

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:	13 (1866)
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: 08.02.2026

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

Rechtspflege.

1. National oder territorial? Minderjährigkeit.

Emil Aubry, Uhrmacher in La Chaux-de-Fonds, beschwert sich gegen Betreibungen, die T. J. Barthoulot gegen ihn erhoben hatte auf Grund zweier Titel: 1. eines Billets im Betrag von Fr. 673. 05, unterschrieben den 29. Jan. 1848 durch Emil Aubry an Ordre T. J. Barthoulot, 2. einer Zusage des Bevollmächtigten von Aubry d. d. 5. Sept. 1848, eine Summe von Fr. 1000 für Richthaltung eines Vertrags vom 6. Jan. 1848 zahlen zu wollen. Mit seither erwachsenen Zinsen und Kosten beläuft sich die erste Summe jetzt auf Fr. 1307. 40, die zweite auf Fr. 1657. 62. Aubry beruft sich darauf, daß er bei Eingehung beider Verpflichtungen minderjährig gewesen sei; als Berner sei er erst mit 22 Jahren mehrjährig geworden; geboren den 5. Mai 1827, sei er im Januar 1848 noch kaum 21 Jahre alt gewesen. Das Gesetz des Heimatortes sei für diese Statusfragen maßgebend. Neben dies sei er von Barthoulot zur Unterschrift des Billets vom 29. Jan. 1848 durch Drohungen gezwungen worden. — Barthoulot entgegnete, Aubry habe zwischen dem 6. Jan. und 5. Sept. 1848 Handelsgeschäfte abgeschlossen und sich ganz als Mehrjähriger benommen, sei auch selber vor dem Gericht in La Chaux-de-Fonds aufgetreten; überhaupt stehe er, weil in Neuenburg domiciliert, auch in dieser Frage unter dem Neuenburger Recht, sei somit mit vollendetem neunzehnten Jahr und also jedesfalls im Jahre 1848 als mehrjährig anzusehen gewesen. Die Berufung auf das Berner Recht sei der guten Treu zuwider. Die Bedrohungen endlich seien nicht wahr.

Das Civilgericht von La Chaux-de-Fonds (14. Mai 1861) fand die Beschwerde des Aubry unbegründet und ließ der Betreibung den Lauf: *Considérant qu'à l'époque où le citoyen Emile Aubry a pris l'engagement qui a formé l'objet du procès, et constitué le premier titre, il était établi à la Chaux-de-Fonds;*
Qu'il avait l'âge de majorité d'après les lois de ce canton;
Qu'il traitait les affaires comme un homme maître de ses droits;

4 Nationalität oder Territorialität. Mehrjährigkeit. [Gesetzesanwendung.]

Que les personnes en relations avec lui n'ont été avisées par aucun acte officiel que ce citoyen était en état de minorité;

Qu'il n'existe aucun traité ni concordat qui permette d'invoquer, dans le canton de Neuchâtel, les lois du canton de Berne, en ce qui concerne les tutelles;

Qu'en l'absence de tout traité ou concordat sur la matière, la position d'Emile Aubry est soumise aux lois du canton de Neuchâtel.

Aubry verlangte nun Restitution auf Grund der Thatsache, daß er zur Zeit jener Unterschriften bevogt gewesen sei, mithin ohne Einwilligung des Vogts keine Verpflichtung habe eingehen können; denn das Vormundschaftsrecht sei eine Frage des statut personnel und richte sich nach der Heimat. Ferner sei das Billet vom 29. Jan. 1848 nur statt eines Empfangscheines und unter dem Einfluß von Drohungen ausgestellt worden.

Der Appellhof gewährte die Restitution und das Civilgericht zu La Chaux-de-Fonds ergänzte demgemäß unter Aufrechthaltung des Dispositifs sein Urtheil am 29. Oct. 1861 folgendermaßen:

En ce qui concerne les raisons de clame tirées de la minorité de Emile Aubry, . . .

Considérant qu'il n'a été produit depuis la restitution aucun document nouveau, ni prouvé aucun fait nouveau à l'appui de ce moyen, reprend les motifs de son jugement du 14 mai 1861.

En ce qui concerne la raison de clame tirée de ce que le titre du 29 janvier a été créé pour un reçu et non pour un billet et signé sous l'impression d'une menace,

Considérant que la stipulation d'intérêts et la promesse de payer la somme souscrite constitue un engagement formel et valable, contre lequel il n'a été produit aucun titre ou compte qui puisse l'annuler ou le compenser;

Que les menaces sous l'impression desquelles le citoyen Aubry prétend avoir signé, n'ont pas été prouvées.

Der Appellhof trat am 3. Dec. 1861 diesem erstinstanzlichen Urtheil in allen Theilen bei.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, V, p. 603 ss.)

2. National oder territorial? Güterrecht.

David Heinrich von Gunten, von Sigriswyl (Bern), Uhrmacher zu Cormondrèche (Neuenburg), hatte nach dem Tode seiner Ehefrau Henriette geb. Wallinger, mit den aus dieser Ehe entsprossenen Kindern Luise Helene und Elisabeth Luise, resp. deren Vogt Benedict Colin, eine Vermögensabteilung gemacht, die vom 26. April und 16. Nov. 1861 datiert und am 10. Mai und 13. Dec. 1861 vom Friedensrichteramt Auvernier

homologiert ist. Daraus ergiebt sich, daß Henriette Wallinger Fr. 22248. 52 in die Ehe gebracht hatte, daß die Kinder für Fr. 13293. 37 gedeckt, und daß die restierenden Fr. 8955. 15 zu späterer Befriedigung verwiesen wurden, indem es heißt: *les enfants von Gunten restent à découvert de la somme de fr. 8955. 15, pour laquelle ils pourront en tout temps exercer leur relief, à teneur de la loi, sur les biens que leur père pourra posséder au moment où ce relief pourra être opéré.* Bald darauf gerieth D. H. von Gunten in Concurs und der Vormund Colin machte diese Forderung von Fr. 8955. 15 geltend, beanspruchend, auf die im Inventar befindlichen Vermögensstücke nach ihrem durch Schätzung festzustellenden Werth für diese Summe collociert zu werden. Die andern Gläubiger stöthen diese Gingabe an und erklärten: 1. H. von Gunten sei Berner gewesen und habe im Canton Bern die Ehe geschlossen, die rechtlichen Folgen dieser Ehe seien daher nach Berner Recht zu beurtheilen, wonach die Kinder nicht auf das ganze mütterliche Vermögen Anspruch hätten, sondern der Vater Erbe seiner Ehefrau für mindestens diese Fr. 8955. 15 wäre. 2. Der von dem Vogt Colin angerufene Art. 69 des Falliten-gesetzes beziehe sich nur auf die Frau des Falliten und nicht auf deren Erben. 3. Die Kinder könnten keine Güterabsonderung mehr geltend machen, da solche schon 1861 erfolgt sei. 4. Angenommen, die Absonderung habe damals nicht vollständig stattgefunden, so könnten die Kinder den Saldo doch nicht als privilegierte Forderung geltend machen, denn sie hätten früher schon, zu einer Zeit, da noch genug Vermögen vorhanden gewesen sei, diese Forderung geltend machen können; durch Unterlassung hätten sie dem Vater freiwillig getraut und seien mithin einfache Darlehensgläubiger geworden.

Beide Instanzen (Civilgericht zu Boudry am 3. Juni 1863 und Appellhof zu Neuenburg am 25. Juli 1863) sprachen zu Gunsten der Kinder von Gunten, die zweite Instanz mit folgender Motivierung:

Quant au premier moyen d'opposition:
Considérant que David-Henri von Gunten, né à la Chaux-de-Fonds, a constamment habité ce canton, et s'est marié avec une ressortissante neuchâteloise, dans une paroisse du Jura bernois;

Que la dame von Gunten née Wallinger est décédée au domicile de la conjonction, à Cormondrèche;

Considérant que la jurisprudence neuchâteloise a toujours admis que, dans ces conditions, c'était la loi du domicile qui réglait les rapports d'intérêts des époux ainsi que les droits du survivant;

Considérant, au surplus, que les parties intéressées ont, elles-mêmes, procédé au relief et démèlement de biens de la conjonction von Gunten, en la forme en laquelle il a été fait, et ont ainsi bien entendu se placer l'une et l'autre au bénéfice de la loi neuchâteloise;

Considérant, quant au second moyen:

6 Nationalität oder Territorialität. Familienrecht. [Gesetzesanwendung.]

Qu'en matière de relief et démèlement de biens, comme aussi pour l'exercice des droits fixés à l'art. 69 de la loi sur les faillites, les enfants de la femme représentent leur mère et exercent le même privilége, et sont soumis, d'autre part, aux mêmes charges ou garanties légales;

En ce qui touche les autres moyens d'opposition:

Considérant que l'acte de démèlement de biens fait entre le mari survivant et les enfants mineurs représentés par leur tuteur *ad hoc*, a formellement réservé les droits des mineurs pour les valeurs dont ils restaient à découvert;

Que les enfants de Gunten étant mineurs et soumis à la tutelle légale de leur père, ne pouvaient contraindre celui-ci à se dessaisir des biens sur lesquels il avait, en vertu du mariage, des droits de survie qui l'autorisaient à conserver les biens dont il avait l'usufruit;

Que, dans les mêmes circonstances, et au moment où l'acte de démèlement de biens a été fait, les enfants mineurs, soit leur tuteur *ad hoc*, ne pouvaient pas davantage exiger que le père fournit une caution pour la garantie de ces biens;

Que ces enfants ont fait ainsi une confiance forcée à leur père pour la valeur des biens qui forment l'objet de l'inscription dont la liquidation est contestée, et ont conservé le droit qu'ils revendiquent.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, VI, p. 385 ss.)

3. National oder territorial? Erbrecht.

Im Lauf des Jahres 1863 starb zu Baden (Aargau) Joseph Suter von Zug, Wirth im Stadhof. Er hinterließ den Sohn Johann Suter und drei Töchter. Bei der Theilung entstand die Frage, nach welchem Cantonalrecht zu theilen sei, dem heimatlichen des Verstorbenen, demjenigen des Cantons Zug, oder demjenigen von dessen Domicil (Aargau).

Die drei Töchter resp. ihre Ehemänner flagten nach Aargauischem Rechte auf Gleichtheilung; der Sohn bestritt diesen Grundsatz nach Zuger Recht und verlangte Bevorzugung, worin ihn auch beide Instanzen unterstützten, die erste (Bezirksgericht Baden) durch Spruch vom 20. Oct. 1863, die zweite, das Obergericht des Cantons Aargau, durch Urtheil vom 9. Febr. 1864.

Das letztere führte als Grund an:

Der Kanton Aargau habe von jeher dem in der schweizerischen Eidgenossenschaft in weiten Kreisen anerkannten Grundsatz, daß in Beziehung auf das Erbrecht die Gesetze der Heimat des Verstorbenen, nicht aber diejenigen des Wohnorts desselben zur Anwendung kommen

sollen, beigepflichtet und nachgelebt. Als vor Einführung des vierten Theiles des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (vor dem 1. Febr. 1856) im Kanton noch verschiedene Erbrechte in Geltung gewesen, sei jeder Erbfall — es werde dies von den Klägern selbst anerkannt — jeweils nach dem Gesetze des Heimatortes des Erblassers beurtheilt und geregelt worden. Wohl ohne Zweifel, weil der Kanton den erwähnten Grundsatz im Allgemeinen — nicht nur hinsichtlich der ihm Angehörigen und auf seinem Gebiete Verstorbenen, sondern auch in Ansehung Angehöriger anderer Kantone — als wichtig anerkannt habe, sei er dem von verschiedenen Kantonen errichteten Concordat vom 15. Juli 1822 über Testierungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse beigetreten, welches Concordat diesem Grundsache Ausdruck verliehen habe.

Die Allgemeinheit der Ansicht, daß der Kanton Aargau in Sachen des Erbrechtes von jeher dem Prinzip, daß die Gesetze der Heimat des Verstorbenen und nicht die des Wohnortes maßgebend seien, gehuldigt habe, werde auch durch die Verordnung vom 16. Wintermonat 1846 über Verlassenschaftsfälle, Versiegelungen, gerichtliche Vermögensverzeichnisse (beneficia inventarii) und erbschaftliche Schuldenrufe bestätigt, da im § 2 daselbst vorgeschrieben sei, daß wenn der Erblasser nicht Bürger am Wohnorte gewesen, von seinem Hinschelde sofort die Heimatbehörde zu benachrichtigen und das Verlassenschaftsverzeichnis nur dann von der Wohnortsbehörde aufzunehmen sei, wenn es von der heimatlichen Waisenbehörde verlangt oder [bei Ausländern] sonst vorläufig erforderlich sei.

Zug sei zwar dem angeführten Concordat vom 15. Juli 1822 nicht beigetreten, es habe aber seinen Beitritt nur deshalb verweigert, weil daselbst seiner Auffassung nach das Heimatprinzip beschränkt oder demselben zu wenig Rechnung getragen worden; es habe nämlich die Ansicht geltend gemacht, daß bei testamentarischen Anordnungen, Eheverträgen u. s. w. nicht nur in Ansehung der Materie — des Inhalts — sondern auch der äußerlichen Formlichkeiten das heimatliche Recht zur Anwendung gelangen müsse und eben deshalb den § 3 des citierten Concordates, der leitwillige Verordnungen und Eheverkommnisse nur hinsichtlich des Inhalts, nicht aber auch hinsichtlich der Form dem Heimatrecht unterstellt wissen wolle, als unzulänglich erachtet, dabei aber rücksichtslos sich dahin ausgesprochen, es huldige dem Grundsache, daß die Niedergelassenen in allen Erbrechtsverhältnissen nach den Gesetzen der Heimat zu behandeln seien. Dieser Grundsatz habe dann auch in dem Civilgesetz des Kantons Zug, in § 2 desselben, den unzweideutigsten Ausdruck gefunden. Die fragliche Gesetzesstelle lautet: „Die persönlichen Verhältnisse (Rechtsfähigkeit, Handlungsfähigkeit), die Familienverhältnisse (z. B. eheliche Vormundschaft, Güterrecht der Ehegatten, väterliche und obrigkeitliche Vormundschaft), sowie die mit

diesen oder jenen im Zusammenhang stehenden Erbsverhältnisse (Intestaterrecht, Testament) der Cantonsbürger, wenn auch im Auslande befindlich, werden nach dem Heimatrecht (der Person, der Familie, des Erblassers) beurtheilt; sowie auch in dieser Hinsicht den Cantonsfremden die Anwendung ihres heimatlichen Rechts hierseits gewährt ist, sofern das Recht des Staates, dem sie angehören, solches vorschreibt.“

Die Hauptfrage, wiefern, gegenüber einem Stande, der dem Concordat nicht beigetreten sei, Aargau dennoch das Concordatsprincip einzuhalten habe, wird folgendermaßen erörtert:

Die nichtconcordierenden Stände haben nämlich, den dem Concordat beigefügten Anmerkungen zufolge, sich in Erbschaftssachen die Anwendung ihrer Gesetze oder des Reciprocitysgrundsatzes vorbehalten. Es berechtige dies zur Folgerung, es sei von den concordierenden Ständen kundgegeben worden, daß gegen die nicht concordierenden Cantone, welche in Erbfällen das Heimatrecht als maßgebend erachten, die Reciprocity Platz greifen solle. Die Kläger erheben sich zwar gegen eine derartige Schlussfolgerung, indem sie darauf hindeuten, daß der Gesetzgeber die vorbehaltene Alternative der Reciprocity nirgends zum Gesetze erhoben habe, diese sonach der Richter auch nicht anwenden dürfe und deshalb nur die andere Alternative, nämlich die Anwendung der eigenen Gesetzgebung, übrig bleibe. Allein wenn die Erklärung der concordierenden Stände, daß sie sich gegenüber den nichtconcordierenden die Anwendung ihrer Gesetze oder des Reciprocitysgrundsatzes vorbehalten, im Sinne der Kläger gedeutet werden wollte, so hätte sie dann überhaupt gar keinen Sinn und wäre deren Abgabe und Aufnahme unter die Anmerkungen zum Concordat völlig unnütz und überflüssig gewesen, da es sich von selbst verstehe und dazu keiner Erklärung bedürfe, daß die concordierenden Stände befugt seien, gegenüber den nichtconcordierenden dem Grundsatz der Reciprocity auf dem Wege der Gesetzgebung Geltung zu verschaffen. Diese Erklärung müsse daher — eben weil ihr sonst jede Bedeutung mangeln würde und man nicht annehmen dürfe, daß man ihr gar keinen Sinn habe beilegen wollen — so aufgefaßt und verstanden werden, daß die concordierenden Stände zu Gunsten derjenigen nichtconcordierenden Cantone, welche in Erbschaftssachen das Heimatrecht als normgebend anerkennen, Gegenseitigkeit eintreten lassen. Gezeigtermassen werde dieses Heimatrecht vom Canton Zug als Basis zur Beurtheilung der Erbfälle anerkannt und müsse demzufolge der Canton Aargau den Grundsatz der Reciprocity ihm gegenüber zur Geltung bringen. Wollte man der entgegengesetzten Auffassung beipflichten und diese Reciprocity nicht als zulässig erachten, so würde dies zu dem seltsamen und unauflösbar Widersprüche führen, daß die Cantone Aargau und Zug in erbrechtlichen Verhältnissen grundsätzlich das Heimatrecht des Erblassers als Richtschnur ansehen, daß dann aber,

sobald ein einzelner Fall auftauche, dieser nach dem Princip der Territorialität, d. h. nach den Gesetzen des Domicils des Verstorbenen entschieden werde.

Der Richter geht aber weiter und versucht auch darzuthun, daß diese Auffassung selbst im Sinn des Aargauischen Gesetzes liege.

Indem § 9 des B. G. vorschreibe, daß die persönliche Fähigkeit der Fremden zu Rechtsgeschäften insgemein nach den Gesetzen ihrer Heimat zu beurtheilen sei, so werde dadurch auch ausgesprochen, daß Bestimmungen über die Verfügungsgewalt auf den Todesfall und über die Erbrechte der Nothherben eines im Canton wohnenden Fremden materiell den Gesetzen der Heimat desselben unterworfen seien. Wenn aber bei Regelung der notherbrechtlichen Verhältnisse das Heimatrecht den Maßstab an die Hand gebe, so sei es in der Natur der Sache begründet, daß auch die gesetzliche Beerbung im allgemeinen auf Grundlage dieses Heimatrechtes stattfinde, da das Recht der Nothherben mit dem Rechte der gesetzlichen Erben überhaupt in einem unlösharen Verbande stehe.

Auch § 1 des B. G. sagt, daß der Inbegriff der Gesetze, wodurch die Rechte und Pflichten der Einwohner des Cantons unter sich bestimmt werden, das bürgerliche Recht in demselben ausmache, bestimmt nur den Begriff des Civilrechts im Gegensatz zum öffentlichen Recht ic. und ist schon seiner Unbestimmtheit und der der Schule entnommenen Fassung wegen nicht geeignet, eine Streitfrage über die Concurrenz verschiedener Gesetzgebungen zu lösen. Aber auch § 6 des B. G. könnte den Klägern nicht zu statten kommen. Derselbe laute: „Die bürgerlichen Gesetze beziehen sich auf alle Personen und auf alle Sachen, die sich im Gebiete des Cantons befinden und seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind.“ Nach dieser Vorschrift erstrecken sich die bürgerlichen Gesetze des Cantons nur dann auf die in demselben befindlichen Personen und Sachen, wenn sie seiner Gerichtsbarkeit oder Botmäßigkeit unterworfen seien. Die bisherige Erörterung habe aber gezeigt, daß der den Gegenstand des Streites bildende Erbfall der aargauischen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit (Satz 3, § 3 des Concordats) nicht unterliege, weshalb denn auch der von den Parteien angerufene aargauische Richter nicht die Gesetze des Cantons Aargau, sondern diejenigen des Cantons Zug auf denselben anzuwenden habe.

(Directe Mittheilung.)

4. International oder territorial? Erbrecht.

Achilles Gilly, von Geburt Schweizer, aber von jeher in Italien und Frankreich wohnhaft, starb zu Paris im August 1861 und hinterließ ein Testament, worin er seine Mutter als Universallegatarin ein-

gesetzt hatte. Die Verwandten des Erblassers in der Schweiz, sochten diese Verfügung an. Die Mutter Gilly lud sie vor das tribunal civil de la Seine und erwirkte am 20. Januar 1863 gegen sie, die nicht erschienen, ein Contumazurtheil, das die Petentin als Universallegatarin erklärte und zur Verfügung über das ganze Vermögen ermächtigte. Die Verwandten in der Schweiz erhoben dagegen Beschwerde und griffen die Competenz des Gerichts an, unter Berufung auf Artikel 3 des Vertrags zwischen der Schweiz und Frankreich von 1828: *Les contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Français mort en Suisse à raison de sa succession seront portées devant le juge du dernier domicile que le Français avait en France; la réciprocité aura lieu à l'égard des contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Suisse mort en France.* Sie verlangten, daß die Streitsache vor das Gericht am schweizerischen Heimatorte des Erblassers gewiesen werde. Die Mutter Gilly behauptete, der Vertrag habe nicht diese Tragweite, er beziehe sich blos auf solche Fälle, wo Jemand momentan in dem Nachbarlande sich aufhalte, nicht auf den vorliegenden, wo der Verstorbene gar nie ein Domicil in der Schweiz gehabt habe. Das Tribunal erklärte sich competent: Attendu qu'il résulte des documents du procès que le père de feu Achille Gilly a quitté la Suisse sans esprit de retour, que feu Achille Gilly lui-même n'a jamais résidé en Suisse ni réclamé la nationalité Suisse; et qu'en cet état, sans qu'il soit besoin de rechercher quelle était au vrai sa nationalité, il suffit qu'il soit mort domicilié en France, pour que les difficultés élevées sur la liquidation de sa succession et sur l'exécution de son testament soient de la compétence des tribunaux français (Tribunal civil de la Seine, quatrième chambre, audience du 29 juillet 1863).

