

**Zeitschrift:** Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

**Herausgeber:** Schweizerischer Juristenverein

**Band:** 11 (1864)

**Heft:** 3

**Rubrik:** 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:** 05.04.2026

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

# Rechtspflege.

## Vorwort.

Es ist bekannt, daß die Zeitschrift für schweizerisches Recht in ihrer dritten Abtheilung von ihrem ersten Entstehen an Mittheilungen von Rechtsfällen gebracht hat, die seit 1851 vor schweizerischen Gerichten (eingeschlossen dem Bundesgericht) verhandelt und entschieden wurden. Diese Mittheilungen waren anfangs den Amtsblättern der einzelnen Kantone, etwa auch brieflichen Zusendungen entnommen und die Urtheile dem ganzen Umfange nach wieder gegeben. Später, bei etwas häufigeren, direkten Zusendungen einzelner Freunde und dadurch gewährter mehrerer Auswahl wurde die Form der Mittheilung beschränkter, aber immer noch ist im Vergleich mit deutschen Zeitschriften, namentlich Seufferts Archiv, diese Form für den Leser ermüdend, wenn sie aus dem faktischen Theile etwa gar zu vieles aufnimmt oder bei ungelinker Fassung Wiederholungen eintreten. Noch viel mangelhafter aber war an diesen Mittheilungen bis jetzt die Art der Auswahl selbst; sie ist viel zu wenig reichhaltig, läßt die Eigenthümlichkeiten viel zu wenig hervortreten, welche in den Gebieten, aus denen die Urtheile herkommen, in Gesetzgebung und Gesetzesanwendung walten. Es ist daher durchaus nothwendig, daß, wenn dieser Theil der Zeitschrift gedeihen soll, die Zusendungen viel reicher werden.

Wir erlauben uns daher die dringende Bitte, uns mit solchen zu beehren.

Wir verbinden mit dieser Bitte eine kurze Darstellung der Gebiete, aus denen wir Rechtsfälle zu erhalten wünschten:

- I. Civilrecht, einschließlich Handelsrecht, und zwar zunächst Fälle, welche Almend und Almendgenuß, Gemeindeangehörigkeit, Zugrecht, Prädialservituten, eheliches Güterrecht, Verlaß der Söhne, Eigenthümlichkeiten des Erbrechtes, im Handelsrecht die Stellung der Kauffrau, die Auffassung des Commanditenverhältnisses, Eigenthümlichkeiten in Aktiengesellschaften (z. B. bei Käseereien, Waldausreutungen, Fluß- und Straßenkorrekturen), auch die Haftbarkeit des Speditors und namentlich die Stellung der verschiedenen Gattungen von Agenten betreffen.
- II. Civilproceß, einschließlich Konkursrecht. Daraus wünschten wir namentlich solche Fälle, welche dem Gebiet der Proceßleitung, der Beweislast, der Exekution, der Prioritätsfragen und der Grenzen zwischen Administration und Justiz, so weit sie das Proceßwesen betreffen, endlich namentlich den Voraussetzungen des Arrestes, resp. Sequesters, entnommen sind.
- III. Criminalrecht, wobei aber Fälle von Mord der verschiedenen Art und Fleischesverbrechen wohl eher wegbleiben und vorzüglich das psychologische Interesse, die Eigenthümlichkeit eines Strafgesetzes, z. B. dessen Mangelhaftigkeit, das Bedürfniß analoger Ausdehnung, etwanige Widersprüche desselben von besonderer Bedeutung wären. Zu möglichst gleichartiger Behandlung von Straffällen in der Mittheilung ist der Redaktion allerdings die Zusendung der Akten selbst am erwünschtesten, da ein auch noch so gut motivirtes Urtheil Interessen der vorhin erwähnten Art gewöhnlich nicht genügend berücksichtigt. Von besonderem Werth wären aus Kantonen, wo Geschwornengerichte gelten, die denselben gestellten Fragen. Ein hervorragendes Interesse bieten namentlich jene Straffälle, in welche sich ein schwieriger Civilpunkt verflücht. Als Beispiel der genannten Art mögen die zwei Thurgauerfälle in Band 10 (Rechtspflege), Nr. 28 und 31, dienen.
- IV. Criminalproceß, in welchem uns Schwierigkeiten des

Indicienbeweises, der Fragenstellung an die Geschworenen, des Contumazverfahrens, der Wiederaufnahme früherer Prozesse oder auch namentlich Zuständigkeitsfragen vorgelegt würden.

In allen diesen Fällen sind natürlich diejenigen von erheblicherem Interesse, in welchen die beiden Instanzen von einander abweichen, und uns beiderlei Urtheile alsdann gleich sehr erwünscht, natürlich so, daß bei Uebereinstimmung der faktischen Begründung die Wiederholung derselben wegfallen kann, auch wo die Fassung verschieden wäre. Es wäre uns aber schon oft sehr lieb gewesen, auch in solchen Fällen, wo Bestätigung eines erstinstanzlichen Urtheils vorliegt, die Motivierungen aber abzuweichen, beiderlei Urtheile zu besitzen. Es giebt auch Kantone oder einzelne Gerichte, in denen die Fassung eines Urtheils sehr mangelhaft bleiben mag, auch bei noch so großer juristischer Bedeutung des Falles, und dies hindert nicht selten unsere Freunde, uns von solchen Fällen Mittheilung zu machen. Wir bedauern aber diese Zurückhaltung sehr und möchten ermuntern, in solchem Fall uns etwa eine gedrängte Darstellung des Faktischen und auszugsweise oder in eigener Fassung das Dispositiv zugehen zu lassen, in der Weise etwa, wie wir hie und da Fälle des Civilgerichts von Basel aufgenommen haben.

Damit nun aber für die Auswahl des Mitzutheilenden die Redaktion das ganze Material jeweilen übersichtlich vorliegen habe, wäre erwünscht, wenn aus allen Kantonen, in denen Correspondenten für diese dritte Abtheilung zu finden sind, dieselben diejenigen Fälle, deren Mittheilung sie dienlich erachten, jeweilen bis Ende September der Redaktion anzeigen würden, und zwar bloß in folgender, beispielsweise gefaßter Formel:

- 1 1861, November 3, Sigenthaler gegen Röschenz (Zugrecht).
- 1862, Februar 12, Katharina Blum (Betrugsfall).

(Obergericht Bern.)

Wenn der Correspondent zu dieser Anzeige mit wenigen Worten den Grund, warum er den betreffenden Fall erheblich erachtet, beifügt, so ist alsdann die Redaktion in den Stand gesetzt, sich ein übersichtliches Bild des vorliegenden Materials

zusammen zu stellen und nach etwa vorausgehenden Ergänzungsfragen die Auswahl zu treffen, worauf dann erst — und zwar natürlich auf Kosten des Verlegers — die Abschriften einverlangt werden. Würden nur etwa 16 oder 18 Correspondenten aus eben so vielen Kantonen sich bereit erklären, jährlich zehn erhebliche Fälle mitzutheilen, und das muß in jedem Kanton möglich sein, und würde namentlich auch ferner die Bundesgerichtskanzlei in gleich freundlicher Weise, wie bisher, ihre Urtheile uns zukommen lassen, so könnte alsdann gerechten Wünschen für diese Abtheilung der Zeitschrift leichter und umfassender, als bisher, Rechnung getragen werden. Wir ersuchen auf das dringendste, diese Bitten zu erwägen und so viel als möglich für deren Erfüllung zu thun.

Adresse: Redaktion der Zeitschrift für schweizerisches Recht.  
(Basel).

---

## 1. Auslegung der Gesetze in Hinsicht auf frühere Verträge über denselben Gegenstand.

Zwischen den Gemeinden Gully und Niez hatte Streit bestanden wegen der Pflicht, einen Weg, chemin du Vigny genannt, der beide Gemeinden verband, zu unterhalten. Dieser Streit war am 12. Oct. 1767 dahin geschlichtet worden, daß die Gemeinde Niez gegen 2000 Fr., die sie von Gully erhielt, die ausschließliche Pflicht des Unterhalts übernahm. In Folge dieses Vergleichs hatte auch die Gemeinde Niez beständig den Weg auf ihre Kosten in Stand erhalten. Das Gesetz vom 16. Dec. 1848 über die Straßen classierte den fraglichen Weg unter die Wege dritter Classe. Als im Jahr 1856 in Folge heftiger Regengüsse der Weg an mehreren Orten zerstört war, ließ ihn der Staat wieder herstellen und vertheilte auf Grund jenes Gesetzes die Kosten (Fr. 4104) so, daß  $\frac{3}{5}$  dem Staat auffielen,  $\frac{1}{5}$  der Gemeinde Gully, in deren Bann sich der Weg befindet, und  $\frac{1}{5}$  den Gemeinden Gully, Niez und Epesses zusammen. Gully bezahlte seinen Antheil mit Fr. 1266. 29 und wollte dafür den Regreß auf Niez nehmen laut Vertrag vom 12. October 1767. Niez aber erklärte, durch das Gesetz über die Straßen von 1848, Art. 27, seien bloß diejenigen früheren Verträge aufrecht erhalten, welche den Unterhalt (entretien) der Straßen regeln, dagegen kein Vorbehalt gemacht worden hinsichtlich des Baues oder der Wiederherstellung (construction et reconstruction) von Straßen, so daß für diesen Punkt die Bestimmung des Gesetzes über die Kostenbeiträge gelten müsse und der betreffende Weg nicht in einer Ausnahmestellung bleiben könne. Mit andern Worten: das Gesetz von 1848 habe die Grundlagen umgestoßen, auf die der Vertrag von 1767 basiert sei. Damals habe Niez das Recht gehabt, nur die Wiederherstellungsarbeiten vorzunehmen, die es selbst gewollt habe. Jetzt dagegen entscheide der Staat darüber, ob der Weg wiederherzustellen sei, weil er in die dritte Classe rangiert sei. Wie also das Gesetz der Gemeinde das Recht, über Wegbauten zu entscheiden, genommen habe, so sei auch ihre damit zusammenhängende Pflicht untergegangen und dafür eine neue Repartitionsweise aufgestellt worden. Dieß zeige sich besonders deutlich darin, daß Art. 26 alte Verträge bloß hinsichtlich des entretien, dessen Kosten 100 Fr. nicht übersteigen, aufrecht erhalte. Beide Instanzen verfallten die Gemeinde Niez, der Gemeinde Gully den ausgelegten Betrag zu erstatten:

Considérant, qu'il résulte des déclarations de faits, que les dépenses pour le chemin du Vigny dont le remboursement est réclamé, ont eu pour objet des travaux de réparation ou de maintenance ;

Attendu que la transaction de 1767 a prévu spécialement les cas d'entretien, de réparation et de maintenance à exécuter sur le chemin susmentionné ;

Que par cet acte la commune de Riez a pris à sa charge les frais de ce genre quant au chemin du Vigny, moyennant le paiement d'une somme convenue, et que la commune de Cully, qui était auparavant tenue à ces frais comme étant la commune territoriale du dit chemin, en a été déchargée pour l'avenir ;

Attendu que le chemin du Vigny qui était rangé dans la troisième classe des routes d'après la loi de 1811, se trouve de même dans la troisième des classes établies par la loi actuelle de 1848.

Considérant que la classification, opérée par cette loi, ne paraît pas avoir augmenté les charges des communes, puisque l'entretien, la construction et la reconstruction des routes de troisième classe sont maintenant mis pour une partie à la charge de l'Etat.

Considérant que la loi de 1848 sur les routes ne paraît pas avoir eu pour effet d'annuler de droit les conventions antérieures intervenues entre des communes ou d'autres, au sujet de la réparation et de la maintenance des routes à leur charge ;

Qu'au contraire l'art. 27 de la dite loi prévoit le cas de pareilles conventions relatives à l'entretien de routes de troisième classe, et les maintient.

Considérant que, si l'art. 36 de la loi, qui concerne la construction et la reconstruction des routes de troisième classe, ne fait pas explicitement la même réserve, il n'en résulte pas nécessairement que toute convention antérieure est nulle, alors surtout que, comme dans l'espèce, la convention ne règle pas les rapports de communes ou de particuliers avec l'Etat, mais seulement ceux des communes entre elles, quant à la réparation et à la maintenance des routes de troisième classe pour la part qui leur incombe.

Attendu que de pareils contrats ne pourraient être annulés qu'autant qu'ils seraient contraires à l'ordre public ou à l'intérêt de l'Etat.

Attendu que le titre de 1767 qui a établi de nouveaux rapports entre les deux communes en cause à l'égard du chemin du Vigny, n'a rien de contraire à l'ordre public et à l'économie de la loi de 1848, et ne saurait être envisagé comme n'ayant plus son effet contre les communes contractantes.

(Journal des tribunaux vaudois, VII [1859], p. 204 ss.)

---

## 2. Ungültigerklärung des auswärtigen Personalstatuts hinsichtlich der Handlungsfähigkeit der Ehefrau.

Vor dem Civilgericht von Genf belangte Hr. Robert die Ehefrau Pellaton, auf Grund zweier von ihr zu Gunsten des Robert unterzeichneten Billets, die auch ihr Ehemann, ein Neuenburger, als caution solidaire mit unterzeichnet hatte. Die betreffende Summe war nach Angabe des Klägers zu Errichtung eines Geschäftes für einen Sohn der Pellaton dargeliehen. In ihrer Antwort bestritt die Beklagte sowohl diesen Zweck, als überhaupt den Empfang der Summe; aber auch überdies ihre Haftbarkeit, da nach einem Genfer'schen Gesetz vom 30. Januar 1819 die Ehefrau ohne Ermächtigung ihres Mannes nicht contrahieren dürfe, es sei denn unter weiterer Zuziehung zweier Beistände (conseiller), welche in fraglichen Billets fehlen. Für die Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf sie, die Neuenburgerin, führte die Beklagte außer allgemeinen Gründen auch den Grundsatz locus regit actum an. Der Kläger dagegen berief sich auf den in Genf durch Artikel 3 des da in Kraft stehenden französischen Code civil sanctionierten und überhaupt international geltenden Satz, daß das Heimathgesetz über die Handlungsfähigkeit entscheide, nach neuenburgischem Recht aber die Ehefrau durch den Ehemann verpflichtet wird und mit ihrem Eigene dem Dritten haftet, unter Vorbehalt des Rückgriffs auf Vermögen des Mannes.

Der Gerichtshof von Genf aber entschied (21. Febr. 1863) zu Gunsten der Beklagten mit folgenden Ermägungsgründen:

Considérant en fait que la dite Dme. Pellaton est née dans le canton de Genève, et qu'avant comme après son mariage avec le Sr. Pellaton, elle a résidé et continué à résider, soit à Plainpalais, soit à Genève avec son mari;

considérant que les questions de domicile s'apprécient par les faits et circonstances, lesquels, dans l'espèce, prouvent l'incontestable existence du domicile de fait dans le canton de Genève, puisque c'est ici que le Sr. Pellaton, Neuchâtelois, exerçoit un commerce et avoit son principal établissement;

considérant que la loi sur le domicile est conçue en termes généraux et n'établit aucune différence entre les étrangers et les citoyens du canton;

qu'il est de principe et de jurisprudence que la capacité de contracter se régle par les lois du pays dans lequel les époux ont leur domicile matrimonial;

qu'en déclarant sa femme mariée absolument incapable de prendre un engagement quelconque sans l'autorisation de son mari, ou à son défaut, de justice, la loi établit une incapacité générale qui affecte l'état tout entier de la personne;

considérant qu'en thèse générale, soit en matière personnelle, soit en matière réelle, les contrats et obligations passés dans le canton de Genève, et dont on a le droit de poursuivre l'exécution devant les Tribunaux genevois, ne peuvent être appréciés que par la législation qui est propre au canton de Genève;

que chacun est tenu de se conformer aux lois, parce que chacun est censé les connaître, alors surtout que, comme dans l'espèce, il s'agit d'une loi qui a été déclarée loi d'ordre public par arrêts de notre cour de justice du 20 août 1860 et du 16 février 1863;

que cette décision est d'ailleurs conforme à la jurisprudence française qui a toujours envisagé comme statut d'ordre public, les lois qui régissent l'état et la capacité des personnes;

que de pareilles présomptions ne peuvent s'étendre aux lois étrangères, puisque leur existence n'est ni publique, ni certaine; qu'en conséquence elles ne réunissent pas les conditions qui pourraient les rendre obligatoires dans le canton;

que le système émis par le demandeur serait contraire à la nature des choses et aurait pour résultat de porter atteinte à la foi publique, ainsi qu'à la sûreté des transactions civiles et commerciales;

qu'en statuant que les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger, l'art. 3 du Code civil ne contient aucune disposition semblable ou analogue quant aux étrangers qui viennent résider en France;

considérant que par application des principes ci-dessus, il a pu être statué dans notre canton:

1. Par un jugement du 23 juillet 1831, qu'il n'y avait pas lieu à accorder *l'exequatur* à un acte fait en France, dans l'arrondissement de Fernex, par une femme genevoise d'origine, et qui, au moment où elle s'engageait pour son mari, avait perdu cette qualité par le fait de son mariage avec un vaudois;

que dans l'instance tranchée par le dit jugement, la Dme. Golay articulait qu'elle était genevoise, domiciliée à Peney (canton de Genève) et que, dût on la regarder comme vaudoise, les dispositions de la loi du 30 janvier 1819 devoient à plus forte raison lui être appliquées, puisqu'elles étaient moins rigoureuses que celles des art. 119 et 120 du code civil vaudois.

2. Par un autre jugement du 19 mai 1856, que les principes de la dite loi du 30 janvier 1819 n'atteignoient pas la femme genevoise d'origine, devenue Française par le fait de son mariage, les époux étant l'un et l'autre domiciliés en France depuis un grand nombre d'années, lors surtout qu'il s'agissait du prêt d'une somme d'argent fait en France;

que l'un des considérants de ce jugement pose le principe que

l'état d'une femme mariée, en ce qui concerne la nécessité et la forme de l'autorisation maritale, qui n'est qu'une modification à son incapacité générale, est immuablement fixé par la loi du domicile matrimonial;

3. Par un arrêt de la cour de justice du 29 mars 1858, que la dite loi de 1819 ne s'appliquait point à l'engagement contracté par une femme mariée qui, au moment du contrat, n'était ni *genevoise*, ni *domiciliée* dans le canton;

considérant que, de même que nos anciens édits civils, la loi du 30 janvier 1819 ne crée aucune distinction entre la femme mariée étrangère et celle qui ne l'est pas, et que les juges ne doivent pas distinguer là où la loi ne distingue pas;

considérant que pour se conformer aux intentions du Législateur et à l'esprit qui a présidé à la création de cette loi, toute de protection vis-à-vis de la femme mariée, il est du devoir des tribunaux de l'interpréter en cas de doute, dans un sens plutôt large, et de ne restreindre le bénéfice de l'art. 10 de cette loi, que lorsque les faits de la cause sont de nature à ne laisser aucune indécision dans l'esprit;

qu'il faut donc conclure de ce qui précède, que la dite loi du 30 janvier 1819, loi d'ordre public, comprend dans son acception toutes les femmes mariées qui ont un domicile dans le canton, quelle que soit leur nationalité, à raison des engagements qu'elles contractent dans le dit canton, et lorsque l'exécution en est poursuivie par devant nos Tribunaux;

considérant que Mme. Pellaton a dénié et qu'elle dénie encore que ce soit à elle que le prêt dont s'agit ait été fait et que l'argent ait servi à l'établissement de ses enfants; que le demandeur n'a fait aucune justification à ce sujet.

Auch der Substitut des Staatsanwalts hatte die Ehefrau in ihrem Antrag unterstützt.

(Directe Mittheilung.)

### 3. Frauengutsversicherung. Grenze für Geltung der inländischen Gesetze.

Die Ehefrau Meier beehrte vor Bezirksgericht Bülach Sper- rung der Notariatskanzlei zu Sicherung ihres eingebrachten Weiber- guts, gegenüber der Gefahr, die demselben in der Hand ihres ver- schwenderischen Mannes drohe. Dieses Gesuch fand bei dem Richter Gewähr, ungeachtet der Einsprachen des Ehemanns, eines Ange- hörigen von Schaffhausen, welcher einerseits die Gerichte resp. Behör- den von Zürich zu einer solchen Maßregel incompetent erklärte, indem

Sicherung des Weibergutes als familienrechtliche Maßregel von der heimathlichen Behörde (Waisenamt) auszugehen habe. Gegen die bezirksgerichtliche Verfügung, welche außer der Sperrung noch Inventur und Sicherung des Vermögens anordnete, recurrierte der Ehemann an das Obergericht, überdies sich noch darüber beschwerend, daß die Behörde mehr gethan, als die Frau verlangte, da nur Inventur von ihr begehrt worden sei.

Die Civilabtheilung des Obergerichts von Zürich verwarf aber (8. März 1862) in der Hauptsache diesen Recurs

1. in Erwägung, daß nach § 3 d. pr. G. die Familienverhältnisse der im Kanton Zürich wohnenden Kantonsfremden, mit Inbegriff des ehelichen Güterrechts, nach dem Rechte ihrer Heimat beurtheilt werden sollen, sofern das Recht des Staates, dem sie angehören, solches vorschreibt, und nun hinsichtlich des Kantons Schaffhausen, in welchem der Recurrent verbürgert ist, daraus, daß derselbe den Concordaten über vormundschaftliche Verhältnisse vom 22. Juli 1822, über Erbverhältnisse vom gleichen Tage, und über Behandlung der Ehescheidungsfälle vom 6. Juli 1821, beigetreten ist, mit Sicherheit geschlossen werden kann, daß derselbe sein Recht auch mit Bezug auf Familienverhältnisse auswärtig wohnender Schaffhauser angewendet wissen wolle (vgl. Swalters Zeitschrift Bd. IX, S. 225);

2. daß daher die Bestimmung des § 153 d. pr. G., wonach die Ehefrau jederzeit berechtigt ist, Versicherung des Weibergutes zu verlangen, nicht ohne weiteres gegen den Recurrenten anwendbar ist, da er behauptet, nach schaffhausischem Rechte sei der Ehemann nur dann zu solcher Versicherung verpflichtet, wenn die zuständigen Behörden ein dießfälliges Begehren der Ehefrau begründet finden, also wohl nur, wenn Gefahr des Untergangs oder doch der Verminderung des Weibergutes bescheinigt wird, jedenfalls erst nach Prüfung der Verhältnisse durch eine Behörde; —

3. daß aber aus der Anwendbarkeit des schaffhausischen Rechts auf diesen Fall keineswegs folgt, daß zur Beurtheilung desselben auch die schaffhausischen Gerichte oder Administrativbehörden competent seien, vielmehr, da weder der citirte § 3 d. pr. G. vorschreibt, daß Streitigkeiten über derartige Verhältnisse zwischen Niedergelassenen an die Behörden ihrer Heimat zu weisen seien, noch auch ein Concordat hinsichtlich der Streitigkeiten über die Verpflichtung zur Versicherung von Weibergut solches anordnet, die allgemeine Regel zur Anwendung kommt, wonach Proceße über persönliche Ansprachen vor den Richter des Wohnortes des Beklagten gehören, wie denn auch der schweizerische Bundesrath dieses gerade hinsichtlich eines Streites über Versicherung von Weibergut anerkannt hat (Bundesblatt von 1861, Bd. I, S. 342 ff.); —

4. daß die Behauptung des Recurrenten, seine Ehefrau habe selbst nie Versicherung verlangt, jedenfalls gegenwärtig nicht mehr richtig

ist, da sie auf Verwerfung der Beschwerde des Rekurrenten über den ihn zur Versicherung verpflichtenden Beschluß des Bezirksgerichtes anträgt;

daß aber, da nach Erw. 1 und 2 die Berechtigung der Ehefrau, Versicherung zu verlangen, noch nicht feststeht, derselben Frist anzusetzen ist, um entweder nachzuweisen, daß nach dem Rechte des Cantons Schaffhausen jede Ehefrau unbedingt und jederzeit Versicherung ihres Vermögens fordern könne, oder, falls das schaffhausische Recht die Befugniß, Versicherung zu verlangen, an gewisse materielle Voraussetzungen knüpfen sollte, das Vorhandensein dieser Erfordernisse nachzuweisen.

(Swalter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung  
der zürcherischen Rechtspflege. XI. S. 51f.)

Ganz dieselbe Frage kam zur Berathung, als die Ehefrau des J. Huber, vertreten durch ihren, vom Waisenamt Horgen (St. Zürich) ihr gegebenen zeitweiligen Curator, bei dem Civilgericht Basel Inventur der Mobilien und Sperrung des Hypothekenbuchs zu Sicherung ihres Weibergutes verlangte, der Mann aber, ein Zürcher, das Basler Gericht als incompetent bezeichnete. Dasselbe erkannte am 31. März 1863:

„Da Kläger durch die am 16. Januar l. J. ertheilte Vollmacht des  
„Bezirksraths Horgen zu Wahrung der Interessen der Ehefrau des  
„Beklagten einschließlic auch die Aufgabe erhalten hatte, den Be-  
„stand des hiesigen Vermögens der Eheleute festzustellen und schädliche  
„Verfügungen des Ehemannes zu verhindern, folglich auch Sperrung  
„des Hypothekenbuchs bei der competenten Behörde zu verlangen,  
„diese Sicherstellung aber nur an dem Wohnorte des Beklagten mög-  
„lic ist: so erachtet sic das Tribunal gegenüber der Competenzbestrei-  
„tung des Beklagten als zuständig.“

(Directe Mittheilung.)

#### 4. Hoheitsrecht (Schanzenproceß).

Am 27. Juni 1859 beschloß der große Rath des Cantons Baselstadt, die Umfangsmauern der Stadt und die dahinter liegenden Schanzenwerke zu schleifen und die davor liegenden Gräben auszufüllen, zu verebnen und das gewonnene Terrain zu offenen Plätzen, Straßen und Spazierwegen zu verwenden, die dadurch entstehenden Kosten aber aus Staatskosten zu decken.

