener obrigkeitlicher Concession auch auf fremdem Boden ausgeübt hat, an diesen Grundsätzen durchaus nichts ändert, indem sie hiedurch lediglich den Eigenthümern des für die Entsumpfungsarbeiten in Anspruch genommenen Grundeigenthums für die aus denselben entstandenen Nachtheile, keineswegs aber Dritten gegenüber, deren Eigenthum nicht in Anspruch genommen wurde, für allfällige Folgen der Arbeiten ersatzpflichtig wurde, da sie auf dem fremden Boden nichts Anderes gethan hat, als was bessen Eigenthümer selbst zu thun berechtigt gewesen waren, ohne Dritten gegenüber ersatzpflichtig zu werden,

9) Daß demnach die Entsumpfungsgesellschaft, da sie nur von ihrem unbestreitbaren Recht Gebrauch gemacht hat, und da Leberhardt kein diesem entgegenstehendes Dienstbarkeitsrecht geltend gemacht hat, letzterem zu keiner Schadenersatzleistung verpflichtet ist.

(Directe Mittheilung.)

Bekanntlich führt die Zihl bei ihrem Austritt aus dem Bielersee bis zu ihrem Einlauf in die Aar vielen Grien und Sand und hilft auf diese Weise zu den bedeutenden Neuberschwemmungen mit, die das Seeland des Kantons Bern so oft beschädigen. Ein Hauptstapelplatz solcher Ablagerungen ist, wie es aus vorliegendem Proces hervorgeht, die Mühle zu Brügg. Oberhalb und unterhalb des Mühlcanals wurden nun im Jahr 1857 große Baggerungsarbeiten unternommen, welche die Zuflüsse und Abflüsse und damit den Wasserspiegel im Canal selber um ein Gutes tiefer legten, so daß die Mühle viel geschwinder ihre Wasserkräfte sich entzogen sieht und um zwei bis drei Monate weniger arbeiten zu können scheint.

Dieses Mühlengewerb beruht aber auf alten Concessionen des Raths von Bern vom Jahr 1518, wodurch ihm „erlaubt und nachgelassen, ein Mühlgeschirr und Bläue, auch Haus und Hof zu bauen und aufzurichten, und ihm dabei der Wasserruns und Lauf daselbst, auch ein Mattplatz in der Wylen, zunächst bei söllicher Mühli und Haus gelegen, solliches alles für sich und seine Erben zu nutzen und zu niesen unter gebührendem Bodenzins zweier Bernmütten Waizen und eines halben Guldi ab der Bläuen, zu Handen des Schlosses Nidau vergönnt und geliehen.“

Eine weitere Concession erfolgte bei späterer Erneuerung im Jahr 1620, mit Erneuerung eines ablöslichen Bodenzinses, mit der Bestimmung: „dannethin und damit solche Mühle dest rüehiger und ohne Eintrag möge genutzt und gebraucht werden, auch ihren Gang ohne Schwelling und Hinderung haben, so wollend wir gepieten und ver-

pieten, daß niemand ob- und underhalb derselben eines Armbrustschües weit einiche Fach noch Pfahl in die Zihl und Wasserrunß schlachen und also hierdurch des Bach Ruh verhindern, sondern wodergleichen Fach und Pfahl darinnen wärind, dieselben durch unser Amtsleuth mit Gebott abgethan oder durch die Besitzer abgeschafft werden sollind und mögind.“

Es war in Uebereinstimmung hiemit, daß dann in dem Jahre 1681, als auf Klagen wegen Schwellung der Zihl eine große Schwelle wegerkannt wurde, dem Mühlenbesitzer eine Entschädigung von 200 Kronen zuerkannt wurde, welche ihm aber seine Verkäufer bezahlen mußten. Den Hauptschaden erlitt die Mühle im Jahr 1776, in welchem große Ausräumungen in der Zihl vorgenommen wurden, in Folge deren ungeacht bedeutender Bauveränderungen die Mühle nach Behauptung der Besitzer drei Monate Arbeitszeit, das Werk an Schnelligkeit ungefähr die Hälfte verlor. Sie erhielten auf ihr gestelltes Alternativbegehren um Abkauf oder Vergütung von  $\frac{2}{3}$  des Werthes, nach vorgenommener Schätzung, Letzteres freilich etwas reducirt und nicht als Rechtsanspruch, sondern „aus gnädigen Betrachtungen.“ Spätere Unternehmungen zur Reinigung der Zihl waren weniger umfassend und führten daher zu keinen Entschädigungsbegehren, bis im Jahr 1857 das Werk von Neuem und umfassender, als je angegriffen ward.

Das diesmalige Entschädigungsbegehren des jetzigen Besitzers, Johann Möschler, wohnhaft zu Nidau, fand aber keine „gnädigen Betrachtungen“ mehr und wurde sowohl vom Amtsgericht Nidau (24. Juni 1859) als vom Appellations- und Cassationshof von Bern (20. Oct. gl. J.), von letzterem durch Stichentscheid abschlägig beschieden, und zwar:

in Betrachtung

1) daß zwar dem Herrn Möschler durch die Baggerungsarbeiten, welche der Staat Bern in den Jahren 1854 und 1857 im Flußbett der Zihl bei Brügg vornehmen ließ, Schaden erwachsen ist, indem nach dem Ergebniß der Beweisführung die Mühle desselben seither an Wasser- und Betriebskraft im Vergleiche mit der früheren Zeit verloren hat,

2) Daß aber der Staat nicht schuldig ist, diesen Schaden dem Herrn Möschler zu ersetzen, weil

- a. die Zihl ein öffentliches Gewässer ist, mithin zu den öffentlichen Sachen gehört, an denen dem Staate das Eigenthum zusteht, deren Gebrauch aber Jedermann erlaubt ist,
- b. diese Bestimmung aber schon in sich schließt, daß an solchen Sachen keine exclusiven Privatrechte entstehen können und auch der Gebrauch derselben nicht weiter geht, als es eben die jeweilige physische Beschaffenheit der Sache zuläßt und alle Uebrigen, denen

- ein gleiches Gebrauchsrecht daran zusteht, davon nicht ausgeschlossen werden dürfen,
- c. demzufolge auch weder Herr Möschler noch seine Vorbesitzer ein Privatrecht am Laufe, an der Kraft oder an der Masse des Wassers der Zihl, das seine Mühle treibt, erwerben und besitzen konnten, somit der Kläger durch die fraglichen Räumungsarbeiten an keinem Privatrechte verletzt, sondern bloß am bisherigen Gebrauch des Wassers gestört worden ist, auf dessen Fortdauer er indeß keinen unbeschränkten Anspruch hat,
  - d. anderseits hingegen der Staat das Recht hat, im öffentlichen Interesse an öffentlichen Sachen, wie namentlich an öffentlichen Gewässern zweckdienliche Arbeiten vorzunehmen, durch die er zum allgemeinen Wohl den auch ihm zustehenden Gebrauch von der öffentlichen Sache macht,
  - e. durch die vom Staat in den Jahren 1518, 1620 und 1670 ertheilten Concessionen den Besitzern der Mühle zu Brügg denn auch kein ausschließliches Recht auf das zum Betriebe der Mühle erforderliche Wasser der Zihl ertheilt worden ist, und sich jedenfalls nicht annehmen läßt, daß der Staat sich dabei des Rechtes begeben habe, allfällig nöthig werdende Arbeiten im Flußbette, und zwar ohne Entschädigung der Betreffenden vornehmen zu lassen;
  - f. auch die Auferlegung eines jährlichen Bodenzinses an sich noch nicht geeignet war, der fraglichen Concession einen andern weitergehenden Charakter zu verleihen, da solche Bodenzinse als eine Abgabe (Patentgebühr) für die Betreibung des Müllergewerbes zu betrachten sind und mit diesem Gewerbe in früheren Zeiten verschiedene ausschließliche Berechtigungen verbunden waren,
  - g. endlich der Staat bei Anlaß der von ihm früher geleisteten Entschädigungen die Entschädigungspflicht für die Zukunft keineswegs anerkannt hat und namentlich die Entschädigung, die er im Jahre 1787 dem damaligen Besitzer der Mühle zu Brügg bezahlte, nicht von Rechtswegen, sondern wie es im dahерigen Beschlusse heißt: „aus gnädiger Betrachtung“ geleistet worden ist.

(Directe Mittheilung.)

---

### 23. Haftbarkeit einer Gemeinde für militärische Requisition in einer andern Gemeinde.

Zur Zeit des Sonderbundskriegs hatte die Gemeinde Sursee, ihrer Lage wegen, eine große eidgenössische Einquartierung und namentlich viele Militärpferde zu verpflegen. Nachdem ihre Vorräthe erschöpft waren, verschaffte sie sich solche, um schnell zum Ziel zu gelangen, aus

andern Gemeinden, — im Einverständniß mit den dort commandirenden Corpschefs, wie sie behauptete, — mittels Requisition unter Androhung militärischer Execution, so z. B. aus der Gemeinde Rottwil. Diese, nachdem sie vom Kantonskriegscommisariat den Bescheid erhalten hatte, daß der Staat ihre Forderung für jene Lieferungen nicht anerkenne, sondern daß diese mit dem Quartieramt Sursee zu verrechnen seien, belangte endlich hiefür die Gemeinde Sursee vor Gericht. Die Beklagte berief sich darauf, daß die Requisition nicht direct vom Quartieramt Sursee angeordnet worden sei, sondern von den dort kommandirenden Truppenchefs und im Einverständniß mit denselben, nachdem Sursee's Vorräthe erschöpft gewesen seien; es sei daher die Forderung der Gemeinde Rottwil als eine solche für militärische Leistungen zu betrachten und von einer Verrechnung mit der Gemeinde Sursee könne erst dann die Rede sein, wenn Sursee vom Staate (der sich dessen weigerte und später gerichtlich dazu angehalten werden mußte) entschädigt sein werde; aber auch in diesem Falle sei dann nur die reglementarische Vergütung zu leisten.

Das Bezirksgericht von Sursee wies für diesmal die Klägerin ab, das Obergericht von Lucern sprach dagegen (Juni 1859) die eingeklagte Forderung zu und verfällte die Gemeinde Sursee, dieselbe jetzt schon, nebst Verzugszins seit der rechtlichen Erforderung, zu bezahlen und zwar

in Erwägung:

1) daß hier folgende Bestimmungen des Reglements für die eidgenössische Kriegsverwaltung maßgebend sind:

§. 175. „Die Truppen erhalten die reglementarisch bestimmte Verpflegung entweder durch die Einwohner, bei denen sie einquartirt werden, oder durch Lieferanten auf den ihnen angewiesenen Distributionsplätzen, endlich durch Austheilung aus Magazinen ic.“

§. 184. „Den Gemeinden wird die Verpflegung von Truppen gemäß einem billigen, nach dem jeweiligen Preise der Lebensmittel berechneten Anschlag vergütet.“

§. 186. „Für jede Art der Verpflegung ertheilen die Chefs der Corps ic. vorschriftsgemäße Gutscheine ic.“

2) Daß sich sowohl aus dem Zugeständnisse der Beklagten, als aus dem Auszuge aus der Generalrechnung über den Sonderbundsfeldzug ergibt, daß in den hier in Frage kommenden Novembertagen der erste Fall des §. 175 vorhanden war, d. h. daß die Einwohnergemeinde Sursee eidgenössische Militärpferde zu verpflegen hatte, daß ihr die dahерigen Verpflegungstage gutgeschrieben wurden, daß sie die dahерigen Gutscheine an die Hand nahm und zu ihren Gunsten verrechnete, so daß also die dahерige Verpflegung der Gemeinde Sursee oblag, und von einer Requisition im Sinne der eidgenössischen Reglemente hier keine Rede sein kann,

3) Daß wenn die Gemeinde Sursee, nachdem ihre Vorräthe erschöpft waren, solche auf executorischem Wege von der Gemeinde Kottwil eintrieb, sie damit nichts anderes that, als daß sie sich auf dem Wege der Expropriation dasjenige aneignete, was sie sich sonst gegen baar oder auf Credit auf dem Wege des gewöhnlichen Kaufes hätte aneignen müssen,

4) Daß der Expropriirte auf diese Weise gegenüber dem Exproprianten eine Ansprache erhält, welche rein privatrechtlicher Natur ist und vom Exproprianten bezahlt werden muß, gleichviel ob er seinerseits von demjenigen, zu dessen Gunsten er die Lieferungen verwendete, entschädigt worden sei oder nicht, um so mehr, als selbst eine im Einverständniß mit den eidgenössischen Truppencommandanten erfolgte Executionsandrohung an der ausgeföhrten rechtlichen Natur der Sache nichts ändert und die Gemeinde Kottwil selbst, um den Anforderungen von Sursee zu genügen, Heu, Stroh und Hafer ankaufen und bezahlen müßte,

5) Daß wenn sonach die Forderung der Gemeinde Kottwil nicht als eine Forderung für militärische Leistungen im Sinne der erwähnten Reglemente, sondern als eine solche von rein privatrechtlicher Natur zwischen beiden Gemeinden zu betrachten ist, auch davon nicht die Rede sein kann, der Gemeinde Kottwil nur soviel für die Lieferungen zu bezahlen, als die Eidgenossenschaft diesfalls Jan den Kanton Lucern vergütet haben werde, sondern ihr die volle Entschädigung gebührt.

(Directe Mittheilung.)

## 24. Wechselrecht. Natur der Wechselbegebung.

Weil-Picard und Comp. in Besançon waren Gläubiger von Wittwe Munier in La Chauxdefonds, welche zu Deckung ihrer Forderung auf deren Ordre zwei Billets begab, das erstere am 9. Dec. 1857 von Fr. 1381. 50 cts. val. 10. Febr. 1858 und das zweite am 6. Jan. 1858, von Fr. 1319. 75 cts. val. 5. März 1858, beide auf August Nicolet, Bäcker in La Chauxdefonds. Das gleiche Haus, Wittwe Munier, älter, schuldete auch dem L. A. Dubois die Summe von Fr. 2655. —, für welche dieser dieselbe betrieb und unterm 5. Febr. 1858 bis zum Punct der reddition de gages ausgetrieben hatte, ein Betreibungstadium, das ihm möglich machte, Arrest zu verlangen auf das Guthaben der Wittwe Munier, älter, an A. Nicolet in La Chauxdefonds. Später gerieth das Haus Munier in Concurs und bei Liquidation erhob sich Streit, wiesfern dessen Guthaben bei Nicolet am 5. Febr. noch ihm zugestanden sei oder aber Weil-Picard und Comp., die Träger der beiden im December 1857 und im Januar 1858 begebenen Billets?

Das erinstanzliche Gericht, das Bezirksgericht Lachaurdefonds, sprach (13. August 1859) zu Gunsten des Hauses Weil-Picard u. Comp.:

Considérant que les dates des traites de veuve Munier, aîné, ne sont point arguées de faux, qu'il y a lieu de les admettre comme certaines, que leur réalité ressort du compte vidimé des demandeurs,

Qu'il résulte également du compte de veuve Munier, aîné, qu'aux dates de l'émission des dites traites il y avait provision suffisante chez le tiré pour les payer,

Qu'au 10 décembre 1857 et 6 janvier 1858, Weil-Picard ont escompté à veuve Munier, aîné, les deux traites en question, que c'est pour les couvrir de leurs avances qu'elle leur a donné à tirer chez Auguste Nicolet,

Considérant qu'il résulte de ces faits que la propriété de la provision qui se trouve en mains du tiré appartient exclusivement au porteur des traites. Le contrat de change participant de la vente ou du transport doit avoir pour effet, de transporter au porteur, considéré comme acheteur ou comme cessionnaire, la propriété de ce qui est dû au tireur,

Que, suivant les règles et les usages du commerce, cette cession produit son effet envers des tiers sans qu'il soit besoin de signification au débiteur cédé,

Que l'acceptation d'une lettre de change n'est pas (article 33 de notre Loi du 3 juin 1833) obligatoire pour les lettres de change tirées sur ce pays.

Die zweite Instanz entsprach dagegen dem Antrag des L. A. Dubois und hob das erinstanzliche Urtheil auf (1. Sept. 1859):

Considérant que l'appréciation des moyens opposés par le citoyen Louis-Auguste Dubois, à la demande formée par la maison Weil-Picard et Comp., se résume à savoir si la lettre de change transporte la propriété de la provision au preneur dès la date de l'émission, ou si cette provision reste à la disposition du tireur jusqu'à l'échéance,

Considérant que la lettre de change est un acte par lequel une personne mande à une autre de payer une somme déterminée à celui qui est désigné dans cet acte,

Qu'elle est ainsi un mandat en vertu duquel le tireur s'oblige à procurer le payement ou la provision à l'échéance,

Qu'elle n'a ni le caractère ni les conséquences de la *cession*, du *transfert* de la propriété exclusive de la provision dès le jour de l'émission, en faveur du preneur,

Que les droits du tireur d'émettre de nouvelles lettres de change sur le même tiré, sans être considéré et atteint comme ayant disposé d'une valeur aliénée; la faculté du tiré de payer valablement une

autre lettre de change, à une autre échéance plus rapprochée; les recours réservés au preneur contre les endosseurs et contre le tireur justifient du caractère restreint de mandat donné à la lettre de change dont l'émission n'est, au reste, qu'une présomption qu'il y a ou qu'il y aura provision à l'échéance,

Que, dans l'espèce, les lettres de change dont la maison Weil-Picard est porteur, et qui n'ont pas été présentées à l'acceptation, ne lui donnent d'autre droit que celui de toucher la provision à l'échéance,

Qu'à la date du 5 février 1858, le citoyen Dubois a opéré une saisie sur les valeurs ou un partie des valeurs réclamées aussi à titre de provision,

Que cette saisie est antérieure aux échéances des 10 février et 5 mars 1858 —

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel. IV. 640 s.)

## 25. Intestaterbrecht. Erbvorlaß der Söhne.

Im Jahr 1835 hatte Schneider Jos. Marty in der Gemeinde Iberg (C. Schwyz) das ausgedehnte Heimwesen „Schachen“ um 15000 Gl. gekauft und blieb über Abzug seiner Kaufzahlung und der Passivkapitalien noch einen Kaufrest von Gl. 4797. 20 Fr. schuldig. Im Jahr 1837 verkaufte er einen zum besagten Heimwesen gehörigen Wald zum Abholzen und verwendete den ganzen Kaufpreis von 3000 Gl. an die Theilweise Tilgung des Kaufrests.

Im Oct. 1859 starb Joseph Marty und hinterließ zwei Söhne und von einem vorverstorbenen Sohne zwei Kinder, sowie vier Töchter. In der Anfangs November 1859 vollzogenen Theilung wurde das Heimwesen Schachen laut Landrecht den Söhnen, resp. Sohnkindern, in dem Preise überlassen, wie es der Erblasser im Jahr 1835 gekauft hatte. Dabei wurde jedoch die gütliche oder rechtliche Entscheidung der Frage vorbehalten, ob die aus dem Walderlös gemachte Abzahlung von 3600 Gl. Passivcapital auf der Liegenschaft des Erblassers in die Masse falle, beziehungsweise ob die Töchter dazu auch gleich den Söhnen erbberechtigt seien oder nicht. Für die letztere Ansicht führten die Söhne den Grund an, daß das Heimwesen, auf welches sie ein landrechtmaßiges Vorzugsrecht haben, durch die Schlagung des Waldes geschwächt worden sei, und daß die Tilgung eines Passivcapitals im Betrag der Verkaufssumme für diese Schwächung nur den Ersatz biete, sie also das Heimwesen mit dem dermaligen Stand der Passivkapitalien ohne Anspruch der Töchter zur Hand nehmen können.

Das Bezirksgericht Schwyz adoptierte diese Ansicht am 18. Mai 1860; das Cantonsgericht aber entschied am 9. August einstimmig, es

seien die Töchter zu der Capitalablösung der 3000 Gl. gleich den Söhnen erbberechtigt, und es haben die letztern den erstern ihr Be- treuungsrecht entweder zu bezahlen oder auf dem Heimwesen Schachen zu versichern, und zwar in Erwägung,

1) Dass nach schwyzerischem Gewohnheitsrecht die Söhne bei Erbtheilungen berechtigt sind, gegen Vergütung eines billigen Kaufschillings im Fall von Neubauten, die väterlichen Liegenschaften in dem Anschlagspreise zu übernehmen, wie sie der Vater durch Kauf oder Erbgang erworben hat, auch wenn übrigens der Werth derselben zur Zeit der Theilung höher ist, als zur Zeit des Erwerbes durch den Vater,

2) Dass dieses Gewohnheitsrecht überhaupt und namentlich auch bei allfälliger Minderwerth der Liegenschaften den Söhnen keineswegs die Verpflichtung auferlegt, ihren Vorlaß oder Mannsförderling auf den väterlichen Liegenschaften zu suchen, vielmehr ihnen freistellt, dieselben in die Erbsmasse zu werfen und dann vom Reinertrag des gesamten väterlichen Capital- und Liegenschaftsvermögens den zehnten Theil als Vorlaß zu beziehen,

3) Dass daraus unzweideutig hervorgeht, es sei über den vergleichsweisen Zustand, resp. Werth der väterlichen Liegenschaften zur Zeit der Nebernahme durch den Vater und zur Zeit des Nachlasses beim Tode desselben zu Gunsten der Söhne keinerlei Rechnung anzustellen, vielweniger eine allfällige Belastung solcher Liegenschaften anderswie auszugleichen,

4) Dass somit die gegen die vorliegende Rechtsfrage erhobene Einrede, als sei durch die Verwendung des Walderlöses zur Abzahlung von Passivcapitalien nur wieder der Zustand vom Jahr 1835, beziehungsweise der Zeit des Kaufs, hergestellt worden, als aller rechtlichen Bedeutung entbehrend, dahinfällt.

(Directe Mittheilung.)