(Aus der Gazette des Tribunaux vom 10. u. 11. Aug. 1863 mitgetheilt im Journal des tribunaux Vaudois, XI [1863], p. 653 ss.)

5. National oder territorial? Vertrag.

Der Fallit Deggeler von Schaffhausen, niedergelassen in Basel, hatte daselbst dem C. vor seinem Falliment eine nicht unbeträchtliche Summe zu schulden durch eine Urkunde anerkannt. Diesen Schulschein hatte dessen Frau mit einem Bestand unterzeichnet.

Ein Theil der Forderung wurde gezahlt.

Nach dieser Zahlung überstiegle Deggeler nach Zürich und hier wurde nun die Frau Deggeler für den Schuldrest betrieben.

Sie schlug Recht dar.

Aber der Bezirksgerichtspräsident ertheilte Rechtsöffnung, d.h. die Betreibungsbewilligung.

Die Justizcommission des Obergerichts, an welche darauf Frau Deggeler recurrierte, bestätigte aber (19. Febr. 1863) diese Verfügung, in Betracht:

1. daß Recurrentin selbst nicht bestreitet, daß die Verpflichtung, zu deren Erfüllung sie gegenwärtig angehalten werden soll, unter Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften des Cantons Basel-Stadt, wo die Eheleute D. damals wohnten, eingegangen worden sei und daß, sofern diese Gesetze in Anwendung zu bringen sind, die Zahlung nicht verweigert werden könne; *die Zahlung ist zu verweigern*
2. daß nun nach den hier geltenden Vorschriften über die Anwendung der Rechte und insbesondere nach § 5 d. pr. G. die Zahlungsweigerung der Recurrentin unbegründet erscheint, da die betreffende Schuldverpflichtung in Basel nicht nur eingegangen worden, sondern auch dort zu erfüllen war, der zufällige Umstand aber, daß die Schuldnerin vor Erfüllung der übernommenen Verpflichtung für gut fand, Basel zu verlassen und in einem andern Canton ein Domicil zu nehmen, die rechtliche Wirksamkeit eingegangener Verpflichtungen nicht zu beeinträchtigen vermag;
3. daß die Behauptung der Recurrentin, sie habe die fragliche Schuldverpflichtung nicht gültig eingegangen, weil bei Abschluß des fraglichen Rechtsgeschäftes kein durch die Waisenbehörden bestellter Vormund mitgewirkt habe, während dieses nach dem Rechte des Cantons Schaffhausen wie nach demjenigen des Cantons Zürich erforderlich gewesen wäre, nicht zu berücksichtigen ist, da ihr, wenn sie sich darauf berufen wollte, daß die nach den Gesetzen des Vertragsabschlusses erfolgte Buziehung eines Beistandes nach dem Rechte ihres Heimatcantons nicht genüge, um ihre für Geschäfte der vorliegenden Art beschränkte Handlungsfähigkeit zu ergänzen, obgelegen hätte, dieses nachzuweisen, nun aber in dieser Beziehung gar nichts geschehen sei.

(Gwarter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürch. Rechtspflege. XIII. S. 206 f.)

6. Erlöschen des Bürgerrechts.

Wilhelm Theodor Müller, k. k. östr. Bezirksarzt in Bregenz, verlangte das Bürgerrecht in der Gemeinde Kyburg (Ct. Zürich) für sich und seine Familie, nemlich seine Frau zweiter Ehe (1851) und seine vier Kinder aus dieser Ehe, geboren 1853, 1856, 1859 und 1862.

Er stützte sich hiefür darauf, daß er Sohn des Wilhelm Müller sei, der im Pfarrbuch von Kyburg im Jahr 1775 sich als geboren eingetragen befindet, mit dem Bemerk, daß er im Jahr 1801 sich in Genf mit Judith Bertholet verehlicht und aus dieser Ehe in den Jahren

1802, 1804 und 1806 drei Kinder erhalten habe, worauf die Frau im Jahr 1808 gestorben sei.

Er fügt bei, später habe sein Vater sich in Neapel niedergelassen, sich da mit einer Catharina Petri (15. Sept. 1811) verheirathet und aus dieser Ehe sei er am 25. Mai 1814 geboren, nach der Eltern Tode (1820 und 1822) mit dem Prinzen Philipp von Hessen-Homburg, dem Militärgouverneur von Neapel, der ihm seine Gunst zugewendet, wieder nach Deutschland zurückgekehrt und habe sich dann nach bestandener Staatsprüfung in Bregenz als Arzt niedergelassen. Für alle diese beigefügten Thatsachen legt er Beweise bei.

Die Gemeinde Kyburg bestreitet aber:

1. seine Herkunft von dem im Kirchenbuch eingetragenen Wilhelm Müller — wegen mangelnder Nachrichten;
2. die Fortdauer des Bürgerrechtes in der Person dieses Wilhelm Müller, gegenüber mehrern Verordnungen des Kleinen Rathes von Zürich;
3. die Gültigkeit der Ehe desselben mit der Catharina Petri, aus gleichen Gründen;

dennach auch die Pflicht, ihn und seine Familie als Bürger anzuerkennen.

Der Kläger bestritt die Gültigkeit dieser Verordnungen, da der Kleine Rath zu deren Erlass verfassungsmässig gar nicht befugt gewesen sei und sie dem alten eidgenössischen Staatsrecht widersprechen, welches die Entziehung des Bürgerrechts den Cantonen verboten habe gerade wie das jetzt geltende Bundesrecht (Art. 43), welches jedesfalls allein hier zur Anwendung kommen könne.

Beide Instanzen verwiesen diese Klage, das Obergericht (11. Juli 1863)

hinsichtlich der Identität wegen mangelnder Nachweise,

hinsichtlich der übrigen Gründe, in Erwägung:

1. daß nemlich zwar für die Zeit bis zum Jahre 1805, in welchem das jüngste der zu Genf geborenen Kinder des Wilhelm Müller in das Pfarrbuch von Kyburg eingetragen wurde, oder allfällig noch bis gegen das Jahr 1808, in welchem der Tod seiner Frau, Judith geb. Bertholet vorgemerkt, dabei aber Wilhelm Müller selbst schon als in Genf sesshaft gewesen bezeichnet ist, so daß seine Heimatsgemeinde über seinen damaligen Aufenthalt nichts gewußt zu haben scheint, das heimatische Bürgerrecht desselben als fortbestehend betrachtet werden darf, da wohl anzunehmen ist, diese Einträge in das Pfarrbuch mit Ausnahme des letzten seien auf Anzeige des Müller betreffend die in seiner Familie vorgekommenen Veränderungen erfolgt und durch deren Aufnahme haben die Gemeindsbehörden zu erkennen gegeben, daß sie diese Familie als in Kyburg verbürgert anerkennen, wogegen für den Zeitraum vom Jahre 1808 bis auf die neuste Zeit nicht einmal be-

hauptet wird, daß Wilhelm Müller oder dessen Familie irgend einen Schritt gethan habe, um sich die Fortdauer des Bürgerrechts in der Gemeinde Kyburg und im Canton Zürich zu sichern, während nach den Gesetzen, die in unserem Canton vom Anfange dieses Jahrhunderts bis in die Dreißigerjahre in Kraft standen, jeder auswärts niedergelassene Cantonsbürger sein Gemeinde- und damit auch sein Cantonsbürgerrecht verwirkte, wenn er nicht mindestens alle sechs oder doch alle zehn Jahre durch Anmeldung bei den heimatlichen Behörden, Anzeige der in seiner Familie vorgegangenen Veränderungen und Auswirkung einer Erlaubnis zu weiterem Aufenthalt im Auslande für Erneuerung seines Bürgerrechts sorgte;

2. daß zwar Kläger die Gültigkeit der vom Kleinen Rath erlassenen Verordnungen und Publicationen vom 30. August 1803 (Med. Ges. Samml. Bd. I, S. 430 ff.) und vom 14. Heumonat 1804 (ibid. Bd. II, S. 327 ff.), wodurch allen Auswanderern, die sich nicht durch Hinterlegung einer Geldsumme oder auf andere Weise durch ein formliches Verkommnis mit ihrem heimatlichen Gemeinderrat abgefunden haben sollten, der Verlust des Bürger- und Landrechts angedroht wird, wegen Überschreitung der dem Kleinen Rath zugetheilten Befugnisse bestreitet, indessen auch wenn man dieser Einwendung, ungeachtet jene Verordnungen durch Aufnahme in die offizielle Gesetzesammlung die Billigung der gesetzgebenden Behörde erhalten habe, Gewicht beilegen wollte, immerhin noch andere, von der gesetzgebenden Behörde selbst aus gegangene Bestimmungen in Betracht kommen, welche den Satz, daß das Bürgerrecht erlische, wenn es nicht von Zeit zu Zeit erneuert werde, voraussehen und anerkennen;

3. daß namentlich § 12 des Gesetzes über die Landrechtsertheilungen vom 18. December 1804 (Med. Samml. Bd. II, S. 174 ff.): „Jeder auswärts befindliche Cantonsbürger, welcher versäumt hat, sein Gemeindesbürgerrecht nach bestehender oder annoch erfolgender gesetzlicher Vorschrift zu unterhalten und dadurch desselben verlustig geworden ist, verliert damit zugleich sein Cantonalbürgerrecht,“ womit § 14 des derselben Gegenstand betreffenden Gesetzes vom 22. Mai 1812 (Med. Samml. Bd. V, S. 230 ff.) wörtlich übereinstimmt, auf der Voraussetzung beruht, daß das Gemeindesbürgerrecht durch lange andauernde Abwesenheit ohne Erfüllung gewisser gesetzlicher Vorschriften verloren werde, unter diesen gesetzlichen Vorschriften aber wohl diejenigen der vom Großen Rath am 17. Heumonat 1759 erlassenen „Satz- und Ordnung die Erneuerung des althiesigen Burgerrechtes der unter frömmem Schutz sich aufhaltender Burger betreffend“ (Samml. der bürgerlichen und Polizei-Gesetze, Bd. IV, S. 36 ff.); namentlich Art. I, wonach jeder auswärts niedergelassene Bürger bei Verlust des Bürgerrechts gehalten war, mindestens alle sechs Jahre eine Erlaubnis der heimatlichen Obrigkeit zu längerem Aufenthalt im Auslande zu er-

wirken, und daneben noch die Vorschriften der oben erwähnten kleinrätlichen Verordnungen über Auswanderung zu verstehen sind, deren wesentliche Bestimmungen, namentlich die Androhung des Verlustes des Land- und Bürgerrechts für Auswanderer, welche die gesetzlichen Vorschriften nicht befolgen, auch noch durch eine Verordnung des kleinen Raths vom 15. October 1812 (Med. Samml. Bd. V, S. 331 ff.) und durch einen Beschluss der nämlichen Behörde vom 3. Mai 1817 (Med. Ges. Samml. Bd. II, S. 108 ff.) als in Kraft bestehend erwähnt und bestätigt worden sind;

14. daß Kläger mit Unrecht behauptet, die angeführten cantonalen Gesetze und Verordnungen seien, als im Widerspruch stehend mit einem althergebrachten Sache des eidgenössischen Rechtes, daß nämlich kein Schweizerbürger seines Bürgerrechts verlustig erklärt werden dürfe, nicht zu beachten, da dieser in Artikel 43 der Bundesverfassung vom Jahr 1848 allerdings ausgesprochene Sache früher keineswegs anerkannt war, vielmehr kein Zweifel darüber bestand, daß die Cantone in gewissen Fällen ihre Angehörigen des Bürgerrechts verlustig erklären können, was ja schon daraus folgt, daß die Cantone damals in der Gesetzgebung völlig souverän waren und ein Concordat, wodurch sie auf jenes Recht verzichtet hätten, nicht nachgewiesen worden ist, übrigens die allgemeine Anerkennung des Rechts, abwesenden Bürgern bei Versäumnis der gesetzlichen Vorschriften das Bürgerrecht zu entziehen, zum Ueberflusse theils daraus hervorgeht, daß auch Art. 27 der Verfassung der helvetischen Republik vom 12. April 1798 (abgedruckt in Bluntschli's Geschichte des schweiz. Bundesrechts, Bd. II, S. 305 ff.) verschiedene Fälle des Verlustes des Bürgerrechts aufzählt, darunter namentlich auch den Fall einer zehnjährigen Abwesenheit, ohne Erlaubnis, die Abwesenheit zu verlängern, theis daraus, daß z. B. in einem Tagsatzungsbeschluß vom 21. August 1818 betreffend die Heiratszegnungen bei den capitulierten Schweizerregimentern in auswärtigen Diensten (Off. Samml. der das schweiz. Staatsrecht betreffenden Actenstücke, Bd. I, S. 257¹⁾) der Entzug des Heimatrechts als eine zulässige Strafe erwähnt ist, ja auch das von dem Kläger angerufene Concordat vom 11. Februar 1829 betreffend die Folgen der von schweizerischen Angehörigen mit Umgehung obrigkeitlicher Verordnungen im Auslande geschlossenen Ehen (ebenda selbst, Bd. II, S. 255²⁾) keineswegs die Verwirkung des Bürgerrechts im Allgemeinen für unmöglich und unzulässig erklärt, sondern nur für den speciellen Fall einer unregelmäßigen Verehelichung festsetzt, daß der sich Verfehlende nicht mit dem Verluste des Bürgerrechts bestraft werden dürfe;

15. daß, nachdem Wilhelm Müller durch Nichterfüllung der gesetz-

¹⁾ Snell, Handbuch des schweiz. Staatsrechtes, Bd. I, S. 198.

²⁾ Snell, a. a. O., S. 223.

lichen Vorschriften während mehr als zehn Jahren sein Bürgerrecht verwirkt hatte, er oder beziehungsweise seine Nachkommen unmöglich bloß dadurch dasselbe wieder erlangen könnten, daß spätere Gesetze, wie unser Gesetz über die Erwerbung u. s. f. des Bürgerrechts vom 20. Herbstmonat 1833 (Ges. Samml. Bd. III, S. 159 ff.) in § 30, und die Bundesverfassung in dem angeführten Art. 43 es für unzulässig erklärt haben, jemanden gegen seinen Willen des Bürgerrechts verlustig zu erklären, indem im Zweifel und wo nicht der Gesetzgeber ausdrücklich das Gegenteil bestimmt, davon auszugehen ist, daß neue Gesetze über Erwerb und Verlust von Rechten nur die Wirkungen künftiger Thatsachen zu regeln, nicht dagegen die gemäß den bis dahin bestandenen Gesetzen bereits eingetretenen rechtlichen Wirkungen vergangener Thatsachen wieder aufzuheben beabsichtigen, nun aber nicht das Geringste dafür spricht, daß man bei Erlassung der zuletzt erwähnten Gesetze daran gedacht habe, allen denen, die unter früheren Gesetzen ihr Bürgerrecht verloren haben, dasselbe ohne weiteres wieder zu schenken.

(Gwaler, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürch. Rechtspflege. XIII. S. 18 f.)

7. Bürgerlicher Tod auf Grund des Eintritts in geistliche Genossenschaften.¹⁾

Die Frage, wiewfern der Eintritt in eine geistliche Genossenschaft Verlust des Erbrechts mit sich führe, hängt nach römischo-catholischem Kirchenrecht theilweise davon ab, welcher Art die Gelübde bei dem Eintritt sind.

Sie kam zur Sprache bei dem Eintritt der Witwe des im Jahr 1857 zu Gersau (Gt. Schwyz) verstorbenen Melchior Kamenzind, Josepha geb. von Weber, in das Gotteshaus Mariahilf auf dem Gubel (Gem. Menzigen Gt. Zug). Diese Witwe hatte nach Uebereinkunft mit den Erben ihres kinderlos verstorbenen Mannes die jährlichen Zinsen à 4% von einem Capital von Fr. 58770. — anzusprechen und schloß vor ihrem Eintritt (7. Jan. 1863) in das Gotteshaus mit der Vorsteherin (Mutter) Maria Aloisia Ammann einen Vertrag (15. Dec. 1861), wonach sie für die Aufnahmewilligung an Baar und Obligationen Fr. 10000 gab und ein Kostgeld zusicherte. Zudem sagte sie von dem Witwenzins jährlich Fr. 700 zu.

Die Erben des Verstorbenen bestritten aber ihre Verpflichtung zu weiterer Verzinsung des Witwencapitals, weil mit Ablegung des Ge-

¹⁾ Vgl. ein Urtheil des Obergerichts von Lucern vom 28. Januar 1851 in dieser Zeitschrift IV (Rechtspflege) S. 8 f.

lübbes der Keuschheit, des Gehorsams und der Armut die Schwester Josepha bürgerlich gestorben sei.

Das Bezirksgericht Gersau in erster Instanz entschied (12. Nov. 1864) zu Gunsten der Erben, in Erwägung:

Der Vertrag mit dem Gemeinderath Menzingen vom 21. Juni 1851 spricht ausdrücklich von „Errichtung eines Klosters“ und der Besluß des Grossen Räthes des Kantons Zug vom 8. Mai 1851, der die Sanction der Errichtung ausspricht, thut dies im Motiv 2 in der ausdrücklichen Voraussetzung, daß „auch bereits zwei Klöster vom gleichen Orden sich im Canton Zug befinden, nämlich das Capuziner- und Frauenkloster in Zug,“ woraus geschlossen werden muß, daß die gesetzgebende Behörde des Kantons Zug dem neuen Kloster keine ausnahmsweise Rechte gewähren resp. den Besitz in todter Hand nicht begünstigen wollte.

Die Frage, ob das Gotteshaus auf dem Gubel in die Klasse wirklicher Klöster gehöre, muß auch vom kirchlichen Standpunkt aus bejaht werden. Nach dem übereinstimmenden Urtheil mehrerer Kirchenrechtslehrer ist der Orden nach der Regel des hl. Franciscus ein kirchlich approbierter Orden und wird durch den Eintritt in einen solchen Orden das betreffende Mitglied seiner körperlichen Eigenthumsrechte verlustig. Zugegebenermaßen gehört das Gotteshaus auf dem Gubel dem Orden des hl. Franciscus an und es kann rechtlich nicht von Bedeutung sein, ob in 1., 2. oder 3. Classe.

Der Auffassung, daß der Besitz in todter Hand nicht begünstigt werden soll, entspricht nebst der Bestimmung des schwyz. Landrechts, daß in denjenigen Klöstern, aus denen nichts geerbt werden kann, auch nichts geerbt werden soll, der Artikel des Landrechts von Gersau (gedruckte Samml. S. 95), nach welchem es verboten war, ohne obrigkeitsliche Bewilligung mehr als 5 Gulden an „Gestifte oder an geistliche Sachen“ zu vermachen. Diese Satzung ist am 25. April 1779 dahin präzisiert worden, „daß einer den Gifftten etwas vermachen möge mit Ratification einer hochweisen Obrigkeit.“

Der Convent appellierte und führte aus: allerdings habe der Eintritt in einen kirchlich approbierten Orden, verbunden mit feierlicher Ablegung der Gelübde und Stabilitas loci, den bürgerlichen Tod zur Folge; allein wenn auch das Kloster auf dem Gubel nach der kirchlich approbierten dritten Regel des hl. Franciscus lebe, so sei zu beachten, daß die dritte Regel dieses Ordens den Vermögensbesitz nicht ausschließe, indem es eine bekannte Thatsache sei, daß viele in der Welt lebende Laien als Tertiarien diesem Orden angehören. Rücksichtlich der Gelübde sei zwischen den Vota solemnia und vota simplicia zu unterscheiden. Die ersten werden nur in den alten kirchlich approbierten Orden, z. B. der Cistercienserinnen, Dominicanerinnen, Franciscanerinnen erster Regel abgelegt, während die Franciscanerinnen

dritter Regel, sowie die neuern kirchlich nur geduldeten Orden für Erziehung, Krankenpflege, Anbetung des hl. Altarsacraments u. s. w. nur die vota simplicia ablegen. Diese vota simplicia verbinden nicht auf Lebenszeit, während die vota solemnia sogenannte ewige Gelübde seien. Im Gubekloster nun werden im kirchenrechtlichen Sinn nur die einfachen Gelübde abgelegt und das Mehr oder Weniger der äußerlichen Feierlichkeit habe auf ihren kanonischen Charakter keinen Einfluß. Daher erkläre auch der Bischof von Basel in einer feierlichen Urkunde vom 24. Juni 1864, „dass die Ordensschwestern auf dem Gubel bei der Gelübdeablegung keineswegs zu volliger Verzichtleistung auf Hab und Gut, sowie auf allfällige Erbsansprüche sich verbindlich machen, indem solche Verzichtleistung weder durch die kirchlichen canones den Gliedern des dritten Ordens des hl. Franciscus, dem die genannten Ordensschwestern angehören, im allgemeinen auferlegt ist, noch auch die besondere Ordensregel des Instituts ihnen den völligen Verzicht vorschreibt.“ Eine Erklärung hierüber stehe nach den Kirchenrechtslehrern, namentlich Ferrari's, dem Ordinarius zu, rühere daher von der competenten kirchlichen Stelle her, und dürfe vom Staate nicht umgangen werden. Es fehle aber dem Ordenshause auf dem Gubel auch canonische Clausur, sowie die Stabilitas loci, d. h. in letzterer Beziehung seien die Professen unter Umständen berechtigt, auszutreten. Dieses ergebe sich aus den Art. 1, 2, 3 und 5 der Statuten des Klosters. Gemäß denselben behalten die Ordensschwestern ihr hergebrachtes Bürgerrecht, sie werden vom Staate nur als Niedergelassene betrachtet und haben als solche der Gemeinde Menzingen ihre Ausweisschriften zu deponieren, sie bleibten Eigenthümerinnen ihres Vermögens und können bei einem allfälligen Austritt aus dem Kloster drei Biertheile des Eingebrachten zurückverlangen. Diese Statuten zeigen einleuchtend, daß das Kloster auf dem Gubel von den Klöstern der alten kirchlich approbierten Orden wesentlich verschieden sei. Der aus dem Artikelbuch von Gersau hergeholt Grund, warum die Obligation vom 7. Oct. 1857 ihre Rechtskraft verloren haben sollte, finde hier gar keine Anwendung. Es sei klar und bisher ohne Widerspruch geblieben, daß die Witwe Kamenzind-Weber bis zur Ablegung der Gelübde eigenen Rechtes gewesen sei. Von ihrer Handlungsfähigkeit Gebrauch machend habe sie dem Kloster auf dem Gubel einen gewissen Theil ihres Widmannszinses jährlich so lange sie lebe und im Kloster bleibe, abzutreten sich verpflichtet. Nun besage das Artikelbuch von Gersau in seiner neuesten Bestimmung von 1773, „dass einer den Geistlichen etwas vermachen möge mit Ratification einer hochweisen Obrigkeit“, während früher verboten gewesen sei, den Stiften etwas zu vermachen, „das solle verzinst werden“; dagegen seien Schenkungen unter Lebenden an solche Stifte im Betrag von fünf Gulden ohne und darüber mit Ratification der Obrigkeit erlaubt gewesen. Nun quali-

scierte sich aber die Verfügung vom 15. Dec. 1861 durchaus nicht als Vermächtnis, weil sie nicht auf den Todesfall gemacht worden sei. Materiell beziehe sich jene Verfügung auch nicht auf das eigentliche, dem Familienerbrecht unterworfenen Vermögen der Verfügenden, sondern nur auf die Verwendung ihrer Widmannszinse, worin jede handlungsfähige Person unbeschränkt sei.