Nun war im Jahr 1833 bei Anlaß der politischen Zertheilung des Cantons Basel in die zwei Theile Stadt und Land eine Ausschcheidung des gesammten damaligen Staatsvermögens zwischen den beiden Theilen vorgenommen und dabei die Frage erhoben worden, ob nicht in das Inventar dieses Staatsvermögens auch das Schanzen- und

Graben-Terrain zu bringen sei. F. V. Keller, der Obmann des eidgenössischen Schiedsgerichtes, welches die bei Anlaß der Ausscheidung streitig gewordenen Fragen zu entscheiden hatte, erledigte damals diesen Punct folgendermaßen:

„in Erwägung, 1. daß unter den Gegenständen, über welche dem Staate das Recht der Verfügung und des Gebrauches zukommt, ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen solchen, welche als einfaches fiscoalisches Eigenthum erscheinen und in dieser Eigenschaft gleich jedem Privateigenthum dem bürgerlichen Verkehr unterliegen oder desselben wenigstens fähig sind, und solchen, welche nach Wesen und Individualität in Rücksicht auf Verfügung, Veräußerung, Nutzung, kurz in jeder Beziehung dem bürgerlichen Verkehr entzogen und desselben unfähig sind und nur durch Aufhebung ihres Wesens und ihrer Individualität zum Gegenstande desselben werden können;

„2. daß in die erstere Klasse z. B. das dem Staate gehörende baare Geld und alle andern gewöhnlichen Vermögensstücke, in die zweite dagegen anerkannter Maßen und nach allgemeiner Ansicht z. B. die öffentlichen Gewässer, Straßen, Brücken u. dgl. gehören;

„3. daß nun dem eigentlichen Eigenthum oder Vermögen des Staates bloß die Gegenstände der erstern Art beigezählt werden können, bei denjenigen der letztern hingegen sich das Recht des Staates vielmehr zu einem reinen Hoheitsrechte gestaltet;

„4. daß sonach da, wo es sich um eine Theilung des Staatsvermögens, als welche ihrer allgemeinen rechtlichen Natur nach selbst eine Handlung des bürgerlichen Verkehrs ist, handelt, einzig die Gegenstände der erstern Klasse in Anschlag kommen dürfen, wogegen die letztern mit allen andern dem Staate zustehenden Hoheitsrechten von selbst und ohne weder einer Schätzung, noch einem sonstigen Akte des Theilungsverkehrs zu unterliegen, an denjenigen Theil, in dessen Gebiete sie sich befinden, übergehen;

„5. daß nun Schanzen und andere Festungswerke der Hauptsache nach in die zweite der angeführten Klassen gehören, indem sie, ohne ihre ganze Natur und Wesen, wonach sie zunächst zum Schutze der anliegenden Vertlichkeit bestimmt sind, abzulegen, nicht als Gegenstand des bürgerlichen Verkehrs weder in Beziehung auf Theilung, noch auf anderweitige Veräußerung, noch auf Benutzung gedacht, folglich auch nicht in einem Tausch- oder Geldwerth ausgedrückt werden können;

„6. daß diese rechtliche Natur der Festungswerke sich auch durch den Umstand, daß dieselben ganz oder theilweise durch den gesammten Kanton Basel, mithin auch durch Beiträge der Landschaft errichtet und unterhalten wurden, um so weniger ändert, als selbst bei den anerkannten Theilungsobjecten die Art ihrer Entstehung und das Verhältniß der von dem einen oder andern der jetzigen Kantonstheile ge-

leisteten Beiträge laut frühern Urtheilen außer alle Berücksichtigung fällt;

„7. daß aber die im Streite liegenden Festungswerke, wenn gleich nicht in der Hauptsache, doch auf untergeordnete Weise in einer gedoppelten Beziehung auf den bürgerlichen Verkehr gedacht und insoweit auch bei der Aufzählung und Theilung des Staatsvermögens in eine gewisse Berücksichtigung gezogen werden müssen, indem namentlich

a. es möglich und wirklich der Fall ist, daß einzelne Theile der Schanzen, Gräben u. dgl. unbeschadet ihrer wesentlichen Bestimmung und unabhängig von derselben einen gewöhnlichen Ertrag und Nutzen ähnlich ordentlichen Vermögensstücken abwerfen und so eines gewissen privatrechtlichen Verkehrs fähig werden;

b. es nicht bloß als denkbar, sondern nach vielfachen Erfahrungen der neuern Zeit als eine nahe liegende Möglichkeit erscheint, daß Festungswerke geschleift und die dazu gewidmeten Grundstücke in gewöhnliche Vermögensstücke verwandelt und zum Gegenstande des bürgerlichen Verkehrs gemacht werden;

„8. daß nun in der ersten Beziehung (litt. a.) der fragliche Ertrag nach seinem Durchschnittswerthe geschätzt und in einem Capitalbetrag oder sonst dem Inventar als Gegenstand der Theilung einverleibt werden muß, wobei wohl solche Unkosten, welche allfällig für wirkliche Hervorbringung und Perception jenes Nutzens besonders erlaufen, nicht aber diejenigen, welche die allgemeine Erhaltung der Festungswerke in dem für ihre Hauptbestimmung erforderlichen Zustand mit sich bringt, in Abrechnung fallen;

„9. daß in der zweiten Rücksicht (litt. b.) zwar einerseits die bezeichnete Möglichkeit des Uebergangs in wirkliches Staatsvermögen im Ganzen näher als bei andern dem Verkehr entzogenen Gegenständen liegt, sonach dieselbe bei der gegenwärtigen Theilung allerdings nicht außer Acht gelassen werden darf, andererseits aber es nach der gegenwärtigen Lage der Acten durchaus unmöglich ist, den Grad der Wahrscheinlichkeit jener Veränderung so zu berechnen, daß daraus ein bestimmtes, in einem Geldwerth auszudrückendes Resultat gezogen werden könnte;

„10. daß folglich in dieser Beziehung nichts anderes übrig bleibt, als dem Kanton Basel-Landschaft auf jenen möglichen Fall hin seine Rechte so, wie wenn derselbe schon jetzt eingetreten wäre, vorzubehalten, es wäre denn, daß die Parteien sich dießfalls schon jetzt anderweitig verständigen könnten;

„11. daß endlich die in dem Obigen ausgesprochenen Ansichten sowohl mit der Aussteuerungsurkunde von 1803, als mit dem Tagsatzungsbeschluß vom 26. August 1833 in völligem Einklange stehen, indem namentlich die erstere nach ihrer ganzen Fassung die Verfügung über die Festungswerke mit der Pflicht der Unterhaltung derselben

der Regierung von Basel keineswegs als ein Vermögensrecht des Staates zutheilte, sondern dabei vielmehr von der Ansicht ausging, es könne mit Beziehung auf eine Militäranstalt dieser Art, Beides nicht den Municipalbehörden, sondern nur der Landesregierung, in deren Kreise sie sich befindet, zustehen; —

bei getheilten Stimmen

durch Entscheid des Obmanns erkannt:

„1. Es stehe die Verfügung über die fraglichen Festungswerke fortan einzig dem Kanton Baselstadttheil zu, und seien dieselben sonach ihrer Substanz nach von dem Inventar des in Theilung fallenden Staatsvermögens ausgeschlossen.

„2. Sei der in Erwägung 7 und 8 erwähnte Ertrag abzuschätzen und auf das Inventar zu tragen, wobei über Umfang und Berechnung desselben allfällig weitere Parteiverhandlungen stattfinden mögen.

„3. Sei auf den Fall, daß durch die zuständige Behörde des Kantons Baselstadttheil die Schleifung der Festungswerke verfügt und dadurch, nach Abzug der Kosten, wirkliches Staatsvermögen begründet werden sollte, dem Kanton Basel-Landschaft sein Recht, daran in gleichem Verhältniß wie bei der gegenwärtigen Theilung des Staatsgutes Antheil zu nehmen, vorbehalten, es wäre denn, daß sich die Parteien dießfalls schon jetzt durch freiwilliges Einverständnis abfinden würden.“

Anknüpfend an diesen Obmannspruch schrieb nun die Regierung von Baselland an die Regierung von Baselstadt (16. Nov. 1859):

„Durch die notorische Thatsache, daß die Schleifung der Basler Festungswerke in größerem Umfange schon stattgefunden hat und gegenwärtig noch stattfindet, nämlich beim französischen Bahnhof, auf der Klein-Baselseite und zwischen dem St. Alban- und Steinenthor, sowie mit Rücksicht auf den Umstand, daß den Berichten öffentlicher Blätter zufolge Guér Großer Rath unlängst ein Gesetz erlassen hat, um die zur Nothwendigkeit gewordene Stadterweiterung möglich zu machen, sehen wir uns zu der Annahme berechtigt, daß es im Willen und in der Absicht der resp. Behörden Guérs Kantons liegen müsse, die dortigen fortifikatorischen Einrichtungen, woran laut Urtheil des eidgenössischen Schiedsgerichtes vom 19. November 1833 der herwärtige Kanton das Miteigenthumsrecht zu 64 Procent besitzt, als solche sowohl im Einzelnen wie im Ganzen beseitigen und das von denselben umfaßte Terrain definitiv zu anderweitigen Zwecken verwenden zu lassen. Diese Sachlage macht es uns zur unerläßlichen Pflicht, den Gegenstand bei Euch neuerdings zur Sprache zu bringen, indem wir Euch unsere Ansicht aussprechen, es sei nun unzweifelhaft der Fall eingetreten, auf welchen hin das citirte Urtheil dem Kanton Baselland die Geltendmachung seines Miteigenthums vorbehalten hat. Demzufolge ist für uns das Recht erwachsen, auf reale Theilung zu dringen oder

Auskauf zu fordern und von Euch die bestimmte Erwartung zu hegen, daß nicht einseitig, d. h. ohne unsere Zustimmung, über die weitere Verwendung des Festungsterrains verfügt werde . . .“

Die Regierung von Baselstadt nahm aber an, der Obmannspruch lasse sich auf die dermalige Sachlage nicht anwenden, und nachdem sie einige Verhandlungen einer gütlichen Erledigung dieser Angelegenheit ohne Erfolg versucht hatte, erklärte sie sich zu richterlicher Verantwortung bereit.

Die Ansprüche von Basellandschaft gingen auf Realtheilung des ganzen Terrains zum Fuße von 64% zu Gunsten von Baselland oder zu Bezahlung des Werthes, den dieses Land nach Abzug der auf die Schleifung gewendeten Kosten behalten. Es berief sich auch jetzt wieder auf sein im Obmannspruch anerkanntes, bisher schlummerndes Miteigenthum an diesem Terrain, das mit dem Augenblick ins volle Leben trete, da Baselstadt grundsätzlich über das betreffende Terrain verfüge, gleichviel ob es für dienlich erachte, dasselbe zur Annehmlichkeit der Stadtbewohner zu verwenden, oder in Baupläze zu verwandeln und dadurch seinen Fiscus zu füllen. Baselstadt dagegen erachtete, der Sinn und Wortlaut des Obmannspruchs treffe nur Land, das fiscalisches Eigenthum geworden sei, also nie die an Stelle von Gräben und Schanzen tretenden Wege oder Plätze, aber auch diese nur nach Abzug aller auf Schleifung der alten und Erstellung neuer Werke verwendeten Kosten, und überdies auch dieses wieder erst, wann alle Werke geschleift worden seien, also jedenfalls jetzt nicht, da der große Rath durch seinen Beschluß einen Theil der Werke von der Schleifung ausdrücklich ausgenommen habe.

Die Streiterörterung in Klage und Antwort, Replik und Duplik, war unterbrochen durch Zwischengesuche des Klägers auf Einstellung der Schleifungsarbeiten und auf vorläufige Beweiserhebungen, welche aber der Präsident des Bundesgerichtes vorläufig abwies, ersteres weil sie auf den Entscheid keine störende Einwirkung üben können, letzteres als damals unerheblich. Eine gewisse Spannung ging dem Streit voran, da die Parteien auf die öffentliche Meinung durch Einziehung von Gutachten bei wissenschaftlichen Autoritäten einzuwirken suchten, Baselland bei Prof. Rüttimann und Vernburg in Zürich, Baselstadt bei Jhering in Gießen und vorher bei F. L. Keller selbst, dessen Auseinandersetzung, namentlich in seiner zweiten, der Rüttimann'schen Entwicklung scharf entgegnetretenden Folge von großer Bedeutung und für den Ausgang wohl nicht ohne Erfolg war.\*)

\*) Dieser Proceß hat eine kleine Litteratur:

1. Rechtsgutachten, die Festungswerke der Stadt Basel nach deren gegenwärtigem Rechtsverhältniß betreffend. (Von F. L. Keller.) Langenthal 1861.

Das Bundesgericht, in seiner zu St. Gallen, dem Wohnort des Referenten Aepli, gehaltenen Sitzung vom 28. und 29. October 1862 entschied insofern gegen Baselstadt, als es die Ansprüche von Baselland nicht ad græcas calendas verschieben wollte, so lange noch ein Schänzlein stehe, und insofern es auch nur solche Kosten in Abzug bringen wollte, die auf Parcellen verwendet werden, welche fiscalisches Eigenthum und damit Grund zu Ansprüchen seien, nicht aber alle irgend durch die Schleifung herbeigeführten Kosten; in der Hauptsache aber verwarf es die Sätze von Baselland:

I. das Miteigenthum und die daran hängende Realtheilung.

„Aus den in logischem Zusammenhang stehenden Theilen des (Obmanns-) Urtheils geht bestimmt hervor, daß die Festungswerke in Bezug auf alle Rechte, welche an denselben besessen werden konnten, so lange sie nicht geschleift wurden, unbedingt und ganz an Baselstadt übergegangen sind, und es kann nicht eingesehen werden, wie daneben noch Rechte für Baselland hätten übrig bleiben sollen. Wenn dann in Dispositiv 3 Baselland für den Fall der Schleifung der Festungswerke und des Entstehens von wirklichem Staatsvermögen das Recht auf einen An-

2. Gutachten betr. die Rechte, welche dem Canton Basellandschaft an den die Stadt Basel umgebenden Festungswerken zustehen. (Von Rüttimann.) Biefstal 1859.
3. Erwiderung auf das veröffentlichte Gutachten des Hrn. Prof. Dr. J. Rüttimann, betr. die Basler Festungswerke. (Von F. E. Keller.) Basel 1860.
4. Nachtrag zu dem Gutachten betr. die Basler Festungswerke, und Erwiderungen auf die Bemerkungen des Hrn. Geh. Justizrath und Professor Dr. F. E. von Keller in Berlin. (Von Rüttimann.) Zürich 1860.
5. Der Streit zwischen Baselland und Baselstadt über die Festungswerke der Stadt Basel. Ein Rechtsgutachten von A. Jhering. Leipzig 1862.
6. Rechtsgutachten über den zwischen den Cantonen Basellandschaft und Baselstadt obwaltenden Streit betr. die Festungswerke bei der Stadt Basel, mit Rücksicht auf die Lehre von den öffentlichen Sachen, erstattet von Dr. H. Dernburg. Halle 1862. (2. Ausg.)
7. Erwiderung auf das von Hrn. Dernburg in dem zwischen den Cantonen Basellandschaft und Baselstadt obwaltenden Rechtsstreit über die Festungswerke der Stadt Basel abgestattete Rechtsgutachten. (Von A. Jhering). Basel 1862.
8. Der Streit über das Eigenthum an den Festungswerken der Stadt Basel. Zürich 1861.
9. Der baslerische Schanzenproceß. Basel 1861.
10. Antwort der Regierung des Cantons Baselstadt gegen die Regierung des Cantons Basellandschaft betr. die Ansprüche ic. (Von Fürsprech Bützberger.) Langenthal 1862.
11. Der Rechtsstreit über die Basler Festungswerke (Bericht der Delegirten der h. Regierung von Baselstadt, Vorträge der Parteien, Referat des Instructorsrichters [Aepli], Verhandlungen [Voten] und Urtheil des h. Bundesgerichtes über die Ansprüche ic.) Basel 1862.

theil an letzterem vorbehalten wird, so genügt dieß gegenüber dem ganzen übrigen Inhalte des Urtheils noch nicht zur Rechtfertigung der Annahme, daß ihm dieser Antheil wegen eines stillschweigend vorausgesetzten, bis zur Demolition der Festungswerke schlummernden Miteigenthums zugestanden worden sei; denn es ist nicht denkbar, daß das Urtheil, indem es ausdrücklich an Baselstadt ein dem Begriff des Eigenthums gegenübergestelltes und dasselbe ausschließendes, weiter gehendes Hoheitsrecht verliehen hat, zu gleicher Zeit stillschweigend für Baselland ein schlummerndes Eigenthum vorbehalten habe. Eine solche Annahme ist um so weniger statthaft, als die Generaltheilungsacte vom 13. April 1835 (fact. F) mit ihrer Rubrik „Illiquides und unvertheiltes Staatsvermögen“ eine geeignete Veranlassung zur Vormerknahme an dem nun für Baselland beanspruchten Rechte geboten hätte, falls ein solches Recht wirklich von dem Schiedsgerichte als vorhanden angenommen worden wäre, während eine derartige Vormerknahme sich darin nicht findet.

Steht demgemäß Baselland an den Basler Festungswerken kein Miteigenthum zu, so folgt daraus mit rechtlicher Nothwendigkeit die Verwerfung des auf Realtheilung derselben gerichteten Klagebegehrens.“

II. Ebenso die Ansprüche auf den Werth alles Landes, das nicht fiskalisches Eigenthum geworden sei; sowohl des von der Schleifung überhaupt durch großräthliche Verfügung ausgeschlossenen als des factisch nicht verwendeten.

„Der klare Wortlaut des Urtheils spricht nun entschieden dafür, daß bloß die in den bürgerlichen Verkehr übergegangenen Theile des Areal's der Festungswerke bei Feststellung der Forderung von Baselland in Berücksichtigung gezogen werden dürfen; denn Dispositiv 3 setzt die Begründung von „wirklichem Staatsvermögen“ als Bedingung für das Eintreten eines Anspruchs von Baselland, und nach Erwägung 1—3 dürfen Straßen, Plätze, Promenaden u. dergl. nicht als wirkliches Staatsvermögen angesehen werden. Zwar wird hiegegen darauf aufmerksam gemacht, daß es auf solche Weise ganz in die Gewalt von Baselstadt gelegt sei, die Ansprüche von Baselland dadurch vollständig zu annulliren, daß es das gesammte Festungsterrain zu öffentlichen Zwecken verwende; allein diese Behauptung ist nur theilweise richtig und insoweit ohne rechtliche Bedeutung. Allerdings ist eine sehr verschiedenartige Verwendung des durch Schleifung der Festungswerke verfügbar werdenden Areal's denkbar, entweder in der Richtung weitgehender fiskalischer Ausbeutung oder umgekehrt in der Richtung umfassender, von fiskalischen Rücksichten Umgang nehmender Fürsorge für das allgemeine Wohl, und je nachdem Baselstadt in der einen oder andern Richtung vorgeht, wird die für Baselland erwachsende Forderung mehr oder weniger bedeutend sein; allein

diese Unsicherheit der Forderung von Baselland ist eine nothwendige Folge von Dispositiv 1, welches Baselstadt für alle Zeiten über die Festungswerke ein freies Verfügungsrecht eingeräumt hat, und kann nicht dazu führen, die durch Dispositiv 3 gesetzte Bedingung für die Anspruchsberechtigung von Baselland zu ignoriren. Uebrigens ist zu beachten, daß Baselstadt an dem aus den Festungswerken zu ziehenden fiscalischen Eigenthum zu 36 % mitantheilsberechtigt ist, und daß es mithin ein eigenes ökonomisches Interesse daran hat, den fiscalischen Gesichtspunkt nicht ohne genügende Gründe zu vernachlässigen. Es ist schon deshalb kaum zu befürchten, daß Baselstadt von seinem Verfügungsrecht über die Festungswerke einen ungehörigen, nicht auf Gründen administrativer Zweckmäßigkeit beruhenden, sondern auf Beeinträchtigung von Baselland abzielenden Gebrauch machen werde, wie denn auch für eine derartige Befürchtung zur Zeit keine Veranlassung vorliegt; sollte jedoch dieser Fall eintreten, so müßte dannzumal Baselland allerdings die Befugniß zugestanden werden, bei dem Gericht um Ersatz für den Nachtheil, welcher ihm durch eine solche dolose Anwendung des Verfügungsrechtes von Baselstadt über die Festungswerke verursacht worden wäre, klagend aufzutreten. Auch darauf, daß eine umfassende Verwendung des Festungsterrains zur Anlegung von Straßen, Plätzen und Promenaden wesentlich der Stadt Basel zu Gute komme, und daß daher eine derartige Verwendung einem Geschenke an die Stadt Basel auf theilweise Kosten von Baselland gleichstehe, kann rechtlich kein Gewicht gelegt werden; denn daß jede Schleifung einer städtischen Befestigung große Vortheile für die betreffende Stadt zur Folge hat, liegt in der Natur der Sache, und wenn diese Vortheile für die Stadt Basel durch die Art der Verwendung des Festungsterrains besonders bedeutend ausfallen, so kann dieß keinen Grund zu einer Einsprache von Seite Basellands bilden, da die Verfügung über jene Verwendung dem Stande Baselstadt zugestanden werden muß und es auch vom staatlichen Gesichtspunkt aus sehr begreiflich ist, wenn er dabei auf möglichste Förderung des Wohles seiner Hauptstadt mit Bedacht nimmt. Zum Schlusse ist übrigens zu beachten, daß die für öffentliche Zwecke verwendeten Theile des Festungsgebietes zufolge Wortlaut und Sinn des Urtheiles nur so lange, als sie diese Bestimmung behalten, den Ansprüchen von Baselland entzogen bleiben, und daß, wenn dieselben später in fiscalisches Eigenthum verwandelt werden sollten, das Unrecht von Baselland auf Letzteres nachträglich eintreten würde.“

(Oeffentliche Mittheilung.)

### 5. Hoheitsrecht oder Privatrecht? (Ohmgeld.)

Im Jahr 1837, am 13/14. Juni, erließ der große Rath von Bern einen Beschluß, wodurch „alle Concessionen, welche einzelne Gemeinden zum Bezug eines Ortsohmgeldes erhalten haben, auf 1. Jan. 1838 aus höheren staatsöconomischen Gründen“ als ein mit den Grundsätzen der Verfassung unverträgliches Recht zurückgezogen wurden.

Erst im Oct. 1849 richtete die Bürgergemeinde von Biel gegen diese Aufhebung eine Beschwerde an die Bundesbehörden, wurde aber mit derselben von der Bundesversammlung abgewiesen. — Wiederum blieb die Sache weitere zehn Jahre liegen, bis am 17. Oct. 1859 die Einwohnergemeinde von Biel gegenüber der Finanzdirection des Staates (Bern) einen Ausöhnungsversuch vor dem Friedensrichteramt Biel bestand, der aber scheiterte. Vom gleichen Tag datiert die hierauf an das Richteramt Biel gerichtete Klage. Diese Klage ward am 29. Nov. gl. J. vom Richteramt verurkundet und enthielt folgendes Rechtsbegehren:

Der Staat Bern sei schuldig, das Ohmgeldsrecht der Klägerin anzuerkennen oder wegen Aufhebung desselben gesetzliche Entschädigung zu leisten. —

Der Staat trug auf Abweisung in Folge eingetretener Klagerückführung (Verjährung) an. Er wurde aber vom Amtsgericht Biel am 8. Jan. 1862 mit dieser proceßhindernden Einrede abgewiesen. Ebenso die Einwohnergemeinde mit ihrem Hauptantrag auf Anerkennung des Ohmgeldes selbst, der Staat dagegen zu einer Entschädigung verfällt, deren Feststellung weiterer Verhandlung vorbehalten ward.

Die Sache gelangte nun vor zweite Instanz, in welcher die Klägerin sich wiederholt

1. auf fünfhundertjährigen Besitzstand,
2. auf die europäischen Friedensschlüsse von Paris und Wien,
3. auf die Garantien der Bundesbehörden,
4. auf die Erklärung des großen Rathes von Bern selbst

berief, wogegen der Staat sich auf

1. die geltenden Bundesgesetze,
2. das Gesetz von 1837,
3. die logische Unvereinbarkeit der Fortdauer staatsrechtlicher Befugnisse einer Gemeinde mit den entgegenstehenden Ausflüssen der Staatshoheit,

oder, sollte das Ohmgeld als ein garantiertes Privatrecht der Stadtgemeinde-Corporation Biel betrachtet werden, auf

4. die Verjährung der Klage

berief.

Die Klage setzte nemlich auseinander, wie die Stadt Biel durch Brief von König Rudolph vom 26. Nov. 1275 die Rechte von Basel erhalten und als Stadt des Reiches sei anerkannt worden, die unter

dem Bischof von Basel nur den Meier empfing, welcher an der Spitze des Rathes die Leitung der öffentlichen Angelegenheiten hatte. Diese Behörde, Meier und Rath, ordneten im Jahr 1348, daß jeder Wirth oder Wirthin von jedem Saum Wein, den sie im Großen verkaufen, vier Maaß geben, und ebensoviel diejenigen, welche Weine einführen u. Später wurde dieses Ohmgeld auch auf die Gemeinden Bözingen, Leubringen und Bineß gelegt und fortbezogen, bis Biel im Jahr 1798 mit Frankreich vereinigt ward. Noch im Jahr 1769 hatte der Rath von Biel die Verhältnisse dieses Gefälls durch eine neue Ordnung festgestellt. Auch Frankreich gewährte später (1805) der Gemeinde Biel (aber nur ihr ausschließlich der anderen Gemeinden) den Bezug als eines octroi municipal, und als im Januar 1814 die Stadtbehörde von Biel sich unter dem Schutz der einmarschierenden alliirten Truppen neu organisierte, war einer ihrer ersten Acte (8. Jan.) die Wiedereinführung des alten Ohmgeldes. Dieses Recht wie manche andere ähnliche garantierten dann die europäischen Verträge, der Pariser Frieden von 1814 (Art. IV), der Wienercongrès 1815, Schultheiß und Rath von Bern in dem Einverleibungsact vom 15. Nov. 1815 (Art. 20, § 10) und der Erklärung vom 7. Dec. gl. J., sowie der Vorort Namens der Eidgenossenschaft in der Gegenerklärung an die Mächte vom 18. Mai 1816. Mehrfach fand diese Gebühr noch spätere Anerkennung. Am 12. Juli 1826 erließ die Regierung von Bern eine Weisung an die Stadtbehörde von Biel, ein neues zweckmäßiges Reglement für ihr Ohmgeld an der Stelle desjenigen von 1769 zu entwerfen und ihr zur Genehmigung vorzulegen. — Ja als im Jahr 1831 die neue auf sehr freisinnigen Grundlagen aufgebaute Verfassung alle Vorrechte des Standes, des Ortes u. aufgehoben hatte, erließ noch im unmittelbar folgenden Jahr 1832 der große Rath die Erklärung, daß diese Ohmgeldsberechtigung kein durch § 9 der Verfassung aufgehobenes Vorrecht sei, sondern ein Eigenthumsrecht, welchem das Grundgesetz selbst förmliche Garantie gewähre.

Vom Beklagten wurde als Grundlage des cantonalen Aufhebungsgesetzes über Aufhebung dieses Ohmgeldes der Art. 24 der Bundesverfassung angegeben, welcher verfügt: Dem Bunde steht das Recht zu, die von der Tagsatzung bewilligten oder anerkannten verbindlichen Kaufhaus- und andere Gebühren dieser Art, mögen dieselben von Cantonen, Gemeinden, Corporationen oder Privaten bezogen werden, gegen Entschädigung ganz oder theilweise aufzuheben.

Was die Verjährung betrifft, so wollte der Beklagte die Bestimmungen der alten Bieler Stadtsatzung von 1614 (Tit. VII. Satz 117) als für diese Frage anwendbar erklären. Diese bestimmen für liegende Güter, Rechtsame und Gerechtigkeiten, die zinsbaren und unzinsbaren, verschriebenen und unverschriebenen Schulden eine Frist von zehn Jahren. Die friedensrichterliche Ladung aber vom 17. April

1857 falle auf einen um beinahe 20 Jahre späteren Zeitpunkt nach Erlaß des Aufhebungsgesetzes.

Diese peremptorische Einrede verwarf aber das Obergericht (30. Januar 1863) aus folgendem Grunde:

1. In Betracht, daß die von der Finanzdirektion des Kantons Bern formulirte peremptorische Einrede sich darauf stützt, die Einwohnergemeinde von Biel habe seit dem Erlasse des Gesetzes über die Aufhebung des Ortsohmgeldes vom 13. Juni 1837 bis zum Ausspielen der Klage mehr als zehn Jahre verstreichen lassen, also sei die zehnjährige Verjährungsfrist, welche in der Stadtsatzung von Biel bestimmt ist, von Seiten der Klägerin unbenutzt geblieben;

2. daß sich jedoch nach Satzung 3. C. die Gültigkeit eines Statuts auf die Angehörigen einer Ortschaft beschränkt, welcher es ertheilt worden, vorausgesetzt, daß sie daselbst ihren Wohnsitz haben und kein Bürgerrecht anderswo besitzen;

3. daß somit die Stadtsatzung von Biel, welche ein Statut ist, auf den Staat keine Anwendung findet, indem das Domizilium des Letztern sich über das ganze Kantonsgebiet erstreckt;

4. daß somit die allgemeine Landesgesetzgebung im vorliegenden Falle zur Anwendung kommen muß und nicht die Stadtsatzung von Biel;

5. daß aber nach Satzung 1035 und 1042 C. die Verjährungs- und Erstzungsfrist für den Staat und die Gemeinden zwanzig Jahre beträgt, mithin die Einwohnergemeinde von Biel ihre Klage noch rechtzeitig angebracht hat.