## 26. Erbschaftsantritt. Präsumtion.

N. verlangte von B. Fr. 314. 48 cts, auf Grund eines Schulscheins von 1845, ausgestellt von deren Vater, aus dessen Concurs nichts erhältlich gewesen war. Da B. nach des Vaters Tode den Verzicht auf dessen Erbsmasse amtlich zu erklären versäumt hatte, gelangte N. an ihn, unter Berufung auf den erfolgten Erbschaftsantritt.

Das Civilgesetz von Lucern sagt nun:

§. 485. Die Unterlassung von Seite der am Wohnorte des Erblassers anwesenden Erben der ersten und zweiten Classe, in der in §. 482 bestimmten Frist die Erbschaft förmlich auszuschlagen, oder ein amtliches Güterverzeichniß über die Verlassenschaft zu verlangen, ist als stillschweigende Annahme der Erbschaft auszulegen.

§. 486. Die Personen, welche unter vormundschaftlicher Gewalt

stehen, müssen bei der Annahme oder Ausschlagung einer ihnen angefallenen Erbschaft durch den Vormund vertreten werden.

§. 144. In allen wichtigen und bedenklichen Angelegenheiten soll der Vogt der Vormundschaftsbehörde Anzeige davon machen und sich eine Weisung ertheilen lassen.

§. 145. Insonders darf der Vogt ohne Ermächtigung keine Liegenschaften kaufen, verkaufen oder vertauschen, keine Gültverschreibungen errichten und Bürgschaften eingehen, überhaupt kein Geschäft vornehmen, wodurch das Kapitalvermögen des Pflegebefohlenen ganz oder zum Theil benachtheilt werden könnte.

§. 146. In den, im vorhergehenden Artikel beschriebenen Fällen muß sich der Vormund an den Gemeinderath wenden.

Dieser hat sodann den Pflegebefohlenen und seine Verwandten (§. 113) zuzuziehen und mit ihnen Rücksprache zu nehmen.

Betrifft der Gegenstand, um den es sich handelt, mehr nicht, als 200 Franken, so kann der Gemeinderath die Ermächtigung ertheilen, ohne daß eine Weitersziehung statt findet. Ein Abschlag der Ermächtigung aber kann an den Amtsrath und von da an den Kleinen Rath rekurreirt werden.

Betrifft der Gegenstand mehr als 200 Franken, so stellt der Gemeinderath ein Gutachten aus, das dem Amtsrath vorzulegen ist.

Der Amtsrath ertheilt oder verweigert, nach genauem Untersuch der Sache, dem Gutachten die Ratification.

Falls das Gutachten des Gemeinderaths und der Ausspruch des Amtsraths nicht übereinstimmend aussallen oder wenn der Mündel oder der Vogt oder die einberufenen Verwandten oder einzelne aus ihnen Einsprüche dagegen erheben würden, so soll die Sache an den Kleinen Rath zur endlichen Verfügung gebracht werden.

Wenn ein Vogt ohne Ermächtigung eine der oben beschriebenen Handlungen vornimmt und dem Pflegebefohlenen daraus ein Nachtheil erweislich zuwächst, so kann die Handlung zu Gunsten des Pflegebefohlenen als nichtig angefochten werden. Der Vogt aber haftet gegen den Mitcontrahenten für den Schadenersatz.

Das Obergericht von Lucern wies aber den Kläger durch Spruch d. d. April 1849 ab:

in Erwägung:

1) daß Kläger seine Forderung auf einen Titel des N. N. sel., Vaters der Beklagten, vom Jahr 1845 stützt, welcher Titel schon in den über N. N. sel. ergangenen Concursen zu Verlust locirt und liquidirt wurde, und nun gegen dessen Tochter aus dem Grund eingeklagt wird, weil ihr Vater in letzter Zeit sein Domicil ebenfalls, wie sie, in X. gehabt, und sie unterlassen habe, die Erbschaft desselben auszuschlagen, mithin von ihrer Seite ein stillschweigender Erbschaftsantritt stattgefunden habe,

2) daß bei Bevormundeten von einem stillschweigenden Antritte einer Erbschaft im Sinne des §. 485 bürg. Ges. mit Beziehung auf §. 486 in Verbindung mit §§. 144—146 ebendaselbst die Rede nicht sein kann,

3) daß überdies N. N. sel. Fallit war, bei einem Falliten aber ein ganz anderes Verhältniß als bei einem andern Schuldner eintritt, indem nämlich die Verlassenschaft eines Falliten der Concursmasse desselben anheimfällt (Conc. Ges. §. 70) und von einer Beerbung desselben durch die Blutsverwandten nur nach Befriedigung der Concurscreditoren die Rede sein kann, ausgenommen die Verwandten würden die Bezahlung der Schulden übernehmen und die Gläubiger sich hie-mit einverstanden erklären,

4) Das aber bei einem Falliten eine solche Schuldübernahme von Seite der Blutsverwandten nicht vermutet werden kann, vielmehr die Rechtsvermutung für das Gegentheil spricht und daher in einem bloßen Stillschweigen eine Uebernahme der Bezahlung der Concurs-schulden des Verstorbenen von Seite der Verwandten nicht gefunden werden kann.

(Directe Mittheilung.)

---

## 27. Entestaterrecht. Eintrittsrecht in der Descendenz.

Am 29. Juli 1855 starb in Reichenburg (C. Schwyz) Frau Margaretha Bögeli, Wittwe des Jos. Sebastian Kistler sel., und hinterließ laut beglaubigtem Stammbaum des Pfarramtes Reichenburg als nächste Blutsverwandte zwei Enkel, Sebastian Kistler und Barbara Kistler, heutige Appellanten, und eine Urenkelin, Franziska Kistler, heutige Appellatin. Diese prätendirte nun, vermöge Eintrittsrechtes an die Stelle ihrer am 11. Dec. 1848 verstorbenen Mutter Franziska Kistler ihre Urgroßmutter mit und neben den Appellanten beerben zu können, siegte auch vor dem Bezirksgericht March am 2 l. M. mit ihrer da-herigen Klage ob, worauf von den Beklagten die Appellation ergriffen wurde.

Die zweite Instanz, das Cantonsgericht Schwyz, entschied aber am 22. Juni gl. J. einstimmig ebenso

In Erwägung:

1) daß laut vorliegendem Stammbaum die Appellatin eine Ur-enkelin, die Appellanten dagegen Enkel der Erblasserin Margaretha Bögeli sind,

2) daß der Art. 14 des Hofrodels von Reichenburg bestimmt, daß „any sollen erben Jr anen ein Theil an Jr fater vnd muter statt,“ d. h. mit Eintrittsrecht,

3) daß die Appellanten behaupten, es sei unter „An“ der Groß-

vater, beziehungsweise die Großeltern zu verstehen, durch zwei Zeugen aus der March aber bewiesen worden ist, daß in dertiger Landesgegend unter „Ahn“ der Urgroßvater, beziehungsweise die Urgroßeltern verstanden werden,

4) daß demnach durch den Hofrodel von Reichenburg das Eintrittsrecht der Urenkel bei Beerbung der Urgroßeltern nicht ausgeschlossen ist und somit die Appellatin mit und neben den Appellantin als erbsberechtigt concurriren kann.

Von der appellirenden Partei war zwar ausgeführt worden, aus den Urkunden des fünfzehnten und sechszehnten Jahrhunderts sei klar, daß unter „Any“ die Enkel und unter „Ahn“ der Großvater, beziehungsweise die Großeltern zu verstehen seien. Diese Erklärung finde sich in der Abhandlung über die schweizerischen Erbrechte in der Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. V, (Abh.) S. 120—123 und namentlich auch bei der angeführten Stelle des Hofrodels von Reichenburg, sie sei enthalten in Ziemanns mittelhochdeutschem Wörterbuch, in Bluntschli's Staats- und Rechtsgeschichte des Kantons Zürich, in Blumers Staats- und Rechtsgeschichte der schweiz. Demokratien, in Bluntschlis deutschem Privatrecht, in Stapfs Pastoralunterricht über die Ehe, kurz die Rechtswissenschaft sei darüber ganz einig. Demgemäß statuirte das Hofrecht von Reichenburg in der Descendenz ein Eintrittsrecht nur bis in den zweiten Grad, beziehungsweise zu Gunsten von Enkeln und weiter nicht. Eine Veränderung und weitere Ausbildung dieses Rechtes, beziehungsweise eine Erweiterung des Eintrittsrechtes wäre zwar wohl gedenkbar, allein diese müsse bewiesen werden, und zwar entweder als schriftliches oder Gewohnheitsrecht. Der heutige Sprachgebrauch, gemäß welchem unter „Ahn“ der Urgroßvater verstanden werde, sei für die Erklärung der Rechtsquellen des sechszehnten Jahrhunderts nicht maßgebend. Es verdiene daher die Zeugenaussage der Herren Cantonsstatthalter Mächler und Cantonsrath M. Stähli aus der March, welche besagen, daß man in dertiger Landesgegend unter „Ahn“ im Allgemeinen die Voreltern und insbesondere die Urgroßeltern verstehe, insoweit keine Berücksichtigung, als dadurch dargethan werden wolle, was man im 16. Jahrhundert speciell in Reichenburg darunter verstanden habe.

Der Appellat entwickelte dagegen, wo in den ältern Rechtsquellen von einem Eintrittsrecht der Any oder Anenly bei Beerbung des Ahns die Rede sei, wie z. B. in den Landbüchern von Schwyz, Gersau und der March, da besagen die neuern Recensionen derselben ausdrücklich, daß den Urenkeln dieses Eintrittsrecht ebenfalls zustehe, wenn es sich um den Nachlaß der Urgroßeltern handle, ja das neue Landbuch von Gersau lasse es auch bei Beerbung des Urähnis und in Schwyz ein Landsgemeindebeschluß von 1712 ohne irgend welche Beschränkung auf bestimmte Grade zu. Auch in Rüsnacht, dessen älteres Recht dieß-

falls nicht bekannt sei, werde das Eintrittsrecht der Descendenten bis auf den dritten Grad ausdrücklich anerkannt. Alle diese neuern Revisionen dienen zur logischen Interpretation der ältern Statute, und es sei überraschend, daß sie allenthalben das Eintrittsrecht der Descendenten im dritten Grad da aufstellen, wo die ältesten Rechtsbücher vom Eintrittsrecht der Aeny oder Aenely bei Beerbung der Ahnen gesprochen.

(Directe Mittheilung.)

---

## 28. Intestaterbrecht. Collation — ob zwischen den Eltern und den Geschwistern oder nur zwischen diesen?

Am 5. Sept. 1858 starb Bohni, Vater, von Basel, und hinterließ eine Wittwe sammt Kindern derselben, sowie Kinder aus seiner ersten Ehe. Es fand sich ein Ehevertrag vor, wonach für den Fall unbeerbter Ehe der überlebende Theil das Eingebrachte zurückziehe und an der Errungenschaft die Hälfte erhalte, im Fall beerbter Ehe aber das Einbringen mit den Kindern nach Hälfsten theile. Die Wittwe verlangte nun nach des Mannes Tode bei beerbter Ehe nach der Analogie des Falls der unberbten Ehe ebenfalls die Hälfte der Errungenschaft. Die Kinder erster Ehe aber fanden, diese Theilungsweise sei nach dem Gesetz vorzunehmen, wonach der Wittwe ein Drittheil zufallen. — Schwieriger war die Frage hinsichtlich der Collation. Einige Kinder hatten ihr Heiratgut bereits empfangen, einige noch nicht. War nun den letztern ihr Heiratgut zu ergänzen und dann nach erfolgter Ergänzung der Heiratgüter erst die verkürzte Masse mit der Mutter zu theilen? oder waren alle vorempfangenen Heiratgüter in die Masse zurückzuwerfen und diese ergänzte Masse mit der Mutter zu theilen? Mit andern Worten: conferiren die Kinder nur untereinander oder auch gegenüber dem überlebenden Elterntheil? Hinsichtlich der ersten Frage ward vom Civilgericht Basel (27. Oct. 1859) angenommen, bei dem Schweigen des Vertrages entscheide das Gesetz und es sei von der Errungenschaft der Wittwe nur ein Drittheil zuzuscheiden. (Gerichtsordnung von 1719, §. 547). Hinsichtlich der Collation schienen sich folgende Stellen des Gesetzes entgegenzustehen:

§. 655. Wann ein Ehegemächt vor dem anderen mit Tod abgehet, solle bevordrift das Überlebende aus der ganzen Verlassenschaft nach Inhalt seiner Eheabred, oder da keine vorhanden wäre, kraft unseres Stadtrechtes, ausgewiesen, die annoch übrige Erbs-Masse aber alsdann zwischen denen ehelichen<sup>1)</sup> Söhnen und Töchtern in die Häupter

<sup>1)</sup> Vgl. Gesetz über die Erbfolge der außer der Ehe erzeugten Kinder ic. vom 20. Dec. 1809.

gleichlig vertheilet werden. Doch so der Kinder eines oder mehr bei Lebzeiten der Elteren, Heirath-Güter oder anders, so von Rechtswegen bei der Theilung conferirt und wieder eingeschlossen werden soll, empfangen; sollen sie dasselbe in gemeine Massam wiederumb einschließen, und ihnen angerechnet und abgezogen werden, Inmassen in folgendem zweiten Titul dessen Verordnung beschiehet.

Dagegen §§. 662 und 663:

Nachdem auff Absterben der Elteren, zwischen den hinterlassenen Kinderen, in den Erbtheilungen, wegen desjenigen, so die Elteren ihren Kinderen, neben den Heirath Güteren etwa verehrt, gegeben oder auff die studierende Söhne verwendet, oder sonst für die Kinder aufgelegt, mehrmahlen Streit fürfallen, ob und was den Kinderen an ihrem Erbs-Antheil abzuziehen oder sonst zu conferiren, und in gemeine Erbschafft wieder einzuwerfen seye.

So ist unser Will und Meinung, daß erstlichen die Heirath-Güter jedem Kind auff gleiche Weiß und einem wie dem anderen sollen zukommen, also, daß diejenigen Kindere, so solche noch nicht empfangen hätten, selbige allersforderist hinweg nehmen: wann aber das Vermögen nicht mehr so groß wäre, daß ihnen daraus so viel als die anderen empfangen, möchte gereicht werden, so sollen alle Heirath-Güter wiederumb in die Massa geschlossen, daraus sammt den übrigen Mittlen, so deren vorhanden, ein gemein Guth gemacht, und unter die Kinder, wie sonst, zu gleichen Theilen vertheilt werden, wann auch gleich diejenigen so das Heirath-Guth allbereits empfangen, auff der Elteren Erbschafft einen Verzieg thun wollten.

Das Gericht aber, ohne auf den scheinbaren oder wirklichen Widerspruch dieser von den Sachwaltern angeführten Stellen einzugehen, hielt den Streit als durch den §. 669 zu Gunsten ber Collation gegenüber den Eltern entschieden: „Und was bis hieher von Collation und Wiedereinschließung der vor empfangenen Güteren gemeldet worden, soll nicht nur statt und Platz haben, wann die Kinder allein unter sich; sonderen auch wann selbige mit dem Überlebenden Ehegemächt, als Vatter, Mutter, Stief-Vatter und Stief-Mutter, concurriren.

(Directe Mittheilung.)

## 29. Testamentarisches Erbrecht. Olographes Testament.

Bei der Siegelung der Verlassenschaft von Christina Schmidt, verwitweter Schmohl zu Auvernier (C. Neuenburg) fand sich am 6. Febr. 1858 in einem Schiebfach ihres Schreibtisches in einem Umschlag verschlossen ein Act vom 1. Oct. 1851, worin der Neffe Niclaus Schmidt, Schmied in Valangin, zu ihrem Erben eingesezt war. Es war der selbe Schmidt, welcher bei der Siegelung anwesend war und dabei der

Beamtung das Schreibsach als den Ort bezeichnet hatte, wo das Testament sich finde. In gleichem Umschlag fanden sich noch zwei völlig gleichlautende Abschriften des Acts und ein Entwurf dazu von fremder Hand. Die Siegelung hatte am Todesstage statt, aber allerdings nicht unmittelbar nach dem Erlöschen des Lebens der Erblasserin. Das Actenstück wurde von der Inventurbeamung dem Erben vertraut und von diesem dem Notar in Colombier überbracht, welcher dasselbe als Olograph testament der Wittwe Schmohl verlas. Bei der Tagfahrt zu der gesetzlichen Einsetzung des Erben in Gewalt und Gewer der Erbschaft widersezten sich aber die Intestaterben, Geschwister und Oheime des Schmidt, der Vornahme dieses Actes und bestritten die Echtheit des Testamentes und versuchten auch vor dem Bezirksgericht zu Boudry dasselbe. Dieses erachtete nun den Gegenbeweis wirklich als geführt:

Considérant le fait :

Que la testatrice, arrivée dans sa jeunesse à Auvernier, n'était qu'une simple servante illettrée, sans instruction et qui (page 65), vers la fin de sa vie, regrettait que son mari ne lui eût pas donné des leçons,

Qu'il résulte de la déposition de divers témoins que, quand cette dame signait (page 66), c'était toujours en allemand et sous le nom de Christine Schmohl, et que, quand elle faisait écrire ses correspondances en français, elle y faisait apposer celui de veuve Schmohl,

Que postérieurement à la confection des testaments, elle déclarait à deux témoins qu'elle ne savait pas écrire en français,

Que dans toute la procédure il n'existe qu'un seul témoin qui l'ait vue écrire, encore n'était-ce que des lettres qu'elle copiait,

Qu'il résulte des trois copies de la formule que les caractères, souvent tracées d'une main ferme, ne peuvent provenir d'une personne tout à fait inculte et ayant un age aussi avancé, 60 ans passés,

Qu'à supposer encore qu'ils soient de la main de la défunte, l'exactitude et les soins apportés à calquer l'écriture des pièces avec celle de la formule prouvent clairement que c'était plutôt une opération mécanique qu'une volonté arrêtée, réfléchie, intelligente de disposer de ses biens,

Que la signature du testament est toute différente de celle que la défunte employait suivant les témoins dans les actes antérieurs,

Qu'aucune écriture de la défunte n'a été produite en procédure pour fournir un point de comparaison avec celle des testaments;

En droit :

Considérant qu'en exigeant que le testament olographe fût en entier écrit, daté et signé de la main du testateur, le législateur n'a voulu et pu accorder ce privilège qu'à des personnes pouvant par-

faiteme nt se rendre compte des signes qu'elles emploient et non à des gens copiant servilement un modèle comme pourraient le faire des écoliers ,

Qu'en accordant cette faculté à des gens illettrés, comme dans l'espèce, ce serait consacrer un principe qui favoriserait les fraudes, dols et captations ,

Que des testaments de la sorte ne peuvent être considérés comme l'expression de *libre volonté* puisqu'on ne peut y changer un iota sans l'intervention de tiers, et qu'en cas semblable, pour la sécurité des familles, la loi a institué les testaments par actes publics dont elle fixe les formes pour que le tiers, soit le notaire, ne puisse abuser de sa position. —

Umgekehrt die zweite Instanz hielt (9. April 1859) das Testament aufrecht :

Considérant que la traite des opposants a eu pour but de chercher à établir que la défunte n'avait pas écrit le testament du 1 juin 1851, qu'elle n'avait pas pu écrire cette disposition de dernière volonté, attendu qu'elle n'écrivait pas en français et que son incapacité, à cet égard, était de notoriété publique à Auvernier,

Considérant que les éléments de cette traite, appréciés par le juge, ne justifient point le moyen, tiré de l'impossibilité, dans laquelle la défunte aurait été de rédiger avec une formule des dispositions olographes en français, langue qu'elle parlait ,

Que la loi n'interdit point l'usage d'une formule pour servir à la rédaction des dispositions olographes ,

Considérant, de plus, que dans la traite de ses exceptions l'héritier testamentaire a pu constater que la dame Schmohl née Schmidt pouvait écrire, lorsqu'elle avait un texte sous les yeux, en langue française, qu'elle parlait assez bien pour être en état de contrôler le texte et le sens complet du formulaire ,

Considérant enfin que le testament olographe, mis sous les yeux du juge a été pour celui-ci un élément de plus pour former sa conviction, que cette disposition, accompagnée de deux doubles identiques, a pu être écrite par la défunte qui avait sous les yeux un formulaire conservé par elle ,

Considérant, quant au second moyen, que le pli cacheté a été trouvé dans le bureau de la défunte, et en a été extrait par la délégation de la justice de paix,

Que le fait que le citoyen Nicolas Schmidt, demandeur actuel, a pu indiquer la partie du meuble où le pli devait se trouver, comme aussi celui que ce pli lui a été remis, par la délégation, pour être déposé entre les mains d'un notaire chargé d'en faire la lecture publique , ne justifient point ce second moyen, en l'absence , comme dans l'espèce , de preuves qui établiraient que ces faits ont com-

promis ou, tout au moins, rendu très-douteuse l'identité du testament.  
(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, IV, 562 ss.)

### 30. Gemeinsames Testament. Widerruflichkeit.

Die Geschwister Hans Jakob und Maria Ursula Wertenberg von Ullschwyler (C. Baselland) errichteten unterm 26. April 1835 ein gemeinsames Testament, mit folgenden Bestimmungen:

Im Namen Gottes. Amen.

Kund und zu wissen sei hiemit, daß als man nach der gnadenreichen Geburt Jesu Christi zählte 1835, am Gründonnerstag, den 16. Tag April, die ehr samen Jakob Wertenberg und Jungfrau Ursula Wertenberg, Geschwister, Ochsenwirths, von Ullschwyler — auch den Bezirksgerichtsschreiber — zu sich haben berufen lassen — welche — je in Abwesenheit der andern, bei richtigem Sinn und Verstand erklärt haben, wie daß sie — schon öfters bei ihnen selbst überlegt, wie hinfällig dieses zeitliche Leben, — daher wollen sie — durch gegenwärtiges reciprocirliches Testament, als ihren lezt und liebsten Willen verordnet haben, wie folgt:

1. Empfehlen sie — ihre — Seele der Gnad und Barmherzigkeit Gottes und den Heiligen.— im Uebrigen sollen alle frühere testamentliche Verfügungen hiemit aufgehoben sein.