Die zweite Instanz, das Cantonsgericht von Schwyz, hob den erinstanzlichen Spruch auf (11. Jan. 1865) in Betracht vorzüglich:

daß zwar der Eintritt in einen kirchlich approbierten Orden vermittelst der feierlichen Ablegung des dreifachen Gelübdes der Armut, der Keuschheit und des Gehorsams im Allgemeinen die Entzagung auf den Besitz von Vermögen involviert, daß aber die dritte, kirchlich allerdings approbierte Regel des Ordens des hl. Franciscus, nach welcher die Schwester Josepha in's Kloster aufgenommen wurde, nach dem Zeugniß des bischöflichen Ordinariats keineswegs zu dieser Entzagung verbindet;

daß das Kloster auf dem Gubel überdies in Bezug auf sein Verhältniß zum Staate den Klöstern der alten kirchlich approbierten Orden nicht gleichzustellen ist, indem die Ordensmitglieder der letztern in das Staatsbürgersrecht eintreten, während diejenigen des erstern laut den vorliegenden Statuten nur auf Hinterlegung von Ausweisschriften als Niedergelassene aufgenommen werden, unter Umständen wieder austreten und in diesem Fall drei Biertheile des eingebrachten Vermögens zurückverlangen können.

(Directe Mittheilung.)

8. Minderjährigkeit als Anfechtungsgrund einer Verpfändung neben Missrechterhaltung der durch das Pfandrecht gedeckten Forderung wegen Bereicherung.

Daniel Johann Peneveyre, geb. 15. Oct. 1840, verheirathet seit 30. April 1863, nachher in Concurs gerathen, stellte am 10. Jan. 1863 zu Gunsten von Benjamin Kräutler einen Schuldbrief für Fr. 7500 aus, hypotheciert auf seine Liegenschaften, und Kräutler cedierte an demselben Tag die Forderung an J. F. L. Paquier, Vermögensverwalter der Kinder Thury. Im Concurs stellten die Massacommisäre diese Forderung unter die Chirographargläubiger und sahen die Verpfändung als ungültig an wegen der Minderjährigkeit des Peneveyre. Darüber Klage der Kinder Thury und Spruch des Civilgerichts Lausanne zu Gunsten der Massacommisäre (3. März 1864):

Considérant que les commissaires de la masse Peneveyre, en classant la lettre de rente du 10 janvier 1863 parmi les créances

chirographaires, ont reconnu par là même que les sommes empruntées ont tourné au profit du mineur Peneveyre.

Mais attendu que l'article 826 du code civil a seulement cette portée que le mineur, comme tout autre incapable, ne peut s'enrichir du bien d'autrui, qu'il doit, par conséquent, restituer les sommes qui ont tourné à son profit;

Que cet article ne signifie point d'une manière absolue que les aliénations ou acquisitions contractées par le mineur doivent être maintenues lorsque tout ou partie des sommes lui ont profité;

Qu'il serait, par exemple, impossible de maintenir partiellement une vente immobilière faite par un mineur qui aurait profité d'une partie du prix réalisé.

Considérant qu'aux termes de la disposition spéciale de l'article 1587 du code civil, les hypothèques ne peuvent être consenties que par ceux qui ont capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent;

Que la capacité générale à s'obliger que le mineur peut avoir dans le cas prévu à l'article 826 ne comporte pas celle d'aliéner des immeubles.

Considérant en outre que l'article 1588 du code civil dispose expressément que les biens des mineurs ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi;

Qu'aux termes de l'article 253 du dit code la justice de paix est seule juge compétent pour apprécier les causes qui permettent d'hypothéquer les immeubles du mineur;

Qu'il ne suffit pas pour que cette hypothèque soit autorisée que l'emprunt soit profitable, mais encore qu'il soit établi que l'hypothèque est nécessaire.

Considérant que le mineur seul ne peut hypothéquer ses biens, puisque le tuteur ne peut valablement le faire sans autorisation;

Qu'en la forme le notaire ne peut admettre que le tuteur pour représenter un mineur et doit exiger que ce tuteur soit muni des autorisations légales.

Considérant enfin que pour être invoquée vis-à-vis des tiers, l'hypothèque doit être valable dès l'origine et que sa validité ne peut dépendre de faits postérieurs, ainsi par exemple de la question de savoir si les fonds empruntés ont oui ou non profité à l'incapable.

Der Cassationshof entschied (4. April 1864) für die Zulassung des Pfandrechts:

Considérant qu'il est reconnu sans opposition que les sommes prêtées le 10 janvier 1863 selon le contrat hypothécaire de cette date, ont tourné au profit du contractant Peneveyre, mineur, en ce qu'elles ont servi à rembourser la valeur de deux actes de revers antérieurement consentis par feu Peneveyre père, et à d'autres em-

plois utiles ou nécessaires au mineur;

Que les commissaires de la masse l'ont eux-mêmes reconnu en admettant la validité du prêt, tout en refusant de reconnaître la validité de l'hypothèque, à raison de l'état de minorité du contractant Peneveyre.

Considérant, en outre, qu'il n'a pas été allégué que la partie contractante de l'acte du 10 janvier ait agi autrement que dans l'ignorance de cet état de minorité; que le désaccord des parties en cause porte donc uniquement sur la question de savoir si le contrat hypothécaire susmentionné peut déployer son effet.

Attendu que le code civil a statué au titre 1er de la 2^{me} partie de son 3^{me} livre, pour ce qui concerne les contrats ou obligations conventionnelles en général, et que sous la rubrique *dispositions générales* il a déterminé les principes essentiels qui régissent tous les contrats, notamment quant à la capacité des personnes pour contracter (art. 809¹);

Que les art. 824 et 825² de ce code déclarent incapables de contracter, les mineurs, les interdits et d'autres personnes dans de certaines limites;

Que si d'après ces dispositions les contrats faits par des incapables sont nuls en ce qui les concerne, toutefois l'art. 826³ établit un principe tendant à restreindre l'effet de ces dispositions, puisqu'il déclare que la nullité résultant de l'incapacité ne peut être opposée que par l'incapable ou son ayant-cause et seulement encore pour les sommes qui n'ont pas tourné à son profit; que la validité de l'acte peut être soutenue et que la preuve du profit pour l'incapable est à la charge de la partie qui veut maintenir l'acte.

Attendu qu'il résulte de là, d'un côté, qu'il n'y a pas nullité de plein droit pour tout contrat passé avec un incapable; d'un autre côté, que les dispositions des art. 824 et 825, inclusivement, ne peuvent être séparées et se complètent.

Attendu, d'autre part, que les principes établis par ces articles

¹ Art. 809. Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention:

Le consentement de la partie qui s'oblige;

La capacité de contracter;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement;

Une cause licite dans l'obligation.

² Art. 824. Les incapables de contracter sont:

Les mineurs;

Les interdits;

Et, généralement, tous ceux auxquels la loi interdit certains contrats.

Art. 825. La fille majeure, la femme et la veuve ne peuvent contracter que sous les restrictions portées par la loi.

³ Dieser Artikel ist abgedruckt in Note 1 zu Nr. 12.

sont généraux, qu'ils ne sont pas limités à certains contrats ou à un genre particulier de contrats; qu'ils ne réservent aucune exception; que, dès lors, l'incapacité prévue aux articles 824 et 825, tout aussi bien que la restriction apportée par l'art. 826 aux effets de cette incapacité, s'appliquent à tous les actes, à moins, toutefois, que la loi n'ait statué d'une manière différente à l'égard de tels ou tels contrats dans les titres subséquents du code qui traitent de chaque espèce de contrat, ou dans des lois particulières.

Attendu, quant à la valeur légale de la constitution d'hypothèque contenue en l'acte du 10 janvier, que celui qui s'oblige personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens, lesquels sont le gage commun de ses créanciers, sauf les causes légitimes de préférence, telles que les priviléges et hypothèques.

Attendu que l'hypothèque est un droit réel spécial sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation;

Que l'hypothèque est liée étroitement à l'obligation et en fait partie intégrante; que généralement sa constitution est la condition sous laquelle le prêt a été fait, et on peut dire sans laquelle il n'y aurait pas eu prêt et ainsi pas de contrat passé.

Attendu que dans ses dispositions particulières aux hypothèques, le code civil, dans ses articles 1584 et suivants, ne statue rien de spécial quant à la capacité pour consentir l'hypothèque et n'apporte pas de modification aux principes généraux des art. 824 à 826 rappelés ci-dessus;

Que bien que l'art. 1587 rappelle que „les hypothèques ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent,“ l'on ne saurait en inférer que le code ait entendu, par là, établir une nouvelle règle ou modifier les dispositions générales susmentionnées;

Que le dit article a en vue essentiellement de rappeler la règle sur la capacité de contracter selon l'art. 809, et qu'il faut, en outre, avoir le droit d'aliéner les immeubles, c'est-à-dire être propriétaire complet des fonds soumis à l'hypothèque;

Qu'il ne paraît point que cette disposition ait été introduite dans le chapitre relatif aux hypothèques en vue d'empêcher l'application de l'art. 826 au contrat hypothécaire;

Que l'art. 1588¹ ne fait, non plus, que de rappeler des dispositions tutélaires relatives aux mineurs, aux interdits et aux absents.

¹ Art. 1588. Les biens des mineurs, des interdits et ceux des absents, tant que la possession n'en est déférée que provisoirement, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi.

Attendu, dès lors, que l'on ne voit pas que des règles particulières aient été fixées quant à la capacité, et que le contrat hypothécaire ait été soustrait à l'effet des principes généraux, tels qu'ils se lisent aux art. 824 et suivants, ou que ce contrat soit régi autrement que par ces principes généraux ou qu'ils contiennent des exceptions à leur application.

Attendu qu'il est reconnu que la somme qui fait l'objet de l'acte du 10 janvier a tourné au profit du mineur Peneveyre;

Qu'ainsi, les commissaires de la discussion agissant au nom de la masse des créanciers, lesquels sont eux-mêmes les *ayant-cause* du failli Peneveyre, ne peuvent se prévaloir de la nullité que comme aurait pu le faire Peneveyre lui-même ou son tuteur, c'est-à-dire pour autant qu'il n'y aurait pas preuve que l'acte lui aurait profité.

Attendu que si les créanciers hypothécaires ont entendu agir autrement que comme représentants ou *ayant-cause* de Peneveyre, ils ne pourraient critiquer l'hypothèque par le motif qu'elle aurait été consentie par un incapable; que ce motif ne peut être allégué que par l'incapable ou ses ayant-droit (art. 826).

Attendu, d'autre part, que les créanciers ne disent nullement qu'il y ait eu fraude à leur préjudice et que l'on ne peut prétendre qu'ils éprouvent une perte par suite de la création de l'hypothèque, puisque la plus grande partie de la somme prêtée a servi au remboursement de deux créances hypothécaires constituées en 1853 sur les mêmes immeubles, par le père du failli Peneveyre;

Que l'annulation de la clause hypothécaire de l'acte du 10 janvier aurait l'effet, au contraire, de leur attribuer un bénéfice au préjudice de celui qui a consenti le prêt reconnu par le dit acte et qui a prouvé le profit, selon ce qui est dit ci-dessus.

(Journal des tribunaux vaudois, XII [1864], p. 234 ss., 242 ss.)

9. Verbeiständigkeit einer Ehefrau.

Im § 147 des zürch. Pr. N. Gesetzes ist gesagt:

Um mit ihrem Ehemann ein Rechtsgeschäft abzuschließen, durch welches die Frau an denselben Rechte abtritt oder Schuldverpflichtungen eingeht, ebenso zu Prozessen mit ihrem Manne (unter Vorbehalt der Bestimmung des § 207), bedarf die Frau des Beirathes und der Bestimmung eines außerordentlichen Beistandes.

Dieser § 207 lautet folgendermaßen:

Die Ehefrau kann den Scheidungsprozeß auch selbstständig führen, ohne eines außerordentlichen Beistandes zu bedürfen.

Am 20. April 1863 schloß die Frau Hiltebrand mit ihrem Ehemann einen Vertrag dahin ab, daß sie für den Fall, als sie von ihrem

Manne geschieden werde, auf ihr demselben zugebrachtes in Fr. 3000 bis 4000 bestehendes Vermögen verzichte.

In diesem Vertrag wirkte namentlich ein Gläubiger der Ehefrau, Namens Bolleter, mit.

Ein außerordentlicher Beistand wurde dagegen nicht beigezogen.

Schon im Juni erhob dieser Bolleter gegen die Frau die Betreibung für seine Forderung von Fr. 925 und bewirkte auf Grund derselben die Auspfändung auf dieses Weibergut; die Versilberung der Pfänder fand am 6. Oct. gl. J. statt.

Aber schon am 22. Aug. war die Scheidung zwischen den Eheleuten Hiltebrand ausgesprochen worden.

Auf Grund derselben und des Vertrags vom 20. April zuvor fiel nun der Pfanderlös in den Besitz des Ehegatten.

Bolleter belangte nun den Ehegatten auf Auszahlung der Fr. 925 aus dem Pfandertrag, weil der Vertrag vom 20. April ohne außerordentlichen Beistand abgeschlossen worden, also derselbe ungültig, demnach das Weibergut an ihn nicht mit Recht gekommen sei.

Diese Klage wurde von beiden Instanzen verworfen, vom Obergericht (17. März 1864) in Betracht:

1. daß, nachdem die Bedingung, unter welcher von Seite der Ehefrau der berührte Verzicht dem Beklagten gegenüber ausgesprochen worden, durch die am 22. August 1863 erfolgte gerichtliche Scheidung in Erfüllung gegangen war, gemäß § 977 d. pr. G. das Rechtsgeschäft in Wirksamkeit getreten und so anzusehen ist, wie wenn es von Anfang an als ein unbedingtes zu Stande gekommen wäre, da, wenn auch der citierte Paragraph diese Wirkung nur als in der Regel eintrehend bezeichnet, doch kein Grund einzusehen ist, und auch von dem Kläger ein solcher nicht angeführt werden konnte, weshwegen hier eine Ausnahme stattfinden sollte;

2. daß ein solcher Grund namentlich auch darin nicht liegen kann, daß der Kläger in der Zeit zwischen dem Abschluß des Rechtsgeschäftes und der Erfüllung der Bedingung ein Pfandrecht auf das Vertragsobject erworben hat, da anerkanntermaßen er es war, welcher den Vertrag in Schrift verfaßte und beim Abschluß desselben mitwirkte, somit bei Erwerbung des Pfandrechtes ihm die Verhältnisse vollständig bekannt waren;

3. daß die bezeichnete Wirkung der erfüllten Suspensivbedingung hier darin besteht, daß die der Frau H. früher unbestrittenemassen zugestandene Weibergutsforderung als schon mit Abschluß des Vertrages vom 20. April 1863 untergegangen betrachtet wird und daher selbstverständlich am 3. Juli 1863 nicht mehr gepfändet werden konnte;

4. daß zwar freilich hievon keine Rede sein könnte, wenn der Vertrag vom 20. April 1863 von Anfang an ungültig und für Frau H. nicht verbindlich gewesen wäre, diese Ansicht aber nicht richtig ist,

indem Frau S. der Mitwirkung eines außerordentlichen Vormundes zum Abschluß desselben keineswegs bedurfte;

5. daß nämlich, wenn auch die Bestimmung des § 147 d. pr. G. dem Wortlaut nach auf den in Rede stehenden Vertrag Anwendung fände, gleichwohl die Frage, ob eine Frau bei bevorstehender Scheidung und unter der Voraussetzung, daß die Scheidung wirklich erfolge, ohne Verbeiständigung sich über die Vermögensverhältnisse mit dem Manne gültig verständigen könne, unbedenklich zu bejahen und damit eine nach der Absicht des Gesetzgebers zulässige Ausnahme von der Regel des § 147 deswegen anzunehmen ist, weil

- a. nach § 207 die Ehefrau berechtigt ist, den Scheidungsprozeß selbstständig zu führen, nun aber, da dem Gesetzgeber nicht entgehen konnte, daß bei Anlaß der Scheidung auch weitere Punkte, wie namentlich die vermögensrechtliche Auseinandersetzung, Aufenthalt und Erziehung der Kinder ic. geordnet zu werden pflegen, der selbe es wohl ausdrücklich gesagt haben würde, wenn seine Meinung dahin gegangen wäre, daß in Beziehung auf die Ordnung der bezeichneten Nebenpunkte die Mitwirkung eines außerordentlichen Vormundes erforderlich sei;
- b. die ratio legis, die dem § 147 zu Grunde liegt, nämlich die Schutzbedürftigkeit der Frau gegen unberechtigten Einfluß des Mannes, offenbar da nicht zutrifft, wo ein solcher Vertrag angesichts der Scheidung zu Stande kommt;
- c. wenn eine Frau, wie sich das Obergericht in einem in der Zeitschrift für zürch. Rechtspflege Bd. XII, S. 83, Nr. 16 abgedruckten Entscheide ausgesprochen hat, selbstständig mit dem Manne über Versicherung des Weibergutes, somit auch über die Größe der zu versichernden Summe processieren, also dieses während der Ehe und ohne Rücksicht auf eine Scheidung thun kann, von einer Schutzbedürftigkeit noch weit weniger da sich sprechen läßt, wo ein Vertrag in Verbindung mit der Scheidung, also zu einer Zeit zu Stande kommt, da der Einfluß des Mannes ohnehin geschwächt ist oder gänzlich aufgehört hat.

(Gwalter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürch. Rechtspflege. XIII. S. 465 f.)

10. Verbeiständigung der Ehefrau.

Das basellandschaftliche Vormundschaftsrecht, neu geregelt durch Gesetz vom 28. Febr. 1853, bewahrt das alte und auch in der Stadt Basel festgehaltene Geschlechtsvormundschaftsrecht in allen Vermögensangelegenheiten, mit gewissen Beschränkungen.

Es entstand in dem Ehestreit zwischen Frau Weber geb. Meyer von Muttenz und ihrem Ehemann Niclaus Weber von da die Frage,

ob als eine dieser Beschränkungen auch der Scheidungsprozeß zu gelten habe und die Frau bei diesem ohne Beistand handeln könne, was der Ehemann im gegebenen Fall mit Einrede fehlender Prozeßlegitimation bestritt.

Das Bezirksgericht Arlesheim folgte dieser Ansicht des Ehemannes durch Spruch vom 7. Febr. 1861.