Ebenso verwarf dasselbe Gericht gleichen Tages die Einwendungen in der Hauptsache,

in Betracht:

1. daß das Recht zum Bezuge des Ohmgeldes seiner ursprünglichen Natur nach allerdings ein öffentliches Recht der Staatsgewalt ist, der eingeklagte Anspruch der Einwohnergemeinde von Biel jedoch sich nicht mehr auf den Besitz jenes öffentlichen Rechts gründet, sondern auf Verträge, durch welche dasselbe seine ursprüngliche Natur geändert hat und zum Privatrechte oder wenigstens zu einem jus mixtum geworden ist;

2. daß namentlich in der Vereinigungsurkunde vom 14. November 1815 der Stadt Biel das Zoll- und Ohmgeldrecht ausdrücklich vorbehalten und auch für die Folgezeit zugesichert wurde, und daß in dieser Urkunde nicht nur Gegenstände staatsrechtlicher Natur, sondern auch Privatrechte Objekt des Vertrages waren;

3. daß im Fernern auch nach der Annahme der Staatsverfassung von 1831, welche die besondern Vorrechte des Ortes aufhob, der Große Rath des Kantons Bern in den Motiven seines Beschlusses vom

26. Januar 1832 die privatrechtliche Natur des Ohmgeldrechtes der Stadt Biel ausdrücklich anerkannte;

4. daß der Große Rath, wenn er in seinem Decret vom 13. Juni 1837 die Ortsohmgelder aufhob, dieß zwar auch gegenüber Biel thun konnte, jedoch unter den obwaltenden Umständen nur gegen Entschädigung, wie sie im Falle von Expropriationen für jedes Privatrecht entrichtet werden muß;

5. daß zudem der Staat Bern die Stadt Biel für ihr ebenfalls in der Vereinigungsurkunde vom 14. November 1815 vorbehaltenes Zollrecht entschädigt hat;

6. daß endlich die erste Alternative des Klagebegehrens in erster Instanz nicht beurtheilt und dagegen kein geeignetes Rechtsmittel ergriffen wurde.

(Directe Mittheilung.)

## 6. Zusammengehörigkeit der Tagwen und der in ihnen gestifteten Genossamen.

Im Tagwen Niederurnen (Glarus) legten eine Zahl Genossen (1. Mai 1667) Beiträge zusammen mit der Bestimmung, daß die Vertheilung davon in gleicher Weise wie die Nutznießung am Tagwenrechte zu geschehen habe und daß eine Ausnahme lediglich zu Gunsten von solchen Bedigen, welche das 24. Altersjahr zurückgelegt haben, gelten solle, ihre Nachkommen in Noth selbige nutzen und der Zins davon wie von den Tagwen jährlich unter die Nachkommen der Stifter vertheilt werden solle.

Eine Reihe von Jahren hindurch war Balthasar Steinmann Landesabwesend, bezog aber seit der Rückkehr (1822), nach vorherigem Anhalten ums Tagwenrecht und ums Schatzrecht, jährlich seine Zinse von Tagwen und vom alten Schatz. Im Jahr 1855 verzichtete Steinmann auf Land- und Tagwenrecht, und die Verwalter des alten Schatzes weigerten ihm auch fortan Verabreichung des davon fallenden Jahresbetrages, gestützt darauf, daß die Schatzcorporation ihre Statuten selbst auszulegen habe, wie ihr die Landesverfassung (§ 80) und die Gemeindegeseze (§ 37), sowie eine Reihe von Urtheilen dies gewährleisten.

Er führte zu Begründung seiner Klage folgende Thatsachen an:

1. Der alte Schatz sei erst im Jahr 1667, also längst nach dem politischen Bestand des Tagwens gestiftet worden.

2. Die Statuten derselben besagen:

§ 3. Zweck des Schatzgutes sei, damit die Stifter und ihre rechtmäßigen Nachkommen sich dessen im Nothfall zu getrösten haben.

§ 4. Ausnahmsweise verliere dies Recht ein Berechtigter, wenn

er mit seiner Familie von Niederurnen wegziehe, und ein Lediger, wenn er außer Niederurnen sich aufhalte — beides nur während der Abwesenheit.

§ 6. Ausschluß begründe nur der Abfall von der wahren Religion.

3. Kläger sei ein Abkömmling eines der Stifter.

Das Appellationsgericht des Cantons Glarus, durch Spruch vom 13. Aug. 1857, entschied zu Gunsten des Klägers, ausgehend von obigen Thatsachen, in Erwägung

2. daß der Art. 3 der Statuten nur vorschreibt, es sollen die jährlichen Zinse in gleicher Form ausgetheilt werden, wie das Tagwenrecht, was nicht anders als dahin verstanden werden kann, daß im Allgemeinen, d. h. soweit nicht die Statuten selbst Ausnahmen festsetzen, die Schatzgenossen zum Genuße des Schatzgutes unter den gleichen Bedingungen berechtigt sein sollen, wie die Tagwenleute zum Genuße des Tagwenrechts;

3. daß dagegen die Statuten nirgends die Bestimmung enthalten, daß die Verzichtleistung auf Land- und Tagwenrecht den Verlust des Schatzgenossenrechtes nach sich ziehe, während man sich doch veranlaßt fand, in Art. 6 ausdrücklich festzusetzen, daß die Religionsänderung diese Folgen haben solle;

4. daß auch später von den Schatzgenossen niemals ausdrücklich das Gesetz aufgestellt worden ist, es sollen nur Tagwenleute zum Genuße des Schatzgutes berechtigt sein, vielmehr bei den angeführten Beschlüssen immer nur die Frage, in wie weit auswärtig wohnende Schatzgenossen nuzungsberechtigt seien, zum Entscheide vorlag.

(Directe Mittheilung.)

## 7. Identität von Ortsbürger- und Genossenrecht?

Zacharias Kamm ist außerehelich erzeugter Sohn des Hans Peter Kamm. Dieser war vollberechtigter Ortsbürger der Gemeinde Filzbach im Canton Glarus.

Nach dem Landsbuch (Art. 2) hat das uneheliche Kind eines Glarner's das volle Orts- und Gemeindebürgerrecht in derjenigen Gemeinde, welcher sein Vater angehört. — Der obgenannte Kamm sprach demnach auch an den Alpen, welche diese Gemeinde besitzt, den Genuß eines regelmäßigen Alpygenossen an.

Die Gemeinde Filzbach weigerte ihm aber die Zulassung auf Grund ihrer Statuten von 1803, 1822 u. 1841, wonach zur Genossenschaft eheliche Geburt gehöre. Und die Berufung auf das Landsbuch beseitigte sie durch die Behauptung, daß dieser Artikel wohl die politischen Rechte des Ortsbürgers angehe, nicht aber die privatrechtlichen, oder,

genauer gesprochen, daß die Genossame, deren Rechte Kamm anspreche, eine von der politischen Gemeinde gesonderte Corporation und mit ihr nicht identisch sei, so daß die Statuten dem Landebuche vorgehen, wie ja auch die Verfassung der Corporation das Recht der Selbstconstituierung gewähre (Art. 20. 79. 80). Sie führte namentlich an, daß in der Gemeinde Filzbach folgende Rechte bestehen, welche unter sich verschieden, auf eigenen Statuten beruhen, ihre eigenen Verwaltungen haben und in ihrem Entstehen und in ihrer Entwicklung unabhängig seien, nämlich:

- a) das sog. alte Dorfrecht, welches in sich schließe die gemeinschaftlichen Weidrechte im Britterwalde, den Besitz der Liegenschaften Kupfernasen, Hirschboden u. s. w., sowie der Säge und Brunnen in der Dorfschaft;
- b) das sog. Haus- oder Genossammerecht, das den Besitz der Alpen und Allmeinden in sich fasse;
- c) das im Jahr 1803 entstandene sog. Waldrecht und
- d) das allgemeine Tagwenrecht auf Kerenzen, sowie die Kirchen-, Schul- und Armenrechte;

daß es sich heute bloß um die Verhältnisse des eigentlichen oder ursprünglichen Haus- oder Genossammerechts handle;

daß die Genossame der Alp (Husälpler), schon vor Jahrhunderten bestanden habe, und der Besitz des Dorfbürgerrechts keineswegs den Besitz des Genossammerechts in sich schließe, vielmehr ein jeder Besitz besonders erworben werden müsse;

daß einzelne Geschlechter, die von jeher auf Kerenzen bürgerrechtlich und heimisch gewesen, dennoch keine Genossammerechtigten gewesen seien, daß es ebenso Thatsache sei, daß alle Genossammerechtigten auch als berechnigte Dorfbürger von Filzbach erscheinen, woraus sich die oftmalige Benennung „Dorfleute“ in den vorgelegten Alp- und Dorfbüchern erkläre, währenddem die bezüglichlichen Handlungen eigentlich ihrem Wesen nach nur die Genossammerebürger beschlagen;

daß im vorliegenden Falle auch zu untersuchen sei, ob z. B. Kamm diejenigen Eigenschaften besitze, welche erforderlich seien, um Züger an den Genossammerechten in Filzbach zu werden, und daß in dieser Beziehung namentlich zu beachten sei, daß durch die zu Recht bestehenden Statuten von Anno 1803, 1822 und 1841 die eheliche Geburt als bestimmtes Erforderniß verlangt werde, um wirklich in den Genuß des Genossame- oder Alprechts eintreten zu können.

Darüber entschieden nun beide Instanzen übereinstimmend, und zwar das Appellationsgericht von Glarus, am 27. März 1858, zu Gunsten des Kamm, auf Grund folgender Thatsachen:

daß die Dorfschaft Filzbach von jeher Eigenthümerin der Alpen und Allmeinden, um deren Genüsse es sich handle, gewesen sei und sie durch Kauf vermehrt habe;

daß alle und jede gesetzliche Bestimmungen und Verfügungen über Benutzung, Nutznießungsrechte und damit verbundene Lasten von der Dorfschaft oder Genossamme als öffentlicher Ortsgemeinde und keineswegs als Privatcorporation ausgegangen seien (v. Statuten von 1643, 1658, 1674 und hauptsächlich die Gesetze von 1784, 1822 u. 1811);

daß sich alle diese Verhandlungen in den gleichen Protocollen, in welchen sich auch das übrige Dorfeigenthum, an dem dem Appellaten das Miteigenthumsrecht nicht streitig gemacht werden könne, befinden, und daß zu Wahrung aller dieser Ortsgemeinde-Interessen nur ein Repräsentant, der Dorfvoigt, ernannt worden sei;

die zwei andern Ortschaften oder Genossammen Obstalden und Mühlehorn Leuten, welche in gleichen Verhältnissen, wie der Appellat, stehen, die dießfalligen Rechte ohne Widerspruch zu Theil werden lassen; und in Erwägung,

daß das in früherer Zeit getrennt geführte Rechnungswesen um so weniger entscheiden kann, als diese Trennung im Jahr 1817 mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß alle Dorfleute nun auch Alpgenossen seien, aufgehoben wurde, die im 17. Jahrhundert vorkommende Erscheinung aber, daß neue Genossen das Dorfrecht ohne das Alprecht erwarben, als eine Anomalie früherer Zeiten anzusehen ist, und jene Trennung heutzutage auf Personen, welche keineswegs von jenen neuen Genossen abstammen, nicht mehr angewendet werden kann;

daß überhaupt im Sagwen Kerenzen, der als solcher seinen Bürgern beinahe keine Genüsse mehr gewährt, die Genossamen im Laufe der Zeit immer mehr in die Stellung wirklicher Ortsgemeinden eingetreten sind.

(Directe Mittheilung).

## 8. Handlungsfähigkeit. Verbeiständung von Frauenzimmern und Haftpflicht dieser letztern für dabei begangene Nachlässigkeit.

Am 22. December 1856 stellte Jeanne Louise Gurhod dem Marcus Sigismund Morel das schriftliche Versprechen aus, ihm einen Weinberg zu Charmigny zu verkaufen, dessen Umfang im Cadaster auf 94 Ruthen 75 Fuß angegeben war. Seit diesem Tag bebaute Morel den Weinberg und bezog dessen Ertrag. Am 8. Dec. 1859 erneuerten sie vor Notar diesen Verkaufsact, wobei sich ein Johann Stephan Delafontaine, der sich als Neffen und einen ihrer nächsten Blutsverwandten bezeichnete, als ihr Beistand mitunterschrieb. Da indeß der von Frau Gurhod vorgelegte Cadasterauszug nicht in Ordnung war, so konnte der Verkaufsact nicht ausgefertigt werden, und nachher weigerte sich Frau Gurhod, den Vertrag zu erfüllen, darauf gestützt, daß sie am 8. Dec. 1859 nicht gehörig verbeiständet gewesen sei, indem Delafon-

taine gar nicht ihr Blutsverwandter sei. Darauf forderte Morel von ihr Fr. 600 Schadenersatz für verwendete Arbeit und Kosten auf den Weinberg und Verbesserung desselben; beide Instanzen erkannten ihm seine gehörig constatierte Forderung zu :

Considérant qu'il est constant que la veuve Curchod a manifesté l'intention et la volonté de vendre la vigne dont il s'agit au procès à Marc-Sigismond Morel;

que cette intention et cette volonté résultent non-seulement de l'engagement écrit en date du 22 déc. 1856 et signé par elle, mais essentiellement de ce que dès cette date elle a mis et laissé Morel en possession de l'immeuble jusqu'à l'année dernière;

que, assistée de son conseil judiciaire et autorisée de son frère Samuel Richard outre Jean-Etienne Delafontaine, elle a consenti devant notaire une promesse de vente du même immeuble au demandeur Morel;

que l'acte de vente définitive aurait été fait le même jour 8 décembre 1859, si un extrait régulier du cadastre avait été fourni.

Considérant qu'il n'apparaît point et qu'il n'est pas même allégué, que la veuve Curchod ne fût pas capable de comprendre la valeur des mots „parents de sang“ appliqués à Jean-Etienne Delafontaine;

qu'en se présentant devant notaire, accompagnée de son conseil et de deux personnes qui devaient l'autoriser comme étant ses plus proches parents, elle s'est annoncée par ce fait comme étant capable de contracter régulièrement;

qu'il lui incombait à elle essentiellement de se faire assister et autoriser d'une manière régulière, et d'indiquer les deux personnes dont à titre de ses plus proches parents elle avait besoin de se faire autoriser;

que, par suite de l'indication qui a eu lieu devant notaire, l'acheteur Morel ne pouvait exiger davantage, et a dû s'estimer en présence d'une femme rendue capable de traiter avec lui, et cela d'autant plus qu'il s'agissait de préparer la transmission définitive d'un immeuble dont il était en possession depuis près de trois années sans contestation;

que la veuve Curchod a reconnu la vérité du contenu de la promesse de vente quant aux indications qui y sont faites, et a signé cette promesse.

Considérant, dès lors, qu'il y a eu faute ou négligence de la part de la veuve Curchod dans le fait susmentionné, d'après lequel sa partie a été induite en erreur sur la régularité de l'autorisation dont elle s'appuyait pour contracter;

qu'il est constant que ce fait a causé un dommage à la partie Morel.

Considérant que la responsabilité d'un fait dommageable pèse

sur celui qui en est l'auteur, et que la loi ne fait en cette matière aucune exception en faveur de la femme majeure.

(Journal des tribunaux vaudois, IX [1861], p. 41 ss.)

## 9. Haftbarkeit für voreheliche Schulden.

Das Landsbuch von Glarus (Art. 41, 46, 47, 49—52) stellt hinsichtlich des Güterrechtes der Eheleute folgende Grundsätze fest:

1. Der Ehemann ist Nutznießer des Frauengutes und Vogt darüber.
2. Bei Falliment des Mannes steht die Frau für das Ganze unter den Handschuld-Gläubigern oder nimmt die Hälfte vorweg und verliert die andere Hälfte.
3. Bei Tod des Ehegatten hat der Ueberlebende die Wahl zwischen Rückzug des Eingebachten oder Kindesheil oder bei unbeerbter Ehe dem halben Gut.
4. Ist der Rückzug nicht mehr völlig in natura durchführbar, so haften die Erben für das fehlende.

Ebenso sagt das Landsbuch, Art. 212 (Ausg. 1852), den Creditoren falle nach Austragung des Concurfes zu, was dem Falliten nachher durch Erbschaft oder auf eine andere Weise zukommt.

Nun war über Anna Leuzinger der Auffall ergangen und in Folge desselben dem Gläubiger Jacob Baumann von Stäfa sein Betreffniß am 4. Sept. 1858 ausbezahlt worden.

Zwischen der Auffallserklärung und dieser Zahlung hatte die Fallitin sich im Juli 1858 mit Fuhrhalter Heinrich Kubli von Netstal verehlicht, und nachdem Baumann sein Betreffniß vorbehaltlos eingezogen hatte, trat er jetzt gegen den Ehemann Kubli auf und verlangte von diesem Bezahlung des Schuldrestes von Fr. 1938. 45, gestützt darauf, daß

- a. in Glarus Gütergemeinschaft gelte,
- b. Folge davon sei, daß der Mann, wie er den Genuß des Vermögens mit der Frau theile, er auch für ihre angeheiratheten Schulden hafte.

Der Beklagte bestritt diese Gütergemeinschaft und die Consequenz, die Kläger daraus ziehe und das Appellationsgericht von Glarus trat (10. März 1859) dieser Ansicht des Ehemanns bei, mit folgender Erwägung:

1. daß zwar der Ehemann, welcher durch die Verehlichung Vormund seiner Frau und Nutznießer ihres Vermögens wird, ohne Zweifel auch verpflichtet ist, allfällige ältere Schulden derselben insoweit zu bezahlen, als ihr Vermögen und ihr Verdienst ausreicht, dagegen eine

allgemeine Verbindlichkeit des Mannes, mit seinem eigenen Vermögen für ihre Schulden einzustehen, aus unsern Gesetzen sich nicht nachweisen läßt, zumal dieselben keineswegs dem Grundsatz unbedingter Gütergemeinschaft huldigen, und dieser auch in frühern Urtheilen, welche übrigens wesentlich verschiedene Fälle beschlagen, nicht anerkannt worden ist;

2. daß nun im vorliegenden Falle von Seite des Appellanten selbst nicht behauptet wird, daß Anna Leuzinger ihrem zweiten Ehe- manne Vermögen zugebracht habe, vielmehr vorliegt, daß sie als Fal- litin in die Ehe trat, somit nach § 212 des Landebuchs und Nach- tragsgesetz von 1856 überhaupt nur die Gesammtheit der Concur- gläubiger auf allfällig später ihr zufallendes Vermögen, sowie auf die Hälfte ihres Verdienstes Anspruch machen kann;

3. daß überdieß der Appellant erst am 4. Sept. 1858, somit erst nach der von Anna Leuzinger mit Heinrich Kubli eingegangenen Ehe sein Treßniß aus der Concurßmasse der erstern bezogen hat, ohne dabei eine Forderung an den letztern sich vorzubehalten.

(Directe Mittheilung.)

## 10. Haftbarkeit der Ehefrau.

Elisabetha Pfäffli, geb. Mehr, im Hickerhüsli (C. Lucern) hatte ein Gut unterm 1. Dec. 1859 gekauft und besorgte dessen Bestellung neben ihrem Ehemanne in voller Selbständigkeit. Nach dem Tode ihres Mannes wurde sie für die Summe von Fr. 406 belangt, die ihr Mann gegen Ausstellung von drei Schuldscheinen von Joseph Bon- wyl empfangen hatte, mit Verpflichtung, dafür an bestimmten Orten und zu bestimmten Zeiten Holz, Stroh und Hafer abzurichten. Die Frau hatte diese Scheine unterzeichnet, ebenso der Ehemann „als ihr natürlicher Beistand“.

Das Bezirksgericht Willisau sprach dem Kläger diese Forderung zu (19. Febr. 1863), das Obergericht aber ab (24. April gl. J.).

In Erwägung:

1. daß gemäß § 553 des bürgerlichen Gesetzbuches ein rechtliches Geschäft nicht nach seiner Form, Namen und äußerlichen Beschaffen- heit, sondern seiner innern rechtlichen Wesenheit zu betrachten ist und in dieser Beziehung die drei angeführten Geschäfte des Klägers mit Joseph Pfäffli offenbar als verschleierte Darlehen des Ehemannes er- scheinen, wofür ganz besonders die Baarzahlung an den Mann längst vor dem Lieferungstermin, das Versprechen der verzinslichen Rückzah- lung der Baarsumme im Falle der Nichtlieferung, endlich die wirk- liche Nichtlieferung der verkauften Producte sprechen;

2. daß aber für Darlehen des Ehemannes die Ehefrau gemäß

§ 184 des bürgerlichen Gesetzbuches, selbst im Falle einer einwilligenden Verpflichtung derselben, nur unter Mitwirkung eines außerordentlichen Beistandes haftbar werden kann;

3. daß sodann, selbst wenn fragliche Geschäfte wirklich als Kaufgeschäfte angesehen werden, Pfäffli hiebei trotz der Bezeichnung seiner Stellung als natürlicher Beistand seiner Ehefrau in der That rechtlich in eigener und persönlicher Stellung handelte, indem er als Nutznießer des Frauenvermögens, also auch der Liegenschaft, Eigenthümer der fraglichen Verkaufsobjecte als Liegenschaftsfrüchte war und also seine eigenen Sachen und nicht diejenigen seiner Ehefrau verkaufte;

4. daß übrigens, selbst abgesehen von allen diesen Gesichtspuncten, die Beklagte schon aus dem Grunde nicht aus fraglichem Geschäfte belangt werden kann, weil ihre verpflichtende Einwilligung auf den drei Verpflichtungsacten fehlt und der Ehemann als bloßer Beistand zwar wohl die Einwilligung der Ehefrau ergänzen, nicht aber wie etwa ein Vogt den mangelnden Willen ersetzen kann.

(Directe Mittheilung.)

## 11. Vermögensabtretung an Ehefrauen bei aufrechter Ehe.

Jacob Stahel von Wülflingen (Zürich) ließ im März 1862 den J. B. Ulrich in Schwyz für eine Forderung von Fr. 1131. 61 betreiben und bereits waren in dessen Laden verschiedene Waaren im Betrag von Fr. 562. 25 von ihm geschätzt worden. Auf einmal schlug der Schuldner gegen die Fortsetzung der Schätzung Recht dar, weil er seine Ladenwaaren unterm 18. Jänner 1862 seiner Ehefrau zu einigem Ersatz ihres zugebrachten Vermögens abgetreten habe, wofür die Abtretungsurkunde vorgewiesen wurde. Der Creditor griff nun die Rechtsgültigkeit der fraglichen Abtretung an und siegte damit am 5. Juli vor dem Bezirksgericht Schwyz ob. Der Beklagte ergriff dagegen die Appellation.

Der ursprüngliche Kläger, nunmehrige Appellat, stellte die Behauptung in den Vordergrund, die vorwürfige Abtretung sei ein zweiseitiges Rechtsgeschäft. Der Ehemann könne seiner Ehefrau Ersatz ihres zugebrachten und veräußerten Vermögens anbieten, ja selbst ausweisen; aber seitens der Ehefrau müsse die Acceptation in Qualität und Quantität rechtsförmlich ausgesprochen werden, sofern der Ersatz perfect sein soll. Durch einseitige Verfügung des Mannes könnte die Ehefrau gefährdet werden, wie es hier wirklich der Fall sei, indem mehrere Waaren der Frau in einem viel höheren Preis angeschlagen worden seien, als ihnen nachher die amtliche Schätzung zu Gunsten Stahels beigelegt. Der Abtretungsschein vom 18. Januar trage nur

die Unterschrift des Ehemannes, weswegen er denselben als einseitiges Rechtsgeschäft behaupten zu können glaube. Allein diese Form könne die Natur des Rechtsgeschäftes nicht bestimmen. Was aber im vorliegenden Fall die Zweiseitigkeit des Rechtsgeschäftes noch besonders klar herausstelle, sei der Umstand, daß der Ehemann in der mehrerwähnten Abtretung seine Frau verpflichtet habe, aus den ihr abgetretenen Gegenständen eine Schuld des Mannes von Fr. 500 an einen gewissen Felslin zu bezahlen. Ohne rechtlichen Consens der Frau könne nun aber dieser eine solche Verbindlichkeit nicht aufgelegt werden.

Wenn nun hergestellt sei, daß die Abtretung ihrer Natur nach zu den zweiseitigen Rechtsgeschäften gehöre, so müsse die Zustimmung der Ehefrau, als unter der ehelichen Vormundschaft stehend, durch einen außerordentlichen Beistand derselben erklärt, von den Vormundschaftsbehörden genehmigt werden. Der Mangel einer solchen Vertretung habe die Ungültigkeit der fraglichen Abtretung zur Folge.

Der Appellant behauptete, der Ehemann sei befugt, seiner Ehefrau, ohne besondere Verbeiständung derselben, Ersatz ihres veräußerten Vermögens zu leisten, sofern dieser Ersatz freiwillig geschehe. Allerdings schreibe der Schuldentrieb Tit. VI, §§ 15 und 16 vor, daß die Frau, welche sich für ihr veräußertes Gut auf ihrem Manne versichern wolle, sich einen Vogt geben lassen müsse, der dann für sie die Schätzung zu betreiben, und das Verzeichniß der geschätzten Gegenstände dem Waisenamt einzuhändigen habe; allein im vorliegenden Fall habe keine Schuldbetreibung stattgefunden, sondern der Ehemann habe den Ersatz freiwillig geleistet. Dazu sei er jederzeit befugt, indem dies eine Verwaltungsmaßregel des Mannes sei, wie er sie in verschiedenen anderen Richtungen wiederholt zu üben im Falle sei. Wenn der Frau Kapitalien einbezahlt werden, so könne sie der Mann nach seinem Gutfinden wieder anlegen, er könne das Vermögen seiner Frau zu seinen Unternehmungen verwenden, u. s. w., ohne eine Vormundschaftsbehörde darum zu begrüßen, während der vom Staate geordnete Vogt über alle Veränderungen oder Veräußerungen des Vermögens seines Mündels die vormundschaftliche Genehmigung einholen müsse. Der Ehemann stehe daher nicht im gleichen Verhältniß, wie der staatlich geordnete Vogt.

Das Kantonsgericht wies am 19. Aug. 1862 die Appellation einstimmig als unbegründet ab, und zwar in Erwägung:

1. Daß der Appellant durch die unterm 18. Jänner l. J. zu Gunsten seiner Ehefrau gemachte Abtretung das in die Ehe gebrachte Erbgut derselben theilweise ersetzen wollte;

2. Daß dieser Akt als zweiseitiges Rechtsgeschäft aufzufassen ist, wobei die Erklärung der Ehefrau über Genehmigung des ihr angebotenen Ersatzes unerläßlich erscheint, hier aber noch speziell in Betracht fällt, daß der Ehefrau nicht einseitig durch den Ehemann die Verpflich-

tung überbunden werden konnte, aus den ihr abgetretenen Gegenständen eine Schuld dieses letzteren von Fr. 500 zu tilgen;

3. daß die Zustimmung der Frau zu einem derartigen Akt, abgesehen davon, daß sie im vorliegenden Fall nicht erwiesen ist, nicht als rechtskräftig betrachtet werden könnte, indem ihre Handlungsfähigkeit für Abschließung von Verträgen auch gegenüber dem Manne durch die eheliche Vormundschaft aufgehoben ist;

4. daß der Tit. VI, § 15 des Schuldenrechts mit diesem Grundsatz vollkommen übereinstimmt, indem er für die Vindication von veräußertem Frauengut die Mitwirkung eines Beistandes der Frau und die vormundschaftliche Genehmigung ausdrücklich fordert.