— 2. Seze er, der Hans Jakob Wertenberg hiemit zu seinem Haupt- und Universalerben seiner ganzen dereinstigen Verlassenschaft förmlich ein seine geliebte Schwester Jungfrau Ursula Wertenberg von Ullschwyler also und dergestalten, daß derselben nach seinem einst Gott gefälligen Hinscheid seine ganze Rücklassenschaft ohne Ausnahme eigenthümlich zufallen und verbleiben solle.

3. Hat die Jungfrau Ursula Wertenberg ebenfalls in Abwesenheit ihres Bruders Hans Jakob Wertenberg erklärt, daß sie diesen gemeldeten Bruder zu ihrem Haupt- und Universalerben ihrer Rücklassenschaft hiemit förmlich einseze, dergestalt, daß demselben ihre ganze dereinstige Vermögenschaft ohne Ausnahme als sein Eigenthum zufallen soll, bloß mit Ausnahme von Kleidern, Kleinodien und Leibangehörden nebst einer Kommode und Kasten, welches gleich nach ihrem einst Gott gefälligen Hinscheid der Jungfrau Maria Anna Gürter, Thurmwirthstochter von Ullschwyler eigenthümlich zufallen und verbleiben solle.

4. Haben die beiden Testirer auf den Fall beidseitig erfolgendem Absterbens gemeinschaftlich in Bezug ihrer dennzumal vorhandenen Vermögenschaft folgende gemeinschaftliche Bestimmungen getroffen:

nemlich

5. legiren sie der Jungfrau Maria Anna Gürter, Thurmwirths-

tochter von Ullschwyler — eine Reihe speciell bezeichneter Liegenschaften —

6. legiren sie dem jeweiligen Pfarrer in Ullschwyler . . .

Dafür soll der jeweilige Pfarrer alle Vierteljahr für die Ruhe ihrer Seelen zwei Jahrzeiten — feiern.

7—9. Andere legata ad pias causas.

10. Legiren sie dem Jos. Gürtler Thurmwirth, 1½ Fuch. Acker und Holz im Kiesner, neben . . .

11—15. Alles Legate bestimmter genau bezeichneter Grundstücke.

16—19. Geldlegate.

Dieweilen nun

20. Die Grundveste und Fundament eines Testaments auf der Haupterbseinszung beruhen, so sezen sie hiemit für das Uebrige ihrer Rücklassenschaft zu ihren wahren und unbezweifelten Haupterben förmlich ein:

1) M. W. M. — 2) M. W., Chefrau des A. P. — 3) A. M. W., Chefrau des Th. W. — 4) J. H., Sailer. — 5) H. B. und falls derselbe den Fall nicht erleben sollte, soll seiner Tochter A. M. B. substituirt sein. — 6) J. B. H. sage M. — 7) B. G. F. — 8) Frau H. M. W. Herrn F. R. S. Chefrau. — 9) H. G. M. S. — 10) H. G. F. R. sämtliche Kinder. — 11) J. und M. G. Gebrüder. — 12) J. B. sel. Kinder von S. — 13) H. G. sel. Kinder von H. nemlich H. J. und M. A. G. — und endlich 14) J. B. B. — also und dergestali, daß ihrer, der Testirer Rücklassenschaft und Bezahlung der Schulden und Ausweisung vorgemelter Legaten unter den gemelten vierzehn Haupterben oder Haupterbstämme in gleiche Theile vertheilt werden solle. Dafür aber sollen diese Haupterben für die Ruhe ihrer, der Testirern, Seelen gleich bei Absterben 200 Messen lesen lassen.

21. Wollen sie festgesetzt haben, daß wenn einer der Haupterben irgend eine Protestation gegen dieses Testament machen würde, daß derselbe nicht mehr als 50 Franken erhalten und das Uebrige, welches ihn sonst betroffen hätte, auf die andern Haupterben fallen solle. Sowohl bei den Legaten wie bei den Haupterben sollen im nicht erlebenden Fall die andern Haupterben nachgesetzt sein.

22. Soll dieses Testament erst nach ihr em beidseitigen Absterben eröffnet werden.

Nachdem das vorbeschriebene von den Testirern auf vorgemeldete Weise selbst dictirte Testament den Testirern, was ein jedes besonders angeht, besonders, und was beide gemeinschaftlich angeht, gemeinsamlich von Anfang bis Ende deutlich abgelesen worden, — haben dieselben sich vorbehalten, diesen letzten Willen, was nemlich jedes besonders angeht, besonders, was aber beide gemeinschaftlich angeht, nicht anders als gemeinschaftlich abändern oder gänzlich aufheben zu können, so oft es ähnen gefällig sein werde. Un-

verändertlassenden Fälls soll aber Alles pünktlich vollzogen werden. —

Am 2. Febr. 1837 starb sodann der eine der beiden Testatoren, Hans Jacob.

Von den im Testament hezeichneten Haupterben lebten damals noch Alle, mit einziger Ausnahme des Michael Wertenberg. Hingegen starben in den Jahren 1844, 1845 und 1847 fünf derselben und ein Legatar.

Am 2. Sept. 1845 errichtete nun die andere der beiden Testatoren, Maria Ursula Wertenberg ein zweites Testament, in welchem sie das erste vom Jahr 1835 aufhob und am 24. gl. M. ein Codicill, welche beide Actenstücke nebst dem ersten, dem gemeinsamen Testament vom Jahr 1835, nach ihrem am 28. Febr. 1853 erfolgten Tode am 2. März gl. J. publicirt wurden.

Da nun in dem zweiten Testament vom Jahr 1845 die in den Jahren 1844, 1845 und 1847 verstorbenen Erben übergangen waren, so sprachen das Erbe die im zweiten Testament bezeichneten Haupterben als ihnen ausschließlich angefallen an. Die Erben der Zwischenverstorbenen dagegen behaupteten die Delation mit dem Todestag des erstverstorbenen Testators und verlangten Zulassung zur Erbschaft der M. U. Wertenberg in gleichen Rechten mit den durch Testament von 1845 erkannten Erben. Sie beriefen sich dafür auf den Sinn und Willen des Testaments, wie er aus dem Wortlaute hervorgehe, auf die Analogie der Stadtgerichtsordnung von Basel, welche zur Interpretation des Landesgesetzes, der Landesordnung von 1813, herbeigezogen werden müsse und auf das in ersterm Gesetz vorbehaltene gemeine Recht.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht Arlesheim, wies sie aber durch Spruch vom 20. Oct. 1853 ab

in Erwägung,

— daß nach gemeinrechtlichen Grundsätzen der Anfall (delatio) einer Erbschaft nur dann denkbar ist, wenn der Erblässer gestorben, daß somit der Erbe den Testator überlebt haben muß, und daß vor dem Antritt einer Erbschaft keine Übertragung (Transmission) der Erbrechte auf andere Personen, resp. auf seine eigenen Erben stattfindet, sondern die vacante Portion den Miterben accrescirt, wie wenn sie dem Ausfallenden nicht deferirt worden wäre,

erwägend nun.

daß bei der thatsächlichen Grundlage, wie sie in vorhergehenden Motiven angegeben ist, die Beurtheilung der ersten Rechtsfrage einzig vom Entscheide abhängig ist, von welchem Zeitpunkte an die genannte Erbschaft der Geschwister Wertenberg den in ihrem Testament berufenen Haupterben und Legataren habe anfallen können, ob nämlich schon mit dem Absterben des einen oder erst nach dem Tode beider Testatoren, wobei vor Allem auf den wahren Willen der Erblässer, wie

er nach dem Inhalte und Wortlaut der Testamentsurkunde erklärt oder gedeutet werden muß, Rücksicht zu nehmen ist,  
erwägend,

dass nun der Wille der Testirer in dieser Beziehung kein anderer ist und sein kann, als der, dass erst mit dem Zeitpunkte, wo beide nicht mehr leben, die Erbschaft den berufenen Haupterben und Legataren anfallen könne und solle, vorher also Niemanden derselben ein sog. Anrecht oder eine Anwartschaft auf deren Vermögen als auf ein verfangenes Gut zustehe, was namentlich klar aus folgenden testamentarischen Dispositionen hervorgeht,

nämlich:

a. dass beide Testirer einander gegenseitig zu Universalerben mit Eigenthumsrecht eingesetzt haben, somit ausgeschlossen ist, dass, wenn beim Absterben des Einen das Ueberlebende Eigentümer des ganzen Vermögens wird, zu gleicher Zeit dieselbe Sache als Eigenthum ebenfalls auf dritte Personen übergehen könne (Art. II und III),

b. dass die Testirer, in völliger Uebereinstimmung mit dem Obigen, ausdrücklich verordnet haben, dass erst auf den Fall beidseitigen Absterbens die in ihrem Testamente näher bezeichneten Personen zu Haupterben und Legataren berufen sein sollen (Art. IV), das Testamente selbst nicht dürfe vorher publicirt und dritten Personen gegenüber solle vollzogen werden (Art. XXII), während doch eine derartige an den Eintritt eines bestimmten Ereignisses geknüpfte Berufung erst mit dem Eintritt des Ereignisses und nicht früher wirkend werden, d. h. Rechte und Verbindlichkeiten begründen kann,

c. dass ebenfalls, in Uebereinstimmung mit dem Vorigen, die Testirer dem sub. XX, Nr. 5 eingesetzten Hans Böglin einen Substitut in der Person der Tochter A. M. Böglin gesetzt haben, falls derselbe den Fall nicht erleben sollte, und sub XX verfügten, dass im nicht-erlebenden Fall die andern Haupterben nachgesetzt seien, welche beide Bestimmungen, entgegengehalten dem plägerischen Rechtsfahe, die Erbschaft sei schon mit dem Tode des Einen der Testirer angefallen, sinnlos und widerspruchsvoll wären, indem nicht einzusehen ist, wie es unter dieser Voraussetzung für die den einen Todesfall Ueberlebenden solcher Bestimmungen bedürft hätte,

d. dass sub XXI. Nr. 10 als Haupterben sämtliche Kinder des Hans Gürtler Weltismarren eingesetzt sind, somit, wie bei obigem sub XXI Nr. 5 erwähnten Falle, anzunehmen ist, dass, wenn es in der Absicht der Erblässer gelegen wäre, sämtliche Haupterben durch ihre Kinder oder ihre Erben im nicht erlebenden Fall zu substituiren, dieselben es entweder bei Allen ausdrücklich oder bei keinem verfügt hätten,

e. dass sowohl die Einsetzung der Haupterben als der Legatare auf den Fall gegenseitigen Absterbens aus gemeinsamer Willens-

erklärung beider testirenden Geschwister hervorgegangen ist (Art. IV) und daher in Folge ihrer Gemeinschaftlichkeit nicht eher rechtbewirkend werden kann, als beide Testirer, auf deren gemeinschaftlichem Willen sie beruht, gestorben sind,

erwägend,

daß nach den angeführten Entscheidungsgründen die Delation der fraglichen Erbschaft in eine Zeit fällt, wo die Personen, als deren Rechtsnachfolger die Kläger aufgetreten, nicht mehr am Leben waren,  
erwägend,

daß die Annahme, daß gemeinschaftliche Testament enthalte rücksichtlich der gegenseitigen Universalerbseinsetzung ein Fideicommiss weder nach dem Wortlaut noch nach dem Inhalt und Wesen des Instrumentes gerechtfertigt werden kann, daß vielmehr das vorliegende Rechtsgeschäft als sog. Bulgarsubstitution sich charakterisiert, indem die testirenden Geschwister nicht nur sich selbst zu directen Erben eingesetzt, sondern für ihr in der Hand des Lebenden vereinigtes, gesamtes Vermögen gemeinschaftliche Substituten (in der Urkunde Haupterben genannt) bezeichnet haben in dem Sinne, daß der zweite Erbe (der Substitut, im vorliegenden Falle der Haupterbe) nur dann Erbe werden könne, wenn der erste directe Erbe (Maria Ursula Wertenberg) wegfällt. —

Die zweite Instanz dagegen, durch Spruch vom 23. Januar 1854, trennte zwischen dem Vermögen der beiden Testatoren und erklärte die Zwischenverstorbenen als Erben an des Erstverstorbenen Vermögen, unter folgenden Betrachtungen:

— Es fragt sich nun, ist durch die eingelegte Urkunde (Test. von 1835) der Beweis geliefert, daß die Kläger den angesprochenen oder sonst irgend einen Theil an quäst. Erbsmasse anzusprechen haben? oder ob durch das Testament von 1835 der Gegenbeweis geleistet sei?

3) Das von 1834 giebt sich wörtlich als ein sog. „reciprocirculiches“ und ebenso das nach der gegenseitigen Erbseinsetzung gemeinschaftliche Bestimmungen über Erbseinsetzung und Legate enthaltend dar, nämlich in der Schlußbestimmung folgendermaßen: „was Beide gemeinschaftlich angeht, nicht anders als gemeinschaftlich abändern oder gänzlich aufheben zu können.“

4) Diese letztere Bestimmung stellt sich nun unzweifelhaft als eine vertragswise dar.

5) Immerhin aber muß die Vorschrift von §. 46 des Landesordnung analog hier angewendet werden, lautend: „Sonst aber in allen Fällen ist ein jeder, insoweit es das Seinige betrifft, seinen letzten Willen abzuändern befugt;“ dieser freie Wille des Überlebenden, über das Seinige immerhin noch zu verfügen, ist im Testament von 1835 keineswegs deutlich widersprochen, mithin muß derselbe anerkannt werden; die allgemeine Vermuthung spricht schon dafür,

6) Demnach besteht das Testament von 1845 zu Recht, soweit es das Seinige oder das Ihrige der Ursula Wertenberg betrifft,

7) Was aber das Seinige des Jacob Wertenberg anbelangt, so ward die Ursula als überlebender Theil nur Universalerbin, als Trägerin und Haushalterin der besagten gemeinschaftlichen Bestimmung von 1835, was auch der ganze Sinn und Geist dieses Testamentes ist,

8) Geht sie aber davon ab und macht für das „Ihrige“ ein neues Testament, so isolirt sie ihren Willen von dem des Jacob Wertenberg, und mithin muß das Testament, der letzte Wille des Letztern, besonders genommen und als besonders in Kraft getreten betrachtet werden,

9) Mit römischen Rechtsregeln ist im gegenwärtigen Falle nicht auszukommen; diese Art Testamente sind ursprünglich deutsche Rechtsinstitution, und es bleibt dann mehr Thatfrage in Bezug auf Form, Inhalt und daraus sich ergebenden Willen der Testatoren übrig, welche nach folgenden Gesichtspunkten hauptsächlich zu beurtheilen ist. Bei gemeinschaftlichen Testamenten, in der Fassung und dem Sinne, wie das gegenwärtige, hat ein jeder Theil über den Todesfall des andern hinaus bereits über das Gemeinschaftliche, und inbegriffen natürlich vor allem über das Seinige mit wechselseitiger Einstimmung verfügt, der überlebende Theil bekommt freilich (wenn nicht Anderes verfügt ist), das ganze Vermögen zur vollständigen freien Verfügung während des Lebens, also in diesem zum vollständigen Eigenthum; allein er darf nicht über den Theil des erstern auf den Todesfall (des Letztern) hinaus verfügen, denn darüber ist schon verfügt. Nur gemeinschaftlich könnte etwas abgeändert werden, was nach dem Tode des einen aber unmöglich geworden ist.

10) Beim Tode des zuerst verstorbenen Testators traten in seine Stufen des Rechts (?): der überlebende Theil darf an den gemeinsamen Bestimmungen, soweit es wenigstens jenes „Seinige“ betrifft, über das Leben hinaus nicht mehr verfügen — in dieses Recht traten sofort die gemeinsamen Erben resp. Legatare ein,

11) Mithin hatten sie von mehrbesagtem Zeitpunkte ein gewisses Recht gegenüber der Pflicht, resp. dem Gehemmtsein der Ursula: über ihr Leben hinaus in Bezug auf das Seinige, des Jacobs, Verfügung zu treffen, welches Recht denn auch auf deren Erben überging, wie jedes andere. —

(Directe Mittheilung.\*)

### 31. Testament zu Gunsten Erbunfähiger. „Nachkommenschaft.“

Karl Montandon zu Lachaudefonds (C. Neuenburg) hatte in seinem Testamente vom 6. Juli 1857 zu Erben seines Vermögens zu

\*) Amtliche Abschrift.

gleichen Theilen eingesezt: 1) Henri Montandon, seinen einzigen Sohn und 2) dessen Kinder, geborne und ungeborne („enfants nés et à naître“). Überdies verordnete er, daß diesen Kindern zu Verwaltung ihres Vermögens ein besonderer Curator bestellt werde, daß sie einige Vermögensstücke gemeinsam mit ihrem Vater nützen sollen, und ordnet allmäßige Tilgung seiner Schulden aus einem Theil des Vermögens an; dem Sohne vermachte er noch seine gesammte Fahrniß. Dieser fand sich aber nicht befriedigt und bezeichnete das Testament als ungültig, da es auch ungeborne Kinder mit gebornen in den Zustand eines Gesamtvermögens vereinige, also Erbsunfähige mit Erbfähigen zusammen, und auf diese Weise eine Art von Familienstiftung organisire, überdies Unfechtbarkeit von einzelnen Vermögensstücken anordne, dem Vater die Wormundschaft über die Kinder entziehe oder verkümmere, und ebenso die freie Verwendung des Vermögens durch Amortisationsvorschriften, Alles zu wider dem Civilgesetz von Neuenburg (273. 284. 577. 637. 654. 668. 750. 829. 862).

Das Bezirksgericht Lachauxdefonds hob auch wirklich durch Spruch vom 22. Mai 1858 dieses Testament auf:

#### Considérant

Qu'aux termes de l'art. 577 du Code, sont incapables de succéder ceux qui n'existent pas à l'instant de l'ouverture de la succession, soit celui qui n'est pas encore conçu et l'enfant qui n'est pas né viable, qu'aux termes de l'art. 750, la disposition testamentaire est caduque, si l'héritier institué est incapable de la recueillir,

Que, suivant la lettre de ces deux articles, les enfants à naître ou qui n'étaient pas conçus de Jules-Henri Montandon au moment du décès de Charles Montandon, ne peuvent lui succéder, le mort n'ayant pu saisir le vif,

Considérant, en outre, que l'art. 637 du code civil statue que les dispositions pour cause de mort ou testamentaires renfermant des conditions impossibles ou contraires aux lois et aux mœurs, seront réputées non écrites,

Que de ces principes il résulte que la clause du testament qui ordonne qu'une portion des biens du testateur reste indivise entre son fils et ses petit-enfants institués héritiers, est contraire aux art. 654 et 829 du code civil,

Que la clause par laquelle le testateur établit un curateur spécial aux enfants nés et à naître de son fils, viole les droits réservés à ce dernier par les articles 273 et 284 du code civil, qui veulent que le père seul exerce l'autorité paternelle pendant le mariage, s'il n'a pas été reconnu indigne ou incapable d'administrer,

Que dans l'espèce, rien ne justifie de l'indignité ou de l'incapacité de Jules-Henri Montandon, pour l'administration des biens et la tutelle de ses enfants,

## Considérant

Qu'en disposant qu'une partie de ces biens resteront en indivision entre les héritiers et leur père, le testateur s'est écarté des prescriptions de l'art. 668, qui reconnaît aussi comme héritier institué l'héritier réduit à sa légitime, et par là le met au bénéfice de l'art. 829 qui dit que nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision entre co-héritiers, et l'art. 862, qui veut qu'avant tout partage de la succession entre les intéressés toutes les dettes et charges de la succession soient acquittées ou qu'il soit pourvu à leur acquittement,

Considérant que toutes les conditions voulues par les articles du code civil cités ci-devant, sont en opposition avec les dispositions testamentaires de Charles Montandon; que toutes louables et respectables qu'aient été les intentions du testateur, la loi est faite pour les modifier ou les annuler, si elles sont contraires à ce qu'elle prescrit —

Das Appellationsgericht dagegen, durch Spruch vom 14. Jun<sup>t</sup> gl. J., erklärte das Testament nur in seinen ungültigen Theilen als wirkungslos

Considérant en droit, quant au premier moyen d'opposition,

Que le citoyen Charles Montandon a en effet institué pour héritiers d'une partie de ses biens, ses petits-enfants nés et à naître,

Que dans une autre partie de ses dispositions, le testateur s'est exprimé de manière à faire comprendre que dans sa pensée, l'institution d'héritiers s'appliquait aux enfants à naître, même après sa mort,

Qu'ainsi cette institution comprend tout à la fois des héritiers capables d'accepter la succession, et des héritiers éventuels qui seraient frappés d'incapacité, aux termes des articles 577 et 654 du code civil —

— Considérant que dans l'espèce, il y a lieu de faire abstraction des intentions réelles ou supposées du testateur, attendu que dans l'une ou l'autre alternative du maintien ou de la cassation du testament, ces intentions ne pourraient recevoir leur exécution intégrale,

Que dès lors, et en ne se préoccupant que de la question de droit, soulevée dans les moyens d'opposition, le juge a vu que l'institution d'héritier porte sur des petits enfants nés et à naître, ou conçus avant la mort du testateur; que ces petits enfants sont capables d'accepter la succession, qu'elle peut porter pareillement, en s'arrêtant à l'une des phrases du testament, sur des petits-enfants qui naîtraient ou qui seraient conçus après la mort du testateur, et que ces derniers sont incapables d'hériter,

Considérant que dans un testament où plusieurs héritiers sont

institués, si un ou plusieurs de ces héritiers ne peuvent recueillir leur part d'hérédité, cette part est dévolue aux autres héritiers, par droit d'accroissement,

Que dans l'espèce, cette part doit parvenir aux deux enfants nés et à celui ou ceux qui auraient été conçus ayant la mort du testateur,

Et quant aux conclusions subsidiaires :

Qu'il est entendu que le curateur nommé l'est uniquement aux biens des enfants,

Que les clauses du testament se rattachant à l'indivision d'un immeuble, et qui sont contraires à la loi, sont réputées non écrites —  
(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel. IV. 404 ss.)