Das Obergericht unterschied aber (durch Urtheil vom 20. März 1861) folgendermaßen:

Vor Allem ist zu berücksichtigen, daß ein Ehescheidungsprozeß hauptsächlich zwei verschiedene Verhältnisse angeht, einestheils nämlich das rein und höchst Persönliche des Seins in Ehe, des Lebens und Wesens im Ehebande des Mannes und der Frau, anderntheils aber auch das Vermögen der Eheleute und die Theilung desselben auf den Fall wirklich ausgesprochen werdender Scheidung. Das bestehende Vormundschaftsgesetz nun erwähnt den Ausnahmefall keineswegs, wo nämlich Ehefrauen gegen ihren Ehemann in Ehescheidungsprozeß zu stehen kommen. Es ist daher um so mehr, zumal was das rein persönliche Eheverhältniß angeht, an denjenigen Bestimmungen festzuhalten, welche in den bestehenden materiellen Prozeßvorschriften aufgestellt erscheinen. In § 13 Nr. 7 der Prozeßordnung heißt es: „in Ehe- und Paternitätsstreitigkeiten findet Vertretung durch beliebige Bevollmächtigte statt;“ in § 5 Artikel XXV der Ehegerichtsordnung (vom 18. Sept. 1747, in Rechtsquellen von Basel Stadt u. Land S. 1003) steht: „Sonderlich sollen die Weibsbilder, so ihre Person nicht selbst allein vertreten mögen, mit Beistand ihrer Vögten, und absonderlich die verheirathete, da sie auf ihren Ehemann selbst klagend einkämen, oder hinwiederum von deme beklagt wurden, nicht für sich selbst, sondern mit Beistand eines andern dann solch' ihres Ehemannes, am Rechten stehen;“

Also gemäß dieser nirgends ausdrücklich aufgehobenen Prozeßvorschrift d. a. 1747 existiert für Verheirathete in Ehescheidungsfällen die besondere Bestimmung, daß die Ehefrau nicht mit einem Vogte, sondern einfach mit Beistand eines andern, dann solch' ihres Ehemannes zu procedieren vermöge. Existierte nun damals schon die Regel, daß Frauenspersonen, die bevogetet sein sollen, mit dem Vormund, und die Regel, daß sie in Ehescheidungsklagen mit Beiständen, die sie selbst zu wählen vermögen, procedieren können; so erscheint, weil die neuern Gesetze eigentlich nur die Regel wiederholen, die Ausnahme aber keineswegs berühren, eben diese Ausnahme auch jetzt noch bestehend;

handelt es sich aber gemäß Obigem bei Ehescheidungsfällen auch um reine Vermögensverhältnisse, so ist allerdings die bisherige Praxis in Verbindung mit den Vorschriften des Vormundschaftsgesetzes festzuhalten, und zwar mit folgendem Satze: die Ehefrau hat in Ehescheidungsfällen das Recht, selbstständig zu klagen, d. h. die Klage durch freigewählten Beistand (Rechtsanwalt oder sonstigen Mann) an-

hängig zu machen und durchführen zu lassen; es soll aber in allen Ehescheidungsklagfächern bei jeder Vorladung an die Parteien zur gerichtlichen Verhandlung stets auch eine Vorladung ex officio, wenn auch auf Kosten der Parteien, an den Tit. Gemeinderath der Heimatgemeinde erlassen werden, in dem Sinne und zu dem Zwecke, daß ihr, der Gemeindebehörde, Kenntniß und daherige Gelegenheit gegeben werde, allenfalls bei der Ehescheidung in Frage kommende Vermögensverhältnisse der Ehefrau oder Kinder durch bezügliche Intervention zu wahren und zu schützen.

(Directe Mittheilung.)

11. Handelsfrau und Verbeiständigung?

Das A. B. Gesetz von Aargau § 397 sagt: Die Wormundschaftsbehörde kann einer Weibsperson unter angemessener Vorsicht gestatten, ein Gewerbe zu führen und in Hinsicht auf dieses Gewerbe sich zu verpflichten.

Nun begegnet oft, daß Frauenspersonen ihre Gemeinde verlassen, sich in Geschäften herumtreiben und vielfältig den Credit ausbeuten. Wie weit dies Anerkennung finde, wird häufig zweifelhaft sein können. Im Jahr 1860, bald nach Bergeltstagung des Ehemannes, hatte dessen Frau dessen Handlung und Krämerei übernommen und sich mehrfach verpflichtet. Die Einwendung war Berufung auf die Bestimmung desselben allgemeinen b. Gesetzbuchs § 398: Außer den in den §§ 395—397 enthaltenen Fällen darf eine Weibsperson nur mit Zustimmung ihres Beistandes eine Vertragsverbindlichkeit übernehmen. Die Replik berief sich auf die obenerwähnte „Gestattung“ des Gemeinderathes, welche stillschweigend ertheilt worden sei, indem er ohne das Gewerbe zu hindern der Führung desselben zugesehen habe.

Die erste Instanz wollte eine solche stillschweigende Gestattung annehmen, nur aus concludenten Acten bewiesen seien; die zweite Instanz anerkannte die Möglichkeit nicht, hob also das Zwischenurtheil auf und fand, daß im vorliegenden Falle die Wormundschaftsbehörde der beklagten Ehefrau die Führung des Handels- und Krämereigeschäftes ausdrücklich, nämlich vermittelst eines speciellen Beschlusses gestattet habe, sei vom Klagtheil nicht bewiesen und auch gar nicht behauptet worden. Die Klage behauptete aber eine tatsächlich erfolgte Gestattung des fraglichen Geschäftes, mit dem Anbringen, daß die Frau dasselbe offen und mit Wissen der Waisenbehörde betreibe. Wenn nun auch dieses klägerische Anbringen Wahrheit enthielte, so dürfte daraus noch nicht die Folgerung abgeleitet werden, daß von Seite der Waisenbehörde im Sinne des § 397 des A. B. G. die Führung des Handelsgeschäftes gestattet worden. Der Wortlaut der ctierten Gesetzesstelle spreche offenbar dafür, daß der Gesetzgeber nicht

blos eine aus dem Wissen und Gewährenlassen der Behörde abzuleitende, sondern eine ausdrücklich zu ertheilende Bewilligung im Auge gehabt habe.

Das Gesetz schreibe vor, daß der Weibsperson die Führung der Gewerbe unter angemessener Vorsicht zu gestatten sei. Wenn nun der Gesetzgeber den Ausdruck „gestatten“ brauche und zugleich der Wormundschaftsbehörde angemessene Vorsicht zur Pflicht mache, so dürfe, ja müsse angenommen werden, daß die Führung eines Gewerbes von Seite einer Weibsperson nur dann gesetzlich zulässig sei, wenn ihr die ausdrückliche Bewilligung der Waisenbehörde vorangehe. Die der Waisenbehörde auferlegte Vorsicht müsse namentlich beim Beginne eines solchen Gewerbes zur Anwendung kommen, und sei daher, bevor die Bewilligung dazu ertheilt werde, eine Untersuchung der Behörde erforderlich, ob das Gewerbe im Nutzen der Weibsperson liege, oder ob daselbe Gefahr für ihr Vermögen und überhaupt Nachtheile für sie herbeiführe. Es spreche dies unzweifelhaft dafür, daß die Statthäufigkeit des Gewerbes einer Weibsperson ein actives Vorgehen der Waisenbehörde, eine ausdrückliche Bewilligung derselben voraussehe und nicht schon aus einem bloßen Zusehen und Wissen der Behörde gefolgert werden könne. Die Behauptung, daß die beklagte Ehefrau mit Wissen der Wormundschaftsbehörde ihr Geschäft führe, sei überhaupt eine unklare und unrichtige Ausdrucksweise, indem die Worte „mit Wissen“ wohl hinsichtlich einer einzelnen Person, aber nur unpassend in Bezug auf eine Behörde gebraucht werden können. Daß aber diese Argumentation dem Sinne des Gesetzes entspreche, erhelle per argumentum a contrario auch aus § 211 des A. B. G., wonach, wenn die Eltern einem Sohne nach zurückgelegtem zwanzigstem Altersjahre den Betrieb eines Gewerbes oder einer Handlung oder die Führung einer Haushaltung zu lassen, derselbe als der elterlichen Gewalt entlassen zu betrachten sei. Die Fassung dieser Gesetzesstelle berechtige zu der Folgerung, daß wenn die Eltern von der Führung eines Gewerbes ihres minderjährigen, mehr als zwanzig Jahre alten Sohnes Kenntniß haben und derselben stillschweigend zusehen, dieser Sohn unter Umständen sich dadurch rechtsgültig verpflichten könne. Von dem Wortlaute dieser Stelle, welche von einem „Zulassen“ des Gewerbes spreche und der „angemessenen Vorsicht“ nicht erwähne, sei aber derjenige des § 397 so sehr verschieden, daß, wenn es an der Hand des ersten statthalt erscheine, aus dem bloßen stillschweigenden Zusehen auf Zulassung des Geschäftes zu schließen, mit Sicherheit anzunehmen sei, daß nach der letzten Vorschrift (§ 397 des A. B. G.) ein derartiger Schluß keine Berechtigung habe.

(Jahresbericht des Obergerichts des St. Aargau
über das Jahr 1864. S. 54 f.)

12. Handelsfrau.

Die Art. 119, 120 und 124 des *code civil vaudois* erklären, daß die Ehefrau zu jedem Rechtsgeschäft von ihrem Ehemann ermächtigt sein muß, zu Rechtsgeschäften zu Gunsten des Mannes vom Friedensrichteramt, und Generalermächtigung unstatthaft sei. Der Art. 122 sodann setzt fest: *La femme, si elle est marchande publique, peut sans autorisation s'obliger pour ce qui concerne son commerce.* Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé. Art. 1043 erklärt hingewiederum, daß Ehegatten nicht aux droits résultant de la puissance maritale ou qui appartiennent au mari comme chef, derogieren können, und Art. 1046 und 1047 verlangen Abfassung aller conventions matrimoniales vor Eingehung der Ehe, bei Strafe der Nichtigkeit. Aus letztern Artikeln könnte gefolgert werden, eine Ehefrau könne gar nicht Handelsfrau werden, weil darin läge ein déroger à la puissance maritale, ein donner une autorisation générale und ein changer le contrat. In dem nun mitzutheilenden Streitfalle nahm die erste Instanz diese Schlussfolgerung nicht an, die zweite umgieng sie.

Der Beamte Karl Vallotton, seit 1843 mit Marie geb. Boucherle verehelicht, kaufte am 1. Mai 1845 das Handelsgeschäft der Witwe Gignour zu Lausanne für Fr. 17267. Dieses Geschäft wurde von der Ehefrau Vallotton geführt, welche kaufte und verkaufte, zahlte und eincassierte, correspondierte und Schulscheine ausstellte, während der Ehemann seine Stelle beibehielt. Seit 1850 wurde das Geschäft liquidiert. Am 9. März 1853 starb Karl Vallotton und es wurde Manns der minderjährigen Kinder auf die Erbschaft verzichtet. Nach diesem Verzicht, am 20. August 1853 unterschrieb die Witwe Vallotton einen Schulschein von Fr. 500 zu Gunsten von J. F. L. Paquier. Dieser Paquier hatte nämlich am 20. Juli 1852 gemeinschaftlich mit Karl Vallotton ein Billet von Fr. 570 zu Gunsten der Cantonalbank unterschrieben, um der Marie Vallotton Geld zu verschaffen, und diese hatte daraus Geschäftsgläubiger bezahlt. Der neue Schulschein an Paquier sollte nun dazu dienen, ihn zu sichern für die Bezahlung der Fr. 500, die er in Folge jener Unterschrift an die Cantonalbank hatte machen müssen. Am 9. Jan. 1863 flagte Paquier diesen Schulschein gegen die Witwe Vallotton ein, wogegen diese einwandte, sie habe die Unterschrift ohne Ermächtigung und für eine Schuld ihres Mannes gegeben. Das Civilgericht von Lausanne erklärte (4. Juni 1863): qu'il était de notoriété que la veuve Vallotton était marchande publique et envisagée comme telle, qu'elle a accepté cette position, und verurteilte sie demgemäß. Die zweite Instanz stellte (12. August 1863) darauf ab, daß durch den für den Schulschein empfangenen Gegen-

werth die Beklagte bereichert worden sei, und verurtheilte sie aus diesem Grund,¹⁾ ohne auf die Frage einzutreten, ob sie Handelsfrau sei, eine Frage, die freilich nicht mehr zu verneinen ist, wenn man annimmt, das Einschießen von Geld zur Bezahlung von Geschäftsgläubigern sei zum Nutzen der Ehefrau erfolgt. Die Motive lauten:

Considérant que selon l'obligation imposée par le § 2 de l'article 826 du code civil à celui qui soutient la validité de l'obligation, le défendeur Paquier a entrepris la preuve du fait que la somme pour laquelle Marie Vallotton s'est engagée a tourné au profit de celle-ci;

Qu'il s'est appuyé: 1^o sur le contenu de l'acte du 20 août 1853, souscrit par Marie Vallotton, qui porte que la valeur de 500 fr. provient du billet de 570 fr. payé par Paquier à la Banque cantonale et dont le montant entier a été appliqué à payer ses dettes de commerce, à elle Marie Vallotton, notamment 544 fr. 25 c. à de Jussieu; 2^o sur diverses pièces produites au procès, qui ont servi à former la conviction du juge civil sur les faits essentiels, savoir: que Marie Vallotton a fait le commerce en son nom et comme marchande publique; que la somme empruntée de la Banque cantonale a servi à éteindre des dettes de commerce, et que l'engagement pris par elle a pour objet une valeur qui a tourné à son profit.

Attendu, dès lors, que le tribunal civil, après avoir donné au titre soit à l'acte du 20 août 1853 la valeur que lui attribue la loi civile et après avoir apprécié les éléments de conviction fournis par les pièces du procès et les indices résultant de la cause, a constaté dans sa compétence ce fait, savoir, que l'objet de l'obligation du 20 août a tourné au profit de Marie Valloton;

Que, dès lors, c'est avec raison qu'il a prononcé comme il l'a fait sur ce point, et qu'en maintenant la saisie il n'a pas faussement appliqué l'art. 826 du code civil.

Attendu, quant aux autres moyens énoncés au recours et qui consistent à dire que la femme mariée ou veuve ne peut s'engager sans autorisation, que Marie Vallotton n'a fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, n'était pas et ne pouvait pas se dire marchande publique, etc.; que ces moyens sont sans portée, dès le moment où il est admis que la somme fournie a

¹⁾ Gemäß code civil art. 826: Les nullités résultant des articles précédents ne pourront être opposées que par le mineur, l'interdit, la fille majeure, la femme, la veuve ou leurs ayant-cause, et seulement pour les sommes qui n'auront pas tourné à leur profit.

La preuve que les sommes ont tourné à leur profit est imposée à la partie qui soutient la validité de l'acte.

tourné au profit de la femme Valloton; qu'ainsi il n'y a pas lieu d'examiner ces moyens.

(Journal des tribunaux Vaudois, XI [1863], p. 493 ss).

13. Selbstbeschränkung in der Befugniß der Vermögensverwendung.

Die Frau Meier hatte noch vor ihrer Heirath mit N. Meier bei dem Tode ihrer Mutter einer ihrer Schwestern (Vandolt) zunächst im Interesse eines Kindes erster Ehe dreizehn aus dem Erbe ihr zugefallene Schuldbriefe im Gesamtbetrage von Fr. 22565. 54 Cts. übergeben, mit der Auflage, „die fälligen Zinsen jeweilen einzuziehen und in Ratazahlungen an die Klägerin abzuliefern, welche über deren Verwendung frei verfügen kann. — Diese Briefe dürfen weder versezt noch auf irgend eine Art veräußert, auch bei einer allfälligen Verehelichung nur gegen vollständige Sicherheit aus hin gegeben werden.“

Dieser Vertrag war dem Ehemann Meier nicht bequem. Er erhielt zwar entgegen dem Vertrag einen der Schuldbriefe im Werth von Fr. 5900, verlangte aber Namens seiner Ehefrau nun auch die übrigen von der Inhaberin Vandolt heraus, da jene doch Eigenthümerin, sie, Beklagte, nur Verwahrerin sei, und die Auflage des Vertrages nur eine Pflicht der Inhaberin, nicht ein Recht derselben aufstelle.

Beide Instanzen wiesen aber den Kläger ab, das Obergericht Zürich (7. April 1864) in Erwägung:

1. daß die Beklagte die Weigerung der Herausgabe der fraglichen Schuldbriefe lediglich darauf stützt, daß Klägerin ihr dieselben zur Aufbewahrung und Besorgung übergeben und zugleich ihr gegenüber auf die Befugniß, über dieselben, abgesehen von den für sie, die Klägerin zu beziehenden und ihr zu verabreichenden Zinsen, in irgend einer Weise zu verfügen, verzichtet habe;

2. daß diesfalls unter den Parteien wiederum kein Streit waltet, daß durch den unterm 20. März 1863 zwischen ihnen zu Stande gekommenen Vertrag die Bestimmung getroffen worden sei, daß die fraglichen „Briefe weder versezt noch auf irgend eine Art veräußert werden dürfen“, — hiegegen aber von der Klägerin eingewendet wird, es habe mit dieser Bestimmung nicht ihr, wie die Beklagte behauptet, sondern dieser eine Verpflichtung auferlegt werden wollen;

3. daß, wenn man berücksichtigt, daß die dieser Verpflichtung entsprechende Berechtigung der freien Verfügung über die fraglichen Schuldbriefe der Beklagten erst noch ausdrücklich hätte gegeben werden müssen, somit die Aufnahme einer diesfälligen, auf Beschränkung der Dispositionsrechte der Beklagten gerichteten Verpflichtung derselben überall nicht nöthig war, — daß ferner die angeführte Bestimmung

in der der Beklagten zugekommenen, von der Klägerin unterzeichneten Urkunde enthalten ist, — daß weiter bestimmt wurde, es dürfen die Schuldbriefe bei einer auffälligen Verehelichung nur gegen vollständige Sicherheit aushingegeben werden, diese Bestimmung aber allein auf die damals unverehelichte Klägerin sich beziehen konnte, — und daß endlich im Gegensatz der Beschränkung der Dispositionsbefugniß bezüglich der Schuldbriefcapitalien ausdrücklich der Frau B. (Klägerin) das unbeschränkte Recht der Verwendung der Zinse von diesen Capitalien vorbehalten wurde, — auch nicht der geringste Zweifel bestehen kann, daß Klägerin es ist, der die angeführte Beschränkung der Befugung über die fraglichen, von der Beklagten aufzubewahrenden Schuldtitel auferlegt, und von der sie übernommen werden wollte;

4. daß die diesfällige Verpflichtung der Klägerin auch eine rechtlich zulässige und deshalb für diese rechtsverbindliche ist, da dieselbe nicht etwa als eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Klägerin, in welchem Sinne sie allerdings nicht Gegenstand eines obligatorischen Vertrages sein könnte, angesehen werden kann, sondern das Aufgeben von Vermögensrechten (insbesondere das Aufgeben des Besitzes von Vermögensobjecten) enthält, — und die Übertragung des Rechtes auf den Besitz und die Verwaltung eines gewissen Vermögensbestandes an eine dritte Person weder durch Gesetz noch allgemein geltende Rechtsgrundsätze als unzulässig erklärt ist, so daß ein solcher Vertrag wenigstens für so lange geschützt werden muß, als demselben noch irgend ein vernünftiger Grund zur Seite steht (vergl. Zeitschrift für zürch. Rechtspflege Bd. XI, S. 94, Erw. 3 und die dasselbst citterten Entscheidungen);

5. daß die Übertragung des Rechtes auf den Besitz und die Verwaltung eines Theiles des Vermögens der Klägerin an die Beklagte einerseits im Interesse der ersten und ihres Kindes aus erster Ehe, anderseits in demjenigen der Beklagten, mit Rücksicht auf deren möglicherweise eintretende Unterstützungspflicht erfolgt ist, diese Interessen nun aber alle noch vorhanden und durch die seither vollzogene Verehelichung der Klägerin nicht beseitigt worden sind, — auf diese zuerst bezeichnete Thatsache für die Klage auch um so weniger abgestellt werden kann, als in der von der Klägerin ausgestellten Erklärung ausdrücklich bestimmt ist, daß im Falle der Verehelichung der Klägerin die Schuldbriefe nur gegen Sicherstellung zu erfolgen habe und diese Bestimmung sogar mit Rücksicht auf die zur Zeit des Vertragsabschlusses schon in Aussicht gestandene Verehelichung der Klägerin mit ihrem jetzigen Ehemanne aufgenommen worden zu sein scheint;

6. daß die Klägerin, beziehungsweise ihr Ehemann, sich auch nicht darauf berufen können, daß durch die Verwaltung eines Theiles des Vermögens der ersten durch die Beklagte das gesetzliche Verwaltungsrecht des Ehemannes verletzt werde, da das Vermögen der Frau nur

in dem Bestande, in welchem es sich zur Zeit der Verehelichung befand, in die Hände und in die Verwaltung des Ehemannes übergehen konnte und der letztere diesenigen Verbindlichkeiten, welche die Frau vor der Verehelichung mit Bezug auf ihr Vermögen in rechtlich gütiger Weise einging, auch sich gegenüber anerkennen muß;

7. daß wenn heute Klägerischerseits auch noch darauf abgestellt wird, daß die Beklagte und ihr Ehemann bei Errichtung des Vertrages vom 20. März 1863 dolos verfahren seien, vorerst die specielle Behauptung, daß die beiden Urkunden vom bezeichneten Tage bei Unterzeichnung und gegenseitiger Aushändigung derselben verwechselt worden seien, durch den Inhalt der beiden Urkunden, der die Möglichkeit einer solchen Verwechslung ausschließt, widerlegt wird und für die weiteren diesfälligen Behauptungen in den vorliegenden Acten durchaus keine Anhaltspunkte zu finden sind;

8. daß, vorausgesetzt es sei richtig, daß die Beklagte, beziehungsweise ihr Ehemann, die Verwaltung des in ihren Händen liegenden Vermögenstheiles der Klägerin nicht in ordentlicher Weise besorge, namentlich die Zinsen nicht vertragsgemäß, insbesondere nicht rechtzeitig abliefers, dieß die Verpflichtungen der Klägerin nicht aufhebt, wohl aber unter Umständen dazu führen könnte, daß Beklagte für die jeweilige richtige Erfüllung der ihr obliegenden Verbindlichkeiten geeignete Garantie zu geben hätte, dießfalls aber einerseits von Klägerin ein Begehrniß nicht gestellt, anderseits ein Nachweis für die Wichtigkeit ihrer Beschwerde nicht beigebracht worden ist.

(Gwalter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung

der zürch. Rechtspflege. XIV. S. 135 f.)

14. Versuch der Beschränkung eines Ehemannes in Bezug des Frauenvermögens.

M. Schweizer hatte noch während seines Brautstandes dem Vormund seiner Braut die Erklärung ausgestellt, daß er damit einverstanden sei, es solle das Vermögen seiner Braut, gegenwärtiges und künftig auftretendes, auch nach der Verehelichung in der Gemeindeleade von Dietlikon verwahrt bleiben und ohne Einwilligung der Verwandten der Braut nicht herausgegeben werden. In der That übergab mit dieser Auflage der Vormund das Vermögen noch vor Eintritt der Ehe der Gemeindebehörde Dietlikon, welche auch ohne Anstand das Vermögen aufnahm.