(Directe Mittheilung.)

## 12. Schenkungen unter Ehegatten.

Aloys Reichmuth in Schwyz hatte sich gegen Ende der vierziger Jahre mit Susanna Steiner verheiratet. Am 16. April 1852 schenkte sie ihrem Manne mittelst kanzleilicher Verschreibung alles, was sie an Kleidern, Bettzeug, Leinwand, Hausgeräthschaften, Geld und Werthschriften besaß, mit Vorbehalt des Erbthen. Als die Frau Reichmuth, geb. Steiner, im Laufe des Sommers 1862 kinderlos starb, und der Wittwer nur das geringe ererbte Vermögen derselben ausweisen wollte, bestritten die Erben der Frau die Rechtsgültigkeit der Schenkung.

Das Bezirksgericht Schwyz erklärte wirklich am 2. Sept. die fragliche Schenkung als ungültig und zwar wesentlich auf folgende Motive gestützt:

1. Daß eine gültige Schenkung nur von einer Person gemacht werden kann, welche eigenen Rechtes ist;

2. daß laut Landbuch Seite 147 jede Frau durch ihren Ehemann bevogtet ist;

3. daß der Grundsatz der Bevogtigung der Frau durch ihren Ehemann auch in der Vormundschaftsverordnung vom 17. Juli 1851 anerkannt ist;

4. daß folglich die Susanna Reichmuth, geb. Steiner unter der natürlichen Vormundschaft ihres Mannes stand und daher keine Dispositionsbefugniß über ihr Vermögen besaß.

Am 14. Oct. gelangte der Prozeß ans Kantonsgericht.

Die Erben der Frau Reichmuth, geb. Steiner, behaupteten nun, durch §. 1 der Vormundschaftsverordnung von 1851 sei die eheliche Vormundschaft der staatlichen vollkommen gleichgestellt, wie im alten Landrecht, dahin lautend, daß jede Frau durch ihren Ehemann bevogtet sein soll. Der §. 2 gleicher Vormundschaftsverordnung besage dann, daß (neben der staatlichen und ehelichen Vormundschaft) außerordentliche Vormünder bestellt werden müssen „in allen Fällen, wo

„aus besonderen Gründen die Vormundschaft des Ehemannes über die „Frau, oder des Vaters über die Kinder, oder des ordentlichen Vogtes „über die in §. 1 bezeichneten Personen (Minderjährige, Verschwender, „Blödsinnige 2c.) nicht ausreicht, oder in einem auffallenden Maße ver- „nachlässigt, und ein besonderer Schutz dieser Personen nothwendig wird.“ Da nun der Ehemann bei der fraglichen Schenkung seiner Frau unmittelbar interessirt gewesen sei, so habe seine Vormundschaft offenbar dabei nicht ausreichen können. Eine Entlassung von der Vormundschaft gebe es für in der Ehe lebende Frauen gar nicht, sondern nur eine außerordentliche Bevormundung nach Maßgabe des angeführten §. 2. Die Ehefrau habe juristisch keinen eigenen Willen, indem er in demjenigen des Mannes aufgehe. Es wäre sehr gefährlich, wenn es nur von dem Einflusse des Mannes auf seine Frau abhänge, diese zu einer Schenkung zu seinen Gunsten zu bestimmen, ohne daß es hiefür der Mitwirkung eines außerordentlichen Vogtes und der Genehmigung der Vormundschaftsbehörden bedürfte.

Uloys Reichmuth dagegen berief sich wesentlich darauf, daß durch die Vormundschaftsverordnung von 1851 die altlandrechtliche Geschlechtstutel aufgehoben worden sei und daß nun majoräne Weibspersonen die gleiche Handlungsfähigkeit besitzen, wie Mannspersonen. Allerdings stehe die Ehefrau unter der Vormundschaft des Ehemannes; allein diese Vormundschaft involviere keine absolute Handlungsunfähigkeit, sondern sie bestehe nur im Interesse der ehelichen Einheit, beziehungsweise speziell zum Schutze der Rechte des Ehemannes über das Vermögen der Ehefrau. So weit dieser seiner Frau zu schalten und walten gestatte, habe sich der Staat nicht einzumischen. Eine majoräne ledige Weibsperson könne unbestrittenermaßen innerhalb der Schranken des Landrechtes eine gültige Schenkung machen. Es wäre nun eine auffallende Ungleichheit, wenn die Ehefrau dieses nicht könnte. Ebenso sei es unbestritten, daß sie mit Zustimmung des Mannes einem Dritten gültig schenken könne; es sei nun nicht einzusehen, wie sie es nicht auch zu Gunsten ihres Mannes sollte thun können.

Das Kantonsgericht hob das erstinstanzliche Urtheil auf (14. Oct. 1862) und erklärte die angestrittene Schenkung als rechtegültig, und zwar auf folgende Motive gestützt:

1. Daß laut Landbuch (S. 170) erhaufetes Vermögen verschenkt werden kann, sofern das Geschenkte Jahr und Tag vor des Schenkers Tod ausgehändigt wird und dieser sich des daherigen Nutzens begiebt;

2. daß die unterm 16. April 1852 kanzleiißlich verschriebene Schenkung der Frau Susanna Reichmuth, geb. Steiner, erwiesener- und anerkanntermaßen nur ihr erhaufetes Vermögen beschlägt, und die geschenkten Gegenstände seit dem Datum der Schenkung im Besitze, sowie in Verfügung und Genuß des Appellanten gelegen sind;

3. daß die laut Landbuch (S. 147) bestandene Geschlechtsvormund-

schaft durch die Vormundschaftsverordnung vom 17. Juli 1851 aufgehoben, für die Ehefrauen aber die Vormundschaft des Ehemannes beibehalten worden ist;

4. daß die Ehefrau vermöge der ehelichen Vormundschaft an sich durchaus nicht handlungsunfähig, sondern nur um der Ehe willen in der eigenen freien Verfügung über ihr Vermögen beschränkt ist, daher ohne Zustimmung des Mannes über ihr Eigenthum nicht gültig verfügen kann;

5. daß aus der Natur des Rechtsgeschäftes sowohl, als aus allen Verumständungen ersichtlich und auch von den Appellaten nicht bestritten ist, daß der Appellant zu der Schenkung seiner Frau die Zustimmung erteilt hat;

6. daß Schenkungen unter Ehegatten erlaubt sind und die angefochtene Schenkung die beschränkte Befugniß mit Rücksicht auf das Landrecht (S. 170) in keiner Weise überschreitet;

7. daß eine außerordentliche vormundschaftliche Vertretung der Ehefrau, beziehungsweise ein besonderer Schutz des Staates zu Gunsten ihres Vermögens, dem Ehemann gegenüber bei einseitigen Rechtsgeschäften nur in so weit gefordert werden kann, als dies durch positive Gesetze vorgeschrieben ist, eine solche ausnahmsweise Bestimmung aber weder im Geiste noch Wortlaut der alten Landrechte liegt, noch auch hier aus der Vormundschaftsverordnung vom Jahre 1851 nachgewiesen werden kann.

(Directe Mittheilung.)

### 13. Bundesgerichtliche Ehescheidung.

Herr Aloys Ramenzind von Gersau (auch Bürger von Luzern) verehelichte sich im Januar 1845 mit Josepha Znderbizzi von Schwyz und siedelte im Jahr 1847 mit ihr nach Luzern über. Das Verhältniß zwischen diesen Ehegatten gestaltete sich bald so übel, daß die Frau auf Scheidung beim bischöflichen Commissariat daselbst im Jahre 1850 einkam. Sie warf dem Manne Geiz vor, aus welchem er ihr sogar die erforderlichen Lebensmittel verweigere, sich zu Vermeidung von Kindersegen entziehe, sie mißhandle, so daß in ihr ein unüberwindlicher Widerwille erwachsen sei. Das bischöfliche Commissariat als Richter in dieser Sache erkannte am 27. Januar 1850 auf Scheidung zu Tisch und Bett für unbestimmte Zeit. Die Geschiedene hielt sich hierauf in Schwyz, Lachen, Zürich und Locarno auf, von welchen Orten über ihren Wandel sehr verschiedene Zeugnisse vorliegen. Von Gersau wird ihr Troß und Härte, von Luzern und Schwyz nichts Nachtheiliges, von Lachen und Zürich Eingezogenheit, von Locarno dagegen höchst verdächtiges Zusammenleben mit dem dort niedergelassenen Gerber Znder-

bizzi nachgesagt, ja sogar, daß dieser bei seinem dortigen Hausherrn sie als seine Frau eingeführt habe. Immerhin hatte im Jahre 1858 ihr Ehemann beim bischöflichen Commissariat zu Schwyz Aufhebung der Ehescheidung begehrt und beim Nichterscheinen der citierten Ehefrau in Contumaciam erhalten (den 1. Juli 1858); dieselbe war nämlich vorher schon, ohne des Ehemanns Wissen, zu Glarus zur protestantischen Confession übergetreten (am 22. Mai 1858), und erkannte die Competenz des Commissariats für ihr Eheverhältniß nicht weiter an. Nach längern, vor den eidgenössischen Behörden über diese Competenz geführten Verhandlungen, gelangte (2. Nov. 1862) die Sache zur Entscheidung an das Bundesgericht, welches auf Grund des sog. Nachtragsgesetzes vom 3. Febr. 1862 die Frage über die Ehetrennung im Sinne der darauf klagenden Ehefrau entschied (2. Juli 1863) und zwar folgendermaßen:

1. Nach Art. 3 des Nachtragsgesetzes über die gemischten Ehen hat das Bundesgericht über die Frage der Ehescheidung nach bestem Ermessen zu urtheilen und die gänzliche Scheidung überall da auszusprechen, wo sich aus den Verhältnissen ergibt, daß ein ferneres Zusammenleben der Ehegatten mit dem Wesen der Ehe unverträglich ist.

2. Von den durch die Klägerin für die Scheidung angeführten speciellen Gründen erscheint zwar die Mehrzahl entweder als unerwiesen oder als ungenügend, um ein Scheidungsbegehren von ihrer Seite zu rechtfertigen; immerhin liegen aber hinreichende Anhaltspunkte vor, um ein ferneres Zusammenleben derselben mit dem Beklagten zur Fortführung einer ehelichen Gemeinschaft als unstatthaft zu erkennen, und um daher die Voraussetzung des Art. 3 als eingetreten anzusehen.

3. Zunächst ist zu beachten, daß die Litiganten nach kaum fünfjährigem Bestande ihrer Ehe von der competenten kirchlichen Behörde, gestützt auf die zu Tage getretene Unthunlichkeit ihres ferneren Zusammenlebens, auf unbestimmte Zeit von Tisch und Bett geschieden worden sind, und daß in Folge dieser Scheidung dieselben seit 13 Jahren ununterbrochen getrennt gelebt haben. Während dieser langen Zeit ist keine Aenderung in den Verhältnissen und Gesinnungen der beiden Eheleute eingetreten, welche von einer abermaligen Zusammenweisung derselben gute Folgen hoffen ließe; im Gegentheil hat unverkennbar seit 1850 die Entfremdung derselben von einander stets zugenommen, und mußte auf Seite der Klägerin durch die ökonomischen Bedrängnisse, in welche sie von dem Beklagten versetzt wurde, durch das öffentliche Aufsehen, welches ihr Verhältniß zu dem Beklagten erregt hat, und durch den unverholten geäußerten und vor dem Bundesgericht erneuerten Vorwurf des ehebrevierischen Lebens, wofür überzeugende Beweise nicht beigebracht werden konnten, auf einen

Punkt gesteigert werden, welcher jede Wiederannäherung der beiden Eheleute ausschließt.

(Directe Mittheilung.)

#### 14. Autorrecht. Photographie.

Im Besitz der Künstlergesellschaft von Bern befindet sich ein Bild des Malers Dietler, Kinder von Iseltwald darstellend. Der Lithograph Heimann (auch in Bern) hatte dasselbe lithographiert, von dieser Lithographie aber der Photograph Schmid vier Nachbildungen gemacht und zwei davon verkauft. Da der Lithograph auf Verletzung des Concordats über Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums vom 3. Dec. 1856 klagte, so erwuchs die doppelte Frage, ob der Lithograph oder nur der Maler Autorrecht habe, und (die einfachere): ob die Photographie auch als Verletzung gemeint sein könne.

Die Polizeikammer des Appellations- und Cassationshofes von Bern in ihrem Spruch vom 22. Dec. 1860 gestand das Klagerecht zu, bejahte auch die zweite Frage, in Betrachtung daß diese Photographien nicht als eine erlaubte Nachbildung des lithographischen Bildes von Heimann betrachtet werden können, indem sie, sowie die Nachbildungen von Gemälden oder Zeichnungen durch die Photographie, überhaupt lediglich auf dem Wege der gewerblichen Thätigkeit durch mechanische, beziehungsweise chemische Mittel hervorgebracht werden, und also nicht auf eigener Geistesthätigkeit des physischen Urhebers beruhen, folgeweise auch nicht als selbstständiges Werk, durch dessen Veröffentlichung eine Verletzung des Autorrechtes nicht begangen würde, zu betrachten sind; ferner: daß Heimann berechtigt erscheint, wegen der unbefugten Nachbildung seiner Lithographie durch Schmid gegen denselben zu klagen, sei es nun, daß man ihn als Autor des von ihm lithographierten Bildes betrachte, in welchem Falle ihm ein directes Klagerecht zustehen würde, sei es, daß er durch die Erlaubniß des Hrn. Dietler, sein Gemälde in Stein zu zeichnen, resp. als Lithographie zu veröffentlichen, also als Rechtsnachfolger desselben wenigstens in dieser Hinsicht indirect hiezu als befugt erscheine.

(Directe Mittheilung.)

#### 15. Eigenthumsvorbehalt bei Liegenschaftsverkauf.

Die Collocationordnung von Basel-Stadt vom 7. Dezember 1852 verweist in die zweite Klasse der Concursgläubiger solche, deren Forderung durch eine notarialisch ausgefertigte Obligation speziell auf eine Liegenschaft versichert ist, sofern eine solche Pfandverschreibung

wenigstens vier Wochen vor Ausbruch des Falliments in das Hypothekenbuch eingeschrieben worden ist. Diese Stelle nahmen zwei Parteien, nämlich ein Creditor und die Concursbehörde in entgegengesetztem Sinn in Anspruch. Es hatte nämlich J. Müller am 7. August 1862 dem N. Sommer, Bäcker, seine Liegenschaft um 53,000 Fr. verkauft mit der Bedingung, daß der Käufer die drei ersten Hypotheken mit 35,000 Fr. übernehme, 6,000 Fr. sofort zahle, und für 12,000 Fr. eine Hypothekarverschreibung auf sich errichten lasse und weitere Sicherheit dafür durch zwei Bürgen bestelle, Alles mit Vorbehalt des Eigenthumsrechtes für den Verkäufer bis zu Erfüllung sämtlicher Bedingungen. Dieser Verkauf wurde am 14. August amtlich bekannt gemacht, und es sollte am 14. November die fragliche Verschreibung zu Gunsten Müllers in's Hypothekenbuch eingetragen werden, früher konnte dies nicht erfolgen, weil nach dem Rechte der Stadt Basel das Eigenthum auf den Käufer vor Ablauf von drei Monaten nach jener amtlichen Bekanntmachung nicht übergeht. Da aber Sommer die gewünschten Bürgen nicht stellen konnte, umgekehrt aber der Verkäufer (resp. dessen Cessionar) auf dieselben nicht verzichten wollte, bis ihm Sommer einige andere sichernde Versprechungen machte, so ward die Obligation erst am 29. Januar 1863 in's Hypothekenbuch eingetragen, weil aber Sommer am 14. Februar gl. J. sich insolvent erklärte, von der Concursbehörde auf Grund des oben angeführten § 8 der Collocationordnung hinsichtlich des Pfandrechts an der Liegenschaft kraftlos erklärt. Der Verkäufer bestritt die Anwendbarkeit dieses § 8 auf das Datum vom 29. Januar, da das entscheidende Datum der 14. November sei, und das Actenstück vom 29. Januar nur eine Novation jener unterm 14. November eingetretenen Verpfändung enthalte. Eventuell behauptete der Verkäufer, es würde der Schlußvorbehalt des Eigenthums jedenfalls wirksam bleiben, der ja gerade zu dem Ende beigefügt worden sei, daß wenn Bezahlung oder Versicherung nicht eintrete, auch das Eigenthum nicht übergehen dürfe. — Die Gerichtsämter machten dagegen darauf aufmerksam, daß soweit die Klage Namens des Cessionars geführt werde, dieser kein Eigenthum verlangen könne, da dieses nicht bloß cediert werde und Vindicant er nicht sei, weil früher er nie Eigenthümer gewesen; insofern sie aber für den Cedenten geführt werde, dieser kein Pfandrecht ansprechen könne, da ja die Hypothek auf den Namen des Cessionars errichtet sei, überdies aber in der Verpfändung vom 29. Januar eine Novation anzunehmen nichts hülfe, aber auch eine solche darin nicht liege, — endlich der Eigenthumsvorbehalt keine Bedeutung habe, weil der Zeitpunkt des Ablaufs der Auskündungsfrist im Sinne des Rechtes von Basel der Fertigung gleichstehe und das Eigenthum ipso jure übertrage, so daß vorher der Käufer nicht Eigenthümer werden, nachher der Verkäufer Eigenthümer nicht bleiben

könne. Diese Sätze erkannte auch das Civilgericht Basel durch Spruch vom 5. Mai 1863 an, zweitinstanzlich bestätigt:

„Da durch die Ansprache der Kläger einerseits das Pfandrecht auf der Liegenschaft des Falliten im 4. Rang, andererseits eventuell das Eigenthum an der Liegenschaft angerufen wird, und nun jenes gegenüber der Colloc.-Ordn. § 8, wonach Obligationen wie die vorliegende, innerhalb 4 Wochen vor Ausbruch des Falliments errichtet, ihre Wirksamkeit verlieren, darauf gestützt wird, daß die vorliegende Obligation in den Ausnahmefall zu rechnen sey, welcher dann eintrete, wenn das Schuldverhältniß erst zur Zeit der Einschreibung in guten Treuen entstanden sey, und zwar deshalb, weil in der Weglassung von Bürgen bei der Obligationserfertigung eine Novation zu erkennen sey, nun aber eine solche umfassende Thatsache wie die unter Novation verstandene Umschmelzung eines obligatorischen Verhältnisses in dem Wegfall einer accessorischen Sicherung nicht zu finden ist, abgesehen davon, ob überhaupt in dem Vorbehalt des § 8 Novationsfälle gedacht werden können; hinsichtlich des Eigenthums aber dasselbe als über die Auskündungsfrist hinaus fortdauernd durch persönliche Verträge zwischen den Parteien nicht gelten kann; vollends nicht, wo, wie im vorliegenden Fall, der ursprüngliche Eigenthümer ohne irgendwelchen Vorbehalt selbst unter den Parteien seiner Schuldpflicht entlassen, und der Erwerber der Liegenschaft als Verpfänder derselben angenommen wird, wobei darauf nichts ankommen kann, ob das Pfandrecht aus ganz anderweitigen Rücksichten seine Wirksamkeit hin- terher verliert.“

(Directe Mittheilung.)

## 16. Vindication aus Depositum. Besitzaufgabe mala fide. Abgeurtheilte Sache.

Bei der Saline Schweizerhalle (Baselland) war als Cassier angestellt der polnische Flüchtling Graf Potocki. Derselbe hatte nach mehrjährigem Auftreten als Geschäftsmann dieser Unternehmung bei der mit derselben in häufiger Verbindung stehenden Cassé der schweizerischen Centralbahn ein solches Vertrauen gewonnen, daß seine Unterschrift, obwohl er nicht die Procura hatte, derjenigen des Principals, Hrn. von Glenk, häufig gleich geachtet wurde.

Nun besaß Hr. von Glenk hundert Actien der schweizerischen Centralbahn und hatte sie nach einer bei der Bahncasse eröffneten Möglichkeit in derselben niedergelegt gegen einen Empfangschein, den der Inhaber hinwiederum bei der Cassé der basellandschaftlichen Hypothekenbank aufbewahren ließ.

Am 16. Nov. 1861 empfing die Centralbahncasse von Potocki „per

Salineninspection“ die Anzeige, er werde diese Actien bei ihr entheben. Durch Schreiben vom 19. Nov. 1861 (Adr.: Salineninspection Schweizerhalle) bescheinigte diese Cassé den Empfang obiger Anzeige und erklärte sich zur Herausgabe bereit, lieferte auch in der That an Potocki diese hundert Stücke Actien gegen den betr. Empfangschein ab, den Potocki von der Hypothekenbank sich zu verschaffen gewußt hatte.

Potocki verpfändete 25 dieser Actien von zu Fr. 500 gegen Fr. 11250 bei dem Bankhause Iselin und Stähelin, andere 25 gegen Fr. 10000 bei Gebr. Oswald u. Cie., den Rest bei Goldschmidt in Homburg vor der Höhe, und entfernte sich. Nachdem diese Entfernung, als sie über die vorgesehene Zeit hinaus dauerte, den Verdacht und bald darauf die Gewißheit schuldhafter Gründe bei dem Principal erweckt hatte, las man am 19. März 1862 in den „Basler Nachrichten“, Potocki sei in Diebstahl wegen bedeutender Unterschlagungen verhaftet.

Hr. von Glenk, von der Verpfändung der betr. Actien bei den beiden Bankhäusern in Basel in Kenntniß gesetzt, ließ ungesäumt am 20. März 1862 Nachmittags bei denselben Arrest auf diese Actien legen. Sofort aber bei Empfang des richterlichen Auftrags erwiederten Gebrüder Oswald u. Cie., die Actien seien nicht mehr in ihrem Besiß, sondern auf die Börse von Paris zum Verkauf abgegangen und deshalb schon effectuiert; Iselin und Stähelin schrieben unter Rücksendung des Arrestscheines an den Richter:

Hochgeachteter Herr Präsident!

Wir erlauben uns hiemit, Ihnen den soeben empfangenen, bereits zurückgewiesenen Arrest über 25 Centralbahnactien zu retournerieren, indem solche nicht mehr hier sind und Herrn Potocki schon verrechnet wurden.

Mit vollkommener Hochachtung

Iselin & Stähelin.

Basel, am 20. März 1862.

Die Salineninspection wandte sich nun in erster Linie gegen die Centralbahncasse und verlangte ihre 100 Centralbahnactien, die zwar gegen den betr. Empfangschein, aber ohne ihre Vollmacht herausgegeben worden seien, während doch das Reglement der Centralbahn solches verlangt:

Vollmachtsformular.

(Die Titulare von Depositenscheinen, welche die betreffenden Actien durch Bevollmächtigte zurückziehen wollen, haben eine notarialische Specialvollmacht nach untenstehendem Formulare auszustellen, welche dem Begehren anzuhängen ist.)

„Vor dem unterzeichneten (Notare) ist erschienen . . . (Namen, Vornamen, Stand und Domicil des Vollmachtgebers in genauer Uebereinstimmung mit den Angaben des Depositenscheines) . . ., welcher

durch Gegenwärtiges zu seinem allgemeinen und Specialmandatar ernennet . . . . . (Namen des Mandatars, Stand und Domicil desselben) . . . dem er hiemit Vollmacht giebt, für ihn und in seinem Namen die Rückgabe derjenigen Actien der Schweizerischen Centralbahngesellschaft zu begehren, die auf seinen — des Vollmachtgebers — Namen in der Gesellschaftscasse deponirt sind laut Depositenchein vom . . . (Datum, Nummer in Schrift) . . . sowie auch die besagten Actien in Empfang zu nehmen, zu dem Ende die erforderlichen Schritte zu thun, Quittung und Entlassung zu ertheilen und überhaupt alle erforderlichen Unterschriften zu leisten und alles dasjenige vorzunehmen, was zur Zurückziehung der fraglichen Actien erforderlich sein wird, versprechend Alles gut zu heißen und zu ratificiren, wenn solches verlangt wird.“ (Datum.)

(Unterschrift und Handzeichen des Notars.)

Die Centralbahncasse fand diese Vollmacht in der Stellung, die nach und nach Potocki durch das Vertrauen des Principals sich allermwärts bei dessen Geschäftsfreunden zu verschaffen gewußt hatte, ersetzt und bestritt die Haftpflicht.

Das Civilgericht Basel, durch Spruch vom 27. Mai 1862, verfallte aber die Cassé zum Ersatz und die zweite Instanz bestätigte dieses Urtheil (11. Sept. 1862).

Dasselbe lautet, wie folgt:

„Da als Thatsache actenmäßig feststeht:

„1. es habe Klägerin 100 Stück Centralbahnactien, Nr. 73050 bis „73149, an die Beklagte zur Verwahrung übergeben lassen;

„2. es sei diese Uebergabe erfolgt unter der Bedingung, daß die „Rückgabe nur erfolge an den Titular selbst oder gegen beglaubigte, „dem Reglement entsprechende Specialvollmacht desselben;

„3. es sei nun, da Klägerin diese Rückgabe verlangt, die Be- „klagte außer Stande, das zur Verwahrung empfangene Gut zurück- „zuerstatten, indem sie es in der Zwischenzeit am 28. Februar l. J. „an einen Andern ohne Vorweis einer solchen Specialvollmacht her- „ausgegeben;

„mithin für die Beklagte die Pflicht entsteht, das Empfangene „zu erstatten, und zwar, wie sie hinsichtlich der Erstattungsart nicht „bestritten hat, durch Ueberlieferung von 100 andern Actien gleicher „Art, indem die Entschuldigungen der Beklagten, nämlich:

„1. es sei die Bedingung der Rückgabe an einen Andern als den „Titular gegen den Vorweis einer Specialvollmacht nur im Interesse „der Depositarin aufgestellt und

„2. auch bei Annahme des Gegentheils die Specialvollmacht er- „setzt durch die Generalvollmacht, welche thatsächlich in der Stellung „des Bezügers bei dem Kläger gefunden werde;

„3. namentlich aber, da auf die Anzeige der Beklagten an den

„Kläger vom 19. Nov. 1861, es werde die Uebergabe an seinen Geschäftsführer erfolgen, dieser durch Unterlassung jedes Gegenschrittes stillschweigend die Genehmigung ertheilte und auch so die Specialvollmacht ersetzte;

„4. endlich sei als Titular der 100 Actien die Salineninspection zu betrachten, und die Unterschrift derselben habe von Herrn Glenk auch nicht glaubhafter geleistet werden können, da Hr. Glenk nicht im Depositenchein genannt sei —

„sämmlich dahinfallen, da

„a) diese Bedingung der Specialvollmacht damit, daß sie in das Reglement über Hinterlagen aufgenommen ist, eine doppelseitige geworden ist, mithin sowohl ein Recht des Deponenten wie dessen Pflicht, wie denn auch die Statuten der Centralbahn, Art. 12, welche dem Reglement zu Grunde liegen, das beidseitige Interesse als Grund erwähnen;

„b) eine solche formale Bedingung gerade dazu vorhanden ist und nur dann eine Bedeutung hat, wenn sie strict ausgelegt wird, indem sie alle Erörterungen und Zweifel über factische Zulänglichkeit der Vollmacht abschneidet, was bei Annahme des Ersazes einer Specialvollmacht durch irgend eine noch so weit gehende Generalvollmacht der Fall nimmermehr wäre;

„c) ferner der Nachweis des Erlasses einer Anzeige der Beflagten an den Kläger vom 19. Nov. 1861, es werde die Uebergabe an den Bezüger erfolgen, bei den Acten fehlt, und wenn er auch erbracht wäre, der weitere Nachweis mangelt, daß Kläger diese Anzeige erhalten habe oder hätte erhalten können, bei so wichtigen Interessen wie die vorliegenden immer noch sehr zweifelhaft bliebe, ob auch bei Annahme des Empfanges dieser Anzeige durch den Kläger das Unterlassen von Gegenschritten zur Voraussetzung des Einverständnisses und zu Ersaz einer Specialvollmacht berechtigen könnte;

„d) endlich habe die Beflagte die alleinige Person des Titulars durch viele Verträge, welche bei den Acten liegen, wohl gekannt:

„so ist Beflagte zur Herausgabe der obenerwähnten 100 Stück Actien oder deren Ersaz mit ebenso vielen gleicher Art, sammt Dividendencoupons, und zu Bezahlung der ordinären und extraordinären Kosten verfällt.“

Die Salineninspection hätte nach baslerischem Recht auch die Inhaber belangen können, wo selbige zu finden waren, indem dieses Recht dormalen noch dem strengrömischen Vindicationsgrundsatz huldigte, ohne Unterscheidung von Papieren auf Inhaber. (Diese Ztschr. Bd. 3, Rechtspsf. S. 25.)