## 32. Testamentsauslegung. Burger- oder Einwohnergemeinde. (Testament Purry).<sup>1</sup>

(Criminalprozeß).<sup>2</sup>

## 33. Das Rechtsmittel der Restitution im zürcherschen Strafprozesse.

Das Gesetz, betreffend das Strafverfahren vom 30. Herbstmonat 1852 enthält darüber folgende Bestimmungen.

§. 171. Gegen jedes rechtskräftige Urtheil kann, wenn dasselbe von einem Kreisgerichte ausgefällt worden ist, bei dem zuständigen Bezirksgerichte, in allen übrigen Fällen bei dem Obergerichte die Wiederherstellung in den früheren Zustand verlangt werden, wenn sich zeigt: a) „daß das Verbrechen, wegen dessen die Verurtheilung Statt gefunden hat, überall nicht begangen oder von einem Andern verübt worden ist; oder b) „daß seit der Beurtheilung ein Strafverkenntniß ausgefällt wurde, das mit der erstern in unverträglichem Widerspruche steht; oder: c) daß durch ein Verbrechen auf das Ergebniß des betreffenden Strafverfahrens eingewirkt worden ist.“ Im letztern Falle kann gegen den freigesprochenen Angeklagten die Wiederherstellung nur dann zugelassen werden, wenn die Verübung jenes Verbrechens mit seinem Vorwissen Statt gefunden hat.

§. 172. Das Wiederherstellungsgesuch ist an keine Frist gebunden, auch wird dadurch die Vollstreckung des Urtheils nicht gehemmt.

\*) Da das am 1. Decbr. 1860 gefällte Urtheil in der Redaction augenblicklich noch nicht vorliegt, so muß es erst am Schluß dieses Abschnittes folgen.

\*) Gef. Mittheilung von Hrn. Staatsanwalt Gottlieb Wintsch in Zürich.

§. 173. Gegen den Entscheid über das Restitutionsgesuch findet kein Rechtsmittel Statt.

§. 174. Wenn die Wiederherstellung erkannt wird, so werden die Verhandlungen, auf welche das angefochtene Urtheil sich gründet, vor dem Gerichte, welches dasselbe ausgefällt hatte, wiederholt, und es gelten hiefür die gleichen Vorschriften, wie für das ursprüngliche Verfahren."

Diese Bestimmungen sind augenscheinlich sehr düftig und berechtigten theilweise zu Zweifeln über die Meinung des Gesetzgebers. Es zeigte sich denn auch bald, daß Richter und Juristen verschiedener Meinung darüber sind, ob das Rechtsmittel in sehr enge Grenzen einzuschließen oder ihm möglichste Ausdehnung zu geben sei. Für die letztere Ansicht werden Gründe der Humanität geltend gemacht und für die erstere der Grundsatz der Unumstößlichkeit rechtskräftiger Urtheile, bei schwurgerichtlichen Urtheilen überdies die Schwierigkeit, die früheren mündlichen Verhandlungen vor Schwurgericht mit der wünschbaren Garantie zu reproduzieren (wenn z. B. Zeugen gestorben sind); das Vertrauen in die Schwurgerichte, sagt man weiter, würde untergraben, wenn man es zu leicht nähme, zur Ausgleichung des im einzelnen Falle schädlichen Irrthums diene das Institut der Begnadigung.

Unzweifelhaft haben beide Auffassungen ihre Berechtigung und werden sich auch bei der bevorstehenden Revision des Gesetzes geltend machen.

Inzwischen hat das Obergericht durch Beschuß vom 9. April 1859 folgende Grundsätze aufgestellt:

1. Betreffend die Bedingungen der Restitution: die Worte des §. 171 lit. a: „wenn sich zeigt u. s. f. seien dahin zu interpretiren:

Wenn der Verurteilte neue Thatsachen oder Beweismittel vorbringt, von denen sich mit höchster Wahrscheinlichkeit annehmen läßt, daß, sofern sie dem urteilenden Richter vorgelegen hätten, derselbe ein „Schuldig“ mit Bezug auf das betreffende Verbrechen nicht ausgesprochen haben würde.

Die Neuheit der Thatsachen oder Beweismittel für eine solche Annahme ist nur in dem Sinne zu verstehen, daß dieselben dem urteilenden Richter nicht vorgelegen haben; dagegen kommt darauf, ob die Thatsachen oder Beweismittel schon zur Zeit des Urtheiles existirt haben oder hätten beigebracht werden können, weiter nichts an.

2. Betreffend das Verfahren bei Ertheilung der Restitution:

Kommt der Verurteilte directe bei der Restitutionsbehörde um Wiederherstellung ein, so überweist das zuständige Gericht, resp. dessen Präsidium, das Gesuch der Staatsbehörde (Staatsanwaltschaft, beziehungsweise Statthalteramt) zur Begutachtung; nach deren Eingang oder auch bei Restitutionsbegehren, welche directe von der Staatsbehörde ausgegangen sind, entscheidet das zuständige Gericht darüber,

ob das Begehren erheblich sei oder nicht; im ersten Falle erläßt es, sofern die Acten in einer Lage sich befinden, daß über das Begehren entschieden werden kann, seinen Beschluß. Findet dagegen die Restitutionsbehörde die Acten noch nicht reif, so kann dieselbe entweder die Sache

- a) zur Ergänzung der Untersuchung an die Staatsanwaltschaft, beziehungsweise an das Statthalteramt überweisen, oder aber
- b) die Untersuchung von sich aus an die Hand nehmen oder
- c) dieselbe einem bezirksgerichtlichen Verhöramte übertragen.

Welcher der unter a. b. c. bezeichneten Wege einzuschlagen ist, hängt gemäß der bisherigen Praxis von dem einzelnen Falle, resp. von Gründen der Zweckmäßigkeit ab.

Zieht der Verurtheilte es vor, zunächst an die Staatsbehörde (Staatsanwalt resp. Statthalter) sich zu wenden, so steht es der letztern zu, auch ohne weitere Ermächtigung von Seite der Restitutionsbehörde diejenigen Untersuchungshandlungen vorzunehmen, welche dem Entscheide über die Restitutionsfrage nothwendig vorausgehen müssen.

Sie kann auch, sofern der Verurtheilte behufs eines zu stellenden Restitutionsbegehrens sich darauf stützt, daß durch ein Verbrechen, wie falsches Zeugniß, Urkundenfälschung, Bestechung u. s. f. auf das Ergebniß des früheren Strafverfahrens eingewirkt worden sei (S. 171, litt. c.) die diesfallige (d. h. die auf das angebliche Verbrechen gerichtete) Untersuchung von sich aus auf gewöhnlichem Wege dem dafür zuständigen Gericht überweisen, bis nach dessen rechtskräftigem Entscheide selbstverständlich die Schlußnahme über das Restitutionsgesuch selbst verschoben bleibt.

Anders soll es dagegen zu halten sein, wenn der Verurtheilte mit der Behauptung auftritt, daß seiner Zeit wissenschaftlich eine falsche Anklage gegen ihn erhoben worden sei und er in Fuge dessen strafrechtliche Verfolgung des Denuncianten wegen gerichtlicher Verleumdung verlangt. In einem solchen Falle handelt es sich geradezu darum, die fröhre Procedur ihrem vollem Umfange nach wieder aufzunehmen und die durch rechtskräftiges Urteil erledigte Schuldfrage directe nochmals zu entscheiden, und es sollen daher von den Gerichten solche Klagen nicht an Hand genommen werden, bevor die Restitutionsbehörde darauf eingetreten ist, ihre Cognition ausgeübt und die Bewilligung zu dem weiteren Verfahren ertheilt hat.

---

Von dem Rechtsmittel der Restitution ist seit Erlaß des Gesetzes schon wiederholt Gebrauch gemacht worden. Folgende Fälle mögen hier Erwähnung finden:

#### I.

M. von Zürich hatte in Burgdorf eine Braut, Wittwe G., war aber aus dem Canton Bern verwiesen und daher gehindert, jenes

Verhältniß gehörig zu unterhalten, resp. zum Abschlusse zu bringen. Gegen Ende 1853 traf er mit einem alten Bekannten K. zusammen und dieser übernahm es, nach Burgdorf zu reisen und die G. zu bestimmen zur Ueberstetzung nach Zürich und zum Ankauf eines Hauses behufs Betreibung einer Wirthschaft. K., ein gewandter Mann, erreichte diesen Zweck bei der gutmüthigen und etwas leichtgläubigen G. vollkommen; er scheint aber dabei nicht bloß das Interesse des M., sondern auch seinen eigenen Vortheil im Auge gehabt zu haben, denn er schloß sofort mit der G. einen Geschäftsvertrag und erhielt von ihr als Baareinlage 800 Fr.; auch scheint eine Heirath zwischen seinem Sohne und der Tochter der G. beabsichtigt gewesen zu sein. K. erhielt also von der Letztern den Auftrag, sich nach einer geeigneten Vocalität umzusehen, und er besichtigte, nach Zürich zurückgekehrt, mit M. verschiedene Häuser. Beide trafen am 19. Januar 1854 zufällig auf dem Kaffe mit Sch. zusammen und eröffneten ihr Vorhaben. Sch. machte sie auf ein Haus aufmerksam, das Z. besitze und zu verkaufen Willens sei, und wies sie an Z., der ebenfalls anwesend war und an einem andern Tische saß. Nach kurzen Unterhandlungen kam der Kauf noch am gleichen Tage zu Stande um die Summe von 17,000 fl. oder 39,666 Fr. 67 cts und mit der Bestimmung, daß binnen wenigen Tagen 3000 Fr. bezahlt werden müssen. Der Verkäufer Z. hatte schon vor dem Vertragsschlusse erklärt, daß er demjenigen, welcher einen Kauf um die bezeichnete Summe vermittelte, eine Gratifikation von 700 Fr. bezahle. K. reiste mit dem Vertrage, der auf seinen Namen gestellt worden war, nach Burgdorf, stellte das Geschäft als ein sehr vortheilhaftes dar, und erhielt von der G. den Auftrag, das Haus ihr notarialisch zufertigen zu lassen. Zugleich behändigte sie ihm den Betrag von 3000 Fr. als erste Anzahlung. K. kehrte mit dem Gelde und der erforderlichen Vollmacht nach Horgen zurück, wo er damals mit M. sich aufhielt. Tags darauf, den 25. Januar, verfügten sich Beide mit dem Gelde nach Zürich, ließen aber 700 Fr. in Horgen zurück, offenbar in der Meinung, daß die von dem Verkäufer versprochene Gratifikation ihnen gehöre. Der Verkäufer Z. scheint dagegen anderer Meinung gewesen zu sein und angenommen zu haben, ein Recht auf die Gratifikation habe nur Sch., der ihm den M. und K. zugewiesen hatte. Er machte diese Ansicht auch geltend und wollte sich den Abzug von 700 Fr. nicht gefallen lassen; er suchte den Sch. auf, fand ihn aber nicht und ließ sich endlich gefallen, 2300 Fr. anzunehmen und für 3000 Fr. zu quittieren, nachdem ihm, wie er behauptet, von K. und M. versprochen worden war, daß sie sich mit Sch. schon abfinden wollen.

Die notarische Eigenthumsübertragung fand am 28. Februar 1854 statt und zwar wurde das Eigenthum nicht etwa auf K., der im Vertrage als Käufer comparirt, sondern direct auf die G. übergetragen, dagegen mußte K. für den Kaufrest Bürgschaft leisten.

Auf Ostern 1854 siedelte die G. nach Zürich über und traf jetzt zum ersten Mal mit dem Verkäufer Z. zusammen. Auch er stellte nach ihrer Behauptung das Geschäft so vortheilhaft für sie dar, wie K. es gethan hatte, und erklärte, er hätte jeden Augenblick Profit haben können, das Haus sei im besten Zustande und mit Ostern könne die Wirthschaft angetreten werden. Ihre Hoffnungen gingen indeß nicht in Erfüllung. Sie konnte erst etwa 8 Tage nach Ostern eine Wohnung in dem gekauften Hause beziehen und erst mit Neujahr 1855 eine Wirthschaft beginnen. Sie mußte auch einige Reparaturen und bauliche Veränderungen am Hause vornehmen lassen und erschöpfte hiervon, sowie durch Anschaffungen, die sie unter Einhändigung der nöthigen Gelder durch K. besorgen ließ, ihre ökonomischen Kräfte. Sie fand, daß der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt, resp. sie widerrechtlich geschädigt habe, und belangte ihn schon in der ersten Hälfte des Jahres 1854 um Schadenersatz im Betrage von ca Fr. 7000. Bei Verhandlung des diesfälligen Proesses vor Bezirksgericht Zürich, am 31. Mai, kam auch der Umstand zur Sprache, daß von den als erste Anzahlung dem K. übergebenen 3000 Fr. der Betrag von 700 Fr. zurück behalten worden sei. Wittwe G. scheint früher hievon keine Kenntniß gehabt zu haben, und ihr Anwalt fand, daß Betrug vorliege und K. die 700 Fr. als eine Art Trinkgeld von Z. erhalten haben müsse.

Inzwischen war die G. von dem Verkäufer Z. für die auf 1. Mai 1854 fällig gewordene zweite Kaufszahlung im Betrage von 1666 Fr. 67 Rp. rechtlich belangt worden. Sie machte dagegen verschiedene Einwendungen und behauptete namentlich auch, daß sie beim Kaufe betrogen worden; durch obergerichtlichen Recursalbescheid vom 15. Juli 1854 wurde sie aber zur Zahlung einerkennt, resp. wurde der Betreibung der Fortgang gelassen. Sie oder vielmehr ihr Bräutigam M. schlug nun einen andern Weg ein und machte drei Tage später — am 18. Juli — Kriminalklage wegen Betruges anhängig, in Folge dessen das Obergericht am 17. Augustmonat den Beschuß vom 15. Juli aufhob und die Betreibung sistirte. Gleichwohl gerieth die G., die auch anderweitig gedrängt wurde, später in Concurs und ihr Haus fiel wieder dem Verkäufer Z., als dem jüngsten darauf versicherten Gläubiger, zu, laut Zugbriefs vom 29. Augustmonats 1855. Sie hatte also in Folge des Hauskaufes und der Uebersiedlung nach Zürich ihr Vermögen, das in mehreren tausend Franken bestanden, vollständig eingebüßt.

Die Kriminalklage wurde von M. mit seltener Energie betrieben. Sie war gerichtet gegen den Verkäufer Z. und gegen K., der inzwischen mit M. sich entzweit hatte, und gründete sich im Wesentlichen auf die Behauptung: Z. habe mit Hülfe des K. und auf gegenseitige Verabredung hin die G. um ihr Vermögen gebracht, indem er ihr

das Haus um einen übermäßigen Preis anzuhängen gewußt, um es nach Empfang möglichst großer Kaufzahlungen und nachdem die G. dabei ihre öconomischen Kräfte erschöpft, wieder an sich ziehen zu können; seine Mitwirkung hiezu habe K. für 700 Fr., die ihm von der ersten Anzahlung überlassen worden, erkaufen lassen.

Dieser Darstellung suchte M. hauptsächlich dadurch Glauben und Eingang zu verschaffen, daß er, in Rede und Schrift gewandt, den Z. und K. als charakterlose, verdorbene Menschen darstellte, und es kam ihm dabei gegenüber dem Z. zu Statten, daß Letzterer kurz vorher wegen Wuchers bestraft worden war und auch deswegen in üblem Ruf stand, weil er, früher ein ganz vermögensloser Mann, durch Speculation in Kauf- und Verkauf von Häusern in kurzer Zeit zu einem, wie man annahm, ziemlich bedeutenden Vermögen gelangt war und weil er dabei nicht immer der größten Redlichkeit sich besessen haben soll.

Zur Unterstützung der Denunciation brachte M. unter Anderm auch folgende Anschuldigungen gegen Z. vor:

1) Z. habe eine Frau K. auf betrügliche Weise um ihr Vermögen gebracht, indem er ihre Vermögenstitel in Besitz bekommen und nachher, da er keinen Empfangsschein gegeben, den Besitz abgeleugnet habe.

2) Es seien ihm, M., während er mit seiner Braut, der Wittwe G., in dem gekauften Hause gewohnt, 3496 Fr. — die Geldsorten wurden genau angegeben — aus dem Secretair gestohlen worden und nur Z. könne das gethan haben, weil derselbe noch Schlüssel zu einzelnen Räumlichkeiten besessen, solche aber verheimlicht habe.

Auf diese beiden Anschuldigungen wurde in der Untersuchung nicht näher eingetreten, obwohl M. es ausdrücklich verlangte, besonders hinsichtlich des unter 2 erwähnten Diebstahls. Einzig wurden bei der Verhandlung vor Schwurgericht einzelne Personen als Zeumundszeugen über das unter 1 bezeichnete Verhältniß einvernommen.

Gegründet auf die Acten der Voruntersuchung, aus denen im Wesentlichen nur das bisher Angeführte sich ergab, erhob die Staatsbehörde gegen Z. und K. Anklage wegen im Complotte verübten einfachen Betrugs, weil dieselben

„auf vorhergegangene Verabredung die Wittwe G. durch absichtlich zum Nachtheil der Rechte derselben unternommene Täuschungen in die Lage versetzt haben, daß ihr ein Schaden von zwar unbestimmtem, jedoch die Summe von 800 Fr. alter Währung übersteigendem Betrage drohte.“

Die Sache kam am 21. November 1854 vor Schwurgericht zur Verhandlung und die Geschworenen sprachen das Schuldig aus, jedoch nur in Bezug auf einen Betrag unter 800 Fr. alter Währung, in Folge dessen

1) Z. zu 1½ Jahr Gefängniß und 700 Fr. Buße verurtheilt und auf die Dauer von drei Jahren von dem Activbürgerrechte ausgeschlossen,

2) K. zu 1½ Jahr Gefängniß, 500 Fr. Buße und dreijährigem Ausschluß vom Activbürgerrechte verurtheilt wurde.

Der Wahrspruch wurde, besonders in Bezug auf Z., vielfach getadelt, und in diesem Sinne namentlich in der Presse besprochen.

Im Juni 1859, nachdem er die Strafe längst erstanden, gelangte Z. mit einer Klage wegen gerichtlicher Verleumdung gegen M. an die Staatsanwaltschaft und behauptete:

1) M. habe in fraglicher Strafsache über die der Klage zu Grunde gelegenen factischen Verhältnisse als Hauptzeuge wissentlich falsche Angaben zu seinem, Z.'s, Nachtheile gemacht und dadurch die Bejahung der Schuldfrage herbeigeführt.

2) Auch die übrigen Anschuldigungen, daß er, Z., die Frau M. auf betrügliche Weise um ihr Vermögen gebracht und dem M. die Baarsumme von 3496 Fr. gestohlen habe (von welchen Anschuldigungen er, Z., früher keine Kenntniß gehabt habe, auf die er vielmehr erst später nach seiner Beurtheilung aufmerksam gemacht worden), wissentlich falsch gewesen. Vermittelst dieser Klage und durch Verurtheilung M's wollte Z., wie er ausdrücklich bemerkte, einen Restitutionsgrund gegen das schwurgerichtliche Urtheil vom 21. Nov. 1854 im Sinne des §. 171 litt. c. des Gesetzes betr. das Strafverfahren gewinnen.

Die Staatsanwaltschaft nahm die Klage an Hand und ließ einzelne Personen einvernehmen, wobei sich ergab, daß die soeben unter 2 erwähnten Anschuldigungen falsch und theilweise wenigstens, nämlich bezüglich des angeblichen Diebstahls von 3496 Fr., wissentlich falsch waren. In Folge dessen wurde die Sache der Anklagecommission mit dem Antrage auf Anhandnahme und vervollständigung der Untersuchung überwiesen; die Anklagecommission aber übermachte die Acten gemäß dem Beschlusse vom 9. April 1859 dem Obergerichte als Restitutionsbehörde, weil nämlich die Klage als ein Begehren um Restitution erscheine, indem es sich darum handle, die frühere Procedur ihrem vollen Umfange nach wieder aufzunehmen und die durch rechtskräftiges Urtheil erledigte Schuldfrage nochmals zu entscheiden; nach den in dem citirten Beschlusse aufgestellten Grundsätzen können solche Klagen von den Gerichten nicht an Hand genommen werden, bevor die Restitutionsbehörde darauf eingetreten sei, ihre Cognition ausgeübt und die Bewilligung zu dem weiteren Verfahren ertheilt habe.

Das Obergericht ertheilte diese Bewilligung durch Beschuß vom 14. September 1859 und begründete seinen Beschuß folgendermaßen:

1) Obwohl die Klageschrift der früheren Procedur von der Witwe G. unterzeichnet sei, so könne doch in Gemäßheit der ganzen Stellung,

welche M. in jener Untersuchungssache eingenommen, darüber kein Zweifel walten, daß er der wahre Verzeiger gewesen sei, welchem gegenüber die Wittwe G. eine ziemlich untergeordnete Rolle eingenommen habe; daher würde die Behauptung des Petenten (Z.), diese Verzeigung sei ihm gegenüber eine wissenschaftlich falsche gewesen und M. deshalb wegen gerichtlicher Verleumdung zu verfolgen, in ihrer Consequenz es mit sich bringen, die frühere Procedur, soweit sie den Petenten betroffen, ihrem vollen Umfange nach wieder aufzunehmen und die durch rechtskräftiges Urtheil gegen denselben erledigte Schuldfrage nochmals zu entscheiden.