Später verlangte aber Schweizer dieses Vermögen von dem Gemeinderath heraus und legte eine Erklärung seiner nunmehrigen Ehefrau bei, wodurch sie bestimmt verlangte, ihr Vermögen sei ihrem Manne aushinzugeben. Der Gemeinderath weigerte die Auslieferung

und rief die Verwandten ins Recht, welche seine Weigerung guthießen, anbei aber erklärten, zum Procesz wollen sie nicht mitwirken.

Die erste Instanz wies den Kläger ab; das Obergericht Zürich dagegen (6. Febr. 1864) verurteilte den Gemeinderath zur Auslieferung, in Erwägung:

1. daß, da die in der Schirmlade Dietlikon liegenden Schuldtitel, deren Herausgabe Kläger begehrt, unbestrittenes Eigenthum der Ehefrau S. sind, Kläger als deren ehelicher Vormund befugt ist, den Besitz und die Verwaltung derselben an sich zu ziehen, sofern nicht nachgewiesen wird, daß seine Rechte als Ehemann aus irgend einem Grunde ausnahmsweise beschränkt seien;

2. daß nun der beklagte Gemeinderath nicht etwa behauptet, daß Grund vorhanden sei, den Kläger in Anwendung von § 154 d. pr. G. von Amts wegen zur Versicherung des Weibergutes anzuhalten, eben so wenig die Ehefrau selbst Fortdauer der Verwahrung jener Schuldtitle in der Schirmlade oder anderweitige Versicherung des Weiberguts verlangt, vielmehr die Bestreitung des Klägerischen Rechtsbegehrens einzig damit begründet wird, daß der gewesene Vormund der Klägerin seiner Zeit bei Uebersendung der Schuldtitel den Gemeinderath Dietlikon dafür verantwortlich gemacht habe, wenn er dieselben ohne Zustimmung der Verwandten der Frau an den Mann herausgeben sollte, und daß nun diese Verwandten ihre Zustimmung verweigern;

3. daß aber auf diese Einsprache der Verwandten der Frau keine Rücksicht zu nehmen ist, da dieselben, nachdem ihnen Streit verkündet worden, zwar das Gesuch, daß die Herausgabe des Vermögens verweigert werden möchte, gestellt, zugleich aber bestimmt erklärt haben, keinen Procesz hierüber führen zu wollen;

4. daß übrigens, auch wenn dieselben sich am Processe betheiligt hätten, ihre Einsprache als unbegründet hätte verworfen werden müssen, da die Erklärung des Klägers vom 20. November 1862, welche, wie Herr H. selbst angibt, ihm als dem Vormunde der Braut des Klägers ausgestellt worden ist und worin Kläger sich damit einverstanden erklärte, daß das Vermögen seiner künftigen Frau in die Schirmlade Dietlikon niedergelegt werde, nur für die Frau selbst, nicht aber für ihre Verwandten Rechte begründete, weshalb, nachdem die Frau eingewilligt hat, dem Kläger die Verwaltung ihres Vermögens anzubauen, nichts darauf ankommt, ob ihre Verwandten dieses billigen oder nicht;

5. daß auch die Zuziehung eines außerordentlichen Vormundes im Sinne von § 147 d. pr. G. nicht erforderlich ist, um der mehrerwähnten Erklärung der Ehefrau Gültigkeit zu verschaffen, da es sich hier nicht um Abtretung eines der Frau zustehenden Rechtes an den Mann, sondern nur um den Verzicht auf eine ausnahmsweise festgesetzte Beschränkung der dem Ehemann an dem Vermögen seiner Frau schon

von Gesetzes wegen zustehenden Befugnisse handelt, wofür eine besondere Verbeiständigung um so weniger als notwendig erscheint, als es ja nach dem Gesetz überhaupt ganz dem freien Willen der Ehefrau ohne Mitwirkung eines Beistandes anheimgestellt ist, ob sie für ihr Weibergut Versicherung verlangen wolle oder nicht, die Bestimmung von § 141 in Verbindung mit § 145 aber, wonach ein Weibergutsversicherungsbrief weder vom Ehemanne noch von der Frau ohne Zustimmung eines außerordentlichen Vormundes veräußert oder verändert werden darf, als eine Beschränkung des Verwaltungsrechts des Mannes nicht auf ähnliche, im Gesetze nicht genannte Fälle ausgedehnt werden darf.

(Gwalter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung
der zürch. Rechtspflege. XIII. S. 462 f.)

15. Gütertrennung wegen mißlicher Vermögenszustände des Ehemannes. Beweis dieser letztern.

Marc Falconnier hatte von seiner Frau Elise geb. Courvoisier als das ihr von ihrem Vater zugefallene Erbe Fr. 20040. 75 erhalten, nicht inbegriffen Mobilier im Werth von Fr. 6669, wovon die Ehefrau Eigentümerin geblieben war. Er geriet in mißliche Vermögensverhältnisse; der Weinhandel, den er mit seinem Vater betrieben hatte, wurde 1863 aufgegeben; Falconnier, Vater, wurde dabei Debitor seines Sohnes für Fr. 9000, geriet aber in Concurs, als er erst Fr. 3000 abgetragen hatte, und seine Creditoren saiserten alles in seinem Vermögen Befindliche, gegen die dann Marc Falconnier Processe anhob. Er selbst mußte vom Mobilier seiner Frau verkaufen, um einige Rechnungen zu bezahlen, die Frau hinwiederum mußte den Mietzins mit Fr. 816. 63 entrichten, für welchen ihr Mobilier arrestiert worden war; es wurden Betreibungen gegen ihn bis zu actes de défaut de biens durchgeführt und ihm sogar Personalarrest für ein versfallenes Billet angedroht. Jetzt verlangte die Ehefrau auf gerichtlichem Wege Gütertrennung. Marc Falconnier trug einfach auf Abweisung dieses Begehrens an, verlangte aber nachträglich noch Aussetzung dieses Processes, bis der von ihm mit den Gläubigern seines Vaters erhobene beendigt sei, und bot ebenfalls nachträglich Beweis darüber an, daß seine finanzielle Verlegenheit, abgesehen vom Concurs seines Vaters, von seiner Ehefrau und seiner Schwiegermutter herrühre, welche letztere noch seine Schuldnerin sei für Summen, die bei Werthung seines jetzigen Vermögens zu seine Aktiven einzubringen seien. Beide Instanzen sprachen gemäß dem Klagesatz der Klägerin unter Verwerfung des verlangten Aussetzens des Processes, weil beide Sachen ganz unabhängig von einander seien,

und der angebotene Beweis zu spät geltend gemacht sei. Die Motive der zweiten Instanz, des Appellations- und Cassationshofes von Waadt (vom 23. Juni 1864) in Bezug auf die Hauptfrage lauten:

Statuant ensuite sur le moyen de réforme qui consiste à dire que ni les faits constants, ni le fait constaté résolu, n'établissent en fait l'état de la faillite ou, subsidiairement, l'état de déconfiture de Marc Falconnier; que la simple mention du mot „déconfiture“ dans les considérants de droit du jugement ne justifie pas une séparation de biens et que, dès lors, le tribunal aurait du se borner à ordonner les mesures conservatoires prescrites à l'art. 1101 du code civil, mesures qui sont censées suffisantes pour les cas où il n'y a ni faillite, ni déconfiture:

Attendu que le tribunal civil a constaté qu'il existe contre Falconnier deux actes de défaut de biens et de plus une citation en contrainte par corps, que le recourant n'a pas critiquée quant au fond;

Qu'il résulte en outre du programme, que Falconnier n'a d'autres ressources que les prétentions litigieuses qu'il fait valoir contre la masse en discussion de son père;

Que ces différents faits paraissent établir d'une manière suffisante l'état d'insolvabilité, soit l'état de déconfiture du recourant;

Que d'ailleurs, pour être au bénéfice de l'art. 1101 du code civil, Falconnier devrait acquérir avec les deniers provenant des biens de sa femme des immeubles, et constituer en faveur de cette dernière un assignat sur les immeubles acquis, ou fournir une caution suffisante, tandis que rien ne constate qu'il offre réellement caution ou qu'il possède un immeuble sur lequel il puisse reconnaître par assignat les biens de sa femme.

(Journal des tribunaux Vaudois, XII [1864], p. 413 ss.)

16. Frauengut eines Gesellschafters im Gesellschaftsconcurs.

Die Ehefrau des Daniel Jenni in Leuggelbach (Glarus) hatte ihm eine bedeutende Summe zugebracht, deren grösster Theil unbestrittenemassen in das Vermögen der Firma Jenni, Wild und Cie. floß, deren Theilhaber der Ehemann war.

Diese Firma fiel in Concurs und ebenso später Dl. Jenni.

Bei Liquidation der Gesellschaftsmasse meldete sich auch die Ehefrau des Daniel Jenni für ihr Frauengut.

Die Pflicht zu Anerkennung dieses Passivpostens wurde von der Massaverwaltung bestritten.

Die erste Instanz bejahte diese Pflicht; die zweite, das Appellationsgericht von Glarus, verneinte sie (31. Mai 1860) in Erwägung:

1. daß es sich im vorliegenden Falle um die grundsätzliche Frage handelt, ob, wenn eine Handelsgesellschaft ins Falliment gerath, die Ehefrau des einzelnen Associé befugt sei, ihre Frauengutsforderung gegenüber der Concursmasse der Gesellschaft geltend zu machen;

2. daß nun die Ehefrau eines Associé ihr Vermögen nicht der Gesellschaft, welche in keinerlei directem Rechtsverhältnisse zu ihr steht, sondern bloß ihrem Ehemanne anvertraut hat, und daher auch nur dieser letztere als ihr Schuldner erscheint, in dessen Concurs sie nach § 211 des Landesbuchs entweder eine privilegierte Forderung für die Hälfte oder eine laufende Forderung für das ganze Frauengut anmelden kann;

3. daß nach heutigem gemeinem Handelsrechte die Privatgläubiger eines Associé auf die Aktiven der Gesellschaft so lange keinen Anspruch machen können, als nicht die Gesellschaftsgläubiger vollständig befriedigt sind.

(Directe Mittheilung.)

17. Frauengut.

Das Erbgesetz von St. Gallen ist eingeleitet durch einige allgemeine Bestimmungen, davon Art. 5 das Vermögensrecht der Ehefrau folgendermaßen beschreibt: „Bei der Notwendigkeit einer Vorhineinbestimmung gesetzlicher Grundätze und vorläufiger Entscheidungsmaßgaben über die Frage, wie es mit dem Eigenthum der Ehegatten nach allfälligen Vor- oder Rückschlag gehalten sein soll, welcher sich während der Ehe ergab, wurde gesetzlich festgestellt, — das Gut, welches das Weib ihrem Manne in die Ehe gebracht, nebst demjenigen, welches ihr während der Ehe zufiel, wird als das Vermögen der Ehefrau betrachtet; alles übrige Gut hingegen wird ohne Rücksicht auf Aeufrung oder Abnahme während der Ehe als Vermögen des Ehemannes angesehen.“

Während der Ehe mit L. St. hatte dessen Ehefrau geborene J. L. von ihrem Schwager J. A. H. eine Liegenschaft mit Fahrniß um Fr. 7000 gekauft. Diese war an den Verkäufer durch Erwerb von L. St., dem Ehemann der J. L., gekommen. J. A. H. hatte die Liegenschaft gar nicht in Besitz genommen, sondern sofort nach deren Zufertigung um denselben Preis übertragen. An seinen Verkäufer, den L. St., war sie durch Theilung mit seinen Geschwistern gekommen, und ihm um Fr. 16,000 zugeschägt worden. Jetzt, nach seinem Tode, hatten, da seine Ehe kinderlos geblieben war, die Geschwister aufs Neue nun nur mit seiner Witwe zu theilen und verlangten, daß diese

Liegenschaft auch in die Theilung gezogen werde. Denn, sagten sie, dieselbe hat die Witwe weder dem Manne in die Ehe gebracht, noch in der Ehe sie ererbt. Vielmehr ist das ganze Geschäft zwischen Erblasser, Schwager und nunmehriger Witwe ein Scheingeschäft und Umgehung des Gesetzes.

Die Witwe und der Schwager unterstützten sich auch im Prozeß wieder. Dieser trat als Intervent auf, sie als Beklagte.

Sie brachte vor: Da die Kläger die formelle Rechtsbeständigkeit ihres Liegenschaftskaufs (vom 9/18. März 1863) als solchen nicht anfechten, so werde ihr die Verantwortung leicht und frage es sich nur noch, ob wirklich der Art. 5 in der Einleitung zum Erbgesetz dem Rechte der Beklagten auf das ausschließliche Eigenthum an den gekauften Liegenschaften und Fahrnissen entgegenstehe. Dem sei aber nicht also. Der allegierte Art. 5 spreche nur im Allgemeinen den Grundsatz aus: Das Eigenthum einer Ehefrau bleibe derselben, während das übrige Gut, ohne Rücksicht auf Vor- oder Rückschläge, als das Vermögen des Ehemanns angesehen werden müsse. Gleichwie nun eine Frau während der Ehe durch Erbfolge für sich erwerben könne, so könne sie auch nach Art. 232 des gleichen Erbgesetzes ex titulo donationis — durch Geschenke erwerben. Nach Art. 235 könne namentlich ein Ehemann seiner Ehehälftte Geschenke machen, welche die Abrechnende bei der Erbtheilung entweder in Natura der Masse anheimstellen oder nach Belieben sich solche zum Vor- aus abziehen lassen könne. Ebenso kommen nach Art. 243 Schenkungen, welche der Erblasser unter Lebenden mache, bei der Berichtigung in keinen Betracht, insofern dieselben nicht zu Gunsten des überlebenden Ehegatten geschehen, welcher allein schuldig sei, solche bei dem verletzten Pflichttheil berichtigten zu lassen. Aus allen diesen Bestimmungen des Erbgesetzes gehe klar hervor, daß eine Ehefrau während der Ehe nicht nur aus dem Titel der Erbfolge, sondern auch in anderer Weise für sich erwerben könne. Wenn endlich nach Art. 49 a des Schuldentriebgesetzes bewegliche Gegenstände jeder Art, die erweislich der Ehefrau eines Schuldners gehören, von der Trieb- schaftung, — und nach Art. 65 lit. e des Concursgesetzes solche Fahrnisse, welche erweislich der Frau eines Falliten gehören, sei es, daß sie dieselben schon in die Ehe gebracht oder während derselben als ihr Eigenthum dem Manne zugebracht hat, von der Concursmasse ausgeschlossen bleiben müssen, — so sei die Annahme um so ungerechtfertigter, daß so erworbenes Frauenvermögen von lachenden Erben rechtlich angesprochen werden dürfe.

Der Intervent trug vor: Sei das Gut nicht im Vermögen der Frau sicher und falle daraus, so müsse es doch dahin zurückfallen, woher es darein gelangt sei, nämlich an ihn. Der Kaufact zwischen ihm und dem Ehemann vom Januar 1863 bestehে jedenfalls zu Recht; über

die Intentionen des Verkäufers beim Kaufgeschäft, seien sie diese oder jene gewesen, habe er seine Ehefrau mit dem Act begünstigen oder nicht begünstigen wollen, habe er Niemanden Rechenschaft zu geben. Auch der Ehefrau des L. St. habe der Käufer J. A. H. die Liegenschaften wieder verkaufen dürfen, denn der Art. 15 des Handänderungsgesetzes verbiete nur Handänderungen zwischen Ehegatten. In concreto habe nun nicht der Ehemann L. St., sondern der Schwager J. A. H. an die Ehefrau L. St.'s, folglich in einer vom Gesetz nicht verbotenen und darum gültigen Weise verkauft. Auf ganz gleiche Weise dürfe auch eine Ehefrau, wenn sie ihren Gatten begünstigen wolle, ihre in die Ehe gebrachten oder während der Ehe ererbten Liegenschaften durch den Ehemann an einen Dritten verkaufen und dann von dem Dritten wieder zurückkaufen lassen, damit sie in das wirkliche Eigenthum des Ehemannes übergehen. Solche indirekte Handänderungen von Liegenschaften seien durch den Art. 15 des Handänderungsgesetzes ebenfalls nicht verboten und fänden in der Praxis häufig statt. In der Weise wie es in concreto geschehen sei, könne also eine Ehefrau Liegenschaften und Fahrniisse des Mannes während der Ehe erwerben und zwar im Hinblick nicht allein auf Art. 5 in der Einleitung zum Erbgesetz — der, wenn er allein stände, es allerdings zweifelhaft mache, — sondern der Art. 227 bis und mit Art. 243 des Erbgesetzes, sowie des Art. 49 a des Schuldentriebs- und Art. 65 e des Concursgesetzes für sich selbst erwerben.

Der erinstanzliche Richter erklärte am 18. März 1863 den Kauf zwischen dem Erblasser und dem Interventen ungültig.

Die zweite Instanz, durch Spruch vom 11. Nov. dess. J., berührte die Gültigkeit der Käufe nicht, sondern trat dem Gesichtspuncke der Klage bei mit folgender Auseinandersetzung:

Da die Kläger es selbst für processualisch zweckmässiger fanden, anstatt die Gültigkeit des fraglichen Kaufacts vom März 1863 anzufechten, lediglich die in diesem Act verzeichneten Liegenschaften und Fahrniisse als Bestandtheile der Verlassenschaft des L. St. sel. zu vindicieren, so musste man den Schwerpunkt des Proesses im Entscheide der Frage erblicken: ob fragliche Kaufsobjecte nach Art. 5 der Einleitung zum Erbgesetz wirklich in die Erbmasse des L. St. sel. zu fallen haben, oder aber nicht? Nachfolgende Betrachtungen leiteten zur Bejahung dieser Rechtsfrage.

Das eheliche Güterverhältniß hängt mit dem Erbrechte innig zusammen. Eine gesetzwidrige Störung des ersten zieht sofort auch ungesehliche Folgen für das letztere nach sich. Der Art. 5 der Einleitung zum Erbgesetz basiert nun das eheliche Güterverhältniß wesentlich auf den Grundsatz der Gütergemeinschaft. Diese war schon vor Erlassung des Erbgesetzes vom 9. Dec. 1808 in den Landestheilen, welche gegenwärtig den Canton St. Gallen bilden, theils po-

stives, theils Gewohnheitsrecht. Das Erbgesetz von 1808 hat in dieser Beziehung nur altes Recht erneuert. Es hat wohlgethan. Die eheliche Gütergemeinschaft hat zumal in einem republikanischen Lande, wo alle Klassen der Bürger beinahe ausschließlich dem Gewerb und Erwerbe angehören, Alles für sich: das gemeinschaftliche, ungetheilte Interesse (Einheit der Person), die Aufmunterung zu dem gemeinschaftlichen Erwerb oder dessen Erhaltung und die Be- seitigung von Streitigkeiten über den Erwerb des einen oder andern Ehegatten.

Aus der Grundbestimmung des Artikels 5 der Einleitung zum Erbgesetz ergeben sich zunächst drei wichtige Folgerungen:

- a. Dass das Vermögen, welches der Frau zur Zeit der Eingehung der Ehe angehört, sowie dasjenige, welches ihr während derselben durch Erbfolge zufällt, in dem Sinn auf den Ehemann übergeht, dass er darüber freies Verfügungrecht hat, jedoch für das Capital verantwortlich bleibt;
- b. dass alles übrige Gut hingegen ohne Rücksicht auf Aeufrung oder Abnahme während der Ehe als das Vermögen des Ehemannes angesehen werden muss, und dass
- c. correlativ für die Schulden, welche die Frau mit ihrem Vermögen in die Ehe gebracht, sowie für diejenigen, die ihr während der Ehe anfallen, der Ehemann in der Weise haftet, dass er während der Dauer des ehelichen Güterverhältnisses allein dafür belangt werden kann.

Diesen klaren und unbestreitbaren Rechtsfolgerungen aus der Grundbestimmung in Art. 5 thun die Art. 227 bis und mit Art. 243, namentlich die Art. 232, 235 und 243 des Erbgesetzes keinen Eintrag. Es sind dieselben vielmehr Ausnahmen von der allgemeinen Regel, welche diese nicht aufheben, sondern im Gegentheil bestätigen. Sie sprechen von Geschenken, welche der eine Ehegatte von dem andern, beziehungsweise die Frau von dem Manne empfängt, und enthalten die Vorschriften, wie bezüglich derselben bei der Erb-Abrechnung oder Erb-Berechtigung diesfalls verfahren werden soll. Diesen, lediglich auf einem liberalen Act — einem unentgeltlichen Titel beruhenden persönlichen Erwerbungen einer Ehefrau, dürfen die von ihr gemachten Erwerbungen auf Grund einer oder entgeltlicher Titel durchaus nicht gleichgestellt werden. Letztere fallen vielmehr ausdrücklich unter die allgemeine Regel der Grundbestimmung von Art. 5, d. h. in die Kategorie „alles übrigen Gutes, welches ohne Rücksicht auf Aeufrung oder Abnahme während der Ehe als das Vermögen des Ehemannes angesehen werden muss.“ So erwerben viele Ehefrauen in unserm Lande durch Krämerei, Handelsgeschäfte u. s. w., die sie unter Einwilligung des Ehemannes persönlich betreiben. Gleichwie nun aber hier der Vorschlag ihres Ge-

schäfts in die gemeinsame Haushaltung fällt, beziehungsweise dem Vermögen des Ehemannes zuwächst, so ist der Ehemann auch verpflichtet, für die Passiven eines solchen Frauengeschäfts zu haften.

(Entscheidungen des Cantonsgerichts und der Cassationsbehörde von St. Gallen im Jahr 1864. S. 1 f.)