Diese ihre möglichen Rechte cedierte sie nun gegen die erfolgte Ersazleistung an die verfallte Centralbahncasse, welche jetzt ihrerseits als Cassiererin der Rechte der Salineninspection gegen die beiden

Bankhäuser auftrat, weil sie offenbar fecerunt quominus possideant und darum den Besitzern gleichzustellen seien.

Die mala fides wurde in dem Zusammenhalt der Zeit der Verhaftung und der Veräußerung der Papiere gefunden bei Iselin und Stähelin, namentlich gegenüber dem Empfangschein, den sie dem Potocki ausgestellt hatten:

Monsieur Potocki à Schweizerhalle. Bâle, 1 mars 1862.

Nous sommes convenus hier avec vous Monsieur de vous avancer fr. 450. — par action, sur 25 actions du chemin de fer central Suisse; ces 25 actions portant les Numéros 73050/9, 73070/9, 73135/9 ainsi que les feuilles de coupons, vous nous les avez remises en nantissement de cette avance, dont la durée a été fixée à un mois. Nous vous y compterons 5% d'intérêt et  $\frac{1}{3}$ % de commission; nous mettons les titres ci-haut dans notre caisse à côté de nos autres valeurs, sans cependant nous charger de quelque garantie.

Vous avez promis de nous rembourser notre avance le 1 avril prochain ou bien de vous entendre avec nous au sujet de sa prolongation.

A compte des fr. 11250. — à vous avancer (25 fois 425) nous vous avons payé hier:

fr. 5000. — et aujourd'hui:

fr. 6250. — dont veuillez nous reconnaître sous avis.

Vos dévoués

Iselin & Stähelin.

zu welchem Empfangschein der Brief nicht passe, den sie am 20. März 1862 an Potocki schrieben:

Monsieur Potocki à Schweizerhalle.

Comme probablement vous serez empêché Monsieur de nous rembourser le 1 avril notre avance de fr. 450. — sur chacune des 25 actions du Central Suisse, que vous nous avez déposées, et comme un renouvellement de l'affaire ne saurait avoir lieu dans les circonstances actuelles, nous avons pensé agir en vos intentions en vendant ces titres *aujourd'hui* à fr. 482 $\frac{1}{2}$ . La hausse ultérieure, dont vous nous avez dit verbalement de vouloir profiter quant à la vente de ces titres, est peu vraisemblable aujourd'hui, ils baissent au contraire graduellement, afin donc de vous éviter une perte plus considérable il y avait lieu sans doute de s'en désaisir, sauf à racheter plus tard à meilleur marché.

Décompte suivra. Si contre attente vous n'approuviez pas cette vente, nous sommes prêts à vous en fournir le 1 avril 25 autres contre paiement de notre avance et frais.

Nous avons l'honneur de vous saluer

Iselin & Stähelin.



Jetzt aber, nachdem diese Frage abgethan erschien, trat von Neuem als Kläger gegen die Centralbahncasse das verfallte Haus Iselin und Stähelin auf, wies wiederholt auf das Gesetz über das Depositum (Gerichtsordnung von Basel, § 338) hin, wonach der fehlende Depositar dem evincierten Inhaber hafte, und gegenüber der Einrede der abgeurtheilten Sache auf die Thatsache, daß hier weder eadem persona noch eadem res, noch eadem causa vorliege. Die Person, welche gegen Iselin und Stähelin geklagt habe, sei in der Wirklichkeit die Salineninspection gewesen, die Centralbahn nur scheinbar, aus ihrem Rechte; Klaggegenstand seien die Actien gewesen und causa sei das Eigenthum daran gewesen. Jetzt Alles dies nicht.

Die erste Instanz war aber mit dieser letztern Argumentation nicht einverstanden, sondern wies die Kläger ab:

„Da den Klägern, auch wenn Sinn und Wortlaut des § 338 ihrem Antrage zur Seite steht, die Einrede der abgeurtheilten Sache entgegengestellt wurde und dieselbe darum begründet erscheint, weil sie, die heutigen Kläger, in dem früheren Rechtsstreite die Beklagte und damalige Klägerin in Erwiderung auf die eingeführte Vindicationsklage gerade in derselben zweiten Eigenschaft wie heute, nämlich eventuell als schuldhaft an dem Schaden angriffen, den sie erleiden müßten, wenn ein Verfallungsurtheil auf Grund der Vindication resp. des betreffenden Schadenersatzes gegen sie, die heutigen Kläger, ergienge, so daß genau dieselben Personeneigenschaften, derselbe Negreßgrund und derselbe Negreßgegenstand zur Sprache kamen wie heute; — Einwendungen, deren Gewicht dem Richter zweiter Instanz bei Erörterung der ihm vorliegenden Frage nicht entgehen konnte, und welche, auch wenn sie damals bei der Fassung des betreffenden in entgegengesetztem Sinne gefällten Urtheils unberücksichtigt blieben, dennoch als zurückgewiesen und mithin als abgeurtheilt erscheinen müssen.“

Die zweite (10. Dez. 1863) sprach in gleichem Sinne, jedoch abweichend in Bezug auf die Anwendbarkeit des § 338\*) G. O.

„In Erwägung, daß § 338 der G. Ordnung, welchen das klägerische Handlungshaus seinem Anspruch gegen die beklagte Partei zu Grunde legt, das contractliche Verhältniß des Depositum beschlägt, und für dieses, in Anwendung der allgemeinen Evictions-Grundsätze, dem dritten Erwerber einen Rückanspruch gegen den Depositar, von welchem er durch die Veräußerung einer ihm nicht gehörigen Sache hintergangen, einräumt;

\*) Dieser § 338 lautet folgendermaßen: „So er aber das hinderlegte Gut gar verändert oder entäußert, steht dem Deponenten frei, sich dessentwegen an ihme, dem Depositario, zu erholen, oder aber solches, wofern es zu entdecken, von einem jedwedern Besitzern, als das Seinige, abzufordern, und ist auf diesen Fahl einem solchen Besitzern den Recurs an den Depositarium zu nehmen, unbenommen.“

„daß es nun aber den heutigen Klägern an allen diesen Voraussetzungen des Regresses wegen Eviction gebricht, indem sie nicht Eigenthum, sondern Pfandrecht, und auch dieses nicht von einem untreuen Depositarius resp. einem Rechtsnachfolger desselben, sondern von Potocki erworben, der nicht durch Hinterlage von Seite des Eigenthümers, sondern durch Unterschlagung fremden Gutes in den Besitz der von ihm versehten Actien gelangt war;

„in fernerer Erwägung, daß die Einrede der abgeurtheilten Sache dem Kläger mit Recht entgegengehalten wird: 1) weil in dem heutigen Prozesse die Parteien und die Rechtsfrage mit den in dem früher beurtheilten so sehr dieselben sind, daß der heutige sog. Regress gegen die frühere klägerische Partei als ein Versuch erscheint, das erste Urtheil in seinen Folgen für die gleichen Parteien rückgängig zu machen, 2) weil § 338 schon bei der Behandlung des ersten Rechtsstreites von den damaligen Beklagten angerufen, von dem Richter erwogen, und weil selbstredend unanwendbar, stillschweigend beseitigt wurde.“

(Directe Mittheilung.)

## 17. Fund. Anspruch darauf.

In den ersten Tagen des August 1858 war im Gasthof zum großen Adler zu Genf der Reisende Bagnamenta in ein Zimmer logiert worden, das kaum vom frühern Besitzer verlassen und dessen Bett noch in Unordnung war. Am folgenden Tag, als Bagnamenta nach Zündhölzchen suchte, fand er in dem Schubfach des Nachttisches eine offene Rolle von 1000 Fr. in Gold. Er deponierte diese Summe bei dem Wirth und zeigte den Fund bei der Polizei an. Nach Verfluß von drei Jahren verlangte er die Rückgabe dieser Fr. 1000, und als der Gasthofbesitzer Kernen diese weigerte, belangte er denselben vor dem Civilrichter.

Der Finder berief sich für seinen Anspruch auf den in Genf geltenden französischen C. civil 716, 717, und der Wirth seinerseits auf dasselbe Gesetz (1952), das den Gastgeber für die Effecten des Gastes verantwortlich erklärt.

Die erste Instanz sprach den Fund dem Finder zu (28. Febr. 1862):

Attendu en droit, qu'en l'absence des lois particulières auxquelles se réfère l'art. 717 du code civil, au sujet des choses perdues dont le maître ne se représente pas, le seul principe rationnel est que la chose trouvée doit rester entre les mains de l'inventeur, sauf à lui à faire les recherches nécessaires pour retrouver le légitime propriétaire et à lui restituer l'objet perdu quand la propriété est justifiée;

attendu que la distinction que fait le défendeur entre une chose oubliée et une chose perdue peut être admissible quant au maître de la chose, mais est absolument indifférente quant à la personne qui l'aperçoit la première, c'est-à-dire qui la trouve; que l'objet ait été égaré, qu'il soit tombé de la poche, qu'on l'ait soigné puis oublié ou même délaissé volontairement *pro derelicto*, il est évident que quand un tiers vient à l'apercevoir soit fortuitement, soit même par l'usage naturel du meuble où on l'aurait laissé, le tiers sera dit l'avoir trouvé;

attendu que la responsabilité de l'art. 1952 du c. civ. ne peut s'entendre que des effets du voyageur actuellement logé chez l'aubergiste, mais ne saurait s'appliquer au cas d'une chose oubliée ou laissée dans une chambre de l'hôtel à moins qu'elle n'ait été trouvée par l'aubergiste lui-même ou ses gens, ou à moins qu'elle ne lui ait été consignée par le voyageur: qu'admettre un système contraire serait encourager la mauvaise foi, l'inventeur ayant intérêt à ne pas déclarer sa trouvaille quand il saura qu'en tout cas, que le maître de l'objet perdu se représente ou ne se représente pas, il devra le livrer à l'aubergiste.

Die zweite Instanz, der Appellhof von Genf für Civilsachen, dagegen wies die Summe dem Gasthofbesitzer zu:

Considérant en droit que ce rouleau d'or ne pouvoit être considéré comme *res nullius*, un bien sans maître, appartenant à l'État aux termes du c. civil art. 713. En effet les parties sont d'accord pour reconnaître qu'il avait dû être laissé dans le tiroir de la table par un voyageur, locataire antérieur de la chambre;

considérant qu'il ne s'agit pas davantage de l'application de l'art. 716 du c. civ., relatif au trésor, puisque cet or, sans être visible au premier coup d'œil, n'était ni enfoui, ni réellement caché, et qu'il ne pouvait manquer d'être aperçu au moindre examen de la chambre fait par l'aubergiste ou par ses domestiques;

considérant que le procès a donc pour objet une chose perdue dont le maître ne se représente pas;

considérant que l'art. 717 du c. civ. renvoie à des lois particulières pour décider à qui ces choses sont dévolues;

considérant qu'aucune loi particulière n'étant venue introduire dans notre droit d'une manière absolue et générale le principe qu'une chose perdue appartient à celui qui la trouve, il convient de juger chaque espèce d'après la nature des faits, notamment d'après le lieu où la chose se découvre et d'après les circonstances dans lesquelles elle a été oubliée ou perdue;

que dans la cause actuelle Kern en aubergiste, en établissant Pagnamenta voyageur dans une chambre de son hôtel, conservoit la possession de cette chambre et de tous les meubles qu'elle contenoit;

que dès lors peu importe que la découverte d'une somme ait été faite dans cette chambre par lui ou les siens, ou par l'intimé qui n'occupait qu'accidentellement et en vertu d'un bail très court l'emplacement où il a trouvé cette somme;

considérant en définitive, que si c'est l'intimé, qui le premier a ouvert le tiroir de la table et aperçu le rouleau d'or, ce fait est insignifiant et sans portée juridique vis-à-vis du fait décisif, que la table comme la chambre où elle se trouvait, étaient en la possession de l'appelant;

considérant encore, qu'aux termes de l'art. 1952 du c. civ., les aubergistes sont responsables, comme dépositaires, des effets apportés par le voyageur qui loge chez eux: que rien n'autorise à limiter la durée de cette responsabilité au temps pendant lequel le voyageur séjourne dans l'hôtel et à ne pas l'appliquer aux effets qu'il y a oubliés ou égarés;

qu'en conséquence, tout ce qu'un voyageur laisse dans un hôtel, lorsqu'il le quitte, tombant sous la responsabilité de l'aubergiste, ce dernier doit, sous ce nouveau rapport, être considéré comme possesseur de tout objet oublié par le propriétaire, quitte à le lui restituer, si celui-ci le réclame.

(Directe Mittheilung.)

## 18. Holzgerechtigkeit oder Eigenthumsrecht?

Durch Amtsbefehl vom 10. Sept. 1858 wurde dem Altkirchenvogt Joseph Meinrad Waldvogel in den Studen, Gemeinde Iberg, untersagt, in dem früher dem Stift Einsiedeln, seit dem 1. April 1841 aber der Oberallmendscorporation gehörigen Stagelwandwald Holz zu fällen, es sei denn für Unterhaltung oder Erstellung seiner Gebäulichkeiten. Gegen diesen Amtsbefehl machte der Intimat die Einrede, daß er, als Besitzer eines Theiles der Stagelwand, berechtigt sei, im Stagelwandwald Holz zu fällen, und zwar nicht bloß nach der beschränkten Zugabe des Amtsbefehls. Die Oberallmendsverwaltung stellte nun gegen Waldvogel die Rechtsfrage:

„Ist nicht gerichtlich zu erkennen, es sei Beklagter, als theilweiser Eigenthümer der Alpfahrt Stagelwand-Waldhütte nur berechtigt, so viel Holz in dem Stagelwandwald zu hauen, als er zum Unterhalt für seine Gebäulichkeiten, Brennholz, zur Unterhaltung von Hag, March, Steg und Weg, Dächern und Zimmern bedarf?“

Das Bezirksgericht Schwyz entschied diese Rechtsfrage am 16. September 1859 affirmativ, wogegen vom Beklagten die Appellation ergriffen wurde.

Der Appellant, Waldvogel, berief sich auf seinen Kaufbrief vom

23. April 1855, wodurch ihm ein Theil der Alpfahrt Stagelwand, „Waldhütte und Eschären“ genannt, sammt Wildeheu- und Waldung übergeben worden sei. Im ältesten bekannten Kaufbrief vom 9. Oct. 1683 werde zwar eines Waldes nicht ausdrücklich erwähnt, allein damals habe man es mit der Specification des Kaufsobjectes noch nicht genau genommen. Im Jahr 1772 sei dann ein Theil der Stagelwand, nämlich die „Waldhütte“ veräußert worden, und da werde ausdrücklich der „halbe Wald“ inbegriffen. Im Jahr 1799 habe dann zwischen zwei Theilbesitzern der Alpfahrt Stagelwand „wegen des beiden Theilen eigenen Waldes, Stagelwand genannt“ ein Vergleich stattgefunden. Aus diesen Acten gehe hervor, daß der zur Stagelwand dienende Wald Privateigenthum sei und dem Appellanten daran nicht bloß eine beschränkte Beholzungsgerechtigkeit zustehe.

Die Oberallmendsverwaltung trat behufs Aufrechterhaltung des erstinstanzlichen Urtheils in eine einläßliche historische und rechtliche Erörterung der Streitsache ein, welcher das Cantonsgericht durch Urtheil vom 13. Oct. 1859 beitrug und zwar gestützt auf die Erwägungen:

1. daß die große Stagelwand am 9. Oct. 1683 von Landammann, Rath und gemeinen Landleuten in Kraft eines dreifachen Landrathes um die Summe von Gl. 700 an Hauptmann und Rathsherr Franz Diethelm Schorno verkauft wurde;

2. daß der gleiche Rathsherr Franz Diethelm Schorno am 6. December 1690 dem Landvogt Joh. Balthasar Zinderbighi auf der großen und kleinen Stagelwand ein Capital von 40  $\mathcal{L}$  Gelds verzeigte;

3. daß in diesen beiden Urkunden bei Bezeichnung des Kaufsobjectes, resp. Unterpfands, keines zur Stagelwand gehörigen Waldes erwähnt wird;

4. daß dann in der Folge zwischen dem Gotteshaus Einsiedeln und dem Ort Schwyz einestheils wegen der Nothakung im Schwyz- und Stagelwandplatz, andernteils wegen des Eigenthums am Stagelwandwald Differenzen entstanden, welche nach vorgenommenem Augenschein, Prüfung von Siegel, Briefen, Sprüchen, Verträgen, alten Untergängen und Einvernahme etwelcher alten Leute am 21. August, resp. 7. Oct. 1710 gütiglich verglichen und namentlich rücksichtlich des zweiten Streitpunctes festgesetzt wurde, „daß der großen und kleinen Stagelwand ganzer Wald, so viel dem gemeinen Land Schwyz über den Stagelwandinhabern Verkauftes zugehörig, — — — dem Gotteshaus in das künftig für Eigenthum heimdienend solle, jedoch Grund und Boden dem l. Ort Schwyz bestermaßen allezeit reserviert, vorbehalten und verbleiben solle“;

5. daß bei diesem Streite der Ort Schwyz seine Eigenthumsansprüche auf den Stagelwandwald darauf stütze, daß derselbe als Hochwald der Hoheit zugehörig sei, und in dem von Ammann Hans Wagner im Jahr 1503 mit dem Gotteshaus Einsiedeln getroffenen Verkauf

nicht habe einbegriffen werden können, „solcher Wald auch in unterschiedlichen Käufen, Verkäufen und Tauschungen (wie schriftlich aufgewiesen) von einem l. Ort Schwyz allezeit für das ihrig verhandlet, reserviert und angesehen worden, also solcher von einem fürstlichen Gotteshaus ratione antretenden Schadens, und nicht Eigenthumes, stehen zu lassen angesucht worden“;

6. daß aus dieser Auffassung, von welcher der Ort Schwyz nicht in Folge eines Rechtspruches, sondern eines Vergleichs, zum Theil abstand, hervorgeht, daß in dem Kauf um die große Stagelwand vom Jahr 1683 der Stagelwandwald nicht einbegriffen war;

7. daß in dem besagten Vergleich ferner behufs Verhütung von „Rubenen und Schlipfen“ festgesetzt wurde, „es solle dieser Wald zu allen Zeiten stehn verbleiben,“ mit Vorbehalt des nöthigen Beholzungsrechtes des Gotteshauses „für Gebäu, Wuhren und andere Nothwendigkeiten,“ sowie desjenigen der „Einhaber der groß und kleinen Stagelwand, für ihre Nothwendigkeit zu den Gebäuden, Brennholz, auch zu Erhaltung Hag, March, Steg und Weg, Dächern und Gemächern ernannter großer und kleiner Stagelwand, nicht weniger anderer innerert den alldaßigen freien Landmarchen eingeseßener Landleut zu ihren Gebäuden und nothwendigem Eigengebrauch,“ dabei aber gleichzeitig verboten wurde, „auf Vorkauf, noch außert noch im Land, unter was anderm prætext es wäre, im gedachten Wald Holz zu hauen“;

8. daß dann laut besonderer Vergleichsbestimmung von 1710 am 30. Aug. 1713 im kleinen und großen Stagelwandwald eine Marchlinie gezogen und dabei festgesetzt wurde, „daß was unter jetzt gedachten Marchen liegt, dem fürstl. Gotteshaus Einsiedeln (laut Vergleich de Anno 1710) eigenthümlich zuständig, was aber oben den jetzt gemeldeten Marchen liegt, einem jeweiligen Besitzer der groß und kleinen Stagelwand zugehören soll, mit der ausdrücklichen Condition und heitern Vorbehalt, daß sowohl der jetztig als künftige Besitzer der Stagelwand innerhalb ihren Marchen anderst nicht Holz zu hauen befügt sein sollen, als was sie zu Dach und Gemach, Steg und Weg, Hag und March zu der groß und kleinen Stagelwand von nöthen haben“;

9. daß die Marchung von 1713 nur die Ausführung eines Punktes des Vergleichs von 1710 ist, daher mit diesem in genauester Uebereinstimmung steht, indem es sich bei derselben nur darum handelte, durch Erhaltung des Stagelwandwaldes den unten liegenden Gütern die nöthige Sicherheit gegen Rubenen und Schlipfe zu verschaffen;

10. daß diese beiden Aktenstücke auch formell vollgültige Transactionen sind, indem es sich bei der einen wie bei der andern nur um dasjenige Eigenthum handelte, welches vorher zwischen dem Ort Schwyz und dem Gotteshaus Einsiedeln und keineswegs einem Privaten gegenüber freitlig war;

11. daß zwar am 31. Dec. 1772 von Franz und Pius Znderbizi die Alpfahrt Stagelwand, nämlich die „Waldhütte sammt halbem Wald und Steinhütten“ an Jos. Carl Appert verkauft wurde, diese Bezeichnung des Kaufsobjects aber den hoheitlichen Transactionen um so weniger zu präjudizieren vermag, als die jeweiligen Eigenthümer der Stagelwand ihre Ansprüche auf den Stagelwandwald einzig aus diesen Transactionen herleiten können, kein Besitzer aber mehr verkaufen kann, als er selbst rechtmäßig erworben hat, und der fragliche Kauf zudem nur auf Angabe der Contrahenten von einem Drittmann und nicht vor einem geschwornen Schreiber verschrieben wurde, und weder bewiesen ist noch angenommen werden kann, es habe das Gotteshaus Einsiedeln oder die Hoheit von Schwyz diesen Kaufvertrag gekannt oder gebilligt;

12. daß der vom Appellanten ferner produzierte Kaufbrief vom 17. März 1777 für den obwaltenden Prozeß ganz irrelevant ist, weil darin keines zur Stagelwand gehörigen Waldes erwähnt wird;

13. daß, wenn auch zwischen Franz Waldvogel und Jos. Martin und Augustin Steinauer, als Besitzern von Antheilen der Stagelwand, unter Mitwirkung von Vermittlern am 14. Nov. 1799 in Betreff des zwischen ihnen obwaltenden Streites wegen des „beiden Theilen eigenen Waldes“ ein Vergleich geschlossen wurde, dahin gehend, „der halbe Theil Wald jedem auf seinem Grund und Boden von den unparteiischen Männern soll angewiesen werden,“ dieser Vergleich, wenn er überhaupt etwas anderes als die Anweisung besonderer Reviere für das durch Vergleich von 1710 und Markung von 1713 beschränkte Beholzungsrecht bezweckte, ohne alle erhebliche Bedeutung ist, weil derselbe ohne alle Mitwirkung und Vorwissen der Hoheit von Schwyz und des Gotteshauses Einsiedeln, beziehungsweise der an ihre Stelle getretenen helvetischen Behörden abgeschlossen wurde, wodurch also das Rechtsverhältniß der Stagelwand zum genannten Wald nicht verändert werden könnte;

14. daß ein später zwischen dem Gotteshaus Einsiedeln und dem Lande Schwyz sich erhobener Anstand, wie weit sich das wahre Eigenthum um das erstere im Sihlthal erstrecke, am 30. Aug. 1828 von den beiderseitigen Abgeordneten geschlichtet und dabei einestheils das Beholzungsrecht des Gotteshauses Einsiedeln und der Besitzer der Stagelwand, sowie der dortseits angefessenen Landleute von Schwyz unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Vergleich von 1710 neuerdings in gleicher Weise anerkennt, andernteils aber in Anbetracht der im letztern Akt angegebenen Motive des ferneren bestimmt wurde, „daß von der Brandegg hinweg bis an die Wänigratwand nichts geätzt, gemäht, noch gereutet werden solle“;

15. daß nicht bewiesen ist, daß gegen alle diese Transactionen zwischen dem Gotteshaus Einsiedeln und der Hoheit von Schwyz von

einem Besitzer der Stagelwand oder einem andern Privaten je Einsprache erhoben worden sei, und dieses Stillschweigen nicht gedenkbar wäre, wenn durch die besagten Transactionen Privateigenthumsrechte verletzt worden wären;

16. daß vielmehr durch Zeugenbeweis mehrfach dargethan ist:

- a. daß die allgemeine Ansicht der dortseits wohnenden unbetheiligten Privaten sowohl, als der Besitzer von Antheilen der Stagelwand und speziell der Rechtsvorfahren des Appellanten dahin ging, es stehe den Besitzern der Stagelwand nur das in der Rechtsfrage zugegebene Beholzungsrecht zu,
- b. daß Besitzer von Antheilen der Stagelwand bei der Oberallmeindsverwaltung Bewilligung nachgesucht und erhalten haben, Holz im Stagelwandwald zu hauen und außer das Land zu verkaufen,
- c. daß auch mehrere Besitzer von Antheilen der Stagelwand, und namentlich auch Rechtsvorfahren des Appellanten, wegen Ueberschreitung des ihnen laut den Urkunden von 1710, 1713 und 1828 zustehenden Beholzungsrechtes im Stagelwandwald bestraft wurden, ohne dagegen je den gerichtlichen Weg einzuschlagen;

17. daß das Gotteshaus Einsiedeln am 1. April 1841 der Oberallmeindsverwaltung von Schwyz die hinter der Ort- und Brandeggfluh gelegenen Waldungen und Grundstücke, namentlich auch den Stagelwandwald um fl. 6400 verkaufte, die Oberallmeindsverwaltung daher als Klägerin formell legitimiert ist.

(Directe Mittheilung.)