2) Das Obergericht, als es in seiner grundsätzlichen Erörterung über die Restitution vom 9. Mai 1859 die Gestaltung des Strafverfahrens in einem solchen Falle von der Prüfung und Bewilligung der Restitutionsbehörde abhängig gemacht, habe damit zu verhindern getrachtet, daß nicht dieselbe Sache, wenn auch unter anderm Titel wiederholt vor Gericht gebracht werde, dagegen dafür sorgen wollen, daß eine abgeurtheilte Sache allerdings dann unter dieser oder jener Form zum Gegenstande neuer Untersuchung und Behandlung gemacht werden könne, wenn neue Thatsachen oder Beweismittel es höchst wahrscheinlich machen, daß der Richter, wären sie ihm bekannt gewesen, ein Schuldig nicht ausgesprochen haben würde.

3) Die Eingabe des Petenten enthalte nun freilich ihrem größeren Theile nach eine bloße Kritik jener Thatsachen und Verhältnisse, von welchen angenommen werden müsse, daß sie bereits den Geschworenen vorgelegen haben und von ihnen gewürdigt worden seien; indessen seien immerhin darin enthaltene einzelne Momente — so: betreffend die Beschuldigungen von Seite M's gegenüber dem Petenten wegen Diebstahls und wegen eines an Frau R. verübten Betrugs — früher nicht in der gegenwärtigen Bestimmtheit hervorgetreten, wonach, namentlich in Folge der Erhebungen der Staatsanwaltschaft, die Falschheit jener Beschuldigungen sich jetzt schon als sehr wahrscheinlich darstellt, dies aber einen bedeutenden Verdacht dafür erwecke, daß die übrigen Aussagen M's nicht weniger falsch gewesen seien, und es rechtfertigte, die Untersuchung gegenüber demselben auch auf das Verhältniß zu der abgeurtheilten Sache des Petenten auszudehnen.

Die Untersuchung, die in Folge dieses Beschlusses wieder aufgenommen wurde, stellte nun Folgendes heraus, was früher nicht vorgelegen hatte, resp. nicht mit Bestimmtheit hervorgetreten war:

1) Z. und R. hatten einander vor dem zufälligen Zusammentreffen auf dem Kaffee — am 19. Jenner 1854 — nicht gekannt, — etwas Anderes wagte M. selbst nicht zu behaupten, — und von da an bis am 25. Jenner, nämlich bis zur Bezahlung der ersten Rate an den Kaufpreis, sahen sie einander nicht mehr.

2) M. hatte theils vor, theils nach Beurtheilung des Z. und K. gegen verschiedene Personen und bei verschiedener Gelegenheit seine Freude darüber geäußert, daß der Kauf über das betreffende Haus ihm und dem K. 700 Fr. eingetragen habe, indem von der ersten Zahlung dieser Betrag abgezogen worden sei.

3) Die gleichen schriftlichen Eingaben, in welchen M. darzuthun gesucht hatte, daß Z. und K. einen complottmäßigen Betrug gegen Wittwe G. begangen, enthielten zugleich die beiden andern, oben berührten Anschuldigungen, daß nämlich Z. die Frau K. um ihr Vermögen betrogen und ihn, M., um 3496 Fr. bestohlen habe. — Die erste dieser Anschuldigungen erklärte Frau K. selbst als falsch; es scheint aber doch nach ihren eigenen Angaben und nach den Aussagen von zwei Zeugen ein diesfälliges Gerücht seiner Zeit bestanden zu haben, und es ist möglich, daß dasselbe auch dem M. zu Ohren gekommen war. — Was dagegen die letztere Anschuldigung betrifft, so war vollständig klar, daß M. — der, heiläufig gesagt, schon 7 Mal bestraft worden, darunter 5 Mal wegen Ehrverlehung — dieselbe mit dem Bewußtsein der Falschheit vorgebracht hatte. Es war nämlich von vorneherein nicht glaubwürdig, daß ein Mensch, wie M., der seit Jahren in elendem Zustande sich herumgetrieben und von guten Leuten und ehemaligen Freunden sich hatte unterstützen lassen, zu einer so bedeutenden Baarschaft gekommen sein sollte, und das mag auch der Grund gewesen sein, weswegen die Behörden seiner Zeit auf seine Denunciation keine Rücksicht genommen haben und wegen des angeblichen Diebstahls gegen den als Thäter bezeichneten Z. nicht eingeschritten sind. Nun aber war in Folge der Klage des Z. ein näheres Eingehen auf die Sache notwendig, und es wurde, da M. behauptet hatte, er habe das Geld von seiner Braut, der Wittwe G., erhalten, zunächst die Letztere darüber befragt. Sie erklärte die Behauptung als unwahr und nun ging M. auf folgende romanhafte Erzählung über: Eine gewisse Frau Pfarrer W., der er in einem Processe Dienste geleistet, habe versprochen, ihn dafür reichlich zu belohnen, wenn einmal seine Braut da sei. Letztere habe bei ihrer Rückkunft nach Zürich der Frau Pfarrer W. einen Besuch gemacht und neben hausräthlichen Gegenständen auch eine Baarsumme von 4000 Fr. nach Hause gebracht. Er, M., sei bei deren Rückkunft unter der Thüre gestanden, habe ihr den Korb, in welchem sich die Sachen befunden, abgenommen und die Baarschaft versorgt, ohne der Letzteren weiter zu erwähnen. Es sei möglich, daß seine Braut nicht einmal gewußt habe, was Alles sich in dem Korb befunden, und doch sei es wahr, daß er das Geld von ihr oder durch sie erhalten habe. — Diese Ausflucht war zu lächerlich und einfältig, als daß sie irgend welchen Glauben hätte finden können. Zufällig lag aber noch vor und wurde von dem Vermögensverwalter der Frau Pfr. W. bezeugt, daß es der Letzteren gar nicht möglich ge-

wesen wäre, eine so bedeutende Summe heimlich zusammen zu bringen und bei Seite zu schaffen.

Das war im Wesentlichen die Grundlage der am 18. Nov. 1859 gegen M. erhobenen Anklage, welche dahin ging:

1) M. habe in der zweiten Hälfte des Jahres 1854 mit dem Bewußtsein der Unwahrheit den J. wegen Betrugs bei einer Behörde oder Beamtung verzeigt, so zwar, daß J. wegen des bezeichneten Verbrechens im Betrage zwischen 100 und 800 Fr. a. W. verurtheilt worden und die Strafe ausgestanden habe, und daß angenommen werden könne, daß die Verleumdung allein oder in Verbindung mit andern Umständen dieses bewirkt habe;

2) M. habe gleichzeitig mit dem Bewußtsein der Unwahrheit den J. wegen Betruges gegenüber der Frau M. und wegen Diebstahls gegenüber M. selbst im Betrage von ca 3500 Fr. bei einer Behörde oder Beamtung verzeigt, so zwar, daß J. noch nicht verurtheilt worden sei.

Hierin liege nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches das Verbrechen der gerichtlichen Verleumdung. §§. 187. 188. a. b. 190. 73. 6. 77.

Diese Anklage wurde von der Anklagecommission zugelassen und die Verhandlungen darüber vor Schwurgericht begannen am 25. Jenner 1860. Sie dauerten zwei Tage und endigten damit, daß die Geschworenen nach kurzer Berathung die Schuldfrage bejahten, in Bezug auf die Anschuldigung, betreffend den Betrug gegen Frau M. jedoch nur in dem Sinne, daß die falsche Verzeigung nicht im Bewußtsein der Unwahrheit, wohl aber aus Unbesonnenheit gemacht worden und daher in dieser Beziehung nicht gerichtliche Verleumdung, sondern nur falsche Verzeigung aus Unbesonnenheit vorliege. In Folge dessen wurde M., gegen den noch andere, hier nicht weiter zu erörternde, jedoch auf geringfügigere Vergehen bezügliche Klagen vorlagen, zu drei Jahren Zuchthaus verurtheilt.

Damit war für J. ein Restitutionsgrund im Sinne des §. 171 c gegeben und es wurde denn auch das am 21. November 1854 über ihn ausgefallene Urtheil durch Beschluss des Obergerichtes vom 20. März 1860 aufgehoben. Am 28. April fand die Restitutionsverhandlung vor Schwurgericht, jedoch nach bestehender Praxis ohne Mitwirkung von Geschworenen Statt und es wurde J., da die Staatsanwaltschaft erklärte, daß sie ihre frühere Anklage nicht mehr festhalte, freigesprochen. Im Weitern wurde verfügt:

1) Sei J. berechtigt, nach Ablauf der Cassationsfrist von der Obergerichtscanzlei die an sie bezahlten Bußen und Kosten zurückzufordern; mit weiteme Ansprüchen an den Staat sei er dagegen abgewiesen.

- 2) Habe M. den Z. mit 1500 Fr. zu entschädigen.
- 3) Seien die Kosten von M. zu bezahlen.
- 4) Sei dieses Urtheil im Amtsblatte zu publiciren.

Dieser Fall veranlaßt uns schließlich, darauf aufmerksam zu machen, wie wünschbar es ist, daß bei Betrugsklagen schon in der Anklageschrift die täuschenden Handlungen in Kurzem bezeichnet werden. Das war hier in der Anklage gegen Z. und K. nicht geschehen, während die Verhältnisse keineswegs so einfacher Natur waren, daß zweifellos vorgelegen hätte, worin Behörden und Geschworene die rechtswidrige Täuschung gefunden haben. Dadurch war die Stellung des Z. hinsichtlich der Restitution sehr erschwert; er konnte sich nicht einfach darauf berufen, daß M. hinsichtlich derjenigen Handlungen, welche als rechtswidrige Täuschung angesehen worden, wissenschaftlich die Unwahrheit gesagt habe, und daher kam es auch, daß er in seinem Restitutionsgesuche, resp. Klageschrift, sich in einer bloßen Critik der Thatsachen und Verhältnisse verlor, welche den Geschworenen bereits vorgelegen hatten.

Es kam also in Frage:

I. Worin hat man seiner Zeit die täuschende Handlung, den Betrug, gefunden?

II. Welche Angaben hat M. dieshalb gemacht, und ist es mit dem Bewußtsein der Unwahrheit geschehen?

III. Wurde dadurch allein oder in Verbindung mit andern Umständen die Verurtheilung Z's herbeigeführt?

Hierüber läßt sich Folgendes bemerken, was wohl auch bei den Geschworenen, welche den M. zu beurtheilen hatten, den Ausschlag geben haben mag:

ad I.

Unmöglich ist wohl vor Allem aus die Annahme, man habe die betrügerische Handlung darin gefunden, daß Z. bei der ersten Zahlung an den Kaufpreis sich 700 Fr. habe abziehen lassen und daß dieses der Wittwe G. verschwiegen worden sei, bis sie zufällig davon Kenntniß erhalten, denn er hat ja für den vollen Betrag von 3000 Fr. quittirt und es wurden also durch jenen Abzug keine Rechte der G. beeinträchtigt. Es war ganz gleichgültig, was mit den 700 Fr. angefangen worden und wem sie zugekommen seien; übrigens lag erwiesen vor, daß Z. sie dem Sch., als dem nach seiner Ansicht darauf Berechtigten, hatte zuwenden wollen.

Ebenso ist auch die Annahme ausgeschlossen, daß man den Betrug in einer bloßen Anpreissung oder übertriebenen Schilderung über den Werth und die Rentabilität des Hauses gefunden habe. Denn in dieser Beziehung war dem Z. nichts vorzuwerfen; er hatte vor dem Kaufabschluß nie mit Wittwe G. gesprochen, als Käufer trat vielmehr zunächst K. auf und wenn dieser der Schilderung Z's Vertrauen

schenkte und es nicht für nöthig hielt, anderweitige Erkundigungen einzuziehen, (er scheint übrigens mit M. das Haus besichtigt zu haben, jedenfalls war es dem Letztern wenigstens oberflächlich bekannt), so war das ganz seine Sache, Z. hatte sich darum nicht weiter zu bekümmern. — Uebrigens wurde der reale Werth des Hauses von einem Baumeister auf 32,000 Fr. und der Kaufwerth von einem andern Sachverständigen auf 35,500 Fr. angeschlagen. Die Differenz zwischen dieser Schätzungssumme und dem Kaufpreise würde also immerhin einige 1000 Fr. betragen und es hätten die Geschworenen, wenn sie den Betrug in einer Täuschung über den Werth des Kaufsobjectes gefunden, jene Differenz als Betrag des Vergehens annehmen müssen, nicht aber, wie sie es gethan haben, erklären können, der Betrag beziehe sich auf einen Betrag unter 800 Fr. u. W. — Zudem lässt sich nicht einmal behaupten, daß der Kaufpreis ein übermäßiger gewesen, wie sich daraus ergibt:

- 1) daß das Haus schon damals für 31,500 Fr. assecurirt war, während bekanntlich in Zürich der Kaufwerth von Häusern die Assecuranzsumme in der Regel sehr bedeutend übersteigt.
- 2) Daß Z., nachdem ihm das Haus im Concuse der Wittwe G. wieder zugefallen war, dasselbe um den nämlichen Preis verkaufte;
- 3) daß der betreffende Käufer nach Verwendung von bloß 935 Fr. und nur 3 Jahre später sogar 51,500 Fr. erlöste.

Es bleibt hienach und da die Anklage auf Betrug im Complot gerichtet war und die Geschworenen die Schuldfrage in diesem Sinne bejaht hatten, nur die Annahme übrig, daß man davon ausgegangen sei, Z. und R. haben vor dem Kaufabschluß sich verabredet, wie sie das Haus um den betreffenden, allerdings etwas hohen Preis, der Wittwe G. anhängen können. In dieser und nur in dieser Beziehung konnte von einem im Complotte verübten Betrug die Rede sein.

#### ad II.

In bezeichneter Richtung hatte M. theils in der Voruntersuchung, theils vor Schwurgericht behauptet: die 700 Fr. (die von der ersten Kaufzahlung abgezogen worden), seien von Z. dem R. überlassen worden „als Judassold, als Spitzbuben-Courtage“ (wie es in einer Gingabe wörtlich heißt), R. habe sich um diesen Preis gewinnen lassen, den Kauf um eine übertriebene Summe zu Stande zu bringen, in der Voraussicht, daß die Käuferin sich dabei ökonomisch erschöpfe und das Kaufsobject nach Leistung möglichst großer Zahlungen wieder werde abtreten müssen.

Diese Darstellung war falsch und zwar wissenschaftlich falsch, denn  
 1) vor dem zufälligen Zusammentreffen auf dem Kaffee am 19. Jenner 1854 hatten Z. und R. einander nie gesehen und nicht gekannt und vor Abschluß des Kaufes nie allein mit einander gesprochen. M. war Zeuge von Allem, was zwischen ihnen vor Abschluß des

Kaufs ging, und hat nie etwas Anderes behauptet, vielmehr zugegeben, daß Z. und K. einander früher nicht gekannt haben. Damit ist die Annahme ausgeschlossen, daß dieselben vor Abschluß des Kaufes eine verbrecherische Verbindung geschlossen haben. Wenn Z. so etwas beabsichtigt hätte, so würde er sich wohl weit eher an M., der ihm bekannt war, gewendet haben.

2) Von den 3000 Fr., die K. als erste Kaufszahlung von Burgdorf gebracht hatte, blieben 700 Fr., der Betrag der von Z. versprochenen Gratification, mit Vorwissen M's in Horgen zurück. Er selbst trug die übrigen 2300 Fr. nach Zürich und war bei der Zahlung an Z. wieder anwesend, hat also auch hier wieder Alles gesehen, was gegangen ist. Er hatte, wie K., der Wittwe G. von der Gratification nichts gesagt, und als sie auf anderm Wege davon Kenntniß erhielt, wollte er durch sein Auftreten gegen Z. und K. offenbar den Unschuldigen spielen und sich bei der G. in Gunst erhalten.

3) Z. weigerte sich anfänglich, bloß 2300 Fr. anzunehmen und den Empfang von 3000 Fr. zu bescheinigen, und diese Weigerung beruhte erwiesenermaßen darauf, daß er fand, die versprochene Gratification gehöre dem Sch. — M. sagt diesfalls: Z. habe anfänglich die Annahme des Geldes verweigert und lange Zeit mit K. gestritten, welcher ihn daran erinnert habe, daß er vor dem Kaufabschluß 700 Fr. versprochen.

4) Die schon früher erwähnten außergerichtlichen Neußerungen M's zeigen zum Überfluß noch weiter, daß es ihm gar wohl bekannt war, wie es sich mit der Gratification von 700 Fr. verhielt.

### ad III.

Außer der Darstellung M's lagen directe Beweise gegen Z. nicht vor. Zur Unterstützung ließ sich blos noch sein übler Leumüden und der Umstand geltend machen, daß er als Häuserspeculant bekannt war und im Rufe stand, daß er bei solchen Geschäften sich schon Unredlichkeiten habe zu Schulden kommen lassen. Die Geschworenen müssen daher, sei es nun mit mehr oder weniger Bewußtsein, dem M. geglaubt haben, sonst hätten sie beim Mangel anderweitiger, auch nur annähernd zureichender Beweise die Schuldfrage nicht bejahen können. Dazu wäre es indeß kaum gekommen, wenn die Geschworenen gewußt hätten, was später bei der Verhandlung gegen M. vorlag, daß nämlich Letzterer in den nämlichen schriftlichen Eingaben, in welchen er den angeblich an Wittwe G. verübten Betrug denuncirte und näher darstellte, auch die wissenschaftlich falsche Anschuldigung vorbrachte, daß ihn Z. um 3496 Fr. bestohlen habe.

Was schließlich den K. betrifft, so mag es scheinen, daß er ebenso gut ein Recht auf Restitution hätte, wie Z., und es ist zwar richtig, daß in Folge der Verurtheilung M's wegen gerichtlicher Verleumdung und in Folge der Restitution Z's die Annahme eines im Complotte

verübten Betrugs ausgeschlossen ist, allein R. hat bis jetzt noch nicht einmal den Versuch gemacht, zur Restitution zu gelangen, und wenn es jemals geschehen sollte, so könnte der Versuch kaum gelingen. Denn so viel ist unzweifelhaft, daß er, R., seine Pflichten als Mandatar der Frau G. zwar weniger in Bezug auf die Anreisung des Kaufgeschäftes, als in anderer Richtung gröblich und in einer Weise verletzt hat, die wohl als eine betrügliche angesehen werden kann.

Das Obergericht des Kantons Zürich hat in Sachen des Gottfried Horlacher, Erdarbeiter, von Birkenlohn, Königl. Württemberg, wohnhaft gewesen in Unterstrass, und der Frau Barbara Homberger, geb. Erni, von Egg, wohnhaft in Unterstrass, Seidenweberin,  
betreffend Gesuch um Restitution,

Da sich ergeben:

a. In der Nacht vom 28. bis 29. Mai vorigen Jahrs sei aus dem Hause des Jakob Stehli von Maschwanden, Erdarbeiter, wohnhaft auf dem Milchbuck in Unterstrass, ein von der Frau Homberger gewobenes, den Herrn Meyer u. Comp. in Zürich gehörendes Seidenstück und eine dem Jakob Stehli gehörige silberne Taschenuhr weggekommen;

Nach den Verumständungen habe fast nothwendig bei der Entwendung eine Person im Hause selbst mitwirken müssen, indem am Abend des 28. Mai das ganze Haus gut geschlossen war, am Morgen des 29. aber die Fenster der Stube im Erdgeschoß, in welcher das Seidenstück und die Uhr sich befunden hatten, offen standen, ohne daß eine Spur eines Einbruchs bemerkbar gewesen wäre. In der fraglichen Nacht haben außer der übelbeleumdeten Frau Homberger, die schon mehrfach wegen Diebstahls bestraften Gottfried Horlacher (Petent) und Heinrich Brändli von Wald, die erstere im Hause, die beiden letzteren auf dem Heu in der dem Stehlischen Hause angebauten Scheune, von welcher man über die Wände ins Haus gelangen konnte, geschlafen, und geständigermaßen habe Horlacher diesen Weg genommen, um einige Stunden des Nachts bei der Frau Homberger zuzubringen. Während der damaligen Untersuchung haben weder Seidenstück noch Uhr gefunden werden können und ebenso wenig haben sich Spuren für die Thäterschaft dritter Personen außer den drei bezeichneten ergeben.

b. Die Staatsanwaltschaft habe nun gegen Horlacher, Brändli und Frau Homberger folgende Anklage gestellt: „Die Angeklagten haben aus dem Hause des Jakob Stehli auf dem Milchbuck Unterstrass in der Nacht vom 28. bis 29. Mai 1859 zu einer Zeit, da die Bewohner des Hauses sich im Schlaf befanden, auf vorhergegangene Vereinbarung hin gestohlen: ein den Herrn Meyer und Comp. in

Zürich gehöriges Seidenwupp, im Werthe von 170 Fr. und eine dem Jakob Stehli gehörige Uhr, im Betrage von 15 Fr.“ — eventuell mit Bezug auf die Barbara Homberger für den Fall der Nichtzulassung oder Abweisung der Hauptklage gegen dieselbe: die Barbara Homberger hat durch Rath oder That vorsätzlich die Vollbringung des gegen Gottfried Horlacher und Heinrich Brandli eingeklagten Diebstahls befördert.“

c. Die Anklagecommission habe diese Anklage zugelassen und das Schwurgericht in Pfäffikon habe unterm 20. Juli 1859 die sämtlichen Angeklagten mit Bezug auf die erstere Anklage (das Seidenwupp) freigesprochen, mit Bezug auf die zweite Anklage dagegen (die Uhr) dieselben des ausgezeichneten Diebstahls im Betrage von 15 Fr. schuldig erklärt und den Brändli zu fünfzehnmonatlicher Buchthausstrafe, den Horlacher und die Frau Homberger je zu sechsmonatlicher Gefängnisstrafe verurtheilt.

d. Gegen dieses Urtheil habe die Staatsanwaltschaft mit Bezug darauf, daß die Frau Homberger hinsichtlich des Diebstahls des Seidenwuppes nicht der Gehülfenschaft schuldig erklärt worden sei, Cassationsbeschwerde erhoben, es habe jedoch das Obergericht durch Beschluß vom 30. August vorigen Jahrs dieses Gesuch abgewiesen.

e. Seither seien sowohl das Seidenstück als die Uhr in den Händen des schon wiederholt wegen Diebstahls bestraften Joh. Jakob Aeppli von Illnau gefunden worden, und es haben die Geschworenen unterm 26. April dieses Jahrs die gegen den Aeppli erhobene Anklage: er sei verdächtig, in der Nacht vom 28—29. Mai 1859 allein oder in Verbindung mit Andern im Hause des Jakob Stehli auf dem Milchbuck, Unterstrass, ein Seidenstück samt Webbaum und eine silberne Uhr im Werthe von ungefähr 190 Franken entwendet zu haben, — verneint, dagegen den Aeppli der Begünstigung dieses Diebstahls schuldig erklärt. Im Fernern haben die Geschworenen den Joh. Jakob Gull schuldig erklärt, dem Aeppli bei der diesem zur Last fallenden Begünstigung des Diebstahls im Hause des Jakob Stehli auf dem Milchbuck Unterstrass wissentlich beförderlich gewesen zu sein;

f. Mit Eingabe vom 19. vorigen Monats stelle Herr Procurator Schneider das Gesuch um Restitution des Gottfried Horlacher und der Barbara Homberger und gründe dasselbe

1) auf §. 171 litt. b. des Gesetzes, betreffend das Strafverfahren, indem die beiden Wahrsprüche vom 21. Juli vorigen Jahrs und vom 27. April d. J. sich durchaus widersprechen. Durch den ersten haben nämlich die Geschworenen den Horlacher und die Homberger des Diebstahls der dem Stehli entwendeten Uhr schuldig erklärt; durch den letztern dagegen sei von den Geschworenen erklärt worden: „Aspar Bosshard von Uezikon-Hombrechtikon ist schuldig, dem von Johann Jakob Aeppli, Schmied von Illnau, in der Nacht vom 28—29. Mai

1859 auf dem Milchbuck in Unterstrass verübtten Diebstahl einer silbernen Uhr im Werthe von 15 Franken wissenschaftlich beförderlich gewesen zu sein.“

Nach diesem Wahrspruch müsse als hergestellt angenommen werden, daß Aeppli, Boshard und Gull hinsichtlich des Diebstahls der Uhr allein inculpiert seien, daß Boshard die Uhr behalten, Aeppli sie ihm gebracht und Gull das Wupp verkauft habe; die Existenz eines weiteren Theilnehmers dagegen werde durch den Wahrspruch vollkommen ausgeschlossen, und es könne weiter also niemand als Begünstiger oder als sei das Verbrechen von ihm verübt, verurtheilt sein.