18. Missbrauch des überlebenden Elterntheils am Kindervermögen. Sein Verhältniß zu den Rechten des Vormunds der Kinder.

Jakob Voruz zu Moudon starb im April 1860 mit Hinterlassung einer Witwe, Jeannette Voruz, und eines zehnjährigen Sohnes, Heinrich Voruz. Für letztern wurde am 20. April Karl Burnand als Vormund bestellt, der die Verwaltung des Vermögens, das aus einer Eigenschaft und ungefähr Fr. 56000 in Titeln bestand, an sich nahm. Am 18. Nov. 1863 verlangte die Witwe Voruz die Verwaltung des Vermögens ihres Sohnes für sich, wurde aber mit diesem Begehr von Friedensrichter in Moudon und vom Regierungsrath abgewiesen. Nun erhob die Witwe gegen den Vormund Klage und verlangte gerichtliche Anerkennung folgender Sätze: 1. daß sie den Missbrauch am Vermögen ihres Sohnes habe, mithin das Recht des Zinsenbezugs und Fruchtgenusses gemäß Art. 543 und 544 des code civil; 2. daß sie das Sohnesvermögen in ihre Verwaltung zu nehmen berechtigt sei; 3. eventuell, daß der Vormund die Titel beim Friedensrichteramt deponieren müsse, und Klägerin dort die Zinsen beziehen dürfe. Der beklagte Vormund wandte ein, durch das der Witwe in Art. 543 zuerkannte Missbrauchsrecht würden die Rechte und Pflichten des Vogts hinsichtlich der Verwaltung des Vermögens nicht berührt, bot übrigens privatim der Witwe Herausgabe des Vermögens gegen angemessene Caution an.

Beide Instanzen (tribunal civil de Moudon am 4. Oct. 1864 und cour de cassation am 23. Nov. 1864) fanden die in erster Linie gestellten Begehrungen der Klägerin begründet, die zweite mit folgender Motivierung:

Attendu qu'à teneur de l'art. 543 du code civil l'époux survivant a l'usufruit des biens dévolus à ses enfants dans la succession de l'époux décédé, sauf dans les cas prévus aux art. 206 et 207 du même code.

Attendu que la loi n'a pas soumis cet usufruit à des règles spéciales et que, dès lors, les dispositions établies par les art. 365 et suivants du code précité, sur l'usufruit, s'appliquent à l'usufruit de l'époux survivant;

Que d'après les art. 365, 383, 388, 389 et 208 du même code, la veuve Voruz a le droit de jouir directement de l'usufruit que la loi lui accorde sur les biens dévolus à son fils mineur et d'entrer en jouissance des dits biens.

Attendu que l'usufruit est un droit spécial régi par des dispositions spéciales auxquelles les règles générales sur la tutelle ne sauraient déroger;

Qu'ainsi c'est à tort que le recourant allègue que le jugement a méconnu le sens et la portée des articles 214 et suivants du code civil;

Que, d'ailleurs, dans l'espèce, la veuve Voruz n'est point tutrice et que le tuteur conservera toujours les droits que la loi lui confère en cette qualité, pour veiller soit aux intérêts moraux, soit aux intérêts matériels de son pupille, conformément aux dispositions du code civil en matière de tutelle et d'usufruit;

Que spécialement l'usufruitier ne pouvant pas aliéner les biens soumis à l'usufruit, et le remboursement des dettes actives devant être fait au propriétaire représenté dans le cas particulier par son tuteur, les intérêts du mineur Voruz ne se trouvent point menacés par le jugement dont est recours.

(Journal des tribunaux Vaudois, XII [1864], p. 681 ss.)

19. Missbrauch. Umfang.

Das Glarner Landsbuch (von 1852) bestimmt (§ 52) hinsichtlich des ehelichen Güterrechts: Es mögen Ehegatten sich gegenseitig ihr Gut leibdingweise vermachen, daß der überlebende Ehegatte, so lange unverehelicht bleibt, von des Verstorbenen Gut „die Blumen und Zinse“ zu genießen habe, doch „unveränderlich und unangegrissen des Hauptguts“.

Nun vermachte leibdingweise Barth. Knobel seiner Witwe Sybilla geb. Kundert durch Testament vom 9. Juli 1841 sein Vermögen, worin sich auch ein Tuffsteinbruch befand, den die Witwe ausbeutete.

Die Erben des Verstorbenen bestritten ihr das Recht dazu, indem sonst nach völliger Ausbeutung statt eines Grundstückes im Werth von 10 bis 11000 Fr. ein Schutthaufen übrigbleibe, das „Hauptgut“ folglich „angegrissen“ werde, während „Blumen“ nur wiederkehrende natürliche Erzeugnisse, „Zinsen“ rechtlich bedeute.

Die erste Instanz trat dieser Ansicht bei.

Ebenso das Appellationsgericht von Glarus (2. Aug. 1860) nach vorgenommener Expertenuntersuchung über die Frage: ob durch die fortgesetzte Ausbeutung des Tuffsteins auf der Eigenschaft Marglen eine Werthverminderung des Grundstückes resp. Hauptgutes eintrete, in Erwägung:

daß die fragliche Ausbeutung nach der Natur der Sache sowohl, als nach dem Berichte der Gerichtscommission eine Werthverminderung, einen Angriff des betreffenden Grundstückes resp. Hauptgutes in sich schließt.

... (Directe Mittheilung.)

20. Missbrauch. Voransetzung der Sicherstellung.

Das allg. bür. Gesetzbuch von Aargau § 536 bestimmt über die Voraussetzung dieser Sicherung: Hat der Eigentümer zu besorgen, daß ihm durch den Missbrauch des Rechtes Schaden erwachse, so ist er befugt, den Berechtigten zur Sicherheitsleistung anzuhalten, sofern demselben von dem Besteller der Dienstbarkeit diese Verpflichtung nicht ausdrücklich nachgelassen ist.

Diese Sicherheit verlangten nun die Eltern einer Ehefrau, die ihrem Ehemanne Fr. 3300 in die Ehe gebracht hatte, darin aber kinderlos gestorben war. Nach dem aargauischen Erbrecht fiel den Eltern die eine Hälfte des Eingebrachten, die andere Hälfte dem Ehemanne zu, aber auch an der ersten auf Lebenszeit der Missbrauch. Das Verlangen stellten die Eltern erst, als der Schwiegersohn in zweite Ehe treten wollte.

Das Bezirksgericht fand in diesem Schritt an sich einen Grund zu Besorgnis von Missbrauch nicht und wies die Eltern ab.

Die zweite Instanz war über den Grundsatz, daß in diesem Schritt zunächst ein Grund zur Besorgniß nicht liege, einig, verfügte aber die Sicherstellung des Nießbrauchs an Fr. 1650 aus folgenden Gründen:

Es lasse sich freilich nicht verkennen, daß der Passus „hat der Eigenthümer zu besorgen“, verschiedener Deutung Raum gebe; allein bei näherer Betrachtung der rechtlichen Natur der Fruchtniesung und ihres Verhältnisses zum Eigenthum müsse die Auslegung zu Gunsten des Eigenthümers erfolgen, und dies um so mehr, als der Wortlaut des Gesetzes resp. der Sprachgebrauch dieser Auslegung durchaus nicht entgegenstehe. Die Fruchtniesung sei das Recht, eine fremde Sache mit Schonung ihrer Wesenheit zu genießen und sich den Extrat der selben zuzueignen; sie sei diejenige Dienstbarkeit, welche dem Eigenthümer den wesentlichsten Vortheil, den Nutzen, nehme und ihm nichts als ein nacktes, ideelles Recht belasse. Diese große Beschränkung, die der Eigenthümer durch das Recht der Fruchtniesung erleide, die nahe-liegende Gefahr, daß der seinem Besitz entzogene Fruchtniesungs-gegenstand nicht mit derjenigen Schonung benutzt werde, die der Eigenthümer zu beobachten pflege, habe dann aber auch in allen Gesetzbildungen Bestimmungen hervorgerufen, welche den Letztern bei dem ihm verbliebenen Rechte schützen und ihm die Gewissheit verschaffen,

nach Eingang der Dienstbarkeit wieder in den Besitz des vollen Eigenthums zu gelangen. So sei es unbestrittene bedingungslose Regel des gemeinen Rechts, daß der Nutznießer seine Verbindlichkeiten durch Caution zu sichern habe, und es dürfe angenommen werden, daß auch unser Gesetzgeber sich auf diesen, das Eigenthumsrecht schützenden Standpunkt gestellt, um so mehr, als er in seinen allgemeinen Bestimmungen über Dienstbarkeiten den Grundsatz ausspreche, daß die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums und gegen die Dienstbarkeit streite (§ 523). Dieser Betrachtung gemäß könne in § 536 keine andere Tendenz der Gesetzgebung erblickt werden, als diejenige, dem besorgten Eigenthümer die freie Befugniß einzuräumen, vom Nutznießer Sicherheit zu verlangen. Dieser Auffassung stehe der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegen. Der Sprachgebrauch lasse die Ausdrücke „zu besorgen haben“ und „besorgen“ sehr häufig als gleichbedeutend erscheinen, während die von dem Beklagten dem erstern Ausdrucke beigelegte Bedeutung identisch wäre mit dem „Nachweisen der Gefahr“, welche Bedeutung ihm der Sprachgebrauch durchaus nicht einräume und auch der Gesetzgeber selbst ganz anders auszudrücken pflege, wie z. B. in § 60 des A. B. G., wo gesagt werde: „ist das Vermögen der Frau erweislicher Maßen mit Verlust bedroht u. s. w.“ Diese Auslegung gebe endlich allein dem § 536 eine praktisch-wohlthätige Anwendbarkeit. Mit Recht führe in dieser Beziehung die Minderheit des Bezirksgerichts an, daß, falls man dem Eigenthümer die Aufgabe stellen wollte, durch objective Thatsachen seine Sorge zu begründen, er in den meisten Fällen seine Aufgabe erst dann erfüllen könnte, wenn sein Eigenthum bereits Schaden gelitten, eine Bedingung, welche eine weise und gerechte Gesetzgebung nicht gestellt haben könne. Aber selbst bei einer andern, mehr der Anschauung der Beklagten zuneigenden Auslegung der citerierten Gesetzesbestimmung müßte im vorliegenden Falle das Begehr um Sicherheitsleistung grundsätzlich als ein begründetes erklärt werden, weil die Befugniß eines Schadens schon aus der Art des den Gegenstand der Nutznießung bildenden Vermögens folge. Es handle sich nämlich nicht um Vermögen, das in sich selbst und seiner Natur nach Garantien für die wesentliche Erhaltung desselben darbiete, wie z. B. bei einer Liegenschaft, sondern um Vermögen, das in einer Geldsumme und in Fahrhabe, also in beweglichen, verbrauchbaren und leicht vergänglichen Sachen bestehet, bezüglich welcher dem Eigenthümer gar keine Aufsicht möglich und daher die Befugniß, daß ihm durch Missbrauch des Nutzungsberechtigten Schaden erwachsen dürfe, sehr nahe liege. Dieser Erörterung zufolge müßte die beklagtsche Bestreitung der Cautionspflicht als eine grundlose verworfen werden.

(Jahresbericht des Obergerichts des Kt. Aargau vom J. 1864, S. 57 f.)

21. Frauengut im Scheidungsaugenblick.

Heinrich Böllmi von Sissach ehelichte am 6. Nov. 1835 Clisse geb. Käser, welche ein Vermögen von Fr. 3043 a. W. in die Ehe brachte. Am 19. Jan. 1841 wurde diese Ehe definitiv geschieden und hinsichtlich des Vermögens von der Frau bei diesem Anlaß der Antrag gestellt, es möchte ihr das eingebrachte Vermögen zurückstattet werden. Das Urtheil verfügte: „Ist jeder Partei ihr dato eigenthümliches Vermögen mit Ausnahme allfälliger früherer Verpflichtung zugeschert.“ Was auf dieses Urtheil hin der Vormund der Geschiedenen that, erhellst nicht, wohl aber, daß er in den über den geschiedenen Heinrich Böllmi am 13. Oct. 1846 ausgesprochenen Concurs die Forderung für das Fraueneinbringen seiner Pupillin stellte und damit in 5. Classe zu Verlust kam.

Bei Anlaß eines Vermögensanfalls erneuerte nun der Vormund der Geschiedenen gegen den Concursiten den früheren Anspruch, wurde aber vom Bezirksgericht Sissach (7. Aug. 1861) und ebenso vom Obergericht von Basellandschaft (17. Jan. 1862) abgewiesen.

Letzteres erörterte den Fall in folgender Weise: „Nimmt man zu der Interpretation der in Frage kommenden Urtheilsbestimmung: „es ist jeder Partei ihr dato eigenthümliches Vermögen zugeschert,“ hauptsächlich den ganzen verfügenden Theil des Urtheils und nöthigenfalls die Motive, die Stellung und Anträge der Parteien zur Hand, so stellen sich folgende Thatsachen fest: (Folgt eine Erwähnung mehrerer Fakten.)“

Als Hauptgrundsatz nun für Auslegung von Urtheilen ist aufzustellen: Alles, was in einer Klage, worüber rechtskräftig abgeurtheilt erscheint, verlangt, aber nicht zugesprochen, ist ab- und weggesprochen; die Klage, worüber einmal rechtskräftig entschieden, ist verbraucht und nicht wieder anstellbar; die Klagpartei vermag daher einzig aus Scheidungsurtheil zu fordern und frägt es sich: verfügt das Urtheil von 1841 ein Schuldverhältnis, eine Rückerstattungspflicht, wonach der Beklagte der Klägerin die jetzt geforderte Summe zu bezahlen schuldig geworden wäre?

Diese Frage ist sofort des Bestimmtesten zu verneinen; nirgends im Urtheil erscheint der heutige Beklagte verfällt, an heutige Klägerin irgend eine Summe zu bezahlen oder rückzuerstatthen schuldig zu sein; nirgends findet sich ein Wort darin, daß er, der heutige Beklagte, verurtheilt sei, der Klägerin das ihm von ihr eingekehrte Vermögen an dieselbe zurückzuerstatthen. — Die Klagpartei behauptet zwar: dieses Forderungsrecht sei eben inbegriffen, bilde einen Theil oder geradezu das, was unter jenem „dato eigenthümliches Vermögen“ der zu scheidenden oder geschiedenen Ehefrau zu begreifen sei; allein diese Behauptung ist völlig grundlos; durch das Einbringen von Vermögen

in eheliche Gütergemeinschaft, und solche bestand sowohl nach Gesetz, als gemäß Bestimmung speciellen Ehepactes des 2. Oct. 1835 im vollen Sinne des Wortes: „Soll alles von den Hochzeitleuten in die Ehe gekehrte und späterhin errungene und ererbte Vermögen ein gemeinsames Gut sein und heißen“, — durch das einfache Einbringen von Vermögen wird die Ehefrau keineswegs Gläubigerin des Mannes oder dieser Schuldner jener; bei Gütergemeinschaft fließt alles in gemeinschaftliches Vermögen, worüber dem Ehemann die Herrschaft zu steht. Dadurch, daß der Ehefrau eingeräumt ist, gegen Veräußerung von Immobilien gewisse Einsprachen zu machen, daß sie im Fallimentsfalle des Ehemannes nicht für alle Schulden desselben zu haften, sondern ihr Gut vor andern wegnehmen oder vindicieren kann, durch dieses nämlich liegt lange nicht ein Forderungsrecht der Ehefrau am Manne während der Dauer der Ehe vor. Es wäre dieses gegen Sinn und Geist des Instituts der ehelichen Gütergemeinschaft. — Ein Forderungsrecht der Frau an dem Manne war also vor und am Puncte des Scheidungsausspruches keineswegs ein Eigenthum der heutigen Klägerin. Es existierte gar kein solches Forderungsrecht auf Seite der Ehefrau gegen ihren Mann. Mithin konnte es unmöglich inbegriffen sein oder einen Theil bilden des dato, zur Zeit der Scheidung eigenthümlichen Vermögens derselben. Es hätte ein solches durch Scheidungsurtheil neu geschaffen werden müssen, was aber im Geringsten nicht geschehen erscheint.

(Directe Mittheilung.)

22. Aufsechtung des ehelichen Standes eines Kindes und Klage auf Ungültigerklärung der Ehe.

Die Eheleute Rinderknecht wurden am 30. März 1863 getraut. Sie hatten sich um Weihnachten 1862 kennen gelernt. Schon am 9. Juni 1863 erhob der Ehemann beim Pfarramt Klage auf Ungültigerklärung der Ehe, da seine Frau von einem Andern schwanger sei resp. ihn bei Eingehung der Ehe betrogen habe. Am 19. gl. M. fügte er die Strafklage wegen Betruges bei. — Am 19. Juli darauf kam die Ehefrau mit einem Kinde nieder, das der Bezirksarzt als vollständig ausgetragen erklärte.

In der Untersuchung gab die Frau zu, daß sie im October 1862 mit einem Andern sich vergangen habe und daß sie kurze Zeit vor Eingehung der Ehe ihren Stand dem Bräutigam, und zwar selbst ungewiß, verlängnet habe, als er ihr vorhielt, man sage ihr den früheren Umgang mit diesem Manne nach. Der Ehemann seinerseits gab zu, seit Neujahr 1863 mit seiner jetzigen Ehefrau geschlechtlich umgegangen zu sein.

Das Obergericht Zürich verwarf aber beide Klagen des Ehemannes.

A. Die Ablehnung der Vaterschaft, in Erwägung:

1. daß, da das Kind der Beklagten in ihrer Ehe mit dem Kläger geboren ist, nach § 131 d. pr. G. aber durch die Geburt eines Kindes in der Ehe die Rechtsvermutung für den ehelichen Stand begründet wird, dem Kläger der Beweis dafür, daß er nicht Vater des Kindes sei, obliegt, wenn nicht hier die Voraussetzungen zutreffen, unter welchen gemäß § 133 jene Rechtsvermutung aufgehoben wird;

2. daß diese Voraussetzungen nicht vorhanden sind, indem zwar das Kind binnen 180 Tagen seit Vollziehung der Ehe geboren worden ist, dagegen schon deshalb nicht angenommen werden darf, daß Beklagte dem Kläger ihre Schwangerschaft bis nach Vollziehung der Ehe verheimlicht oder wissentlich eine falsche Angabe über die Dauer der Schwangerschaft gemacht habe, weil sie durch rechtskräftiges bezirksgerechtliches Strafurtheil von der Anklage rechtswidriger Täuschung ihres Ehemannes hinsichtlich der Schwangerschaft freigesprochen worden ist (§ 13 des Gesetzes betreffend das Strafverfahren vom 30. Sept. 1852), übrigens Beklagte auch nie zugegeben hat, bei Eingehung der Ehe gewußt zu haben, daß sie von einer andern Mannsperson schwanger sei;

3. daß überdies Kläger vorehelichen Umgang mit der Beklagten zugestanden hat, in welchem Falle gemäß § 133 d. pr. G., auch wenn die dort bezeichneten, die für den ehelichen Stand des Kindes bestehende Vermutung aufhebenden Voraussetzungen vorhanden sind, dieselbe wieder hergestellt wird;

4. daß also Kläger, ungeachtet die Geburt des Kindes binnen 180 Tagen seit Eingehung der Ehe erfolgt ist, den Beweis dafür zu übernehmen hat, daß er nicht Vater des Kindes sei;

5. daß dieser Beweis gemäß § 134 d. pr. G. nicht anders als durch den Nachweis geleistet werden kann, daß er während der Zeitfrist von dreihundert bis auf hundert und achtzig Tage vor der Geburt der Ehefrau nicht beigewohnt habe;

6. daß aus der Bestimmung des § 133 d. pr. G., wonach in Fällen, wo die Rechtsvermutung für den ehelichen Stand des Kindes zunächst aufgehoben ist, diese durch den Nachweis vorehelichen Umgangs aufgehoben wird, als selbstverständlich sich ergibt, daß, wenn, wie im vorliegenden Falle, die Rechtsvermutung überhaupt nicht besteht und überdies vorehelicher Umgang zugestanden ist, in dem den Ehemann treffenden Beweise, daß er seiner Frau nicht beigewohnt habe, auch der Nachweis begriffen ist, daß fleischlicher Umgang auch vor der Ehe nicht stattgefunden habe, so weit die Zeitfrist von 300 bis auf 180 Tage vor der Geburt über den Zeitpunkt der Vollziehung der Ehe zurückreicht, auch wenn angenommen werden darf, es habe der Gesetzgeber bei der in § 134 enthaltenen Bestimmung zunächst nur an ehe-

liche Beiwohnung gedacht und es genüge daher zunächst im Falle, wo die Ehe binnen 180 Tagen vor der Geburt geschlossen worden ist, der Nachweis des Nichtbeiwohnens seit Vollziehung der Ehe;

7. daß nun aber Kläger nicht nur den Beweis, daß er weder später als 300 Tage, noch früher als 180 Tage vor der Geburt des Kindes mit der Beklagten Umgang gepflogen habe, nicht angeboten, sondern die Möglichkeit eines Umgangs mit der Beklagten binnen fraglicher Frist zugegeben hat, indem er nur bestritten hat, daß vor Neujahr 1863 der Umgang stattgefunden habe, während die Geburt des Kindes 200 Tage nach dem 31. December 1862 erfolgt ist;

8. daß die Criminalabtheilung des Obergerichtes in dem lediglich auf die Kostenfrage bezüglichen Urtheile vom 4. November 1863 die über die strafrechtliche Untersuchung erlaufenen Kosten der Beklagten aufgelegt und diese Urtheilsbestimmung mit der Erwägung begründet hat, daß die Untersuchung durch die Beklagte veranlaßt worden sei, weil thatsächlich feststehe, daß sie sich mit dem Kläger verheirathet habe, während sie sich von einem Andern schwanger befunden und dies dem Kläger verneint habe, ungeachtet sie hierüber mindestens im Zweifel habe sein müssen;

9. daß aber die Rechtskraft dieses Urtheils sich nicht auf fragliche Begründung erstreckt, weil schon der bezeichnete Zweifel der Beklagten über den Urheber ihrer Schwangerschaft und die Verschwiegung dieses Zweifels gegenüber dem Kläger bei Eingehung der Ehe das Dispositiv des Urtheils rechtfertigte, ein Entscheid über die Urheberschaft der Schwangerschaft also bei Fällung des Urtheils nicht notwendig war (Ullmer, Civilprozeß, S. 291, Nr. 15), übrigens, wenn selbst rechtskräftig festgestellt wäre, daß nach der gewöhnlichen Beweistheorie ein Anderer als der Kläger die Beklagte geschwängert habe, dies bei gegenwärtiger Entscheidung über den Stand des Kindes deshalb nicht maßgebend sein könnte, weil das Gesetz aus Gründen des öffentlichen Wohles bei vorliegender Streitfrage nur eine bestimmte Art des Beweises zuläßt.