## 19. Brunnrecht, Eigenthum oder Servitut?

„Auf dem Boden des Kaspar Untersee auf Schönenwegen und in der Nähe der Wohnung von Gemeindammann Versinger befindet sich ein Brunnen, dessen Eigenthum und Unterhaltspflicht dem erstern zur Hälfte, dem letztern zu einem Viertel, und zum letzten Viertel dessen Schwager zusteht. Bei diesem Brunnen brachte Versinger nun zwei Vorrichtungen an; mittelst der einen bezog er aus dem Brunnenbette das Abwasser des Brunnens, führte dasselbe durch eine Deuchelleitung zu seiner Scheune und genoss dadurch den Vortheil, sein Vieh in einem dortigen Brunnenbette zu tränken, und nicht nöthig zu haben, dasselbe nach dem gemeinsamen Brunnen hinaufzutreiben; mittelst der zweiten Vorrichtung bezog er das Röhrenwasser aus der Brunnen säule selbst, indem er in dieselbe ein Loch und Röhre mit drehbarem Hahnen anbrachte. Drehte er den Hahnen dieser Röhre, die tiefer lag als die Brunnenröhre selbst, so floß das Trinkwasser hier heraus, wurde durch eine andere Vorrichtung aufgefaßt und wieder durch eine

„unterirdische Leitung zu einem Nebengebäude des Bersinger geleitet, in dem sich eine Wasch-, Brennerei- und Most-Einrichtung befindet. Es versteht, daß letztere Einrichtung nur in Thätigkeit gesetzt wurde, wenn eine Wasche oder das Mosten oder Brennen den Bezug von Wasser nöthig machte, und auch während dieser Zeit machte der bezugliche Hahn den übrigen Berechtigten möglich, das benötigte Wasser durch die Brunnenröhre zu beziehen. Diese Einrichtung und diesen Wasserbezug wollte Untersee nun nicht mehr hingeben“ (St. Gallerzeitung v. 14. Sept. 1862); der belangte denn Bersinger und stellte die Rechtsfragen:

1. Es sei Beklagter nicht berechtigt, das dem gemeinsamen Brunnen „in der Lachen“ zufließende Quellwasser diesem Brunnen durch Ableitung aus der Brunnen säule theilweise oder ganz zu entziehen und seinem Waschhause und Brennereigebäude u. s. w. zuzuleiten. Demnach sei Kläger berechtigt zu verlangen, daß das in der Brunnen säule befindliche Loch geschlossen und das kleine Brunnenstöcklein, sowie die dazu gehörige Wasserableitung aus dem Klägerischen Eigenthum entfernt werde, — eventuell, es sei Beklagter nicht berechtigt, mehr als den vierten Theil des jeweiligen vorhandenen Wassers durch diese Vorrichtung ablaufen zu lassen, wenn und so lange dieses aber geschieht, von jedem Bezug von Wasser ab der Röhre und im Brunnentrog selbst ausgeschlossen.

2. Es sei Beklagter nicht berechtigt, das Abwasser aus dem besagten Brunnen, sei es ganz oder auch nur zur Hälfte, für seinen Stadel mittelst der im Brunnenbett bestehenden sog. „Guchlen“ in den im Boden des Klägers gelegten Leucheln abzuführen, und seien die Einrichtungen zu entfernen.

Beklagter stellte die Gegenrechtsfragen:

1. Beklagter sei bei dem vertragmäßig erworbenen Rechte der Zuleitung des Brunnenwassers zu seinem Waschhause bei jeweiligem Bedarf und den dießfälligen künstlichen Vorrichtungen, wie sie gegenwärtig bestehen, richterlich zu schützen.

2. Beklagter sei berechtigt, das Abwasser von fraglichem Brunnen wenigstens zur Hälfte zu benützen und seinem Stadel zuzuleiten.

3. Derselbe sei desgleichen bei seinem erworbenen Rechte der Leuchellegung durch den Boden des Klägers, behufs Zuleitung des Abwassers zu seinem Stadel zu schützen.

Von beiden Instanzen wurde Kläger abgewiesen, vom Kantonsgericht durch folgendes Urtheil vom 4. September 1862:

in Erwägung:

1. daß unbestrittenermaßen und laut Urkunden Kläger an dem sog. „Lachenbrunnen“ ein Antheilhaberrecht zur Hälfte, Beklagter zu  $\frac{1}{4}$  und Frz. Hüg zu  $\frac{1}{4}$  besitzen;

2. daß Beklagter das Recht behauptet, das Brunnenwasser aus

dem Brunnenstocke mittelst vorhandener Vorrichtungen seinem Waschhaus und Brennereigebäude, das Abwasser vom Brunnen wenigstens zur Hälfte seinem Stadel zuzuleiten und zu benützen, und zu diesem Zwecke den richterlichen Schutz für seine dießfälligen künstlichen Einrichtungen und Leuchelleitung anruft;

3. daß Kläger die beklagten Prätenſionen bestreitet, weil an einem Miteigenthumsrechte ein einzelner Antheilhaber nicht ausnahmsweise Benutzungsrechte geltend machen, daran keine Servitutrechte erwerben und die übrigen Miteigenthümer nicht beeinträchtigen oder gefährden könne;

4. daß der Beklagte durch den Augenschein nachgewiesen hat, die am Brunnenstocke vorfindliche Oeffnung, das kleine Brunnenstöckli und die Wasserleitung zu seinem Waschhaus und Stadel stehen auf Grund und Boden des Klägers, und aus den Zeugendepositionen hervorgeht, daß diese Einrichtungen schon über 10 Jahre bestehen, es seien dieselben ohne Ein- und Widerrede, vielmehr im Einverständniß mit dem Rechtsvorfahr des Klägers errichtet worden, und hätten seit jener Zeit zu keinem andern Zwecke, als im Sinne der beklagtischen Rechtsfrage gedient;

5. daß in diesen thatsächlichen Verhältnissen die Conſtituirung einer Dienstbarkeit im Sinne von Art. 19 des Serv.-Ges. durch Verjährung mittelst der vorhandenen äußeren Vorrichtungen nachgewiesen erscheint, und aus dem Bestand dieser Vorkehrung auf eine Berechtigung zum Bezuge des Wassers geschlossen werden muß;

6. daß solche Brunnenrechte ihrer Natur nach und in ihrer Ausübung so lange als untheilbar zu betrachten sind, als eine Theilung des Wassers nicht durch mechanische Vorrichtungen oder durch die Bestimmung eines Zeitmaßes stattgefunden hat;

erkannt:

Es sei in Aufrechterstellung der beklagtischen Rechtsfrage:

1. Beklagter beim vertragsmäßig erworbenen Rechte der Zuleitung des Brunnenwassers zu seinem Waschhause bei jeweiligem Bedarf und den dießfälligen künstlichen Vorrichtungen, wie sie gegenwärtig bestehen, in dem Sinne geschützt, daß die Einrichtung des Abzugshahmens zu verbleiben habe, damit den Berechtigten die Ausübung ihrer Mitbenutzungsrechte stets ermöglicht bleibe.

2. Beklagter sei berechtigt, das Abwasser vom fraglichen Brunnen zu benützen und seinem Stadel zuzuleiten, dabei sei dem Kläger unverwehrt, mit und neben dem Beklagten das Abwasser ebenfalls und in gleicher Weise zu beziehen.

(Directe Mittheilung.)

**20. Gesetzliche Servitut. Bedarf es zu Wasserleitungen für öffentliche Brunnen einer Expropriation oder muß sich jeder Landeigentümer die Teichellegung in seinem Land gefallen lassen?**

Die Gemeinde Corbeyrier ließ 1835 auf einem Grundstücke der Schwestern Zehender Teichel legen behufs Speisung eines öffentlichen Brunnens im Weiler Vers Cort. Der Vater Zehender, damals usufructuar des Grundstücks, gab dazu seine Erlaubniß. Im Jahr 1858 wurden Reparaturen an der Brunnleitung nöthig. Die Schwestern Zehender widersetzten sich denselben, indem sie erklärten, daß ein Grundstück, deren Eigenthümer nicht gehörig expropriert seien, dieser Last nicht unterworfen sei, wogegen die Gemeinde zu ihren Gunsten eine Servitut in öffentlichem Interesse beanspruchte. Beide Instanzen erblickten das Recht auf Seite der Schwestern Zehender:

Considérant que la loi civile a prévu aux art. 437 et 438 <sup>1)</sup> du code civil les servitudes qui ont pour objet l'utilité publique ou communale, qu'à l'égard de ces servitudes il est statué que tout ce qui les concerne est déterminé par des lois ou des règlements particuliers;

Que le code rural dans son art. 81 <sup>2)</sup> soumet aux règles générales du droit civil en matière d'expropriation et de servitude l'établissement d'un passage des eaux indispensables aux habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau, et ne permet un tel établissement sur des fonds particuliers que moyennant un décret d'expropriation pour cause d'utilité publique et une indemnité;

Considérant que la commune de Corbeyrier, qui estime que le passage des eaux sur le fonds Zehender est d'utilité publique et fait ainsi partie du domaine public, n'apporte aucun titre d'expropriation à l'appui de sa prétention;

Considérant que la possession du passage des eaux par le pu-

<sup>1)</sup> Art. 437. Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale ou l'utilité des particuliers.

438. Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des eaux, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

<sup>2)</sup> Code rural, art. 81: Lorsqu'un passage des eaux est indispensable aux habitants d'une commune, d'un village ou d'un hameau, pour fournir les eaux nécessaires aux fontaines ou à l'irrigation des propriétés ou pour l'assainissement et l'amélioration des terrains, ce passage peut être ordonné par un décret rendu pour cause d'utilité publique et par voie d'expropriation forcée, moyennant une juste et préalable indemnité.

L'expropriation ne peut pas concerner les maisons, ni les cours et jardins qui en dépendent.

blic, depuis 1835, n'est point appuyée d'un acte de consentement formel d'un établissement perpétuel du passage des eaux sur le terrain des filles Zehender, émané soit des propriétaires, soit de quelqu'un ayant pouvoir de faire cette concession en leur nom;

Que la permission donnée en 1835 par Pierre-David Zehender ne peut être envisagée que comme un acte de tolérance qui ne pouvait avoir l'effet de constituer une obligation à perpétuité vis-à-vis des propriétaires du fonds dont le dit Zehender n'était d'ailleurs que l'usufruitier ou l'administrateur.

(Journal des tribunaux vaudois, VII [1859], p. 326.)

## 21. Wassersammler.

Das basellandschaftliche Gesetz über die Gewässer und die Wasserbau-Polizei vom 9. Juni 1856 enthält unter der Rubrik „Allgemeine Bestimmungen“ u. A. Folgendes:

§ 1. Sämmtliche Gewässer, Flüsse und Bäche sind öffentliche oder Privatsachen.

§ 2. Öffentliche Gewässer sind diejenigen, welche einen natürlichen Lauf in der tiefsten Thalrinne haben.

§ 3. Privatgewässer sind alle aus öffentlichen Gewässern durch künstliche Vorkehrungen oder Kanäle abgeleiteten Wasser. Ferner darf jeder Grundbesitzer sich alles Regen-, Schnee-, Quell- und Brunnenwassers nach Willkür bedienen, so lange es seinen Grund und Boden nicht verläßt, oder andere Besitzer durch bestehende alte Observanzen kein Recht darauf haben.

Hauptsächlich auf diese Bestimmungen sich stützend, wollte der Säger M. an seinem Gewerbskanal einen Wassersammler errichten, um in demselben bei eintretendem Wassermangel das Kanalwasser anzusammeln und sein Gewerbe wenigstens während eines Theiles der Zeit betreiben zu können. Hiegegen trat der weiter unten im Thale wohnende Müller S. (welcher sein Gewerbe zwar nicht am gleichen Kanale stehen hat, aber doch auf das gleiche Wasser, wie der Säger, angewiesen ist) nebst einigen andern weiter unten liegenden Interessenten klagend auf, indem sie gegen jede Absperrung des Wassers protestirten. Das Urtheil des Bezirksgerichts Sissach (d. d. 26. Febr. 1862) lautet, wie folgt:

in Erwägung:

„Klagpartei beantragt, es solle dem Beklagten richterlich untersagt sein, einen bei seiner Säge in Arbeit genommenen Wassersammler in dem Sinne zu erbauen, daß dadurch der regelmäßige beständige Abfluß des öffentlichen Baches gehindert oder beeinträchtigt würde. Beklagte Partei dagegen beansprucht das Recht, den projectirten Weiher nach ihrem Belieben zu dem Behufe eines bessern Gewerbesbetriebes zeitweise zu schließen und dann wieder ausfließen zu lassen.

Es ist nun allerdings unzweifelhaft, daß der Gewerbskanal der fraglichen Säge, aus welchem das Wasser in den Sammler geleitet werden soll, als ein Privatwasser im Sinne des Wasserbaugesetzes zu betrachten ist, indem dasselbe durch eine Gewerbspumpsche aus dem in der tiefsten Thalrinne liegenden Bett des öffentlichen Baches abgeleitet ist.

Allein es bleibt nichts desto weniger zu untersuchen, ob die Eigenthümer solcher Privatgewerbskanäle, die aus öffentl. Gewässern abgeleitet sind, befugt seien, entgegen dem bisherigen Herkommen, durch Errichtung von Sammlern den regelmäßigen Wasserablauf zu hemmen. Denn damit, daß das Wasserbaugesetz solche Kanäle als Privatgewässer bezeichnet, ist noch keineswegs eine ganz willkürliche Verwendung zum Nachtheil anderer Wasserinteressenten gestattet; vielmehr ist diese rein willkürliche Benützung einzig für das Regen-, Schnee-, Quell- und Brunnenwasser, so lange es den Boden des Eigenthümers nicht verläßt, gesetzlich festgestellt.

In Bezug auf Gewerbskanäle dagegen, die aus öffentl. Gewässern abgeleitet sind und in dieselben zurückfließen, ist zu berücksichtigen, daß das Eigenthum an Gewässern oder vielmehr die Rechte an solchen keine absoluten, unbeschränkten sind; vielmehr die Flüsse und Bäche als ein Gesamtgut der sämtlichen anwohnenden Interessenten betrachtet werden müssen, und daß es daher einem obern Gewerbsbesitzer vernünftiger Weise nicht gestattet sein kann, die allgemeine und herkömmliche Benützung durch irgend welche Vorrichtungen zu beeinträchtigen und den weiter unten liegenden Interessenten in periodischer Weise das Wasser vorzuenthalten; und dieß hier um so weniger, als im vorliegenden Falle der Gewerbskanal in der Regel das sämtliche im öffentl. Bach enthaltene Wasser aufnimmt und es sich also — abgesehen von besonders hohem Wasserstand — um Absperrung des ganzen Thalwassers handelt, welches gemäß bisherigem Herkommen ungehindert abgelfossen ist, ohne daß es temporär in Weihern angesammelt und dann wieder ausgelassen worden wäre —

erkannt:

Es sei dem Beklagten untersagt, den bei seiner Säge in Angriff genommenen Wassersammler in der Weise auszuführen, daß dadurch der regelmäßige Wasserabfluß periodisch beschränkt oder gehemmt würde.

(Directe Mittheilung.)

## 22. Wasserrecht. Entstehung durch Schweigen der Gegenbetheiligten.

Eine Anzahl Güterbesitzer, Anwohner der Vinth und des Bontsch, hatten am 28. März und 25. August 1857 Rechtsbot erlassen, welchem zufolge die Gewerbsbesitzer Enderli und Jenni den Bezug von Wasser

aus Linth oder Löntsch durch den Erlenkanal zu dem Mettlen resp. Mühlebrunnen unterlassen sollten.

Die Gewerbsbesitzer beriefen sich für ihr Recht auf die Thatsache, daß ihnen dieser Bezug durch die eidgenössische Linthpolizei-Commission im Umfang von 25 Kubikfuß pro Secunde gewährt, und daß diese Gewährung durch appellationsrichterlichen Spruch vom 24/25. Aug. 1857 ihnen bestätigt worden sei und zwar schon im Jahr 1851, und daß seither die Güterbesitzer dazu geschwiegen haben, wie ihnen denn auch wirklich durch diesen Wasserbezug kein Schaden erwachse und überhaupt keine in der Civilproceßordnung (§§ 55 f.) vorgesehene Einreden ihnen zustehen, ja, daß sie sogar durch ihre Mitwirkung zu den Beschlüssen der Gemeinde Näfels vom 25. März 1851 und 25. Sept. 1853 ihre Zustimmung für die von Näfels den Kanalbetheiligten gestattete Wasserzuleitung factisch ertheilt haben, so daß diese Letzteren glauben konnten gesicherte Rechte zu besitzen, und ihre Fabrikeinrichtungen bedeutend erweiterten. Die Güterbesitzer beriefen sich für ihre Rechtsbote darauf, daß die Wasseranwohner nach gemeinem und nach landesüblichem Satz keine Verminderung des ursprünglichen Wasserstandes durch Ableitung, Zuleitung oder Verunreinigung zu dulden haben, außer auf Grund Vertrags, welcher hier nicht vorliege, und auf die Thatsache, daß das Wasser verunreinigt werde und die Linth-Commission die Rechte der Güterbesitzer vorbehalten habe.

Die zweite Instanz, das Appellationsgericht von Glarus, wies sie aber (5. Nov. 1857) in ihrem Hauptbegehren ab

in Erwägung,

1. daß zwar dem Grundsatz nach einem fließenden Gewässer ohne Zustimmung der Besitzer sämtlicher an dasselbe anstoßenden Grundstücke kein Wasser zugeleitet noch entzogen werden kann;

2. daß aber im vorliegenden Falle, wenn auch keine ausdrückliche, doch eine factische Zustimmung von Seite der heute im Recht stehenden Güterbesitzer insoferne vorliegt, als diese letztern seit dem Jahr 1851 der Conzessionierung, Erstellung und Benutzung des Erlenkanals, durch welchen dem Mühlebrunnen Linthwasser zugeleitet wird, stillschweigend zusahen, ohne den Etablissementsbesitzern gegenüber nach Anleitung des § 55 der C.-P.-O. ihre Rechte zu wahren;

3. daß indessen mit Rücksicht darauf, daß über das aus der Linth zu beziehende Wasserquantum die Linthpolizei-Commission zu entscheiden hatte, die stillschweigende Zustimmung der Güterbesitzer nicht über die von ihr bewilligten fünfundsanzig Kubikfuß per Sekunde ausgedehnt werden darf;

4. daß die Etablissementsbesitzer heute selbst, damit den an den Mühlebrunnen anstoßenden Grundstücken desto weniger Schaden erwachse, sich bereit erklärt haben, im Winter nie mehr Wasser aus der Linth zu beziehen, als zur Erreichung des mittlern Wasserstandes des

Sommers erforderlich ist, und zu diesem Behufe Wassermarken zu stellen.

(Directe Mittheilung.)

### 23. Brunnengraben.

Die Herren Probst und Fäs, Bauunternehmer in Bern, schlossen mit Hrn. J. Grimm, Gutsbesitzer in der Nähe der Stadt Bern (Nov. und December 1859) einen Vertrag, wonach denselben gestattet ward, das in seiner Beszung auf dem Breitenrain sich vorfindende Wasser, mit Ausnahme desjenigen, welches zum Sod- oder Ziehbrunnen des Verkäufers Grimm dient, zu suchen und in möglichst kurzer Zeit zu fassen und abzuleiten, und durch solid eingelegte Ugen durch das zwischen Grimms und der Käufer Beszung liegende Gut des Hrn. von Greyerz zu führen. — Oberhalb des Grimm'schen Gutes befindet sich dasjenige des Hrn. Notar Sigmund Albrecht Wytttenbach, mit einem Brunnen und einer Brunnquelle, von welchen der zum ewigen Gedächtniß erhobene Beweis ergab, daß dieselben von dieser Abgrabung Wasserverlust zu leiden haben werden, so daß der Eigenthümer sich bemüht erachtete, die Fortsetzung dieser Abgrabung zu untersagen.

Das gegen diese „Kundmachung“ von den Bauunternehmern angegangene Amtsgericht Bern hielt die Ansinnen des obern Nachbarn durch Abspruch vom 11. Juli 1860 aufrecht. Die zweite Instanz des Appellations- und Cassationshofes von Bern dagegen hob diese Entscheidung auf (17. Nov. 1860),

in Betrachtung,

1. daß zwar die Herren Fäs und Probst einräumen, daß durch die Vollendung der Wasserleitungsarbeiten, welche sie auf der Beszung des Johannes Grimm begonnen haben, die Gefahr entstehen würde, daß dem Brunnen des Herrn alt Amtschreiber Wytttenbach bedeutend Wasser entzogen werde, ja, daß derselbe in trockenen Jahreszeiten ganz trocken gelegt werden könnte;

2. daß aber die Herren Fäs und Probst von Johannes Grimm das in seiner Beszung sich vorfindende Wasser, mit Ausnahme des zu dessen Sod dienenden, gekauft haben, und in Folge dessen berechtigt sind, in Beziehung auf die Gewinnung und Leitung dieses Wassers Alles auf dem Grundstück des Grimm vorzunehmen, wozu dieser selbst befugt wäre;

3. daß nun, nach der Vorschrift der Satzung 378 C. sich das Recht des Eigenthümers eines Grundstückes nicht all ein 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, wenn auch in Folge dessen dem Brunnen

eines Nachbars Wasser entzogen würde, es sei denn, daß dieser auf dem Grundstücke, auf welchem gegraben wird, ein, das Recht seines Eigenthümers beschränkendes Dienstbarkeitsrecht erworben habe;

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

5. daß aber gerade aus dieser Vorschrift folgt, daß alle Grundeigenthümer ihre Grundstücke in gleicher Weise benutzen dürfen, und daß nicht derjenige, der zuerst nach Wasser gegraben hat, befugt ist, seinen Nachbar zu hindern, später das Nämliche zu thun, indem ja, wenn dies zulässig wäre, keine Gleichheit der Rechte stattfände, vielmehr derjenige, der dem Andern zuvor käme, das Vorrrecht erlangte, diesen an der Ausübung seiner Rechte zu hindern, was schlechterdings nicht im Sinne der erwähnten Satzung 380 C. liegen kann;

6. daß Herr Wyttenbach behauptet, daß durch das hundertjährige Bestehen seines Brunnens mittelst Verjährung ein Dienstbarkeitsrecht zu dessen Gunsten erworben worden sei, in Folge dessen seine Nachbarn auf ihren Grundstücken nichts vornehmen dürften, was seinem Brunnen Wasser entziehen könnte;

7. daß unter der Herrschaft der Gerichtssatzung allerdings Dienstbarkeitsrechte auf dem Wege der Verjährung erworben werden konnten;

8. daß aber der Natur der Sache nach eine Dienstbarkeit auf einem fremden Grundstück nur dadurch mittelst Verjährung erworben werden kann, daß die Dienstbarkeit während der gesetzlichen Verjährungszeit in einer Weise ausgeübt wird, aus welcher die Absicht, dies zu thun, deutlich hervorgeht, so daß der Besitzer des dienenden Grundstücks Veranlassung erhalten kann, die Verjährung zu unterbrechen;

9. daß dies aber in Betreff der von Herrn Wyttenbach auf dem Grundstück des Johannes Grimm beanspruchten Dienstbarkeit nicht geschehen ist, indem Seitens des Herrn Wyttenbach oder seiner Vorbesitzer keinerlei Anstalten getroffen worden sind, aus denen irgendwie die Absicht hervorgegangen wäre, ein Recht auf den aus Grimm's Grundstück hervorkommenden Wasserzufluß auszuüben, zumal das bloße Bestehen des Brunnens auf Herrn Wyttenbach's Gut diese Absicht keineswegs kundgab;

10. daß demnach keine Servitut zu Gunsten des Gutes des Herrn Wyttenbach erworben worden ist, welche Letztern berechtigt, die Herren Fäs und Probst an der Ausführung der begonnenen Wasserleitungsarbeiten zu hindern.

(Directe Mittheilung.)

## 24. Abholzservitut.

Rathsherr Thomas Wisler und Jacob Schießer am Beuggen in Einththal (C. Glarus), die Inhaber des Fätschberges daselbst, besitzen laut „Machenschaft“ vom 15. Juli 1753 die Befugniß, im Fätschwald das für die Gebäude auf besagtem Berge benöthigte Holz gegen Bezahlung von 3 Bz. von jedem Stamm zu beziehen. Im Jahr 1857 hatten sie in diesem Wald Holz bezogen, das sie, wie es scheint, außerhalb des Berges verwendeten. Die Inhaber des Waldes verlangten für dessen Werth Entschädigung und für die Zukunft Untersagung jedes weiteren Bezuges über die Beschränkung des Vertrages hinaus. Die Bergbesitzer erklärten, allerdings nur für die Gebäude Holz in diesem Wald beziehen zu wollen, glaubten aber, durch die Bezahlung der 3 Bz. Eigenthümer des Holzes geworden zu sein und es verwenden zu dürfen, wie sie wollen. Die erste Instanz trat ihnen bei; das Appellationsgericht von Glarus aber, durch Spruch vom 6. Oct. 1859, wies sie in die Schranken des klägerischen Antrags,

in Erwägung:

1. daß das durch den Vergleich vom 15. Juli 1753 den Besitzern des Fätschberges gesicherte Recht, im Fätschwald das für ihre Gebäude benöthigte Holz zu hauen, als eine Realservitut aufgefaßt werden muß;

2. daß somit das Holz, welches die Servitutberechtigten nach Maßgabe jener Urkunde beziehen, nur für die Bedürfnisse jener Liegenschaft verwendet werden darf, dagegen den Appellaten nicht verstattet sein kann, dasselbe zu ihrem bloß persönlichen Nutzen zu verwerthen.

(Directe Mittheilung.)

## 25. Brennholzservitut.

Im Jahr 1750 fingen die Genossen der Uerte Büren (Nidwalden) an, den Grundbesitzern unter ihren Weisassen den bisher bezogenen Theil am Brennholz aus ihren Waldungen zu bestreiten. Das angegangene Gericht erklärte zu Ehren der Uertner, dieselben seien zwar Herren ihrer Waldungen, „mögen aber den Weisassen, wie sie darum anhalten, etwa den halben Theil als den Uertnern, aus Gütigkeit geben.“ Diese Gütigkeit dauerte auch hundert und eilf Jahre lang fort, bis im Jahr 1861 sie erlosch und das Recht der Weisassen, weil der Wald schwach, von Neuem bestritten wurde. Dafür ward von den Uertnern angeführt, daß sie das Eigenthum haben, alle Rechte Anderer am Wald dadurch ausgeschlossen oder doch als Ausnahme erklärt seien, und wer „anhaltend“ müsse, kein Recht habe, und wer aus „Gütigkeit“ verwillige, nicht müssen könne. Die Weisassen aber erwachteten, anhalten müsse bei guter Bewirthschaftung eines Waldes wohl auch der Genosse, und wenn der Wald „schwach“ sei, könnte dies da-

her kommen, daß die Uertner ohne solches Anhalten nur hauen, die Gütigkeit aber sei vom Richter den Herren Uertnern auferlegt worden allerdings als Ausnahme, aber doch für den ganzen halben Theil dessen, was sie selbst bezögen.

Das geschworne Gericht saß darüber am 3. Weinmonat 1861 und erkannte ungefähr dasselbe, was die Beisassen, in Erwägung

1. daß die Uertner von Büren, wie es durch Urtheil vom J. 1750 geschehen, auch gegenwärtig als Grundherren ihrer Waldungen angesehen werden müssen, somit sie auch das Verfügungsrecht über die Waldungen besitzen;

2. daß hingegen laut deutlichem Inhalt des Urtheils vom 30. Jänner 1750 die Uertner nicht allerdings (vollends) die Beisassen wegen dem Brennholz auszuschließen begehrt hatten;

3. daß in Folge dessen damals das geschw. Gericht nach seinem Wortlaut vermeinte, daß die Uertner den Beisassen, wenn sie darum anhalten, etwa halb so viel Theilholz als einem Uertner aus Gütigkeit geben möchten;

4. daß in älterer Zeit das „Anhalten“ um Holz mit dem Worte „Anmelden“ gewöhnlich gleichbedeutend hingenommen wurde;

5. daß folgerichtig dem Ausspruche der Uerte vor Gericht 1750, daß sie die Beisassen nicht allerdings von dem Brennholz auszuschließen begehre, auch seit dieser Zeit bis auf die Gegenwart von der Uerte faktisch nachgekommen und den Liegenschaften bestehenden Beisassen Theilholz verabfolgt wurde.