2) darauf, daß der Wahrspruch bezüglich des Hirlacher und der Homberger mit demjenigen bezüglich des Aeppli im Widerspruch stehe, soweit der Letztere des im Stehliischen Hause verübtten Diebstahls schuldig erklärt worden sei. Durch die Annahme, daß Aeppli gewußt, das Seidenwupp und die Uhr seien gestohlen, und daß er diesen Diebstahl begünstigt, sei auch materiell der gegen Hirlacher und die Homberger gerichteten Anklage die Spitze gebrochen, indem nicht das Reringste dafür vorliege, daß die Restitutionspetenten mit dem Aeppli in Verbindung gestanden seien,

3) auf §. 171 litt. a des Gesetzes, betreffend das Strafverfahren, indem hergestellt sei, daß das Verbrechen, wegen dessen die Verurtheilung stattgefunden, von einem Andern verübt worden sei; die Uhr, welche die Geschworenen als diejenige des Stehli erkannt haben, sei bei Boshard in Ueckikon gefunden worden, also sechs Stunden vom Orte des Diebstahls entfernt, und es habe sie seiner Zeit Aeppli dorthin gebracht. Davon, daß die Petenten mit dem Boshard in Relationen gestanden, finde sich auch nicht die leiseste Andeutung, während es unmöglich sei, anzunehmen, daß Boshard und Aeppli gleich nach dem Diebstahl die gestohlene Uhr von dem Petenten gekauft haben. -- Sowohl die Präsidenten der beiden Schwurgerichte als die Staatsanwaltschaft und die Vertheidiger haben denn auch wiederholt erklärt, die frühere Jury habe angenommen, wer das Wupp gestohlen, habe auch die Uhr gestohlen, und umgekehrt, — und die Geschworenen der früheren Jury selbst haben zu verstehen gegeben, sie seien nur durch juristische Gründe abgehalten worden, die Schuldfrage betreffend den Diebstahl des Seidenwupps gegen die Angeklagten zu bejahen; alles, was daher über den Seidendiebstahl gesagt worden sei, müsse auch auf den Fall wegen der Uhr seine Anwendung finden.

g. Der Substitut des Staatsanwaltes trage auf Verwerfung des Restitutionsbegehrens an, indem er vorerst darauf aufmerksam mache, daß der Anwalt der Petenten ganz unrichtiger Weise immer von einem Boshard von Ueckikon rede und diesen in die Sache hineinziehe, während gegen denselben eine Anklage mit Bezug auf den fraglichen Diebstahl gar nicht erhoben worden sei. Im Weiteren bemerke die Staats-

anwaltschaft: Brändli, Höracher und die Homberger seien seiner Zeit in der Anklage als Compottanten zu einem Diebstahle behandelt worden, und die Geschworenen haben erklärt, es haben diese drei zusammen die Uhr des Stehli gestohlen. Ganz unzweifelhaft sei auch, daß die Geschworenen hinzugefügt hätten: „dieselben Personen haben ferner das Seidenwupp unterschlagen“, indem Uhr und Seidenwupp nicht getrennt werden können. Der Grund, warum die Geschworenen dies nicht gethan, sei offenbar nur darin gelegen, daß von der Staatsanwaltschaft wegen des Seidenwupps nur auf Diebstahl und nicht auch auf Unterschlagung geklagt worden sei, während die Geschworenen in Folge der ihnen ertheilten Belehrung geglaubt, das erstere Vergehen nicht annehmen zu dürfen, weil ja die Homberger das Seidenwupp in ihrem Gewahrsam gehabt habe.

Als später das Seidenstück und die Uhr in den Händen des Neppli gefunden worden, habe die Staatsanwaltschaft angenommen, Neppli sei die vierte Person gewesen, welche dem nunmehrigen Restitutionspetenten und dem Brändli bei Entfernung des Seidenstücks und der Uhr geholfen habe, und es sei daher die Anklage gegen ihn erhoben worden, „allein oder in Verbindung mit Andern“ die fraglichen Gegenstände gestohlen zu haben; hiebei habe allerdings die Staatsanwaltschaft außer Acht gelassen, daß mit Rücksicht auf den Vorgang beim früheren Schwurgerichte die Anklage mit Bezug auf das Seidenwupp eher auf Unterschlagung hätte formulirt werden sollen.

Die Geschworenen haben es aber nicht als bewiesen angenommen, daß Neppli selbst bei der Ausführung des Vergehens thätig gewesen, und ihn bloß der Begünstigung des Diebstahls von Uhr und Seidenstück schuldig erklärt.

Daß zufällig noch ein Joh. Jakob Gull angeklagt worden, dem Neppli beim Verkauf des Seidenstücks behülflich gewesen zu sein, gehöre gar nicht hieher und erscheine mit Bezug auf das Restitutionsgesuch vollständig irrelevant.

Die Geschworenen haben allerdings bei Beurtheilung des Gull außer Acht gelassen, daß sie den Neppli bloß der Begünstigung schuldig erklärt, und sei daher selbstverständlich ihr Wahrspruch gegen Gull dahin gegangen, es sei derselbe schuldig, der Begünstigung des von Neppli, resp. des von den durch Neppli begünstigten Thätern verübten Vergehens.

Die Sache stehe demnach gegenwärtig so: mit dem Wahrspruch der früheren Jury sei gesagt: Frau Homberger, Höracher und Brändli haben die Uhr Stehlis gestohlen und (wie man unbedenklich hinzusetzen dürfe) das Seidenstück unterschlagen.

Mit dem Wahrspruch der letzten Jury sei gesagt: „Neppli habe den Dieb oder die Diebe der Uhr und auch den oder die Diebe des Seidenstücks begünstigt.“

Wer diese Diebe des Seidenstücks, ja wer die Diebe der Uhr seien, das sei in letzterm Wahrspruch weder direct noch indirect gesagt und habe auch nicht gesagt zu werden gebraucht, vielmehr haben sich die letzten Geschworenen gar nicht darum zu kümmern gehabt. Ein Widerspruch läge nun bloß dann vor, wenn die früheren Geschworenen den oben ihnen zugeschobenen Ausspruch (Frau Homberger, Horlacher und Brändli haben das Seidenstück unterschlagen) gethan hätten oder hätten thun können, da damit sich allerdings die Annahme nicht vertrüge, daß Aeppli die Diebe des Seidenstücks begünstigt habe. Ohne jenen Ausspruch aber liege ein formeller Widerspruch nicht vor und materiell würde sich dies dadurch lösen, daß offenbar demjenigen Wahrsprache mit Bezug auf die Qualification der Vorzug und Entscheid gelassen werden müsse, in welchem die Thäter und deren Vergehen genannt werden; es müßte somit der Wahrspruch über Aeppli dahin abgeändert werden, daß er die Thäter eines am 28—29. Mai 1859 verübten Vergehens gegen das Eigenthum (Diebstahl und Unterschlagung) begünstigt habe. Rücksichtlich der Uhr, mit Bezug auf welche einzige die Restitutionspetenten schuldig erklärt worden, bestehe weder formell noch materiell ein Widerspruch zwischen den beiden Wahrsprüchen.

Ebensowenig treffe die Bestimmung des §. 171 litt. a zu. Der frühere Wahrspruch besage nämlich, daß Frau Homberger, Horlacher und Brändli das Vergehen vom 28—29. Mai verübt haben, und ein anderer Thäter sei nicht gefunden. Aeppli sei bloß Begünstiger des oder der Thäter (offen gelassen, wer diese seien); nun könne man allerdings Vermuthungen haben und an Möglichkeiten denken, daß Aeppli das Seidenstück aus anderer Hand, als aus derjenigen der genannten drei Personen habe, aber damit sei ganz und gar nicht gesagt, daß nicht der ursprünglichen Vermuthung gemäß diese vierte Hand mit den drei andern in Verbindung gestanden und nur die Vermittlerin gemacht habe. —

In Erwägung nun,

1) daß mit Rücksicht auf die an die Spitze des Gesuches gestellte Behauptung, es existire zwischen dem seiner Zeit gegen die Petenten erlassenen Wahrsprüche und zwischen demjenigen gegen Caspar Böshard ein Widerspruch, der gemäß §. 171 b des Gesetzes, betreffend das Strafverfahren zur Restitution der Erstern führen müsse, vor Allem aus zu bemerken ist, daß das Citat des unterm 26. April d. J. gefällten Wahrspruchs ganz ungenau ist, indem für's Erste nicht Caspar Böshard, sondern Jakob Gull es war, welcher hinsichtlich des Diebstahls bei Stehli der Begünstigung schuldig erklärt wurde, und für's Andere es in dem Wahrspruche auch nicht heißt, der Angeklagte sei schuldig, dem von Aeppli „verübt“ Diebstahl einer silbernen Uhr beförderlich gewesen zu sein, sondern vielmehr, derselbe sei schuldig,

nach verübtetem Verbrechen dem Mitangeklagten Aeppli mit Bezug auf einen nicht näher bestimmabaren, jedoch immerhin 800 Fr. a. W. übersteigenden Betrag bei dem gegen Aeppli „eingeklagten“ Diebstahle im Hause des Jakob Stehli beförderlich gewesen zu sein;

2) Daß, wenn es sich nun frägt, ob zwischen dem Wahrspruch gegen Gull in seiner richtigen Fassung und demjenigen gegen die Petenten ein Widerspruch bestehe, der im Sinne des Gesetzes als ein „unverträglicher“ angesehen werden müsse, solches unbedingt zu verneinen ist, da es augenscheinlich ungeeignet wäre, anzunehmen, es haben die Geschwornen, welche auf die Frage, ob Aeppli den betreffenden Diebstahl verübt habe, mit „Nein“ antworteten und ihn ausdrücklich nur der Begünstigung schuldig erklärten, dann unmittelbar nachher wieder indirecte aussprechen wollen, es werde Aeppli dennoch als Urheber von ihnen betrachtet, sondern vielmehr klar ist, daß mit dem Ausdrucke, es sei Gull schuldig, dem Aeppli mit auf den gegen ihn eingeklagten Diebstahl bei Stehli beförderlich gewesen zu sein, nichts Anderes gesagt werden wollte, als: es beziehe sich die Begünstigung des Gull eben auf den bei Stehli verübten Diebstahl, wegen dessen von der Staatsanwaltschaft Klage gegen Aeppli erhoben worden sei, woraus folgt, daß dann auch jede weitere Untersuchung darüber, ob von einer Begünstigung der Begünstigung gesprochen werden könne, ob nicht der diesfällige Wahrspruch der Geschwornen gegen Gull, sowie er zu Protokoll fiel, an einem Mangel leide u. s. f. als für die gegenwärtig vorliegende Restitutionsfrage völlig unerheblich sich darstellt; —

3) Daß sodann in Nr. 2 des Gesuches auch ein Widerspruch zwischen dem Wahrspruch gegen die Petenten und demjenigen gegen Aeppli darin gefunden werden will, daß die Geschwornen in dem letztern den Petenten, als den Thäter, welchem Aeppli beförderlich gewesen sein sollte, nicht ausdrücklich erwähnt hätten, woraus hervorgehe, daß dieselben hätten sagen wollen, man wisse nicht, wer die Thäter seien, oder daß sogar die Absicht der Geschwornen dahin gegangen sei, zu erklären, daß „solche, die früher als Thäter bezeichnet worden seien, gar nicht erwiesener Maßen die Thäter seien,“ — dies Alles nun aber schon darum durchaus nicht Stich hält, weil die Geschwornen nach der Fassung der ihnen vorgelegten Frage nicht die mindeste Veranlassung hatten, sich in irgend welcher Weise darüber auszusprechen, wer die Thäter des Diebstahls bei Stehli gewesen seien, und ob sie gerade die Petenten als solche betrachteten;

4) Daß auch auf §. 171 litt. a des Gesetzes, betreffend das Strafverfahren mit Grund sich nicht berufen werden kann, da nach der dieser Gesetzesbestimmung durch die Gerichtspraxis gegebenen Auslegung hohe Wahrscheinlichkeit dafür vorliegen müßte, daß die erst in der Procedur gegen Aeppli und Cousorten zu Tage getretene That-

sache, daß die bei Stehli entwendeten Gegenstände sich sämmtlich im Besitze des Neppli befanden, sofern sie dem urtheilenden Richter seiner Zeit bekannt gewesen wäre, denselben bewogen haben würde, die Petenten freizusprechen, — nun aber die ebenerwähnte Thatsache zur Entkräftung des Schuldbeweises um so weniger als genügend angesehen werden kann, als die Umstände der That darauf führen, daß höchst wahrscheinlich mehrere Personen und zum Theil wenigstens solche, die schon im Hause sich befunden haben, bei dem Diebstahle betheiligt gewesen seien, —

durch Stimmenmehrheit sowohl gegenüber einem Antrage, die Restitution zuzulassen, als hinsichtlich der Begründung  
beschlossen:

- 1) Sei das Gesuch abgewiesen.
  - 2) Tragen die Petenten die Kosten.
  - 3) Sei dieser Beschuß dem Herrn Procurator Dr. Schneider zu Handen der Petenten und dem Staatsanwalte mitzutheilen.
- 

## Auhang.

### 32. Der Purry'sche Proceß. \*)

Die Stadt und Bürgerschaft von Neuenburg befand sich seit 1786 im Vermögen von alten zwei Millionen zweihundertfünfzigtausend

\*) Erst mit 7. Febr. 1861 kam das Urtheil der Redaction zu, welche es nun gemäß ihrem Vorbehalt (oben S. 64) hier einschaltet.

Die sechs erheblichsten Proceßchriften sind folgende:

1. Demande pour l'autorité municipale de Neuchâtel. Lausanne (Corbaz et Rouiller fils) 1859.  
Nach Uebergabe des Streites an das Bundesgericht:
2. Demande de l'autorité municipale de Neuchâtel contre la commune (bourgeoisie) de Neuchâtel. Lausanne (m. impr.) 1860.
3. Réponse de la commune (bourgeoisie) de Neuchâtel contre l'autorité municipale de Neuchâtel. Neuchâtel (Wolfrath et Mikner) 1860. Auch deutsch in Bern (Stämpfli'sche Buchdruckerei) 1860.
4. Réplique vom 12. Apr. 1860. Ohne Druckort.
5. Duplique vom 7. Mai 1860. Ebenso.
6. Neuchatels Einwohnergemeinde und Bürgergemeinde und deren Abkürzungstreit in Betreff der David Purry'schen Stiftungsfonds. Deutsche Bearbeitung der Rechtschriften der Einwohnergemeinde (von Hungerbühler). Solothurn (Zent und Gassmann) 1860.

Ferner ist nun noch erschienen:

Des bundesgerichtlichen Berichterstatters Ed. Blösch Bericht mit Nachtrag. ([Berner] Zeitschrift für vaterländ. Recht. N. Folge I. 337—412.)

livres tournois de Neuchâtel, das ihr von einem ihrer Angehörigen, David Purry in Lissabon, durch Testament vom 30. Jan. 1777 zugewendet worden war. Dieses Vermögen war durch alle Umwälzungen hindurch, die das Gemeinwesen von Neuenburg erschütterten, unangetastet und vorwurffrei von den Behörden dieser Bürgerschaft verwaltet und verwendet worden, als die Einführung der Einwohnergemeinden in das öffentliche Recht von Neuenburg durch Art. 62 der Verfassung vom 30. Apr. 1848 die Veranlassung wurde, die Angehörigkeit dieses Vermögens in Zweifel zu ziehen. Ein Gesetz vom 28. Sept. 1850 hatte nach mehrfacher Umarbeitung die Verhältnisse der Bürgergemeinden und der Einwohnergemeinden hinsichtlich des alten Bürgerschaftvermögens geregelt. Auf Grund dieser Bestimmungen traten nun allmälig neben den alten Bürgergemeinden solche Einwohnergemeinden ins Leben. Unmittelbar nach der Schilderhebung vom 3. Sept. 1856 wurde vom Staatsrath der Burgerrath von Neuenburg eingestellt und während seiner Einstellung die Einwohnergemeinde auch für Neuenburg durch Gesetz vom 29. Sept. 1856 eingeführt.

Bei den Verhandlungen, welche zu Paris für Regelung der öffentlichen Verhältnisse eröffnet wurden, hatte im Blick auf die sich nun erhebenden rechtlichen Schwierigkeiten zwischen den beiderlei Gemeinden der Vertreter von Preußen folgenden Vertragsartikel vorgeschlagen:

Art. 7. Les capitaux et les rentes des fondations pieuses, des institutions privées d'utilité publique, des hospices bourgeois ou communaux ou des Chambres de charité, de l'Eglise et de la Compagnie des pasteurs, seront respectés par l'Etat, qui ne pourra en devenir ni le propriétaire, ni l'administrateur; la même garantie sera donnée à la fortune léguée par M. le baron de Purry à la Bourgeoisie de Neuchâtel, qui conservera la libre disposition des revenus de cette fortune, pour les employer conformément au testament du donateur.

La Suisse garantira l'exécution du présent article.

Auf die Einwendungen des bündesräthlichen Vertreters ward aber die Schlusfredaction nun folgende:

Art. 7. Les capitaux et les revenus des fondations pieuses, des institutions privées d'utilité publique, ainsi que la fortune léguée par le baron de Purry à la Bourgeoisie de Neuchâtel, seront religieusement respectés; ils seront maintenus conformément aux intentions des fondateurs et aux actes qui ont institué ces fondations, et ne pourront jamais être détournés de leur but.

Das Endergebnis der Verhandlungen zwischen den Streit-Parteien und dem Staatsrath war eine Übereinkunft vom 29. Juni 1859, durch welche die Streitigkeiten auf sechs Punkte zurückgeführt erscheinen, von welchen fünf der Entscheidung des Staatsraths von Neuenburg und eine dem Bundesgerichte compromissweise übertragen wurde, nämlich die

Auslegung des Purry'schen Testaments. Nach Hebung neuer Anstände, welche der Staatsrath durch Vorbehalte in die Sache gebracht hatte, übernahm das Bundesgericht (25. Nov. 1859) den Austrag der Ansprüche, welche die Einwohnergemeinde folgendermaßen formulirt hatte:

1. Es sei dem Purry'schen Testamente die Auslegung dahin zu geben, daß dasselbe eine Stiftung instituire, kraft welcher die mit der öffentlichen Verwaltung (Medität) der Stadt Neuchâtel beauftragte Behörde, weß Namens immer, auch beauftragt erscheine, deren Vermögen zu verwalten und die Einkünfte des letztern stiftungsgemäß zu verwenden;

2. daß die Purrysche Stiftung denjenigen Behörden übergeben werden müsse, denen von Gesetzes wegen die im Testament erwähnten Attribute zukommen, und zwar einer jeden nach Maßgabe der ihr zukommenden Attribute;

3. daß folglich acht Gehalte des Stiftungscapitals, das heißt Fr. 3,922,411, der Einwohnergemeinde, so lange dieser die gesetzlichen Obliegenheiten des Unterhalts der Tempel und Orgeln, die Besoldung der Primarlehrer, sowie die öffentlichen Arbeiten und Verschönerungen überbunden sind, übergeben werden müssen;

dass eventuell, insofern die Verwaltung des Purry'schen Stiftungsvermögens den Behörden der Burgergemeinde überlassen bliebe, letztere verpflichtet werden, die Summe von Fr. 150,674 behufs Verwendung im Sinne des dritten Rechtsgeuchs alljährlich an die Einwohnergemeinde verabfolgen zu lassen.