B. Die angebliche Ungültigkeit der Ehe, in Betracht:

10. daß, nachdem Kläger den ihm, um die Einsprache gegen den ehelichen Stand des Kindes zu begründen, abgelegten Beweis, daß Beklagte von einem Dritten schwanger gewesen sei, in der vom Gesetze vorgeschriebenen Weise nicht hat leisten können, es nicht angeht, für diese Behauptung, so weit sie das Begehrren der Auflösung der Ehe rechtfertigen soll, eine andere Art des Beweises zuzulassen, indem dies nicht nur die Fällung eines einen inneren Widerspruch enthaltenden Urtheils zur Folge hätte, sondern auch darüber kein Zweifel sein kann, daß es nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen habe, daß eine Ehe wegen angeblicher vorehelicher Schwangerschaft der Frau durch einen Dritten als ungültig erklärt und dessen ungeachtet das von der

Geschwängerten geborene Kind dem Manne, auf dessen Begehrten die Ehe als ungültig aufgehoben worden ist, als ehelich zugesprochen werde, vielmehr angenommen werden muß, nach dem Sinne des Gesetzes könne, wenn die Ehe aus dem bezeichneten Grunde als ungültig angeschlagen wird, der Beweis für das Zutreffen des Anfechtungsgrundes nur nach Vorschrift des § 134 d. pr. G. geführt werden.

(G. Walter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der Rechts- und Rechtspflege der zürch. Rechtspflege. XIV. S. 39 f.)

23. Pflicht der Kinder zur Unterstützung der Eltern bei deren Verarmung, wieso unbedingt.

Am 20. Aug. 1861 erhob M. Joseph Bouchard, wohnhaft in Besançon, gegen seinen Schwiegersohn Johann Deschewrand, Bergolder zu Chaux-de-Fonds, und seine Tochter Caroline geb. Bouchard, vor Civilgericht La Chaux-de-Fonds eine Klage auf Zahlung einer jährlichen Pension von Fr. 300 in Betracht seines Alters, seiner Blindheit und seiner Armut, die ihm sämmtlich unmöglich machen, sein Brot zu verdienen, eventuell auf Aufnahme in ihre Wohnung und Unterhalt. Die Beklagten weigerten sich unter Berufung darauf, daß die Aufführung ihres Vaters gegen seine Familie ihn dieses Rechts unwürdig gemacht habe; daß sie ihre Mutter seit ihrer Scheidung vom Kläger unterhalten hätten; daß ihre eigene Armut und Krankheit sie außer Stand setzen, die verlangte Pflicht zu erfüllen. Wenn auch das Gesetz solche Ausnahmen nicht anerkenne, so könne es doch unmöglich so angewendet werden, daß es die Immoralität und die Trägheit belohne; ihr Vater habe aber das zugebrachte Gut ihrer Mutter vergauet und alle Pflichten verletzt, welche Recht und Moral ihm gegen seine Familie auflegten.

Das Civilgericht La Chaux-de-Fonds verurteilte die Beklagten,

Considérant que les articles 145, 146, 147, 148 et 150 du code civil sont impératifs; qu'ils ne prévoient point comme moyens libératoires pour l'enfant l'inconduite et l'indignité de ses ascendants, ni la position de dénuement dans laquelle il peut se trouver.

Der Appelhof bestätigte einfach Motiv und Dispositiv am 28. August 1862, in (Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, VI, p. 155 ss.)

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, VI, p. 155 ss.)

24. Schutzbevogtung nach St. Gallischem Rechte.

F. Hager, im Jahre 1860 mit M. Schubiger von Uznach verehelt, ließ sich durch Vertrag vom 19. Januar 1862 von seinen Schwä-

gern Schubiger und Wissmann mit Fr. 20000 um das seiner Ehefrau von ihrem Vater zugefallene Erbe auslösen und unterzog sich dabei der speziellen Bestimmung: „Von diesen Fr. 20000 sollen zwei Posten von Fr. 15404 und Fr. 2500, zusammen Fr. 17904, unter die Obhut und Verwaltung der Mutter, Frau Witwe Schubiger, gestellt und, für so lang dieselbe lebt, auch belassen werden. Die Auskäufer verpflichten sich, davon jährlich den Zins an F. Hager zu entrichten. Nach dem Ableben der Mutter wird diese Summe erst an F. Hager aushinbezahlt.“

Bald aber trat Hager gegen diese Bestimmung flagend auf. Seine Rechtsfrage ging dahin: es sei die Bestimmung des Erbauslösungsvertrages vom 19. Januar 1862, durch welche die Verwaltung von Fr. 15404 auf die Creditbank in Zürich, und Fr. 2500, Guthaben auf Ferd. Labhardt in Basel, der Witwe Schubiger übertragen werden wollte, eine für den Kläger unverbindliche und ungültige, und Kläger zur Selbstverwaltung seines seiner Ehefrau angefallenen Vermögens berechtigt.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht St. Gallen, wies den Kläger ab, da Hager bei Eingehung des Auslösungsvertrages als Mann seines Rechtes gehandelt habe.

Das Kantonsgericht von St. Gallen dagegen hob durch Urteil vom 9. März 1864 den Vertrag auf und bezog sich dabei auf die Artikel 104, 117, 125—127 des Wermundshaftsgesetzes vom 13. Februar 1834, wonach eine Frau für die Rechtsgültigkeit ihrer eigenen Handlungen eines Schutzes bedürfe.

Das Gericht fand, es genüge nicht, daß der Kläger als Mann seines Rechtes erwähnten Vertrag abgeschlossen habe. Nicht nur die verfügende Person, sondern auch die Dinge, über welche man verfüge, müßten verfügbar sein und die Personen, welche man dabei in Anspruch nehme, müßten volle Rechtsfähigkeit besitzen. In dem flagbar gewordenen Vertrage mangelte nun gerade das letztere Requisit. Eine Witwe, welche unter Schutzvogtei stehe, welche ihr eigenes Vermögen nicht selbständig verwalten könne, werde in diesem Vertrag zur Verwalterin eines fremden Vermögens ernannt. Eine solche Vertragsbestimmung sei eine rechtliche Unmöglichkeit dem Wermundshaftsgesetz gegenüber. Dieses Gesetz würde ungerecht, wenn die Rechtsansicht Geltung erhielte, Bevormundete dürften fremdes Vermögen frei verwalten, das ihrige hingegen nicht. Eine Frauensperson könne nun aber ihr eigenes Vermögen nicht frei verwalten, weil sie in ihrer persönlichen Rechtssphäre gesetzlich beschränkt sei. Zur Vermögensverwaltung gehöre nicht bloß das Aufbewahren von Ersparnissen, das Anlegen von Geldern in eine Sparkasse oder auf Pfandtitel, — sie stehe in einem Inbegriff von Rechten und Pflichten, deren Geltendmachung, beziehungsweise Erfüllung eine vollkommen rechtsfähige

Person vorausseze, die als Vermögensverwalter unter eigener Verantwortlichkeit für gute Geschäftsbesorgung Verträge abschließen und die Rechte des Eigenthümers des unter ihrer Verwaltung stehenden Vermögens sowohl gegenüber von Privaten, als von Administrativ- und Gerichtsbehörden gehörig vertreten könne. Solches sei aber einer Frauensperson nach St. Gallischen Gesetzen eben nicht möglich.

Die gegen dieses Urtheil begehrte Cassation wurde wirklich ausgesprochen, aus folgenden Gründen:

„Nach den Bestimmungen des Vormundschaftsgesetzes vom 13. Februar 1834 (Art. 123, 125, 128) und des Nachtrages dazu vom 17. August 1854 (Art. 5 und 15) steht die Frau zwar unter Schutzvogtei; sie ist aber dennoch nur in gewissen speciellen Beziehungen und mit genau bestimmter Begrenzung beschränkten Rechtes, in allem Uebrigen kann sie nach dem Wortlaut des Gesetzes „frei verfügen“. Das Gesetz bezeichnet jene Beschränkungen selbst ausdrücklich als „Ausnahmen“ und betrachtet daher das freie Verfügungrecht als Regel. — Momentlich steht der Frau das vollkommen freie, eigene Verfügungrecht über alles selbst erworbene Gut zu, wenn dieses auch noch so bedeutend wäre.“

Zu diesen Bestimmungen der Gesetze über das Vormundschaftswesen liegt daher kein Grund, daß andere unbedingt rechtsfähige Personen Vermögenstheile, welche ihrer freien Verfügung unterliegen, nicht sollten einer Frau zur Obhut und Verwaltung anvertrauen dürfen und daß, wenn dieses mit klarer Bestimmung eines sonst unbeschränkten Vertrages geschehen ist, der Staat das so durch freien Willen der Beteiligten begründete Rechtsverhältniß als überhaupt ungültig — allgemein unverbindlich und folgenlos — erklären oder aufheben müßte.

Die Annahme des fraglichen, cantonsgerichtlichen Urtheils: „daß mit der Vertragsbestimmung zwischen den Litiganten, durch welche Kläger (nun Impetrat) Hager sich der selbständigen Verwaltung eines Theils von seinem Frauenvermögen begab und denselben seiner Schwiegermutter zur Obhut und Verwaltung übertrug, der Witwe Schubiger eine Rechtsbefugniß eingeräumt sei, welche sie nach den positiven Vorschriften des Vormundschaftsgesetzes gar nicht besitze, — indem nicht Rechte über fremdes Vermögen an Jemand übertragen werden dürfen, welcher nicht frei über eigenes Vermögen verfügen könne“, erscheint daher in directem Widerspruche mit den berührten Bestimmungen der mehrerwähnten Gesetze.

Auf gleiche Weise muß es auch als unrichtig betrachtet werden, daß die fragliche Vertragsbestimmung durchaus unvollziehbar sei. Dieselbe erscheint im Gegentheil als wirklich vollzogen, indem die betreffenden Titel der Witwe Schubiger, wie der dem Impetraten Hager dafür bestellte Empfangschein beweist, behändigt worden sind.“

Allerdings ist diese Übertragung von zwei Vermögenseffecten aus dem väterlichen Erbe der M. Schubiger, verehelichte Hager, in die Obhut und Verwaltung ihrer Mutter keine vollständige Vermögensversicherung und kann die gleiche Folge nicht haben, wie die formliche Schutzbevogtigung im Ganzen oder für einen einzelnen Vermögenstheil; sie bietet einen Schutz für die Erhaltung des betreffenden Vermögens nur so weit, als derselbe in der Privat-Obhut und Verwaltung darüber bei der im Uebrigen belassenen freien Rechtsstellung des Klägers, nun Impetraten Hager, gelegen und nach den Bestimmungen des Schuldentrieb- und Concursgesetzes möglich ist. Sie bildet aber immerhin eine vom Kläger selbst zugestandene Beschränkung in seinem Verfügungsräthe über sein Frauenvermögen, welche nach den ausgehobenen Grundsätzen keineswegs überhaupt unzulässig ist.

Demnach erscheinen durch das recurrirte Urtheil die angeführten Vorschriften des Vormundschaftsgesetzes, indem sie in unrichtiger Anwendung zur Grundlage desselben gemacht wurden, als eingebrochen.“ (Entscheidungen des Cantonsgerichts und der Cassationsbehörde von St. Gallen vom Jahr 1864. S. 5 f. und 31 f.)

25. Verfallzeit eines Rückstandes aus Vormundschaftsrechnung.

Joseph Lichtsteiner, Wirth in Ober..., legte unterm 5. Mai 1847 über die Vermögensverwaltung seiner minderjährigen Elsentin Maria Wetterwald Vogtrechnung ab, welche Vogtrechnung unterm 20. gl. M. vom Gemeinderath genehmigt wurde. Diese Vogtrechnung enthielt folgenden Passus: „auf den Rechnungsgeber an baar 134 Fr. 91 Rp.“

Im Jahre 1863 belangte die inzwischen zur Volljährigkeit gelangte Maria Wetterwald den gewesenen Vogt Lichtsteiner für den öbigen Betrag nebst Zins seit dem 5. Mai 1847, welcher letztere aber die Forderung des gänzlichen bestritt, behauptend, die Forderung sei längstens bezahlt, selbst wenn aber auch dieses nicht der Fall wäre, so wäre ja inzwischen die Klagenverjährung eingetreten.

Beide Instanzen, das Obergericht von Luzern durch Spruch vom 31. December 1863, wiesen diese Einrede ab und verfällten den Beklagten, in Erwägung:

1. daß der Klägerin als bevormundeter Person gegenüber nach § 784 des bürgerl. Gesetzbuchs zusammengehalten mit § 791 eit. Der Ablauf einer zwanzigjährigen Frist zur erlöschenden Verjährung nothwendig ist, vorliegend aber eine solche erst mit dem Jahr 1847 (Rechnungsalagejahr) zu laufen begonnen hat und somit noch nicht beendet ist;
2. daß auch die Bezahlung aus dem Wortlaut des fragl. Passus

der Vogtrechnung vom 20. Mai 1847 „auf den Rechnungsgeber an h^{ier} gar“ keineswegs zu folgern ist, vielmehr diese Ausdrucksweise einzig den Gegensatz zu den in den vorhergehenden Ziffern der Clientin angewiesenen Titeln bildet und im Falle der sofortigen Bezahlung ein die wirkliche Uebergabe andeutender Zusatz zu machen gewesen wäre, endlich auch eine Rechtsvermutung für sofortige Bezahlung in einem solchen Falle im Geseze nirgends ausdrücklich begründet, ja daraus, daß die einzige derartige Rechtsvermutung beim Baar-Kauf um bewegliches Gut ausdrücklich im Geseze (§ 629 bürgerl. Gesetzb.) hervorgehoben ist, für andere Fälle das Gegentheil folgt;

3. daß sodann betreffend die Frage der Verzinslichkeit der somit grundsätzlich festgestellten Schuld — abgesehen von dem nicht bewiesenen Gesichtspunkte einer grundlosen Bereicherung des Beklagten — in erster Linie aus dem § 593 letzten Satz sich ergibt, daß eine Schuld unter anderm auch zinstragend wird vom Augenblicke an, wo sich der Schuldner mit der Zahlung im Verzug befindet;

4. daß ein Verzug nach § 757 eod. — in Abweichung vom französischen und theilweise vom gemeinen Recht — ohne weitere Mahnung dann vorhanden ist, wenn eine schuldige Geldsumme zur Verfallzeit nicht abgetragen wird, Letztere aber abgesehen vom Fall einer vertraglichen Festsetzung auch gesetzlich festgesetzt sein kann und erst im Fall keine Zeit vertraglich oder gesetzlich bestimmt ist, durch die Einforderung eintritt (§ 756 bürgerl. Gesetzbuchs);

5. daß nun, betreffend die Verfallszeit eines Bestands-saldo, allerdings aus den §§ 160, 166 und 169 des bürgerl. Gesetzb. hervorgeht, daß die Vormünder von Gesetzeswegen nach der Rechnungsstellung allfällige von daher in ihren Händen befindliche Capitalien in die Depositalcasse abliefern und jedesfalls beim Austritt aus der Vogtei alle Gelder des Pflegebefohlenen übergeben sollen, in diese Zeit also die gesetzliche Verfallszeit fällt;

6. daß wenn zwar im § 166 des bürgerl. Gesetzbuchs von einer „ersten Aufforderung“ des Gemeinderathes zur Aushändigung die Rede ist, dies im Hinblick auf die bereits citierten Paragraphen nicht den Sinn haben kann, daß erst auf diese Aufforderung die Verfallszeit beginne, vielmehr diese erste Aufforderung bereits als erste Executionsmaßregel und Einleitung strengerer Schritte der folgenden Paragraphen aufzufassen ist;

7. daß, betreffend endlich noch die specielle Fixierung des Verfalltermines, im vorliegenden Falle, wo einerseits nicht Säumigkeit in der Rechnungsstellung, vielmehr in der Ablieferung des Rechnungssaldo klägerischerseits behauptet wird, andererseits zu Gunsten des Beklagten nicht vorliegt, daß er sich über die Vogtrechnungsverhandlung vom 20. Mai 1847 im Sinn des § 159 des bürgerl. Gesetzbuchs zu beschweren hatte, und wo der rechnungsstellende Bestand

zugegebenermaßen der Vogtei entlassen wurde ohne etwaiges Zutreffen des § 168 Absatz I des bürgerl. Gesetzbuchs, endlich kein Tag der Uebergabe von einer Partei angerufen wurde, — in Abweichung von der erinstanzlichen Annahme des Tags der Rechnungsstellung — 5. Mai 1847 — der Tag des genehmigten Rechnungsschlusses — also der 20. Mai 1847 — anzunehmen ist.

(Directe Mittheilung.)

26. Öffentlicher Platz oder Gemeindeeigenthum? Wiefern Servitut möglich an öffentlichem Boden.

Im Sept. 1863 ließ der Gemeinderath von Aigle gegen die Westseite des Hauses von Adrian Beillard und auf den Platz des Petites Halles zu Aigle einen Brunnen zu öffentlichem Gebrauch errichten, dessen zwei Stöcke ein zu ebener Erde am Hause befindliches Fenster einfaßten. Beillard beschwerte sich, daß sein Haus durch Eindringen von Wasser geschädigt werde, was durch einige Expertisen constatirt wurde. Der Gemeinderath bot hierauf an, alle von den Experten nöthig erachteten Arbeiten zur Abhilfe vorzunehmen, weigerte sich aber, den Brunnen wegzuschaffen, da der Platz, worauf er stehe, ein öffentlicher sei, die Gemeinde immer darüber verfügt habe und z. B. am 9. Sept. 1809 dem Vater des Adrian Beillard, Franz Beillard, gegen Bezahlung von Fr. 320 gestattet habe, auf dieser Seite seines Hauses Fenster auszubrechen. Beillard klagte nun auf Entfernung des Brunnens, gestützt auf die erwähnte Convention vom 9. Sept. 1809, wodurch die Gemeinde Aigle sich zugleich gegenüber seinem Vater verpflichtet hatte, die auf dem Platz des Petites Halles befindlichen Hallen wegzunehmen und nie darauf zu bauen. Der Gemeinderath wandte ein, dieses Versprechen des Nichtbauens beziehe sich nur auf neue Hallen, und zudem sei der Platz, der vor 1809 Eigenthum der Gemeinde gewesen sei, seither *domaine public* geworden und könne als solcher gemäß *code civil* art. 342¹⁾ nicht mit einer Servitut belastet sein.

Die erste Instanz (tribunal civil in Aigle) verfällte den Gemeinderath am 19. Mai 1864 zur Entfernung des Brunnens; ebenso die zweite am 18. Aug. 1864. Die Motive derselben richten sich gegen vier Beschwerdepuncte der Recurrenten. Von diesen vier Puncten sind

¹⁾ *Les routes, les rivières, les lacs, les rivages, les ports, et généralement toutes les portions du territoire cantonal qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérées comme des dépendances du domaine public.*

die zwei ersten hier unerheblich, auf die zwei andern giebt das Urtheil folgenden Entschied:

Sur le troisième moyen du recours de la municipalité, motivé sur ce que la place des Petites Halles, devenue partie intégrante du domaine public depuis 1809, se trouverait grevée d'une servitude résultant de l'acte même qui la faisait passer dans le domaine public, d'où il suit que le jugement aurait méconnu les dispositions de l'art. 342 du code civil en admettant que la servitude en faveur de Veillard ait pu continuer à subsister et à grever une dépendance du domaine public:

Considérant que la place en question ayant été grevée d'une servitude alors qu'elle était propriété particulière de la commune n'a pu devenir place publique, destinée à l'usage du public, que dans l'état où elle se trouvait lorsqu'elle a subi cette transformation ou ce changement de destination, puisque l'extinction du droit de servitude ne pouvait résulter de ce seul changement, mais devait être acquise par voie d'expropriation.

La cour rejette ce moyen.

Sur le quatrième moyen, tiré de ce que la convention de 1809 aurait été mal interprétée, puisque par cet acte la municipalité, en s'engageant à enlever et à ôter le toit qui couvrait la place et en renonçant au droit d'y rebâtir, n'aurait point pris l'engagement de la laisser complètement libre et de n'y pas établir de fontaine ou autre objet à l'usage du public; que si même l'établissement actuel de la fontaine était contraire à la convention, le droit d'Adrien Veillard serait de demander une indemnité à la commune et non de requérir l'enlèvement de la fontaine, puisqu'il ne peut avoir un droit réel sur le domaine public:

Considérant que l'acte de 1809 contient renonciation de la commune au droit de rebâtir sur la place et clause portant que cette place doit être *débarrassée*; que cette convention a été exécutée conformément à ses termes, c'est-à-dire que le toit et les dépendances qui y subsistaient alors ont disparu et que l'emplacement s'est trouvé libre et assimilié à la place publique voisine; que, d'un autre côté, le concessionnaire Veillard a payé le prix convenu pour le droit qui lui était concédé;

Considérant que par l'engagement de ne pas rebâtir et de débarrasser la place l'on doit nécessairement entendre qu'il ne pouvait être fait des constructions ou un établissement permanent sur la place des Petites Halles;

Que l'établissement d'une fontaine telle que celle qui existe est contraire à l'engagement susmentionné et que la circonstance que cette fontaine est adhérente au mur de la maison Veillard excède

évidemment le droit qui aurait pu appartenir à la commune même sans cet engagement;

Que, dès lors, Adrien Veillard ne saurait être tenu de souffrir l'empiétement sur ses droits de propriétaire de sa maison et de concessionnaire de la servitude, et de convertir sa prétention en une demande de dommages-intérêts.