(Directe Mittheilung.)

## 26. Holzrecht.

Die Mühle im obern Sulgenbach bei Bern gehörte dem Hause der Deutschherren zu Bern und wurde erblehensweise im Jahr 1432 dem Peter Mattstetter und Peter Moser dem Jüngern überlassen, mit Vorbehalt eines Lehnzinses, eines Ehrschages und des üblichen Lehnzuges. Der Zins wurde später als aufgelegter Bodenzins behandelt, der Ehrschag zuletzt nicht mehr abgerichtet und der Lehnzug fiel mit den „Feudalrechten“ weg. Neben diesen besondern Pflichten war der Müller überhaupt verpflichtet:

„die vorgeannten Hüser, Müllinen, Sagen, Blöwen und allem „liegendem und gändem Geschir mit Wuren, Britschen, Schloßen, „Tach, Wenden, Swellen auch mit Nutnien die Würe, die Ufer und „Matten in gutem Baw und Zünen an min und miner Nachkommen „und des Tütschen Huses zu Bern Costen und Schaden in Eren ane „Zergänglichkeit haben und lassen.“

dafür aber zugesichert:

„ob inen darzu Holz nothdürftig wer, sollent sie einen Leutpriester

„bitten, inen in des vorgemelten tütschen Huses Hölzern Holz erloben  
 „zu nemen, des er ihnen auch nit versagen soll, finden sie aber sãm-  
 „lich Holz nit in den Hölzern, so soll ihnen ein Leutprieister mit frund-  
 „licher Bitt an erbren Lüten, in dero Hölzren sie semlich Buholz fun-  
 „den, hilflich sin, sãmlich Holz zu erloben. Were auch das künftenk-  
 „lich deheineist semlich ungestüme Wasserflüß und Füsamine kämen,  
 „die die Wure und Schloß zerrürtin und zerbrecen, an semlich Büm  
 „wieder ze machen und zu befreu söllent ich und min Nachkomen inen  
 „und iren Nachkommen ze Stüren geben, so viel alsdenn die Nachge-  
 „buren, es syn Müller oder andere, denen darumb kund ist, beschei-  
 „dentlich beduncket sin, mit dero Schätzung mich und min Nachkomen  
 „und auch sie und ir Erben begnügen soll.“

Ueber dieses Recht des Müllers zu Bezug von Holz erwuchs schon im Jahr 1823 eine Erörterung zwischen dem Inhaber der Mühle Hrn. Rud. Gabr. von Stürler und dem damaligen kleinen Rath (die Güter der Deutschherren waren an den Staat gefallen), indem der Inhaber alles zu seinen Bauten erforderliche Holz aus den Stiftswaldungen verlangte, der Rath aber nur eine Beisteuer schuldig zu sein erachtete und auch nun wirklich mehr nicht verabreichte. Hr. von Stürler hatte es dabei bewenden lassen. Der spätere Inhaber, Niclaus Maßhardt, erneuerte das Begehren im Jahr 1862 und belangte den Staat vor Gericht.

Die erste Instanz sprach ihm seinen ganzen Klagsatz zu, die zweite aber, der Appellations- und Cassationshof von Bern, durch Spruch vom 13. Febr. 1863 in Auslegung obiger Stelle nur eine Steuer,  
 in Betrachtung

1. daß es selbst nach dem Wortlaute des Lehenbriefes vom Jahr 1432 zweifelhaft erscheint, ob der Lehensherr den Besitzern der Lehensmühle das ganze benötigte Holzquantum aus den Stiftswäldern habe verabfolgen sollen, indem darin immerhin auch die Bitten des Leutprieisters an dritte Personen, mit denen dieser ihnen „behülflich“ sein solle, erwähnt werden;

2. daß in den folgenden Urbarien auch nicht das ganze benötigte Holz zum Unterhalte der fraglichen Gebäude erwähnt wird, sondern daß darin bloß gesagt wird: „allein mit Holz soll man ihnen behülflich sein aus den Stiftshölzern;“

3. daß dem Vorbesitzer des Herrn Maßhardt, nämlich dem Herrn Rudolf Gabriel von Stürler, in den Jahren 1822 und 1823 Seitens des kleinen Rathes erklärt wurde, der Staat sei nicht zur Lieferung des ganzen benötigten Bauholzes, sondern bloß zu einer angemessenen Beisteuer verpflichtet, mit welcher Erklärung Herr von Stürler sich begnügte und ein weiteres Recht niemals geltend machte oder einklagte;

4. daß somit Herr Maßhardt nicht mehr Rechte erworben haben kann, als sein Rechtsvorfahr besaß;

5. daß demgemäß die Begehren des Herrn Maphardt insoweit begründet erscheinen, als es eine Beisteuer betrifft, insoweit sie aber weiter gehen und auf das ganze benöthigte Holz abzielen, nicht gerechtfertigt sind.

(Directe Mittheilung.)

## 27. Servitut. Meldungsversäumnis.

Am 1. Juni 1763 theilte Junker K. Pfyffer von Heidegg sein Grundstück, geheißen die alte Nuntiatur, und verkaufte die westliche Seite an Junker Alphons Mayr von Baldegg, behielt sich aber bei dem Verkauf vor, „daß Junker Käufer und alle nachfolgenden Besitzer nicht sollen befugt seyn, in dem Garten ein Großgebäude oder Bäume zu setzen, wodurch des Junker Verkäufers hinterer Behausung das Licht benommen würde.“ Im Jahr 1819 ging das belastete Grundstück an den Fiskus über; das berechtigte aber später an den Chorherr Krauer und von diesem an Herrn Mazzola-Krauer. Als nun in dieser Gegend nach Beschluß des Großen Rathes von Luzern ein Centraluntersuchungsgefängnis errichtet und dazu das Areal der alten Nuntiatur verwendet werden sollte, wurde Herr Mazzola-Krauer ungeachtet längeren Widerstandes und mehrfacher Anerbieten zu Abwendung dieser Nachbarschaft angehalten, dem Staat 3000 □' an das benöthigte Areal abzutreten, gegen Bezahlung von Fr. 3000 (31. Dezember 1860). Nach Fertigung des Kaufs (17. Januar 1861) wurde das nach der Bauordnung erforderliche Lattengerüst errichtet, eine Einsprache erfolgte in der dazu gesetzten Frist von 14 Tagen nicht und der Bau schritt mit Beschleunigung vor, bis am 17. Mai unversehens der Regierungsrath von Herrn Mazzola-Krauer die Anzeige erhielt, er habe soeben einen Kaufbrief vom 13. März 1819 aufgefunden, aus welchem die oberwähnte Servitut sich ergebe, deren Ablösung gegen 4000 Fr. er beantrage. Da die Parteien sich nicht einigen konnten, gelangte die Sache an die Gerichte, welche aber in beiden Instanzen das Ablösungsbegehren abwiesen, das Bezirksgericht Luzern am 20. Juni 1862, das Obergericht am 6. September gl. J., letzteres

in Erwägung:

1. daß die Existenz einer auf dem beklaglichen Grundstücke zu Gunsten des klägerischen bestehenden Servitut auf Nichtentziehung von Licht durch eine höhere Baute, ja selbst durch Bäume, mit Rücksicht auf die Akten und das Zugeständnis des Beklagten außer Zweifel steht;
2. daß diese negative Servitut nicht etwa durch den Vertrag vom 28. Dezember 1860 als losgekauft zu betrachten ist, indem weder ausdrücklich diese Servitut als Abtretungsobjekt genannt ist, noch eine stillschweigende Einschließung resp. ein Verzicht auf besondere Entschädigung aus demselben gefolgert werden darf;

3. daß Letzteres namentlich aus dem Grunde unstatthaft ist, weil nicht nur der eine Vertragskontrahent, der Beklagte, selbst behauptet, diese Servitut nicht gekannt, also sie auch nicht als Vertragsobjekt gedacht zu haben, sondern auch bestritten und von der beweispflichtigen beklaglichen Partei gegenüber die Vermuthung der Richtigkeit der klägerischen Behauptung begründenden Indizien nicht nachgewiesen ist, daß der Kläger damals schon die Servitut gekannt habe, es nun aber bekanntlich auf die Unterscheidung zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem Irrthum da nicht ankömmt, wo es sich um die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung handelt, weil, was man nicht weiß, man begreiflich nicht wollen kann;

4. daß vielmehr zur Zeit des Beginns der Baute die Servitut ungeschmälert forteristierte, und als Ausfluß derselben dem Kläger unzweifelhaft das Recht der Einsprache (jus prohibendi) zugestanden wäre;

5. daß aber dessenungeachtet vorliegend eine Schadenersatzpflicht des Beklagten rechtlich nicht begründet erscheint, indem, abgesehen von der Frage über die rechtliche Wirkung der Aufstellung eines Lattengestells nach § 1 der städtischen Bauordnung, die Servitut des Klägers in ihrer Existenz durch die Handlungsweise des Beklagten nicht verletzt wurde, sondern nur der Besitz der Servitut, die Ausübung des Eigenthumsrechts in dem einen Falle und gegenüber derjenigen Stelle des dienenden Grundstückes, wo das Centralgefängniß aufgebaut wurde, und so lange dieses steht, aufgehört hat; dieser beschränkte Besitzverlust aber, und selbst diese Nichtausübung der Berechtigung in einem Falle, Folge der eigenen Unterlassung des Klägers und nicht eines Verschuldens des Beklagten — was allein außer Vertragsverhältnissen die Bedingung jeglicher Schadenersatzpflichtigkeit ist (§ 716 des bürgerlichen Gesetzbuches) — sich darstellt; zumal auch ein doloses Verfahren des Beklagten nicht nachgewiesen wurde.

(Directe Mittheilung.)

## 28. „Freiwilligkeit“ eines Ersatzerbietens für verschwiegene Servituten.

Das Gesetz über Handänderungs- und Hypothekarwesen von Luzern vom 6. Brachmonat 1861 verordnet (§ 3): Beim Abschluß des Vertrages müssen, wenn der Käufer darauf nicht ausdrücklich Verzicht leistet, entweder alle auf einer Liegenschaft haftenden Rechtsamen und Beschwerten dem Käufer namentlich angezeigt werden, oder es müssen bei demselben die bezüglichen Erwerbs- oder Belastungstitel vorliegen, was im Kaufsvertrage bemerkt sein soll.

Wenn diese Vorschrift nicht beobachtet wird, so ist der Käufer, wenn der Verkäufer nicht freiwillig Entschädigung leisten will, berechtigt, vor der Zufertigung vom Vertrage zurückzutreten.

Das Obergericht legte durch Spruch vom 9. April 1863 die Bestimmung über die freiwillige Entschädigung dahin aus: es sei zu diesem Ende ein präzises Anerbieten erforderlich. Sebastian Stirnimann von Nuswil hatte nämlich dem Joseph Meyer, Pfögers von Buchs, Grundstücke abgekauft (9. Dezember 1861). In dem Kaufaufsatz (blos zwischen den Parteien) waren als Dienstbarkeiten angeführt ein oder zwei Fußwege, während doch des Verkäufers eigener Kaufbrief erwähnt hatte einen Fußweg durch Nr. 3, einen zweiten durch Nr. 7, drittens eine Berechtigung des Johann Wüst durch Nr. 6 zu gehn und mit einer Stoßbähre zu fahren, und viertens einen Vorbehalt für einen weiteren möglichen Fußweg durch Twengimatten. Vor der Zufertigung, die auf 6. Februar 1862 angesetzt war, anerbote der Verkäufer Entschädigung für allfällige weitere und größere Beschwerden, als im Aufsatz angegeben seien, ohne diese Entschädigung zu bezeichnen. Dem Käufer genügte dies nicht, und er trat deshalb vom Kauf zurück. Und als ihn nun der Verkäufer zur Haltung belangte, fand das Obergericht den Rücktritt begründet, indem als Sinn der obigen Gesetzesbestimmung anzunehmen sei, daß der Käufer als schuldloser Theil wegen verschwiegener Beschwerden nicht gezwungen werden kann, für die ihm gebührende Entschädigung weder über den Grundsatz, noch über das Maß der Entschädigung die Unannehmlichkeiten, Gefährden und Kosten eines Prozesses mit dem Verkäufer zu riskiren, sondern, im Falle er nicht ohne Prozeß seine Entschädigung erhält, einfach ohne Weiteres vom Kauf zurücktreten darf;

daß aber Kläger sich blos allgemein zu freiwilliger Entschädigung für „allfällige“ mehr und größer haftende Beschwerden — als im Aufsatz angegeben — anerbote hat, bei diesem allgemeinen Anerbieten aber und nachdem die vom Beklagten eventuell geforderte Entschädigungssumme von 3500 Fr. bestritten wurde, von einer freiwilligen Entschädigungsleistung des Verkäufers an den Käufer im Sinne des Gesetzes nicht die Rede sein kann.

(Directe Mittheilung.)

## 29. Freies Eigenthum oder Lehen?

Seit dem 12. Jahrhundert war die Familie der Planta von Zug im Ober-Engadin vom Bischof von Chur belehnt. Im Jahr 1706 kam nach Abgang des früheren Lehensträgers dazu die Belehnung mit dem Schloß Remüs, sammt Zubehörden und Dependenzien im Unter-Engadin, unter folgenden Bestimmungen:

„Von Gottes Gnaden Wir Ulrich Bischof zue Chur des heyl. Röm. Reichs Fürst Herr zu Fürstenburg vund Fürstenau ic. vund wir Thuem Probst Dechant vnd Gemeines Capitel des hohen Thuemb Stift zur besagtene Chur bekennen und thuen Rhundt Mäniglichen mit diesem Brieff, daß demnach das Schloß Nemüs in Bnter Engadein gelegen, mit allen seinen Zugehörden Recht vund Gerechtigkeiten vund was immer von disen Dependiren mag, nachdrücklich verflohenen Verleihungs-Jahren vnserer freyen Disposition eigenthümblich wiederumb zue vund heimbegefallen; Allß haben wir mit vorhero gepflogenen wohlbedachtem Rath Consens vund ainheyligen Willen Vnseres Thumb Capitels vmb vnseren Nutz vndt Frommen willen, soliches Schloß vnd Zugehörden lehenweis zu übergeben entschlossen dem Wohladelgebornen, Gestrengem vnserem besonders lieben Herren Commissario Peter Conradin Planta von Juz, vund zwar mit Bedingnus vund Condition wie hernach volgt, alles namblichen vund zum Ersten wirdt Tit. wohlersagten Tit. Herren Infeudando verlihen daß Schloß Namüs sammbt zugehörigen Guetern Recht vund gerechtigkeit auch prädicat vund Autoritet den Richter zu setzen, wie von alltem hero. Zum A n d e r e n solle diese infeudation allzeit auf den Erstgebornen des Tit. Hr. Commissari Peter Conradin Plantischen Linea vund zwar so lang transplantiert werden, allß Manns-Stamm von solicher vorhanden seind. Zahls aber soliche Linea Masculina völlig abgehe, eine oder mehr Töchtern aber vorhanden, vnd eine von dissen sich in daß Plantische Haus zue heurathen sich entschließen würde, so solle in solichem Fahl in freyer Disposition eines Bißthumbß stehn, ob vund mit was Conditionen man daß Feudum solichen ferners überlassen wolle. Da dann vor allen andern caeteris paribus die von nochmal wohlersagten Plantischen Familia erwisene Trew in consideration gezogen werden solle. Hinwiderum vnd zum D r i t t e n wirdt sich der Herr infeudandus vund folgiam alle nachkommende Innhaber des Lehens dem Bißthumb mit erforderlicher Trew zue verbinden kein Bedenken tragen. Zum Vierten sollen die Regalia allß vierter theil des Criminals einem Bißthumb völlig verbleiben. Zum Fünften verspricht Herr infeudandus, über den, dem leztgewesenen Herrn Castellan schon würklich refundirten Pfandtschilling dem Bißthumb 300, sage dreyhundert Spezies Dublen zu bezahlen. Zum Sechsten solle der Herr infeudandus verbunden sein, oder daß gegenwertige Schloß widerumb zu erbawen oder aber ein new proportionierte Wohnung auf seine Kosten vund zwar also aufzuführen, daß im Fahl daß Lehen, wie oben Numero 2 vermeldet, dem Bißthumb widerumb anheimb fallen sollte, solich erbawetes Schloß oder new aufzurichten habendes Gebew sammbt melioration der Guetern auch Pfandtschilling vund erlegte Capital der dreyhundert Dublen dem Bißthumb lediglichen zuekomme, ohne daß solches die Schuldigkeit aufhabe dem Plantischen Hause daß geringste dafür zu bonifizieren

vnnnd guet zue machen. Zum Sibendten solle ein jeweyliger Inhaber dieses Feudi verobligieret sein, was die Schuldigkeit der Präbenda erforderet, gleichwie auch was in Erwehlung des Richters nothwendig oder sonsten auflaufen möchte, ohne einiche entgeltung des Bisthumbs abzutragen. Endtlichen und zum Achten solle abermahlen wohlermeldter Herr Commissari Peter Conradin Planta vnnnd nachfolglichen allen Herren Bestzer dieses Ihnen verliehenen Feudi das Schloß, die Tachung, Mauern, Brunnen, Stiegen und dergleichen in wesentlichem Bau oder an dessen Statt das Newe erhalten, die Ugende auch Grundt, vnnndt Lehengueter nach Möglichkeit ehist coherenzieren in richtigkeit bringen vnnnd erhalten, über soliche ein ordentliches inventarium aufrichten vnnnd vnnns eine Copiam authenticam darvon bestellen lassen, die Gebew vor Feuersgefahr alles Fleißes bewahren, des Bisthumbs hohe vnnnd Gerechtigkeiten nutz vnnnd frommen befürdern vnnnd schaden wenden, in aller Treu vnnnd ohne geuehrde.“

Diese galten fort durch alle eintretenden Handwechsel in den Jahren 1730, 1745, 1778 und 1795 und wurden auch im Jahr 1846 beim Eintreten des jetzigen Inhabers, damaligen Stadtschreibers zu Chur, Peter Conradin v. Planta, in folgender Weise erneuert:

„Wir Caspar v. Carl von Gottes und des heil. Stuhles Gnaden Bischof zu Chur ic. bekennen mit diesem Brief und urkunden, daß, da das altadelige Geschlecht deren v. Planta von undenklichen Jahren und Zeiten von unserm uralten Hochstift mit verschiedenem Lehen in und außer Landes begabt und versehen gewesen, auch jetzt besondere Vorzüge als alte Inhaber der Ihnen von unserm Bisthum im Jahr 1139 überlassenen Grafschaft Oberengadin sammt dem zu Sils gelegenen und Lagazöl genannten eigenthümlichen See nebst andern Zoll- und Bergwerks-Regalien, sodann auch das Schloß Nemüs mit allen davon abhängenden Rechten und Privilegien wirklich besitzt,\*) Wir in Ansehung, daß besagt adeliges Haus der Herren v. Planta unserm Hochstifte und unserer Herren Vorfahren jederzeit, sogar mit Aussetzung Guts und Bluts im Frieden und zu Kriegszeiten in höchster Treue zugethan gewesen und beigespungen, auch solches für die Zukunft thun können und sollen, dem Hochedelgebornen unserm getreuen und besonders lieben Herrn Peter Conradin v. Planta-Zuz dermaliger Stadtschreiber Böbl. Stadt Chur, Sohn des verewigten Herrn Hauptm. v. Planta-Zuz, sammt Mithaften von der Zuzer Linie und allen ihren

\*) Was aber in Wirklichkeit nur noch für Schloß und Güter Nemüs gilt. Alles andere oben angeführte, die Grafschaft Oberengadin, Zölle und Bergwerke und Silber See, sowie Justizrechte im Engadin besaß sowohl das Bisthum als die Familie Planta-Zuz schon längst nicht mehr, als diese Urkunde ausgestellt wurde.

ehelich männlichen Leibs-Erben alle die den H. v. Planta ehemals von unserm Hochstift ertheilte Lehen hiemit bekräftigen und erneuern.

„Und weil wir mit Bedauern haben erfahren müssen, daß besonders im untern Engadin die uralte Rechtsamen unseres Hochstifts und dessen Lehensträger zum Theil aus der gebührenden Acht gelassen werden, so sollen wir gedachtem Herrn Stadtschreiber nicht nur die gute Unterhaltung der Güter bestens anempfehlen, sondern auch anmit auftragen, daß dem im Jahre 1542 ertheilten Urtheil nebst den uralten Gewohnheiten genau befolget und der de anno 1706 20. November zwischen unserm Hochstift und dem gewesenen Hr. Commissari P. Conr. v. Planta getroffenen Convention in allen ihren Theilen nachgelebt werde.

„Zu diesem Ende dann hat obgesagter Herr Stadtschreiber v. Planta in seinem und seiner Mithaftern Namen angelobet, uns und unserm Hochstift getreu und nach Ausweis der Lehenrechte stets dienstlich zu sein, wie nicht minder, so oft es respective des Lehensherrn sowohl als des Lehensträgers zu Ablebungsfällen kommt, das Lehen zu erneuern und sich irgend Investitur, Streitigkeit u. vor uns und unsern Lehenmännern und sonst Niemanden die Sache zu berechnen, Alles getreulich und ohne Gefährde.

„Zu weissen mehrerer Bekräftigung haben wir diesen Gnadenbrief fertigen und unser bischöfliches Sigill beydrucken lassen, so geschehen in unserm Residenzschloß Chur den 10. Hornig 1846.“

Im Jahr 1848 (25. Oct.) meldete sich mit Berufung auf die veränderten staatsrechtlichen Verhältnisse und namentlich der Verfassungsbestimmung, wonach alle Feudal-Rechte ablöslich erklärt werden, der Inhaber zu solcher Ablösung beim lehensherrlichen bischöflichen Hofe Chur, jedoch wie es scheint, ohne irgend welchen Erfolg. Ja vielmehr als nach dem Hinschied des Bischofs Caspar v. Carl (1859) seinem Nachfolger Florentius vom Lehensträger das Gelübde nicht geleistet und um Erneuerung der Lehenshuld der Herr nicht gebeten worden, fand sich der Hof Chur umgekehrt veranlaßt, durch Schreiben vom 4. Februar 1861 die Uebergabe der Feudal-Objecte zu verlangen, und als diese nicht erfolgte, vor dem durch Prorogation zuständigen Cantonsgericht dahingehende Klage zu erheben. Dieselbe stützte sich vorzüglich auf die Behauptung der Lehensfelonie, enthalten in Unterlassung des Begehrens um die Investitur bei dem neuen Lehensherrn. Als Rechtsnorm ward angerufen der Sachsenspiegel, und der Klageantrag ging in erster Linie auf Heimfall des Lehens und Bezahlung des Ehrschages, eventuell auf Anerkennung der Lehenspflicht und Ablösung derselben mittelst Ueberlassung der Hälfte des Lehensgutes an den Lehensherrn. Dagegen erhob der Beklagte die Einrede mangelnden Identitätsbeweises, da der erste Erwerber von Gut Remüs, Comissare Planta, Güter dazu gekauft, der Hof aber nicht specificire,

was er vindicare; bestritt aber, in die Klage eintretend, die Lehnspflicht überhaupt; da auch, wenn lehnsrechtliche Grundsätze in der Vindicationsfrage entscheiden sollen, auf Lehen, als Reallasten, dieselben Grundsätze anwendbar seien. Aber auch das Heimfallsrecht habe keinen Anhaltspunkt, weder in einem speciellen Vertrag, noch am Lehnrecht, da im Canton, so wie in der Schweiz überhaupt, keines bestehe, ja auch ein gemeines nicht, sondern nur ein sächsisches, schwäbisches oder langobardisches; endlich, wäre auch ein geltendes Lehensrecht nachweisbar, so bliebe unklar, aus welchem geklagt werde, und wäre auch dieses klar, so schlosse die Verfassung von 1814 sowohl, als die von 1852, seine Anwendbarkeit aus, und wäre selbst eine solche anzunehmen, so wäre damit ein Heimfallsrecht nicht begründet. Nach einer längern geschichtlichen Deduction über die Entwicklung des Lehensrechts im Herren- und Bauernstande, seines Ueberganges zum Privat-Eigenthum auf dem Wege der Trennung in Obereigenthum und Nuzeigenthum und immer breiterer Entfaltung des letztern in volles Eigenthum und immer mehrerer Beschränkung des erstern zur Grundlast, wies der Beklagte darauf hin, wie neben dieser überall gleichartigen Entwicklung auf dem Gebiete des Bauernlehens das Herren- oder Vasallenlehen durch den Anstoß der französischen Revolution in der Schweiz mit allen seinen staatsrechtlichen Folgen als abgethan gelten müsse, für Graubündten mit seinem Eintritt in den staatsrechtlichen Verband mit der Schweiz seit 1801. An diese Entwicklung anknüpfend, zeigte der Beklagte, wie unhaltbar die drei Hauptpflichten des Vasallenlehens ihm gegenüber geworden wären: 1) die Treue, das Princip alles Lehensverbandes, da dieselbe keinen Gegenstand mehr hätte, weder in Krieg noch Frieden; 2) die Investitur, welche Kläger selbst nicht als haltbar betrachte und die auch häufig nicht verlangt worden sei; 3) der Ehrschab, der nur als Accessorium der Investitur überhaupt einen Sinn hätte — und wie darum, wo keine Lehenspflicht in der alten Gestalt mehr bestehen könne, natürlich auch nicht könne an eine Verletzung derselben, noch an eine Strafe der Verletzung, nämlich den Heimfall, gedacht werden. In das Specielle des vorliegenden Falles eingehend, hielt der Beklagte dem Kläger entgegen, daß jeden Falls bei einem Heimfall auch an den Kaufpreis des Gutes um 300 Dublonen zu denken wäre und daß um diesen Preis nicht nur Gut und Gerichtsbarkeit einmal gekauft, sondern auch immerfort vererbt und in den Familienpapieren (Testamenten und Theilacten) nie anders, denn als Allodium behandelt worden sei. Der Belehnte erinnerte auch daran, daß wenn Lehnsgrundsätze entscheiden müßten, ein nach diesem völlig zuständiger Gerichtsherr im Lande gar nicht bestände, da über Heimfallsrechte der bischöfliche Hof allein competent wäre, dessen Gerichtsbarkeit dahingefallen sei. Was dem Beklagten am meisten entgegenstand, seine eigene Lehenserneuerung vom Jahr 1846 und die

daraus zu zehenden Folgerungen, beseitigte derselbe damit, daß sie auf einem Rechtsirrthum beruht, er demnach selbst eine Nichtschuld bezahlt habe, die er zurückfordern könne, wie denn überhaupt an ein solches nichtiges Rechtsgeschäft keine Folgen sich anschließen können. Die eventuell begehrte Ablösung sei natürlich nur statthaft, wenn eine abzulösende Pflicht vorhanden sei, was Beklagter bestreite.