Das Bundesgericht, durch Spruch d. d. Bern, vom 1. Dec. 1860, entschied:}

Da sich ergeben:

A. Im Jahre 1709 sei zu Neuenburg David Purry, aus einer dortigen bürgerlichen Familie herstammend, geboren worden; in früher Jugend habe derselbe seine Vaterstadt verlassen, zuerst in Marseille, dann in Lissabon dem Handel sich gewidmet, und es sei ihm in letzterer Stadt gelungen, sich ein sehr bedeutendes Vermögen zu erwerben, wovon er schon bei seinen Lebzeiten einen Theil zur Unterstützung von milden Anstalten und Angehörigen der Stadt Neuenburg und für öffentliche bauliche Zwecke dieser Stadt verwendet habe.

B. In einem unterm 12. Dec. 1769 an seinen Freund, den Bürgermeister Peter Quinche zu Neuenburg, gerichteten Brief habe David Purry von demselben sich folgende Aufschlüsse erbeten: „Je désire savoir qui sont les véritables représentants de votre Ville de Neuchâtel, comme aussi si la dite Ville et la Bourgeoisie ne font ensemble qu'un seul et même corps, ou s'ils en composent deux différents; vous me ferez plaisir, si vous le pouvez, de m'éclairer là-dessus à votre commodité;“ von Herrn Quinche sei dann unterm 8. Apr. 1770 erwidert worden: „La Ville et la Bourgeoisie de Neuchâtel ne font

qu'un seul corps; les représentants de la Ville, Bourgeoisie et Communauté de Neuchâtel sont le Conseil général de la Ville de Neuchâtel, lequel est composé du Petit et du Grand-Conseil; le Petit est ce qu'on appelle le Conseil et la Justice, composé de 24 membres qui ont la qualité particulière de Juges en matières civiles et criminelles. Le Grand, qui est de 40 membres, représente particulièrement la Communauté de Neuchâtel; "in Erwiederung hierauf habe unterm 15. Mai 1770 David Purry in einem Briefe an Herrn Quinché Folgendes bemerkt: „Je vous remercie pour l'information, que les représentants de la Ville, Bourgeoisie et Communauté de Neuchâtel sont le Conseil général de la dite Ville, composé du Petit-Conseil des Vingt-Quatre et du Grand-Conseil des Quarante; étant ce que je désirais de savoir au juste. Quoique je n'aie plus de correspondance à Neuchâtel qu'avec vous, mon cher Monsieur, je ne laisse pas d'en conserver toujours le même bon souvenir.“

C. Am 31. Mai 1786 sei David Purry zu Lissabon gestorben und zwar mit Hinterlassung eines Testaments d. d. 30. Jan. 1777, welches nebst zahlreichen Vermächtnissen unter anderm folgende letzwillige Verfügung enthalte:

„J'institue et nomme pour héritiers universels du restant de tous mes biens, tant présens que futurs, la Ville et Bourgeoisie de Neuchâtel en Suisse, ma patrie, pour en faire les usages ci-après nommés, auxquels uniquement et de toutes façons je les destine, afin que les bourgeois de la dite ville, mes compatriotes, y participent selon mes intentions et en reçoivent le principal bénéfice, quoique d'une manière indirecte. Je pense, que la dite Ville et Bourgeoisie de Neuchâtel en Suisse sont représentées par le Conseil-Général de la dite ville, composé du Petit-Conseil, que l'on nomme des Vingt-Quatre, et du Grand-Conseil, que l'on nomme des Quarante; mais s'il en fût autrement, et que la dite Ville et Bourgeoisie fussent représentées simplement par les Quatre Maîtres-Bourgeois de la dite ville, que l'on nomme communément Messieurs les Quatre Ministraux, ou soit par les dits Magistrats avec l'un ou l'autre des susdits Conseil-Bourgeois, ou conjointement avec tous les deux, ou enfin par tel autre Corps, Membres ou Communauté de Bourgeois, que se soit ou puisse être, quand même ils ne seraient point ici dénommés; c'est aux représentants de la Ville et Bourgeoisie de Neuchâtel en Suisse, quels qu'ils soient, que je commets le bon ménagement et la sage administration de tous mes biens, je dis, du restant de tous mes biens, tant présens que futurs, dont je les prie de vouloir bien se charger comme d'un dépôt public et sacré qui leur est confié, pour en faire deux portions égales et les appliquer chacune séparément et le plus-tôt qu'il se pourra, aux usages ci-après, auxquels uniquement les dits biens sont destinés, savoir:

La première portion devra être employée en œuvres pieuses et de charité, telles que la réparation et réédification des temples sacrés de la dite ville de Neuchâtel, l'entretien des orgues dans les susdits temples, l'augmentation des revenus affectés aux pasteurs ou ministres du St. Evangile de la dite ville; l'augmentation des revenus affectés pour les régens et maîtres d'école, dédiés à l'enseignement et à l'éducation de la jeunesse, surtout des enfants de bourgeois qui auront besoin de secours; assister la Chambre de charité dans ces œuvres pieuses, notamment pour le soutien de l'Hôpital de la dite ville, ou tels autres objets de même nature, jusqu'où pourra s'étendre cette première portion de la demi du restant de tous mes biens, selon que les susdits représentants de la Ville et Bourgeoisie de Neuchâtel, jugeront être le plus convenable et bien appliquée.

La seconde portion ou autre demi du restant de tous mes biens est destinée et devra être totalement appliquée à l'accroissement, à l'embellissement et à la perfection des ouvrages publics de la dite ville de Neuchâtel, que les susdits représentants jugeront être les plus décents, les plus utiles et les plus nécessaires, tant pour la commodité que pour l'agrément des bourgeois de la dite ville et de ses habitans, tels que sont les édifices publics, les ponts, les chaussées, les fontaines et autres embellissements, les promenades de la dite ville et de ses environs, le tout suivant qu'il sera promptement déterminé par les susdits représentants, sans que le Prince Souverain de la Comté de Neuchâtel puisse y intervenir en aucune façon.“

D. Das Testament von David Purry sei zur Vollziehung gelangt und in Folge dessen die Verwaltung der Stadt und Bürgerschaft von Neuenburg in den Besitz seines Nachlasses eingesetzt worden, welcher nach Abzug der Legate auf ca. 2,250,000 livres tournois de Neuchâtel sich belaufen und in Folge gemachter Ersparnisse auf die Summe von Fr. 4,903,014 — sich vermehrt habe.

E. Zur Zeit des Todes von David Purry sei das Gemeindewesen der Stadt und Bürgerschaft von Neuenburg in folgender Weise geordnet gewesen:

Es habe damals nur eine Gemeinde-Corporation bestanden, welche unter dem Namen der allgemeinen Bürgerschaft (Générale Bourgeoisie) alle in vollem Genusse der bürgerlichen und politischen Rechte stehenden Bürger vom angetretenen 18. Altersjahr an in sich geschlossen habe, und von welcher die Wahl des Bannerträgers (Banneret) vorgenommen worden sei; daneben haben zwei Classen von Bürgern existiert, nämlich die innern (internes ou communiers) und die äussern (forains ou externes); von den erstern ausschliesslich sei das Recht des Genusses der Gemeindegüter und die Besorgung der Geschäfte der Bürgerschaft geübt worden; die zweite Classe habe nie eine besondere corporative Organisation besessen, wie denn auch der Unterschied zwischen

den innern und äussern Burgern ein rein persönlicher gewesen sei, da innere Burger außer der Stadt und äußere Burger innerhalb der Stadt gewohnt haben; an der Spitze der burgerlichen Verwaltung seien die Vier-Räthe (Quatre-Ministraux), der Kleine Rath, gebildet aus 24 Mitgliedern, und der Große Rath von 40 Mitgliedern gestanden; die fraglichen Räthe haben sich durch sich selbst ergänzt; die nicht zur Bürgerschaft gehörenden Bewohner der Stadt Neuenburg haben weder Anteil an der Verwaltung noch irgend welche politische Rechte, noch irgend welchen Nutzen an den Gemeindegütern, noch auch nur eine corporative Organisation gehabt; hiernach liege unter den Parteien außer Widerspruch, daß zur Zeit des Todes von David Purry und bis ins Jahr 1856 die Behörden der Bürgergemeinde, als mit der Verwaltung des Burgherguts und dem Aedilen-Amte betraut, von Gesetzes wegen allein befähigt gewesen seien, das Testament von David Purry zur Vollziehung zu bringen.

F. Durch eine von der neuenburgischen Regierung unterm 3. März 1832 bestätigte Verordnung der Quatre-Ministraux und des Conseil-Général de la Ville et Bourgeoisie de Neuchâtel sei in der dortigen Gemeinde-Verfassung folgende Änderung getroffen worden: „La qualité et les droits de Bourgeois Internes et Communiers sont accordés gratuitement à tous les Bourgeois Externes ou Forains de Neuchâtel et à leurs descendans légitimes, bien entendu et sous la réserve expresse, que la Communauté restera et sera en tous temps composée exclusivement des Bourgeois de Neuchâtel ayant leur domicile dans la ville ou sa banlieue, lesquels seuls auront le droit de siéger, et de délibérer en Communauté, et pourront seuls être nommés Membres du Grand-Conseil de la dite Ville. La présente Concession ne pourra donner ouverture à aucune réclamation de la part des bourgeois qui ont, jusques ici, soit leurs auteurs, acquis le droit de bourgeoisie interne et communauté à prix d'argent.“

G. Unterm 1. März 1848 sei zu Neuenburg die Republik proklamirt und in Folge dessen am 30. Apr. 1848 eine neue Verfassung und am 13. Mai ein règlement constitutif de la Bourgeoisie de Neuchâtel zu Tage gefordert worden; aus der erstern werde insbesondere hervorgehoben der Art. 62, dahin lautend: „La loi déterminera l'organisation plus spéciale des communes et de leurs attributions: elle pourra créer des municipalités, si le besoin l'exige, en respectant les droits garantis aux communes quant à leurs biens;“

aus dem vom Staatsrathe des Kantons Neuenburg genehmigten Reglement für die Bürgerschaft finden hier folgende Bestimmungen vormerkung:

Art. 1. La bourgeoisie se compose de tous les bourgeois résidans en Ville, hors de la ville ou à l'étranger sans distinction.

Art. 2. Tous les bourgeois sont également admissibles aux em-

plois de l'administration et jouissent des mêmes droits; toutefois ceux qui résident en Ville recevront seuls annuellement une demi toise de bois de sapin ou de chêne, par feu-tenant, sans frais.

Art. 4. Tout fonctionnaire devra nécessairement posséder la qualité de bourgeois et résider en Ville.

Art. 18. Le conseil de bourgeoisie se compose de conseillers élus directement au scrutin secret par les bourgeois réunis en assemblées de districts dans la portion de un représentant pour cinquante bourgeois, toute fraction au dessus de vingt-cinq comptera pour cinquante.

Art. 19. Il y a sept districts, savoir:

Le district de Neuchâtel	nomme . . . . .	8 Conseillers
- de Couvet	- . . . .	6 -
- de Boudry	- . . . .	5 -
- de St. Blaise	- . . . .	3 -
- du Val de Ruz	- . . . .	1 -
- de LaChauxdefonds	- . . . .	2 -
- du Locle	- . . . .	2 -
		27 Conseillers.

H. Der Große Rath des Kantons Neuenburg habe am 30. März 1849 ein Gesetz „sur les Communes et Bourgeoisies“ erlassen, und in dasselbe wesentlich die nachstehenden Vorschriften aufgenommen:

Art. 1. „Les Communes et Bourgeoisies administrent leurs biens sous la haute surveillance de l'Etat (art. 59 et 61 de la Constitution).

Art. 2. Les biens des Communes et Bourgeoisies ne peuvent être engagés ni aliénés sans l'autorisation du Conseil d'Etat.

Art. 4. Les biens communaux sont destinés avant tout à pourvoir aux dépenses locales ou générales qui sont à la charge des Communes et Bourgeoisies (art. 60 de la Constitution).

Art. 10. L'administration des affaires de la Commune et Bourgeoisie est répartie entre deux Conseils, savoir:

1. L'Assemblée générale de la bourgeoisie ou de la communauté;

2. le Conseil administratif.

Art. 13. L'Assemblée générale a les attributions suivantes:

1. Elle élabore, modifie ou change son règlement intérieur, sous l'approbation du Conseil d'Etat.

2. Elle nomme au scrutin secret les membres du Conseil administratif ou du Conseil représentatif, mentionnés à l'article 10 de la présente loi, et en détermine les attributions.

3. Elle nomme aussi son bureau, la Commission chargée de l'examen des comptes du Conseil administratif, ainsi que toutes autres Commissions, qu'elle juge nécessaire.

4. Elle contrôle le budget annuel des recettes et des dépenses de la corporation.

5. Elle délibère et vote sur toutes les propositions qui lui sont faites et qui se rapportent:

a) A la réception et à la reconnaissance de membres de la corporation;

b) à l'achat, la vente et l'échange d'immeubles;

c) aux taxes communales;

d) au traitement ou salaire des fonctionnaires ou employés de la corporation;

e) à la création de nouveaux emplois;

f) à toute dépense excédant la compétence du Conseil administratif, d'après le règlement de la Commune ou Bourgeoisie;

g) aux règlement sur la police locale, l'administration des forêts et des biens communaux, et la participation aux bénéfices de la Commune ou Bourgeoisie. —

6. Enfin, l'Assemblée générale régularise tout ce qui ressortit à l'Administration communale ou de bourgeoisie dont elle ne se serait pas formellement déchargée sur une autre Autorité, ou que la loi n'en aurait pas chargée.

Art. 24. Sous la réserve mentionnée art. 13 §. 2 le Conseil administratif a les attributions suivantes:

1. Il nomme et révoque tous les agents et employés subalternes de l'Administration communale ou de bourgeoisie;

2. Il révise, élaboré et soumet à l'Assemblée générale les règlements d'administration.

3. Il administre, dans les limites fixées par le règlement et sous la réserve du contrôle de l'Assemblée générale, tous les biens et revenus de la Commune et Bourgeoisie.

4. Il exerce (sans préjudice aux attributions conférées aux Préfets par la loi du 15 juin 1848) la police locale et les autres fonctions que les lois et ordonnances mettent à la charge des Communes et qui se rapportent particulièrement:

a) à l'ordre, la tranquillité et la sûreté publiques;

b) à la salubrité;

c) à l'instruction publique, dans les limites de la loi scolaire;

d) à la santé publique, en exerçant une surveillance sur la vente des vivres et des denrées et sur les boucheries, etc.;

e) à la police des foires et marchés;

f) à l'expédition des certificats d'origine pour les vins et autres produits du sol et de l'industrie;

g) à la voirie;

h) au recensement de la population, à la formation des tableaux de statistique et à la confection des listes électorales;

- i) à l'expédition des actes d'origine ou de reconnaissance de bourgeoisie;
- k) aux publications et affiches des actes officiels;
- l) à la vérification et à la reconnaissance des bornes, délimitations et clôtures communales;
- m) enfin, à la police relative aux pâturages publics, aux forêts etc. etc.

I. Ein weiteres unterm 28. Sept. 1850 vom Großen Rath erlassenes Gesetz über die Municipalitäten (Loi Municipale) enthält wesentlich folgende Vorschriften:

Art. 1. „La circonscription de la Municipalité est déterminée par le Grand-Conseil. Dans la règle, elle est la même que la circonscription communale.

Art. 2. Dans les Communes et Bourgeoisie où le système municipal est substitué au régime communal, toutes les charges comme toutes les attributions et la compétence données par la Constitution et par les Lois et Ordonnances aux Communes et Bourgeoisies, passent de plein droit à la Municipalité.

Les Communes et Bourgeoisies conservent la propriété, la jouissance et l'administration de leurs biens, et continuent à pourvoir aux services publics dont l'art. 2 du Décret du 27 septembre 1850 les envisage comme chargées, sans toutefois que cette charge puisse excéder les ressources dont la Commune peut disposer, après avoir pourvu à l'entretien de ses pauvres et à ses frais ordinaires d'administration.

Art. 14. L'administration municipale est répartie entre deux Conseils:

- a) le Conseil général;
- b) le Conseil municipal.

Art. 26. Indépendamment des pouvoirs que le Conseil général ou la Loi pourraient transmettre au Conseil municipal, il a les attributions suivantes:

- a) Il nomme et révoque tous les agents et employés de l'administration;
- b) Il élabore, révise et soumet à l'Assemblée générale les Règlements d'administration;
- c) Il administre, dans les limites fixées par la Loi et par les Règlements et sous le contrôle du Conseil général, tout ce qui entre dans le domaine de la Municipalité;
- d) Il propose au Conseil général le budget annuel et les crédits supplémentaires, ainsi que les voies et moyens pour couvrir les dépenses et le tableau de classification des contribuables;
- e) Il pourvoit provisoirement, et sous réserve de l'approbation

du Conseil général, à la classification des nouveaux contribuables qui viennent s'établir dans le ressort;

f) Il perçoit les taxes et revenus municipaux et en fait l'application, conformément aux prévisions du budget;

g) Il exerce, sans préjudice aux attributions conférées aux Préfets par la loi du 15 juin 1848, la police locale et les autres fonctions que les Lois et Ordonnances mettent à la charge des Communes et des Municipalités, et qui se rapportent particulièrement:

A l'ordre, la tranquillité et la sûreté publiques;

A la salubrité;

A l'instruction publique dans les limites de la loi scolaire;

A la santé publique, en exerçant une surveillance sur la vente des denrées, sur les boucheries et sur les fontaines publiques;

A la police du feu dans les limites de la Loi, à celle des constructions et alignements, et à celle des foires et marchés;

A l'expéditions des certificats d'origine pour les vins et autres produits du sol et de l'industrie;

A la voirie;

Au recensement de la population, à la formation des listes électorales et des tableaux de statistique;

Aux publications et affiches des actes officiels.

K. Im Monat Juni 1848 habe der Conseil Administratif der Bourgeoisie zu Neuenburg beim Staatsrathé des dortigen Cantons die Beugniß auszumürfen versucht, den Titel „Conseil Administratif de la Ville et Bourgeoisie de Neuchâtel,“ wie derselbe früher gebraucht worden sei, fernerhin fortführen zu dürfen, darauf sei ihm vom Staatsrathé mittelst Schreibens vom 20. Juni 1848 Folgendes erwiedert worden:

„Vous ne doutez certainement pas, Messieurs, du haut intérêt que le Gouvernement de la République porte à la nouvelle administration de la Bourgeoisie, et de son désir de la voir chaque jour se consolider d'avantage. Il ne peut vous donner une preuve mieux raisonnée de cet intérêt, qu'en refusant d'adhérer à vos voeux, parce qu'il envisage que cette concession pourrait être dans l'avenir une source de difficultés bien plus sérieuses que celles dont votre lettre nous entretient, à mesure quelle placerait l'administration en pleine contradiction avec son origine. Sans doute aujourd'hui la question, envisagée sous ce point de vue, a peu d'actualité, mais ayant quelques années, quelques mois peut-être, l'addition de ce simple mot Ville pourrait devenir le prétexte et l'occasion d'un nouveau schisme et servir de prétextes à des prétentions que le Conseil administratif comme le Gouvernement, devront écarter.

Veuillez, Messieurs, ne pas oublier que l'Administration doit son existence précisément à la suppression, non pas de la Ville de Neuchâtel, bien entendu, mais du mot Ville, et des idées qui s'y rat-

tachent, que toute la querelle entre les externes et les internes avait pour base cette question. Y-a-t-il une *Commune* et une *Bourgeoisie* de Neuchâtel, chacune avec des droits distincts ou y-a-t-il une bourgeoisie pure et simple? La Bourgeoisie l'a résolue dans ce dernier sens et le Grand-Conseil a confirmé la solution admise par la bourgeoisie en écartant par un ordre du jour la réclamation des bourgeois de la Ville; c'est donc aujourd'hui un fait accompli et qu'il faut accepter avec toutes les conséquences, sans qu'il soit possible de revenir en arrière.

C'est en partant de ces principes et de ces éléments que la Bourgeoisie a adopté un Règlement qui porte pour titre et à dessein non pas règlement de la Ville et Bourgeoisie de Neuchâtel, mais simplement règlement de la Bourgeoisie de Neuchâtel. C'est encore pourquoi ce règlement a qualifié son administration, Art. 26, *Conseil administratif*, sans y ajouter aucune autre dénomination, afin qu'il demeurât parfaitement établi que la Bourgeoisie se composait uniquement de *tous les bourgeois*, quelle que fût leur résidence et non pas des bourgeois de la *Ville*, et de bourgeois de la *Campagne* distinctement."

L. Durch Schlusnahme des Grossen Rates vom 29. Sept. 1856 sei die Stadt Neuenburg zur Municipalität erhoben worden, und es seien sodann in Folge eines unterm 14. Juni 1859 zwischen den Abgeordneten der Einwohnergemeinde und denjenigen der Burgergemeinde von Neuenburg durch Vermittlung einer staatsrathlichen Commission erzielten Vertrags diejenigen öffentlichen Verwaltungszweige, welche gesetzlich unter die Obsorge der Einwohnergemeinde gehören, an dieselbe übertragen worden, wie namentlich: das Straßenwesen, in sich begreifend den Unterhalt der Vicinalwege, der Gassen, Quais, Promenaden, öffentlichen Plätze, der Kanäle, Häfen und Seeufer, die öffentliche Beleuchtung mit dem dazu gehörigen Apparate, die öffentlichen Bäder, die Gottesäcker le Mail und von Serrières, die Brücken von Neuchâtel und von Serrières, die öffentlichen Brunnen und Wasserleitungen, die Obsorge über alle Primarschulen, über die Grassischulen des Bercles, über das Töchter-College, über die drei untern Knabenklassen, über die französischen Abtheilungen der 4., 3., 2. und 1. Klassen des gleichen College, sowie über die Abendschulen, mit Vorbehalt der Fragen, welche auf den Secundar- und den höhern Unterricht Bezug haben; gegen Uebernahme der bezeichneten und anderer Verwaltungszweige sei der Einwohnergemeinde die Bezahlung einer jährlichen Rente von Fr. 65,000, wovon Fr. 25,000 für den Privatunterricht verwendbar, durch die Bürgergemeinde zugestichert worden.

M. In dem unterm 26. Mai 1857 zu Paris abgeschlossenen Staatsvertrag, concernant le règlement de l'affaire de Neuchâtel, habe unter

Artikel 7. die nachstehende Stipulation Aufnahme gefunden: „Les capitaux et les revenus des fondation pieuses, des institutions privées d'utilité publique, ainsi que la fortune léguée par le baron de Purry à la Bourgeoisie de Neuchâtel, seront religieusement respectés; ils seront maintenus conformément aux intentions des fondateurs et aux actes qui ont institué ces fondations, et ne pourront jamais être détournés de leur but.“

Über den Sinn und die Bedeutung dieses Artikels äußere sich der schweizerische Bundesrath in seiner unterm 8. Juni 1857 an die Bundesversammlung erlassene Botschaft folgendermaßen: „In der That stellt der Artikel eine Beschränkung auf, insofern er einen Eingriff auf die Capitalien oder Einkünfte der Stiftung gegen den Willen der Stifter untersagt. Allein er enthält keine hemmende Bestimmung hinsichtlich der Gemeindeverwaltung, gegenüber welcher der Staat nach wie vor dem Vertrage im vollen Besitze seiner Befugnisse verbleibt. Was sodann ein Vorgehen der Mächte betrifft, so könnte ein solches sicher anlässlich einer Vertragsverletzung eintreten, immerhin aber erst im äußersten Falle. Diese Möglichkeit findet sich in allen internationalen Verträgen und kann übrigens ebensowohl für die Schweiz bezüglich der ihr günstigen Bestimmungen des Vertrages, als gegen sie für die ihr lästigen in Anspruch genommen werden.“

N. In der neuen Verfassung des Kantons Neuenburg vom 24. November 1858 verdienen folgende, übrigens ihrem wesentlichen Inhalte nach derjenigen vom Jahr 1848 entzogenen Vorschriften Berücksichtigung:

Art. 65. Toutes les Corporations connues sous le nom de Bourgeoises et de Communes prendront désormais la dénomination uniforme de „Communes“ et sont soumises à la même Loi.

Art. 66. La Constitution garantit les biens des Communes et des corporations, et leur en remet l'administration.

Art. 67. Le produit de ces biens doit être employé pour satisfaire avant tout aux dépenses locales ou générales mises par la Loi à la charge des Communes ou corporations; toutefois ceux de ces biens qui avaient une destination particulière, continueront à être employés conformément aux intentions des donateurs.

Art. 69. La Loi détermine l'organisation plus spéciale des Communes et leurs attributions; elle peut créer des Municipalités, si le besoin l'exige, en respectant les droits garantis aux Communes quant à leurs biens.“

O. Der Anwalt der Klägerin begründete die von ihr aufgeworfenen Rechtsbegehren:

1. Durch die Qualität der leßtwilligen Verordnung von David Purry als einer Art Fidei-Commiss, indem, während sonst der Austritt einer Erbschaft das freie Verfügungrecht über dieselbe in sich schließe, hier dieselbe „un dépôt public et sacré“ bleiben müsse, und

indem nur die Zinse im Interesse der Stadt und Bürgerschaft Neuenburg zu gewissen vom Erblässer genau bestimmten Zwecken verwendet werden dürfen, wornach die Aedilität, die Kirche, Schule und das Armenamt von Neuenburg als die eigentlichen Rechts-Subiecte der Purry-Stiftung erscheinen;

2. Durch die in der Stiftungsurkunde klar ausgesprochene Tendenz, die Früchte des Vermögensnachlasses nicht nur den Bürgern von Neuenburg, sondern auch den dortigen Einwohnern zu Statten kommen zu lassen, welche Zweckbestimmung sich ergebe, einerseits aus den die Gesamtheit der Bürger und Einwohner in sich begreifenden Worten: „ville ei bourgeois“, andererseits weil überdies im Testamente der „habitons“ ausdrücklich gedacht sei;

3. Dadurch, daß die Bürgergemeinde und ihr Organ, der Conseil administratif sich nicht mehr in der gesetzlichen Möglichkeit befinden, die Bedingungen, welche der Testator seiner Vergabung zu Grunde legte, zu erfüllen; weder die Bürgergemeinde noch ihr Rath können öffentliche Arbeiten anordnen, Verschönerungen an Gebäuden, Straßen und Quais beschließen, Verbesserungen im öffentlichen Unterrichte einführen; alle diese und andere Befugnisse seien auf die Municipalität und den Conseil municipal übergegangen; dieses habe der Testator vorausgesehen, und daher sei von ihm vorsorglich die Vollstreckung seines letzten Willens jedem andern „Corps, Membres ou Communauté de Bourgeois, que ce soit ou puisse être, quand même ils ne seraient point ici dénommés“ übertragen worden; nur durch die Municipalität und ihre Organe könne hiemit das Testament seine Realisirung finden und dürfe sie auch finden;

4. Durch die factische Anerkennung, welche jedenfalls betreffend die Herausgabe der Zinse der Purry-Stiftung an die Klägerin, von Seite der Beklagten in dem Vorgange liege, daß sie sich im Wege des Vergleiches entschlossen habe, aus den alten Gemeinde-Fonds die Municipalität in der Erfüllung ihrer Aufgabe für Besorgung der Gemeinde-Polizei, der Aedilität und des Primar-Schulwesens zu unterstützen; so weit die Bürgergemeinde noch diejenigen Attribute besitze, wonach sie sich in der Lage befnde, das Purry'sche Testament zu vollstrecken, werden Klägerischerseits keine Ansprüche auf den Nachlaß erhoben; allerdings sei es nun äußerst schwer, ja beinahe unmöglich, die für jeden in der Purry'schen Stiftung bezeichneten Verwaltungszweig gemachten Verwendungen im Durchschnitte zu bestimmen; nach approximativer Berechnung belaufen sich die Jahreseinkünfte vom Nachlaß auf Fr. 188,344; hievon sei zu verwenden:

auf die öffentlichen Arbeiten die Hälfte mit . . . . Fr. 94,172. —

für den Unterhalt der Kirchen und Orgeln und für

die Vermehrung des Gehaltes der Schullehrer

werden berechnet . . . . . = 56,502. —

Summa Fr. 150,675. —

Demnach falle die Verwendung von circa  $\frac{8}{10}$  der Interessen in die Verfügungsgewalt der Klägerin, und circa  $\frac{2}{10}$  verbleiben der Beklagten.

P. Sein Gesuch um Abweisung der Klage rechtfertige der Anwalt der Beklagten folgendermaßen:

1. Die leßtvillige Verordnung von David Purry qualifiziere sich in keiner Weise als eine Fideicommiss-Stiftung, welches Institut deutschen Ursprungs wie nach französischem allgemeinem, so auch nach Neuenburgischem Particular-Rechte sogar verboten sei, sondern als eine Erbeinsetzung sub modo; als Erbe sei eingesezt worden: „la ville et bourgeoisie de Neuchâtel,“ welche Namen seit Jahrhunderten die dortige Bürgerschaft geführt habe; und wenn der Erblasser allerdings die Möglichkeit einer veränderten Organisation der Körperschaft und ihrer leitenden Behörden vorausgesehen, so habe er dabei nicht unterlassen, den Worten: „Corps Membres ou Communauté,“ auf welche sein Vermögen übergehen würde, den bezeichnenden Ausdruck: „de Bourgeoisie“ beizufügen; bei Erbeinsetzungen sub modo gehe die Absicht des Testators nicht etwa dahin, die Erwerbung des Rechtes ungewiß zu machen oder dessen Wirksamkeit zu verzögern, sondern den Genuß desselben zu normieren; hier sei dieses auf eine Weise geschehen, welche vom eingesezten Erben, der Bürgerschaft, nicht nur nie bestritten, sondern während der 70 Jahre ihres unangefochtenen Besitzstandes gewissenhaft beobachtet worden sei; ein Gleiches werde für die Zukunft beabsichtigt;

2. Verfassung und Gesetze des Kantons Neuenburg schern der Beklagten die Unverleidlichkeit ihres Eigenthums und Verwaltungsrechts; zum Beweise hiefür bedürfe es nur der Anrufung der Art. 66 67 und 69 der Verfassung vom 26. October 1858 und des damit im Zusammenhange stehenden Art. 1 des Gesetzes vom 30. März 1849 und Art. 2 desjenigen vom 28. September 1850; hieraus resultiere, daß das Institut der Bürgergemeinden als ein nothwendiges anerkannt, diese in ihrer corporativen, wie vermögensrechtlichen Existenz gewährleistet seien, während dagegen die Municipalitäten keinen nothwendigen Bestandtheil des Neuenburgischen Staatshaushaltes bilden und im ganzen Canton nicht sechs derartiger Körperschaften sich vorfinden;

3. Die Behauptung, daß die Obsorge für die Alidilität, für Kirche und Schule der Stadt Neuenburg ausschließlich im Bereiche der Verpflichtungen der dortigen Municipalität liege, sei unrichtig; jeder Private und jede Körperschaft könne die ihnen zu Gebote stehenden ökonomischen Kräfte für gemeinnützige Zwecke verwenden; wolle die Beklagte alle die Aufgaben erfüllen, wozu sie von Gesetzes wegen berechtigt sei, so sei es ihre Sache, die dazu erforderlichen Geldmittel herbeizuschaffen; nicht im Gefühle der Pflicht, sondern um des Friedens willen habe die Beklagte nach dem Vertrage vom

24. Juni 1859 der Klägerin Vorschub geleistet, daß sie ihrer eingenommenen Stellung genügen könne; gegen jeden Angriff auf die Purry-Stiftung erscheine die Beklagte als geschützt, theils durch den Willen des Testators, welcher der Obrigkeit des Landes alles Recht der Einwirkung entziehe und durch den hierauf gegründeten Art. 7 des Pariser=Vertrags;

4. Wenn das Testament Purry von Einwohnern spreche, so beruhe der Grund darin, weil es nicht möglich sei, öffentliche Anstalten, wie Promenaden, Badanstalten ic. dem allgemeinen Genusse zu entziehen, insoweit porticipieren auch fremde Durchreisende an diesen Schöpfungen; indem aber der Testator „la communauté de bourgeois,“ ferner an einem andern Orte: „ses compatriotes“ als diejenigen bezeichnet habe, auf welche sein Nachlaß übergehen solle, habe er gewiß nicht daran gedacht, Angehörige aller Länder und Staaten, wie sie den Inbegriff von Einwohner=Gemeinden bilden können, zu Erben einzuführen;

5. Schließlich erkläre die Beklagte, daß sie sich in Zahlenverhältnisse nicht einlasse, indem dieselbe Eigenthum, Verwaltung und Genuß des Erbschaftsgutes gerade in der Weise und in der Integrität für sich vindiciere, wie dasselbe ihr vom Testator übergeben worden sei:

in Erwägung:

1. daß David Purry, indem er durch Testament vom 30. Jan. 1777 „die Stadt und Bürgerschaft Neuenburg“ (la ville et bourgeoisie de Neuchâtel) als „Universalerben“ (Heritiers universels) des Restes seines ganzen gegenwärtigen und künftigen Vermögens einsetzte, zu gleicher Zeit die Zwecke genau und für alle Zukunft bestimmt hat, für welche das Vermächtniß verwendet werden sollte;

2. daß der Testator das testirte Vermögen als ein öffentliches Gut (dépôt public) bezeichnete und über dessen Bestimmung insbesondere anordnete, daß es in zwei Hälften getheilt werden soll, von denen die eine zu frommen und Wohlthätigkeits-Zwecken, (œuvres pieuses et de charité) namentlich zu Zwecken des Kultus, der öffentlichen Erziehung und der öffentlichen Wohlthätigkeit, die andere zur Vermehrung, Verschönerung und Vervollkommenung der öffentlichen Bauten der Stadt Neuenburg (à l'accroissement, à l'embellissement et à la perfection des ouvrages publics de la ville de Neuchâtel) also zu öffentlichen Bauzwecken verwendet werden sollte,

3. daß zu weiterer Erläuterung des Willens des Testators in Bezug auf den individuellen Genuss an diesem Vermächtniß im Testamente zunächst im Allgemeinen gesagt wird, „es sollen die Bürger der genannten Stadt, meine Landsleute, an dem Vermächtnisse nach meinen Absichten partcipiren und den hauptsächlichsten Vortheil, wenn auch nur auf indirekte Weise, von demselben ziehen,“ (ainsi que

les Bourgeois de la dite Ville. mes compatriotes, y participent selon mes intentions, et en reçoivent le principal bénéfice, quoique d'une manière indirecte), und sodann insbesondere bei Verwendung der ersten Hälfte in Bezug auf die Erziehung der Jugend hervorgehoben wird, „es sollen hauptsächlich die Kinder der Bürger, welche der Unterstützung bedürfen, berücksichtigt werden“ (à l'education de la jeunesse, surtout des enfants de bourgeois qui auront besoin de secours) und bei Verwendung der zweiten Hälfte in Bezug auf die öffentlichen Bauten: „sie sollen sowohl zum Nutzen als zur Annahmlichkeit der Bürger der genannten Stadt und ihrer Einwohner dienen“ (tant pour la commodité que pour l'agrément des bourgeois de la dite ville et de ses habitants),

4. daß endlich das testirte Vermögen den Repräsentanten der genannten Stadt und Bürgerschaft Neuenburg, welche sie auch sein mögen, zu guter Erhaltung und weiser Verwaltung übertragen werden sollte (c'est aux représentants de la dite ville et bourgeoisie de Neuchâtel en Suisse, quels qu'ils soient, que je commets le bon ménagement et la sage administration de tous mes biens);

5. daß aus diesen testamentarischen Verfügungen auf unzweideutige Weise hervorgeht, es sei in der Absicht des Testators gelegen,

a. denjenigen Theil seines Vermögens, über welchen er nicht durch besondere Legate bereits verfügt hatte, seiner Vaterstadt in der Weise zu vermachen, daß dadurch eine öffentliche Stiftung zu formen, Armen- und Bauzwecken constituiert werde,

b. von dieser Stiftung sollen seine Mitburger zwar den hauptsächlichsten Vortheil, jedoch auch diesen nur auf indirecte Weise, besitzen und es sollen auch die übrigen Einwohner von dem indirecten Genusse an dieser Stiftung, insoweit sie der Natur der Sache und der bestehenden Einrichtung nach an denselben participiren können, nicht ausgeschlossen sein;

c. dieses Vermögen solle der guten Erhaltung und weisen Verwaltung derjenigen Magistrate anvertraut werden, welche jeweilen als die gesetzlichen Repräsentanten der Stadt und Bürgerschaft von Neuenburg anzusehen seien,

6. daß bis zur bezüglichen Schlussnahme des Großen Rathes vom 29. Septbr. 1856 die Bürgerschaft von Neuenburg, resp. deren gesetzliche Vertreter, die alleinigen gesetzlichen Repräsentanten der Stadt und Bürgerschaft Neuenburg und zugleich die gesetzlichen Organe für die gesammte Communalverwaltung gewesen sind und denselben deshalb bis dahin auch die Verwaltung und Verwendung des Burry'schen Vermächtnisses unbestritten zugestanden hat, daß aber durch jenen Beschluß für die Gemeinde Neuenburg eine Municipalität creirt wurde, an welche nun nach dem Geseze vom 28. Sept. 1850, besondere, der Genehmigung des Staatsrathes unterstellte Verständigungen zwischen

Burgerschaft und Municipalität vorbehalten, der größte Theil der Communalverwaltung überzugehen hatte, ohne daß indessen den Burgerschaften, „das Eigenthum, der Genuss und die Verwaltung ihrer Güter“, ob schon sie den öffentlichen Zwecken wie früher dienstbar blieben, entzogen wurde;

7. daß in Folge der Greirung einer Municipalität für die Gemeinde Neuenburg unterm 24. Juni 1859 ein Vertrag zwischen der selben und der Burgerschaft abgeschlossen worden ist, durch welchen bereits eine Anzahl von Gegenständen der öffentlichen Gemeindeverwaltung, namentlich Alles was sich auf die öffentlichen Straßen, Plätze, Promenaden, Quais, Canäle, Häfen u. s. w. und einen Theil des öffentlichen Unterrichts bezieht, überlassen und zur Besteitung der dazugehörigen Unkosten eine jährlich von der Burgerschaft an die Municipalität zu zahlende Summe von Fr. 65000 ausgemittelt worden ist;

8. daß was nun insbesondere die streitige Frage betrifft, ob die Municipalität auch einen Anspruch auf selbständige Verwendung eines Theils des Purry'schen Vermächtnisses besitze in Betrachtung fällt:

a. daß für die Verwendung des Purry'schen Vermächtnisses, als einer öffentlichen Stiftung, jeweilen nur diejenige Communalbehörde zuständig erscheint, welche durch Verfassung und Gesetze des Staates mit den entsprechenden bezüglichen Competenzen ausgerüstet worden ist;

b. daß sowohl nach Inhalt des Gesetzes vom 28. Sept. 1850 als nach Maßgabe des berührten Vertrages vom 24. Juni 1859 Alles, was sich auf das Bauwesen bezieht, als Sache der Municipalität zu betrachten ist, und demnach außer Zweifel liegt, daß derjenige Theil des Purry'schen Vermächtnisses, der speciell dem Bauwesen gewidmet ist, der Verwendung der Municipalität anheimfällt;

c. daß es in Bezug auf die Verwendung des den frommen- und Wohlthätigkeitszwecken gewidmeten Theiles des Purry'schen Vermächtnisses in erster Linie wieder von der Gesetzgebung des Staates abhängt, inwieweit dieselbe in die Competenzen der Municipalität oder der Burgerschaft gehört, und in zweiter Linie, d. h. da wo die Gesetzgebung des Staates schweigt, der freien Verständigung der beiden Corporationen anheimfällt, ob in Bezug auf den einen oder andern der im Testamente angegebenen Zwecke in Zukunft die Behörden der Burgerschaft oder diejenigen der Municipalität zu handeln haben, Alles indessen in dem Sinne, daß, solange durch die Gesetzgebung oder durch Vertrag der Municipalität keine neuen Competenzen zugewiesen werden, der Burgerschaft, als der Trägerin der gesammten Communalverwaltung bis zum Zeitpunkt der Greirung der Municipalität, das Recht vorbehalten bleibt, über die Verwendung des Purry'schen Vermächtnisses für bezügliche im Testamente bezeichnete Zwecke zu verfügen;

9. daß die Festsetzung des Betrages der für die einzelnen im Testamente angegebenen Zwecke zu verwendenden Zinse zur Zeit schon deshalb nicht stattfinden kann, weil die bezüglichen Vorlagen zu unvollständig sind;

10. daß endlich, in Bezug auf die Frage, wer als Eigenthümer des Purry'schen Vermächtnisses anzusehen sey und zur Verwaltung desselben für die Zukunft berechtigt erscheine, in Berücksichtigung fällt, daß die Verfassung und Gesetzgebung des Cantons, auch da, wo sie die Errichtung von Municipalitäten vorschreibt, gleichwohl diejenigen Güter, welche bisher als Eigenthum der Burgherchaften betrachtet, aber ganz oder theilweise für öffentliche, an die Besorgung der Municipalität übergegangene Zwecke verwendet worden sind, „dem Eigenthum, dem Genusse und der Verwaltung“ der Burgherchaften auch ferner beläßt und sich damit begnügt, festzusetzen, „daß sie fortfahren, die öffentlichen Bedürfnisse zu bestreiten“;

11. daß betreffend die Kosten des Proesses die Bestimmungen des Art. 4 des Compromisses vom 31. März 1858 maßgebend sind;

zu Recht erkennt:

1. Das Eigenthum und die Verwaltung des Purry'schen Vermächtnisses verbleibt der Beklagten.

2. Vom reinen Zinsvertrag, d. h. von demjenigen Theil der aus dem Purry'schen Vermächtniß sich ergebenden Einkünfte, welcher nach Abzug der Verwaltungskosten noch übrig bleibt, hat die Beklagte an die Klägerin abzugeben:

a. die eine Hälfte der Zinse zur Verwendung für diejenigen Zwecke, für welche laut Testament die zweite Hälfte des Vermächtnisses bestimmt ist (Bauwesen),

b. von der andern Hälfte der Zinse zur Verwendung für diejenigen Zwecke, für welche laut Testament die erste Hälfte des Vermächtnisses bestimmt ist (Cultus-, Erziehungs- und Armenwesen), so viel, als zur Besteitung der Besorgung der Municipalität durch Gesetz oder Vertrag überwiesenen oder zu überweisenden Zwecke erforderlich ist, jedoch Alles im richtigen Verhältniß zu der Besteitung der Besorgung der Burgherhaft verbleibenden, im Testamente bezeichneten Zwecke.

3. In die nähere Ausmittlung und Festsetzung der zu verabreihenden Portionen des Zinses wird für einmal nicht eingetreten.

4. Das Gerichtsgeld von Fr. 2600 bezahlen beide Parteien zu gleichen Hälften. Die Partei-Kosten werden compensirt.