Den Erfolg dieser Einwendungen ergibt das Urtheil des Kantonsgerichts von Graubünden vom 28/29. April 1862, welches „nach Einsicht der Erklärung der Parteien vom 16. November 1861, womit dieselben sich zur Prorogation der vorliegenden Streitsache an das Kantonsgericht vereinbarten, des Zeitscheins vom 15. Juli 1861, nach Anhörung der Parteivorträge und Einsicht der im Verlaufe derselben beidseitig eingelegten Acten;

I. In Beziehung auf die vom Kläger beanspruchte Vindication des Eigenthums an dem Lehen zu Remüs,

In Erwägung:

daß gemäß Art. 86 des Civilprocesses dem Richter diejenigen Rechtsvorschriften (seien sie in positiven Gesetzen, constanten Uebungen oder gemeinrechtlichen Bestimmungen enthalten) zur Richtschnur dienen sollen, welche am Orte des begründeten Gerichtsstandes gelten;

daß der zwischen den Parteien s. B. zu Stande gekommene Lehensvertrag zwar des Lehensrechtes als für die Regelung des Lehensverhältnisses maßgebend erwähnt, dabei aber auf kein bestimmtes Lehenrecht hingewiesen wird;

daß bei uns gesetzliche Bestimmungen über Lehensverhältnisse nicht vorhanden sind, und ein gemeinrechtliches Lehenrecht, welches subsidiäre Anwendung finden könnte, nicht besteht;

daß in den eingelegten maßgebenden Urkunden weder der Investitur noch des Ehrschazes in dem Sinne Erwähnung geschieht, daß an die Unterlassung des Besuches um die Investitur oder die Nichtbezahlung des Ehrschazes der Verlust resp. der Heimfall des Lehens geknüpft wäre, deshalb ein daraus hergeleitetes Heimfallsrecht zu Gunsten des Lehensherrn rechtlich nicht als begründet erscheint;

daß dagegen eine daraus abgeleitete Folgerung auf ein freies und unbeschränktes Eigenthum des Lehensträgers an dem Lehengut nicht statthaft ist, indem das Eigenthumsrecht theils durch die urkundlich festgestellte Vererbung in der Familie der Lehenträger, theils dadurch beschränkt wird, daß das Lehen im Falle des Aussterbens der Familie der Lehenträger dem Oberlehensherrn anheimfallen würde;

S o d a n n :

II. Hinsichtlich der Frage der Auflösung des Lehensverhältnisses durch Auslösung:

In Erwägung:

daß die urkundlich dem Belehnten auferlegten und übernommenen

Verbindlichkeiten, soweit dieselben nach dermalen geltenden Grundsätzen des Staatsrechts als unzulässig erscheinen, ganz außer Betracht fallen, und nur diejenigen Seitens des Lehensträgers zu erfüllen sind, welche einen vermögensrechtlichen Charakter an sich tragen;

daß diese Verbindlichkeiten auf dem Lehen von Remüs haften, dieselben aber als Feudallast nach den Bestimmungen unserer Verfassung ablösbar sind;

daß diese Verfassungsbestimmung es lediglich dem Ermessen des Belasteten, nicht aber dem Gutfinden des Berechtigten anheimstellt, die Ablösung zu verlangen, deshalb eine daherige Klage nicht sowohl der Curie, als vielmehr ausschließlich dem Beklagten zustehen kann;

In Erwägung:

daß die vor Vermittleramt ergangenen Kosten durch Spruch des Vermittlers gemäß Art 68 der Civ.-Proc.-Ordnung als definitiv erledigt zu betrachten sind;

erkannt:

1. Es sei die Klage auf Vindication des Eigenthums an dem Lehen zu Remüs als unbegründet abgewiesen;

2. sei das vom Kläger erhobene Begehren auf Ablösung der bisher bestandenen Feudallast als unstatthaft abgewiesen und stehe diese Klage lediglich dem Beklagten zu;

3. habe die Klägerpartei die hiersits ergangenen Gerichtskosten im Betrage von Fr. 195. 85 Rp. allein, die außergerichtlichen dagegen jeder Theil selbst zu tragen.“

(Directe Mittheilung.)

### 30. Zehnt. Consolidationsfolgen.

Die Staatsverfassung von Bern vom 13. Juli 1846 stellt (Art. 85, l. 2) folgende Grundsätze über Zehnten auf: 1. Die Zehnten, Bodenzinse, Ehrschäze und andere Feudallasten, sowie die von der Umwandlung solcher Gefälle herrührenden Leistungen im alten Cantonstheil sind aufgehoben. Die Pflichtigen bezahlen dafür die Hälfte der in dem Gesetze vom 20. Dec. 1845 bestimmten Ablösungspreise. 2) Der Staat vergütet den Privatinhabern von Gefällen dieser Art einen gleichen Betrag, wie den, den sie nach obiger Ablösungsbestimmung von den Pflichtigen empfangen. 3) Für die abgelösten Zehnten — werden von dem Staat die Ablösungssummen in folgendem Verhältniß zurückerstattet oder erlassen: a. Von den seit dem 1. Januar 1833 stattgefundenen Ablösungen zur Hälfte des Betrages der Ablösungssumme; b. von den vom 2. Juli 1803 bis 31. December 1832 stattgefundenen Ablösungen zum dritten Theil des Betrages der Ablösungssumme; c. von den vor dem 2. Juli 1803 stattgefundenen — zum vierten Theil.

Die Anwendung dieser Grundsätze wurde in folgendem Falle streitig:

Der Besitzer des Gutes Wyler in Hindelbank (Canton Bern) besaß zugleich Herrschafts-Collatur und Zehntrechte im Bezirk bis 1790 und dann wieder 1807. In dem Jahr 1790 verkaufte nämlich der Gutsherr den Heu-, Emd-, Wersch- und Flachszehnten an einen Pflichtigen und im Jahr 1806 und 1807 den Getreidezehnt. In dem Kaufbrief über letzteren Zehnt wurde von den Verkäufern die Zehntfreiheit ausbedungen für das Hofgut Wyler, sowie den dazu gehörigen „Pintenschenk-Einschlag“, und für die sog. Rufinen ob dem Sumpfgut. Durch diesen Vorbehalt der Freiheit war also der Getreidezehnt von den drei genannten Gütern abgelöst. Diese freien Güter waren nun im Jahr 1847 in der Hand des Herrn Robert von Erlach (Wylers), des Wendicht Ueberhardt („Pintenschenk-Einschlag“) und des Armenguts der Einwohnergemeinde von Hindelbank (Rufinen). Diese erachteten nun, da sie in die Rechte ihrer Vorbesitzer eingetreten seien, so stehe ihnen auch zu, den Antheil des Capitals zu verlangen, das diese Vorbesitzer für die Zehntfreiheit geleistet haben. Als solches Capital, argumentierten sie, sei anzusehen die Differenz, um welche höher die Güter wegen der Zehntfreiheit zu stehen gekommen oder anzuschlagen gewesen seien. Daß Herr Robert von Erlach resp. seine Vorfahren im Besiz des Wylergutes geblieben seien, ändere an dieser Schlußfolgerung nichts.

Der angesprochene Staat resp. dessen Finanzdirection fand dagegen: wenn ein Zehntpflichtiger Käufer des Getreidezehnts sei, so consolidieren Zehntrecht und Zehntpflicht, und wenn später die Güter in andere Hand kommen, so seien sie von selbst zehntfrei.

Bei der Verhandlung dieses Streites vor dem Appellations- und Cassationshof führte der Kläger einen Bennerpruch vom 14. März 1673 an, in welchem Schultheiß Samuel Frisching verfällt wurde, dem Niklaus Lombach, Herrn von Hindelbank, den Zehnten zu entrichten von Grundstücken, welche früher dem Zehnherrn selbst angehört hatten und welche in Folge Beerbung in den Besiz der Kinder des Herrn Frisching gelangt waren.

Und wirklich erkannte auch jetzt wieder der Gerichtshof (den 29. April 1853) dem Kläger seinen Klagsatz zu,

in Betrachtung:

daß wenn auch angenommen würde, daß im Allgemeinen durch Vereinigung des Zehntrechts und der Zehntpflicht in einer und derselben Person die Zehntberechtigung und Zehntlast erlösche, im vorliegenden Falle eine entgegengesetzte, durch vielfache Anerkennungen aus älterer und neuerer Zeit, und selbst durch gerichtlichen Spruch der Bennerkammer (d. d. 14. März 1673) bestätigte Uebung nachgewiesen ist, wonach in fraglicher Landesgegend das Recht der Zehnherrn zum Fortbezug des Zehntens, und die Pflicht, denselben zu entrichten, nach

der Veräußerung des zehntpflichtigen Grundstückes oder des auf demselben haftenden Zehntrechts wieder auslebte und von Neuem zu rechtlicher Wirksamkeit gelangte. (Sagung 3, Fol. 262 der Gerichtssagung.)  
(Directe Mittheilung.)

### 31. Bodenzins von Zehnten. Zehnt-Consolidation.

Am 7. August des Jahrs 1680 tauschte Hr. von Erlach, Besitzer der Herrschaft Riggisberg (Bern), von der Interlakenener Kloster-Schaffnei der Stadt Bern denjenigen Antheil des herrschaftlichen Zehntens ein, der, wie es scheint, früher in die Hand dieser weltlichen Herrschaft noch nicht gelangt war. Dieser Zehnt war von Getreide, Mus, Korn, Heu, Bünden, Obst, Garten, Imben (Bienen) und Jungvieh im Bezirk zu stellen. Als Tauschmittel ward bezeichnet ein Bodenzins von 60 Mütt (Bernermaaß) halb Dinkel, halb Haber, versichert auf den eingetauschten Zehntantheil, ferner auf den übrigen, früher schon in seinen Händen befindlichen Riggisbergerzehnt und auf den Helgisriederzehnt, in dem Sinne, daß, wenn dieser Bodenzins nicht jährlich entrichtet werde, die contrahierende Schaffnei sich an genannte Zehnten und überdies an Hab und Gut des bodenzinspflichtigen Herrn auf Riggisberg halten könne. Durch mehrere Handwechsel gelangte diese Herrschaft Riggisberg in die Hand des Rathsherrn Karl Friedrich v. Steiger, welcher im Jahr 1811/12 diesen Bodenzins dadurch ablöste, daß er den Helgisriederzehnt an den Bodenzinsberechtigten abtrat und eine Nachzahlung von Fr. 8202. 25 leistete. In Gemeinschaft mit der Herrschaft Burgistein besaß die Herrschaft Riggisberg als Mannlehen, früher vom Reich, später von Schultheiß und Räten der Stadt Bern, ferner einen Zehnt, der jährlich in sieben Abtheilungen (Lieferungen) an die Berechtigten gelangte. Diese Zehntbezirksabtheilung, welche die siebente Lieferung zu leisten pflegte, kam im Lauf der Zeit in die Hand des Herrn v. Steiger auf Riggisberg. Er, gemeinsam mit seinem Zehntmitberechtigten, der Herrschaft Burgistein, bezog indeß von diesem Zehntbezirk, resp. seinem Pächter, außer dem jährlichen Pachtzins den von jeher gelieferten Zehnt zu gemeinsamen Handen fort, wie dies sich aus den Lieferungssetats und anderen Beweismitteln unzweifelhaft ergab. Als nun mit der Staatsverfassung vom Jahr 1846 und dem darauf gegründeten Gesetz vom 4. Sept. gl. Jahres der Grundsatz festgestellt wurde, einerseits: Es sollen alle Zehnten abgelöst und dem Ablösungspflichtigen vom Staat die Hälfte des Loskaufscapitals vergütet werden; andererseits: Es sollen ebenso denjenigen, welche früher Zehnten oder andere Grundlasten loskauften, vom Staat ähnliche, wiewohl etwas geringere Beiträge geleistet werden, trat der nunmehrige Inhaber der Herrschaft Riggisberg, Franz v. Steiger, mit dem doppelten Begehren auf:

Es sei ihm jener Beitrag an die Bodenzinsablösung vom Jahr 1811/12, ferner der Beitrag an das noch zu entrichtende Ablösungscapital für jenen Zehntseibentel zu leisten, den er abzulösen habe. Die Finanzdirection des Standes Bern erwiederte aber in Betreff des Bodenzinses: Bodenzinsen würden nie von Zehnten erhoben, sondern vom Grundbesitz; der sogenannte Loskaufvertrag vom Jahr 1811/12 sei kein Loskauf, sondern ein Ankauf, wie dies auch die Form des Vertrages, die gerichtliche Fertigung, zeige; den Zehntseibentel betreffend könne von einem Loskauf und einem Staatsbeitrag daran darum die Rede nicht sein, da dieser Zehntseibentel augenblicklich, als Herr v. Steiger den betreffenden Zehntbezirk erwarb, von dem er geliefert wurde, consolidierte, wie dies überall geschehe, wenn bei dinglichen Rechten Anspruch und Pflicht in einer Person zusammentreffen. Habe der Erwerber von seinem Pächter ihn bezogen, so sei dies anders nichts als ein verkleideter, höherer Pachtzins; dem zufolge schloß die Direction auf Abweisung.

Die Parteien compromittierten auf den Spruch des Berner-Appellations- und Cassationshofes, welcher in beiden Hinsichten die Finanzdirection im Unrechte fand (den 17. Juni 1854), aus folgenden Gründen:

1. Es ist bewiesen, daß der Herrschaftsherr von Riggisberg unterm 7. August 1680 zu Händen des Staates Bern oder dessen Interlaken-Schaffnerei, für welche handelten der Deutsch-Seckelmeister und die Vennerkammer, einen Bodenzins von 60 Mütt halb Dinkel, halb Haber errichtete, für den er unterpfändlich einsetzte: sowohl den von ihm bereits besessenen Antheil Riggisberg- und Helgisriedzehnten, als auch den durch vorbenannten Tauschact erhandelten Antheil Zehnten, der früher der Interlaken-Schaffnerei angehörte;

2. die vom Herrschaftsherrn von Erlach als Gegenwerth versprochene jährliche Leistung ist von der damaligen Mitcontrahentin, der Vennerkammer, selbst im Tauschacte, als ein wahrer unablöslicher Bodenzins erklärt und als ein solcher vom Staate auch seither wiederholt und unzweideutig anerkannt worden, indem namentlich die Urbarien fragliche Leistung in allen daorts vorkommenden Inscriptionen als Bodenzins anführen;

3. durch Tauschact vom 15. Juni 1811 und 1. Januar und 8. October 1812 hat Herr von Steiger von Riggisberg dem Staate Bern einestheils mittelst Abtretung eines Zehntrechts, andernteils mittelst einer Geldsumme den nach den damaligen Bodenzinsablösungsgesetzen berechneten Loskaufpreis der Franken 16,566. 70 für fünfzig Mütt halb Dinkel, halb Haber von dem vorerwähnten im Jahr 1680 constituirten Bodenzinse entrichtet;

4. Herr von Steiger als Nachbesitzer des frühern Loskäufers hat nun, gestützt auf § 85, Ziffer II litt. c und das Gesetz vom 4. Sep-

tember 1846 nach Mitgabe der §§ 13 und 14 seiner daherigen Reclamation entsprechend berechnet und seine Eingabe rechtzeitig besorgt;

5. die daherige Reclamation erscheint nach Mitgabe der vorerwähnten Gesetzesstellen als gerechtfertigt; der § 10 des Gesetzes vom 4. September 1846 dann steht ihr deßhalb nicht entgegen, weil Satz. 3 Fol. 30 der Gerichtsfassung von 1614 und Satz. 7, Fol. 70 der Gerichtsfassung von 1761 die Zehntgerechtigkeiten nicht für fahrende Habe, sondern für liegend Gut erklären, endlich Satz. 394 C diesen Grundsatz nicht aufhebt, mithin jener § 10, der sich nur auf bestehende Grundgerechtigkeiten bezieht, wenn er vom befreiten Boden redet, auch die dem liegenden Gut gleich geachteten Gerechtigkeiten unter jenem Ausdrucke begreift.

Betreffend die zweite Streitfrage, in Betrachtung,

1. daß Herr von Steiger die Berechtigung des Zehntbezuges auf die Riggisberg-Schloßgüter an sich gebracht hat, daß diese in Folge des Zehnt-Liquidations-Gesetzes aufgehoben werden;

2. daß im vorliegenden Falle von einem Erlöschen des Zehntrechts bezüglich der Lieferungsabtheilung Riggisberg-Schloßgüter aus Grund einer stattgefundenen Vereinigung der Zehntberechtigung und Zehntlast in einer und derselben Person deßhalb nicht die Rede sein kann, weil:

a) Herr von Steiger den großen Riggisberg-Zehnten nicht als freies und unbeschränktes Eigenthum, sondern als ein Mannlehen des Staates empfangen und besessen hat, somit ohne Einwilligung des letztern als Obereigenthümer für keinen Theil des Zehntbezirks eine Ausnahme Befreiung von der Zehntpflicht gestatten konnte, von einer solchen Einwilligung Seitens des Staates aber sich in den Acten keine Spur vorfindet;

b) das fragliche Zehntrecht früher und zwar bis im Jahr 1842 nicht dem Herrn von Steiger allein, sondern ihm und dem Herrn von Graffenried gemeinschaftlich zustand, und der Zehnten, so lange dieses Verhältniß dauerte, wirklich nach Mitgabe der daherigen Stats auch von den Schloßgütern entrichtet wurde und entrichtet werden mußte.

(Directe Mittheilung.)

## 32. Gutgläubigkeit beim Hypothekargläubiger.

In dem Concurs des Jakob Brunner im Geiselermoos, Gemeinde Emmen (C. Luzern), meldete Peter Gürber, alt-Gemeindeammann von Emmen, ein Pfandrecht auf einem Theil der Fahrhabe des Faliten, unter Berufung auf eine Einsatzung vom 17. Dec. 1855. Diese Meldung wurde von der Ehefrau des Brunner bestritten, da sie des Ehemannes Heimwesen mit aller Fahrhabe am 25. Sept. 1860 gekauft

habe und überdies die betreffende Fahrhabe noch besonders ihr durch Act vom 1. März 1854 zu Sicherung ihrer Weibergutshälfte verhaftet sei. Im Jahr 1854 nämlich starb deren Mutter und es fiel an sie, resp. ihren Chevogt, den Falliten Brunner, zufolge Theilungsinstrumentes die Summe von 970 Fr. 4 Ct., zu deren Sicherung der Chemann ihr seine Fahrhabe im Werth von 1350 Fr. einsetzte. Statt aber diesen Versicherungsbrief nach Gesetz in die bei jeder Gemeinde vorhandene Depositalkasse einzuverlangen, ließ das Waisenamt die Versicherung in der Hand des Chemannes, der dann gegen ein verzinsliches Darlehen von Fr. 300 diese zu Gunsten der Frau ausgestellte Urkunde dem Darleher Gürber einsetzte.

Das Obergericht von Lucern durch Spruch vom 12. April 1862 wies aber, entgegen dem Urtheil des Bezirksgerichts Rothenburg vom 15. Januar 1862, die Ehefrau mit ihrem Einspruche gegen die Gültigkeit dieser Verpfändung ab, in Erwägung:

1. daß der Uebertrager der Einsetzung, Jakob Brunner, im Besitz des Einsetzungsinstrumentes zur Zeit der Uebertragung sich befand, ohne daß vorliegt, als habe die ursprüngliche Ansprecherin den Besitz des Einsetzungsinstrumentes wider ihren Willen (Diebstahl oder Verlieren) nicht gehabt, vielmehr das Instrument dem Chemann, Jacob Brunner, als anvertraut erscheint;

2. daß mithin, selbst wenn die Uebertragung an Peter Gürber unbefugt erfolgt wäre, nach den in unserm Rechte geltenden Grundsätzen über Beschützung des gutgläubigen Besitzers selbst gegenüber dem Eigenthümer, wenn Jener den Besitz von Jemanden herleitet, den dieser ihm anvertraut hat, Peter Gürber wie bei seinen Ansprüchen auf den Besitz des Instrumentes, so auch bei den damit verbundenen Rechten an der Fahrhabe zu beschützen ist;

3. daß namentlich die Vermuthung des gutgläubigen Erwerbes der Einsetzung Seitens des Peter Gürber nicht etwa dadurch widerlegt ist, daß das Einsetzungsinstrument nicht wie eine Gült auf den Inhaber, sondern auf eine bestimmte berechnete Person lautete, — indem die Uebertragung ganz genau nach dem gesetzlichen Formular (§ 38, litt. B des alten Hypothekengesetzes vom 6. Sept. 1831) ins Instrument eingetragen sich befindet, also formell keinen sichtbaren Mangel an sich trug;

4. daß übrigens die Uebertragung nicht einmal unbefugt erscheint, indem Jakob Brunner in seiner Eigenschaft als Chemann, dem die Hypothek der Frau belassen wurde, darüber wie über andere einem Chemann anvertraute Vermögensstücke, wie z. B. Gülten, verfügen kann und dann gemäß § 182 des bürgerl. Gesetzes die Ehefrau sich am Mann persönlich zu halten hat;

5. daß aber, wenn eine Einsetzung auf fraglicher Fahrhabe zu Gunsten des Klägers haftet, der Verkauf derselben an die Beklagte

und eine allfällige Besitzergreifung das Recht des Klägers, für den schuldigen Betrag von der verletzten Fahrhabe, soweit nöthig, nach § 37 des Betreibungsgesetzes als Executionsobject resp. nach Maßgabe der Concurseingabe in Anspruch zu nehmen, nicht verkümmern kann, zumal auch unter solchen Umständen bei der vorausgegangenen Protestation des Klägers von einer gutgläubigen Besitzergreifung auf Seite der Beklagten keine Rede sein könnte.

(Directe Mittheilung.)

### 33. Gesetzliches Faustpfandrecht an den Illaten.

Am Samstag den 12. März 1864 wurde nach langem Drängen der Besitzer von Inhaberpapieren in Basel ein Gesetz publiciert folgenden Wortlauts:

Der Große Rath des Kantons Baselstadt hat, in Erwägung, daß die bestehenden Gesetze über Vindication von Mobilien den vielfach veränderten Verkehrsbedürfnissen nicht mehr entsprechen, für angemessen erachtet, die §§ 330, 338 und 377 der Gerichtsordnung (Ausgabe von 1849) aufzuheben und dagegen zu beschließen, was folgt:

#### § 1.

Wer eine bewegliche Sache in gutem Glauben erworben hat, wird als Eigenthümer derselben behandelt und kann daher nicht dazu angehalten werden, sie dem auf Herausgabe klagenden früheren Eigenthümer auszuhandigen, selbst nicht, wenn dieser den dafür bezahlten Preis zu ersetzen bereit ist.

#### § 2.

Eine Ausnahme hievon tritt bloß ein, wenn der klagende Eigenthümer den Beweis leistet, daß ihm die Sache gestohlen worden sei. In diesem Fall ist der beklagte Besitzer zur unentgeltlichen Rückgabe der Sache anzuhalten, kann aber, falls er die Sache in gutem Glauben erworben hat, den Ersatz der darauf verwendeten nützlichen Auslagen verlangen.

#### § 3.

Inhaberpapiere jeglicher Art, sowie Geld dagegen können selbst bei erwiesenem Diebstahl nur dann vindicirt werden, wenn dem Besitzer selbst beim Erwerb böser Glaube oder grobe Fahrlässigkeit nachgewiesen wird.

#### § 4.

Hat der Besitzer einer Sache sich unredlicher Weise derselben entäußert, um der Vindication zu entgehen, so wird er dem Eigenthümer dadurch zum Ersatz des Werthes derselben verpflichtet.

#### § 5.

Die in den §§ 1—4 enthaltenen Grundsätze kommen in analoger Weise ebenfalls zur Anwendung,

1. wenn ein Creditor auf Herausgabe eines ihm abhanden gekommenen Faustpfandes klagt;
2. oder wenn auf Herausgabe eines Faustpfandes gegen einen Creditor geklagt wird.

Also gegeben im Großen Rath.

Basel, 7. März 1864.

Dieses Gesetz und zwar zunächst § 5 sollte Anwendung erhalten auf folgenden Fall. Joseph Lorenz, Pintenwirth, zugleich Verleiher von Betten gegen Miethzins, hatte dem Heinrich Strickler gegen Empfangschein vom Sept. 1862 ein Bett um den monatlichen Zins von 4 Fr. 50 geliehen und auch bei dem Umzug von dem Heuberg hinüber an den Rheinquai gelassen. Strickler entfernte sich Ende Februar mit Hinterlassung mancher Schulden und weniger Effecten, unter Anderm auch des fraglichen Bettes. Als Lorenz dieses Bett anfangs März bei dem Vermiether Strickler's, Zimmermeister Thüring, abholen wollte, weigerte dieser die Herausgabe, falls Lorenz das Bett nicht durch Zahlung der Zimmermieth, die Strickler auch unbezahlt gelassen hatte, lösen wolle. Lorenz legte nun am 12. März Klage bei dem Civilgericht Basel gegen Thüring auf Herausgabe seines Eigenthums, des fraglichen Bettes, ein. Am 20. April kam die Sache zur Verhandlung und Thüring berief sich darin auf das oben erwähnte Gesetz, kraft dessen die im § 1 enthaltenen Grundsätze in analoger Weise zur Anwendung kommen, wenn auf Herausgabe eines Faustpfandes von einem Creditor geklagt wird. Dagegen wurde bemerkt, es sei zweifelhaft, ob überhaupt das Gesetz der Zeit nach, und dann, ob es dem Sinne nach auf den vorliegenden Fall anwendbar sei? Der Zeit nach nicht — da das Begehren schon in den Anfang März falle und auch selbst die Klage noch am Publicationstag des Gesetzes eingelegt worden sei und das Gesetz doch gewiß erst vom Tage nachher seine Wirksamkeit erlange; dem Sinne nach nicht, da ein Faustpfand vom Miether dem (Beklagten) Vermiether ja am fraglichen Bett nicht bestellt worden sei. Allerdings stellte sich dieser letztern Betrachtung die Einwendung entgegen, das Miethpfand an den Illaten genieße nach Basler Recht die gleichen Vortheile, wie ein Faustpfand; die Collocationsordnung vom 7. Dezember 1852 (§ 16) sage nämlich: „Auf die in einer vermieteten Wohnung oder Liegenschaft vorfindlichen Fahrnisse des Beständers ist der Verleiher berechtigt, das Faustpfandrecht in zweiter Klasse (§ 9) für sämtliche ausstehenden Zinse und Kosten geltend zu machen (Vgl. § 448 der Gerichtsordn.).“

In diesem § 448 ist aber das Vorrecht allein zugeschrieben an „Hausrath und anderer Fahrniß, so dem Beständer zugehört.“ Das gesetzliche Privilegium geht also nicht weiter. Nun ist aber der Grundgedanke des neuen Gesetzes vom 7. März 1864: es solle ein Gläubiger, dem von einem Schuldner Fahrniß zu Faustpfand gege-

ben worden, so daß er nun in guten Treuen glaubt, etwas Zuverlässiges in der Hand zu haben, nicht darum betrogen werden können durch den Eigenthümer, der es hinterher ihm wieder wegnimmt. Dieser Sinn trifft hier nicht zu. Denn es sind zwei ganz verschiedene Fälle, wenn ein Vermiether den Worten des verpfändenden Miethers traut und wenn er nur seinen Augen beim Hereinbringen der Fahrniß in die Miethwohnung traut.

Das Civilgericht Basel, indem es wahrscheinlich auf die in diesem Fall zufälligen Zeitverhältnisse weniger Gewicht legte, als auf das Rechtsverhältniß, folgte der letztern Betrachtung und verfallte den Beklagten zur Herausgabe:

„Da der beklagte Vermiether gegenüber der Klage des Eigenthümers auf Herausgabe des streitigen Zinsbettes für sein Recht auf Inbehalten desselben sich darauf stützt, er habe es als Faustpfand vermöge Gerichtsordnung § 448 erworben und sei demnach vermöge § 5 des Gesetzes vom 7. März l. J. gegen den Eigenthümer zu schützen, nun aber als stillschweigendes Faustpfand nur gelten kann, was dem Miether zugehört, und eine Ausdehnung des Gesetzes über dieses Eigenthum des Miethers hinaus nicht zulässig ist, so kann auch der angerufene § 5 nicht als zutreffend betrachtet werden.“

(Directe Mittheilung.)

---