Attendu, au surplus, qu'Adrien Veillard ayant acquis par la convention des droits réels sur la propriété communale, possédée alors par la commune d'Aigle à titre privé, ne saurait être limité dans son droit et tenu d'ouvrir une action en dommages-intérêts, mais qu'il a pu agir par voie de revendication.

(Journal des tribunaux Vaudois, XII [1864], p. 521 ss.)

27. Rechte der Anwänder von Straßen bei Abtrennung von Straßen-Areal durch Behörden.

Zwischen Alois Helfenstein, Besitzer der Wirtschaft zum Engel in Luzern und dem Tit. Stadtrathe von Luzern wurde unterm 7. Mai 1863 ein Kaufvertrag abgeschlossen, in Folge welches Ersterer von Letzterem ein Stück Grund und Boden behufs Ermöglichung einer baulichen Erweiterung seines Gasthauses zum Engel und der dazu gehörenden Stallung und Remise erwarb, und wobei alle Verbindlichkeiten, welche hinsichtlich des verkäuflich abgetretenen Grund und Bodens allfällig existierten, dem Käufer Helfenstein überbunden wurden.

Als nun dieser seine im Entwurf liegende Neubaute ausführen wollte, erhob dessen Nachbar und Ansößer, Vincenz Peter, Besitzer der Wirtschaft zum St. Mauriz in Luzern, Einsprüche dagegen und erwirkte unterm 30. Juni 1863 ein richterliches Verbot, worin er verlangte, daß ihm für seine Wirtschaft ein Weg der ehemaligen Litzistrasse entlang nach dem Bruchthor und unter dem Engelbogen hindurch angewiesen werden müsse ic. ic., wogegen aber Alois Helfenstein dem besagten V. Peter nur einen einfachen Ein- und Ausgang zugestehen wollte.

Hieraus entstand ein Servitut- und Baustreit, in welchem Alois Helfenstein als Kläger auftrat.

Durch übergerichtliches Urtheil vom 10. Sept. 1863 wurde das Verbot vom 30. Juni 1863 aufgehoben, jedoch unter folgenden schützenden Bestimmungen zu Gunsten des Beklagten V. Peter: „Es habe aber der Kläger, neben dem von ihm dem Beklagten zugestandenen Ein- und Ausgang den letztern in gerader Richtung von dem Gitter des Hofs weg gegen den Stall der Wirtschaft zum St. Mauriz mit leeren Pferden (ohne Fuhrwerk) und mit gefangenem Vieh überhaupt durchpassieren zu lassen. Mit Fuhrwerk ist ihm nur das Hineinfahren

mit dem zu seinem Bedarf nöthigen Futter und Streue und das Hin-ausführen des Stallmistes gestattet.“

Die Erwägungen gingen dahin: 1. daß ein urkundliches Recht für Ausübung einer Servitut nicht vorliegt, indem keine der produzierten Urkunden von einer solchen Servitut spricht und es sich also nur fragt, ob Beklagter auf anderweitige Gründe gestützt eine Berechtigung in Anspruch nehmen könne; 2. daß wenn auch auf öffentliche Sachen durch Verjährung eine Servitut nicht erworben werden kann (§ 778 des bürgerl. Gesetzbuchs), denn doch der Besitzer eines an eine öffentliche Straße oder Weg anstoßenden Gebäudes, wenn die Straße auf Anordnung der competenten Behörde verlegt wird, immerhin fordern kann, daß ihm ein Aus- und Eingang, so weit er ihm für Benutzung des Gebäudes unumgänglich nöthig ist, verschafft werde;

3. daß in Folge des zwischen dem Stadtrathe und dem Kläger Helfenstein unterm 7. Mai 1863 abgeschlossenen Vertrags alle Verbindlichkeiten, welche hinsichtlich des verkäuflich abgetretenen Grund und Bodens allfällige existierten, auf den Kläger übergegangen sind; 4. daß, um seinen Stall benutzen zu können, der Besitzer der Wirthschaft zum St. Mauriz unumgänglich nöthig hat; 5. daß, um seinen Stall benutzen zu können, der Besitzer der Wirthschaft zum St. Mauriz unumgänglich nöthig hat; 6. daß sodann eine Berechtigung, mit Fuhrwerken in den Hof der Engelwirthschaft einzufahren, nicht einzuräumen ist, indem die Wirthschaft zum St. Mauriz keine Remise besitzt und die Fuhrwerke daher, soweit es polizeiliche Vorschriften zulassen, auf öffentlichem Platze aufzustellen sind.

(Directe Mittheilung.)

28. Miteigenthum.

Marianne Oswald geb. Müller und ihr Sohn, Zigerhändler Franz Oswald in Näfels, besaßen gemeinsam, jedoch in getrennten Theilen mit Maurermeister Gallati ein Haus. Eines der Zimmer des Oswald'schen Antheils verwendeten die Eigentümer zum „Einschlagen“ von Ziger (Einstampfen des Zigermehles in die dafür bestimmten Formen). Da diese Arbeit eine ziemliche und häufige Erschütterung hervorbringt und noch überdies unmittelbar über dem Schlafgemach des Miteigentümers stattfand, so lagte, jedoch erst nach Duldung während 37 Jahren, der Miteigentümer Gallati auf ein Verbot dieser Arbeit.

Beide Instanzen wiesen ihn aber ab, das Appellationsgericht von Glarus am 18. Sept. 1862, in Erwägung:

1. daß nach gemeinem Rechte jeder Eigentümer befugt ist, sein Eigenthum für die Betreibung eines beliebigen Berufes oder Gewer-

bes zu benützen, soferne dadurch das Eigenthum eines Andern nicht geschädigt oder gefährdet wird;

2. daß nun der Augenschein hinlänglich gezeigt hat, daß im vorliegenden Falle eine derartige Beschädigung oder Gefährdung des Eigenthums des Appellanten nicht stattfindet, dagegen die größere oder geringere Annehmlichkeit und Ungestörtheit der Benutzung der Behausung nicht entscheiden kann.

(*Directe Mittheilung.*)

29. Ungetheiltes Gut von Brüdern. Liquidation desselben im Concuse eines Bruders.

Verpfändung eines ideellen Anteils und Liquidation dieses Pfandrechts.

Die Gebrüder Ludwig, Karl und Friedrich Brächer zu Neuenburg und ihre Nichte Marie Luise Brächer hatten nach dem Tode ihrer Eltern am 30. März 1850 die Uebereinkunft getroffen, daß mit Ausnahme des Mobiliars und des Kellers das ganze Vermögen ungetheilt bleiben und durch einen von ihnen verwaltet werden solle, der die Einkünfte zur Abtragung der Erbschaftsschulden zu verwenden habe. Dieser Zustand dauerte fort, bis Ludwig Brächer in Concurs gerieth, in welchem die drei andern die Eingabe machten, daß vor jeder Veränderung und Collocation die Theilung der elterlichen Erbschaft bewirkt werden solle, damit der Theil des Falliten nach Abzug aller darauf fallenden Erbschaftsschulden liquidiert werden oder, falls sich ein Passivsaldo ergebe, dieser in die Passiven der Massa eingebracht werden könne, um in dem ihm gebührenden Masse bezahlt zu werden. Die Gläubiger des Falliten widersezten sich diesem Begehr. Zugleich meldeten J. L. Petitpierre, J. Müller und K. F. Geissbühler Hypothecarforderungen an Ludwig Brächer an, die ihnen an seinem Viertel der ungetheilten Liegenschaft constituiert worden waren, und verlangten, daß dieser Viertel ihnen ausschließlich zu gut komme vor allen andern Erbschafts- und Massagläubigern, wogegen sowohl die Miterben als die Massa des Falliten Widerspruch erhoben.

Der Widerspruch der Gläubiger gegen die von den Miterben verlangte vorweg vorzunehmende Liquidation der Erbschaft gründete sich darauf, daß dadurch ein Privileg zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger gegenüber denen des Falliten geschaffen würde; das sei nicht zulässig, indem die Massa der Eltern Brächer völlig umgewandelt worden sei durch Zahlung von Schulden und Eingehung neuer; man könne nicht gewisse Schulden des Falliten mit gewissen Vermögensstücken desselben bezahlen, da die Massa der Eltern und die des Soh-

nes durch das Metherbrecht confundiert worden seien. Die Miterben Bracher behaupteten dagegen, daß die Erbmasse immersort als solche fortbestanden habe trotz den durch die Abzahlung der Schulden eingetretenen Modificationen.

Gegen das Begehren der genannten Hypothecargläubiger machten die Miterben geltend, daß die Eigenschaft immer noch einen Theil der Erbmasse bilde und der Anteil des Falliten daran erst nach der Theilung sich bestimmen lasse. Der Fallit habe mithin nicht mehr verpfänden können, als ihm nach vollständiger Liquidation der Eigenschaft zugekommen wäre; würden daher die Eigenschaftsschulden den ganzen Werth der Eigenschaft aufzehren, so könne auch die Verpfändung nicht geltend gemacht werden, und es müßten somit diese Hypothecargläubiger die Liquidation der Eigenschaft vorausgehen lassen.

Beide Instanzen entschieden zu Gunsten der Miterben, die zweite (5. Juni 1861) unter Bestätigung der Motive der ersten, des tribunal civil von Neuchâtel als Concursgerichts. In der ersten Frage sagen die Motive der cour d'appel:

Considérant en droit: Que, malgré les modifications que le passif de la masse indivise a pu subir, cette masse a continué de subsister dans l'indivision, entre les membres de l'hoirie Bracher;

Que l'inscription faite sous N° 12, par trois des cohéritiers indivis, ne réclame que l'application des principes de la Loi et de la coutume, en matière de partage des biens d'une hoirie demeurée dans l'indivision;

Que l'application de ces principes peut être invoquée contre la masse en faillite de Louis Bracher, comme elle aurait pu l'être contre ce dernier lui-même;

Que, toutefois, les créanciers opposants ont qualité pour intervenir dans les opérations du partage de cette indivision, dans le but d'en apprécier et d'en faire déterminer les éléments.

In der zweiten Frage hat die erste Instanz motiviert:

Considérant que, lorsque l'immeuble fut hypothéqué aux inscrivants, il était encore en indivision entre les héritiers Bracher;

Considérant que les cohéritiers d'une succession sont tous conjointement propriétaires des biens meubles et immeubles qui la composent, et qu'aucun n'a la propriété exclusive de tel ou tel bien, état de chose qui subsiste jusqu'au partage;

Considérant que la condition dont dépend la validité de ces hypothèques devant demeurer suspendue jusqu'au partage, ce n'est que lorsqu'il aura eu lieu que l'on pourra se prononcer sur la nature et l'étendue des droits hypothécaires des inscrivants;

Considérant qu'en hypothéquant aux inscrivants sa part indivise, soit le quart de l'immeuble de la succession, le citoyen Louis

Bracher n'a pu leur transférer plus de droits qu'il n'en avait lui-même.

Par ces motifs: ~~l'absence de construction avec son fils~~ il a été déclaré:

Prononce qu'elles ne pourront porter que sur la part d'immeuble, qui sera, cas échéant, attribuée au citoyen Louis Bracher dans le partage auquel il devra être procédé conformément aux règles établies.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, V, p. 426 ss.)

~~l'absence de construction avec son fils~~ il a été déclaré:

30. **Baumeigenthum.** ~~l'absence de construction avec son fils~~ il a été déclaré:

Rathsherr Christoph Tschudi in Mollis war Eigentümer der Alp Hinter-Reichisau im St. Glarus; der Tagwen Ennenda und vor ihm die gemeine Kirche Glarus Eigentümer der sämtlichen in den Läntsch, Seerüti und beiden Alpthalern gelegenen Waldungen. Im Jahr 1802 und 1803 verkaufte die Kirche einen Theil derselben, nemlich den Schadenbannwald, an den Eigentümer der Alp Hinter-Reichisau.

Eine Urkunde vom 16. Oct. 1834 bringt mit sich, daß der Tagwen Ennenda ausdrücklich als Eigentümer alles Holzes erklärt wird, das innerhalb der Neutrechtlagen gestanden oder seither gewachsen oder noch aufwachsen werde, dagegen der Eigentümer der Alp Hinter-Reichisau das Recht habe, von ihm gerecktes Holz zu Zwecken der Alp zu verwenden. ~~l'absence de construction avec son fils~~ il a été déclaré:

Dieser letztere verlangte aber in gleichen Grenzen auch den Ahorn (die Ahornbäume) und führte für seinen Anspruch an, daß Bäume und Augenschein die Thatsache darthun, es bilden die in Frage stehenden im Neuterecht und in den alten Weiteten von Hinter-Reichisau befindlichen Ahornbäume einen Bestandtheil der Alp bezw. auch der zu derselben gehörenden Berge und seien für die Benutzung derselben absolutes Bedürfniß, ferner daß der Besitzer von Hinter-Reichisau am Ahorn anerkanntmasse und von ältesten Zeiten und Denken her ungesperrt und ungewehrt Streue und Holz für die Berge nutze und endlich, daß der Ahorn nie angetastet worden, während dieselben, welche sich des Hochwaldes in der Alp Hinter-Reichisau bedient haben, immer nur Tannbäume anzueichneten und schlügen, wie denn überhaupt der Wald in dieser Gegend ganz zusammengehauen worden sei. Ferner: die Urkunde vom 16. Oct. 1834 könne keinen Anspruch für den Gegner bilden, da über Holzhau im Neuterecht und in den alten Weiteten dem Tagwen keine Rechte, sondern einzige und allein nur den Inhabern des Neutrechtes, resp. dem Alpeigentümer die Ausübung des Holzhaues zustehe, in vorliegendem Falle dieses Recht nicht bloß durchs Gesetz von 1837, sondern ausdrücklich durch die Urkunde von 1833 und 1834 dem Besitzer der Alp Hinter-Reichisau und der dazu

gehörigen Berge gesichert, und durch die gleiche Urkunde der jeweilige Besitzer der mehrbenannten Liegenschaften ausdrücklich als Eigenthümer des von ihm wegzurentenden kleinern und größern Holzes anerkannt sei, mit der einzigen Beschränkung, daß das Holz nur für die Alp und die Berge benutzt und verwendet werden dürfe und überdies durch Art. 10 der 1856 ger. Urkunde diese Rechte vollständig gewährt seien.

Diesen Anspruch bestritt aber der Eigenthümer, da Titel nicht dafür vorlagen. Die Schonung des Ahorns könne eben so gut seinen, des Eigenthümers, Ansprüchen, als denen des Klägers, gelten, erkläre sich aber schon ganz einfach darans, daß Tannholz leichter zu bearbeiten sei. Die Streuennutzung habe der Ansprecher nicht als eine dingliche Last auf dem Wald erwiesen und noch weniger folge, auch wenn dies geschehen wäre, aus dieser Nutzung am Ahorn auch das Recht zur Verfügung über den Baum selbst.

Das Appellationsgericht von Glarus erklärte auch wirklich durch Urtheil vom 11. und 12. Jan. 1862, theilweise im Widerspruch mit der ersten Instanz, den Tagwen Ennenda als Eigenthümer des in den offenen Weiteten der Alp Hinter-Reichisau sich befindlichen, beziehungsweise vor dem Jahr 1856 daselbst gestandenen Ahorns; den Alpbesitzer dagegen als Eigenthümer des daselbst seither aufgewachsenen und künftig aufwachsenden Holzes im Sinne der Uebereinkunft vom 15. Juli 1856, gestattete aber dem Tagwen nur, in dem streitigen Gebiet Ahorne zu schlagen, wenn sie alt und abgehend seien und keinen erheblichen Streuertrag mehr liefern, stellte aber hinwiederum die Ausübung des Reuterechtes dem Eigenthümer der Alp Hinter-Reichisau in sein Ermessens, Alles in Betracht:

1. daß in Bezug auf die Ahornbäume der Art. 10 der Uebereinkunft vom 15. Juli 1856 nur die Bestimmung enthält, daß es gänzlich bei den bisherigen Rechten verbleibe, demnach für die Eigenthumsfrage der Lagenbrief vom 16. Oct. 1834 entscheidend ist, nach welchem das Holz in den alten Weiteten dem Tagwen Ennenda gehört, dem Alpbesitzer jedoch vorbehalten bleibt, zur Offenbehaltung aller alten Weiteten Holz hinweg zu reutzen und alsdann zu seinen Händen zu nehmen und für Bedürfnisse der Alp zu verwenden;
2. daß indessen, wenn auch der Tagwen Ennenda als Eigenthümer der fraglichen Ahornbäume erscheint, sein Dispositionsrecht gleichwohl nur als ein beschränktes betrachtet werden kann, indem nach seinem ausdrücklichen Bjugeständnisse der Besitzer der Alp Hinter-Reichisau von jeher sowohl die Laubstreue als auch das Abholz von den Ahorn ungehindert bezogen hat, somit ohne Zweifel ein erworbenes Recht an diesen Nutzungen besitzt, welches durch gänzliche Wegschaffung der Bäume seinen Gegenstand verlieren würde;
3. daß auch der schon angerufene Art. 10 der Uebereinkunft vom

15. Juli 1856 eine nachträgliche Verständigung der Parteien über die Ahornbäume vorbehält, wodurch die einseitige Wegschaffung derselben durch den Tagwen Ennenda ohne vorherige Einigung mit dem Alpbesitzer ausgeschlossen ist.

(*Directe Mittheilung.*)

31. Eigenthumsklage auf einen Ersparniscassaschein.

Die Klägerin Caroline Balmer von Entlebuch (Cantons Luzern) reclamierte als Eigenthum aus der Erbmassa ihres im December 1861 in Sursee verstorbenen Bruders Alois Balmer von Entlebuch einen mit Nr. 2460 bezeichneten, 800 Fr. haltenden solothurnischen Cantonal-Ersparniscassaschein, welcher auf ihren Namen lautete, aber im Besitz ihres obenannten verstorbenen Bruders Alois Balmer sich vorgefunden hatte.

Die Beklagte, Witwe Magdalena Balmer geb. Hofstetter — Frau des Erblassers — bestritt für ihren Theil die Reclamation der Klägerin und beanspruchte den betreffenden Biertheil von fraglichem Guthaben als Eigenthum ihres verstorbenen Ehemannes für sich als Erbportion; während die übrigen Erben Balmers für die ihnen betreffenden drei Biertheile fraglichen Cassaguthabens gegen die Reclamation der Klägerin keine Einsprache erhoben.

In diesem Processe wurde vom Bezirksgericht Sursee unterm 14. August 1863 erstinstanzlich zu Gunsten der Klägerin geurtheilt.

Das Obergericht Luzern hat unterm 10. December 1863 das erstinstanzliche Urtheil bestätigt, in Erwagung:

1. daß vorliegender Streit, wenn auch unter sachenrechtlichen Formen geführt, in der That und Wahrheit um die obligationenrechtliche Frage sich dreht, wer von den beiden Litiganten der berechtigte Gläubiger ist zu dem streitigen Biertheil des von der Solothurner Cantonal-Ersparniscassa auf das Quittungsbüchlein Nr. 2460 anerkanntermaßen schuldigen Capitals von 800 Fr.;

2. daß zum Entscheid dieser Frage vor Allem die rechtliche Natur des fraglichen Cassabüchleins zu prüfen ist, indem, wenn dasselbe einen gewöhnlichen Schuldtitle bildet, derjenige, auf dessen Namen es lautet, einen vollen Urkundenbeweis für seine Gläubigerqualität hat und dem bloßen Besitzer der directe Gegenbeweis obliegt; während, wenn der vorliegende Cassaschein, wie die Beklagte behauptet, ein eigentliches Inhaberpapier ist, die Rechtsvermutung für den Erblasser als Besitzer spricht, und der Klägerin die Last des Gegenbeweises, ohne daß ihr hiebei das Quittungsbüchlein zu Statten käme, obliegt;

z. B. daß nun vorliegendes Sparcassabüchlein nicht als eigentliches Inhaberpapier angesehen werden kann, indem das darin enthaltene Schuldbekenntniß nicht jedem Inhaber, sondern einer bestimmten Person gemacht ist, auch die Statuten derartiger Sparcassen die genaue Eintragung des Namens des Einlegers resp. dessenigen, für welchen die Einlage geschieht, in das betreffende Buch bestimmt vorschreiben, Rückzahlungen an den bloßen Vorzeiger des Büchleins — wenn auch letzteres in der Regel für genügend erachtet werden mag — doch nicht unverweigerlich gefordert werden können, und an dieser Anschauung die in Statuten oder Praxis vor kommende Bestimmung, wonach Rückzahlungen nur an den Vorzeiger der Quittungsbücher geleistet werden sollen, und wohl auch, daß nicht bei jeder Rückzahlungsforderung unter allen Umständen, um sicher zu zahlen, eine besondere Nachforschung darüber angestellt werden müsse, ob der Vorzeiger auch wahrer Gläubiger sei, um so weniger etwas zu ändern vermag, als das Erstere laut ausdrücklicher Gesetzesvorschrift des § 762 des bürgerl. Gesetzbuchs für alle Schuldurkunden gilt, und als letzteres Verfahren nur die Legitimation zum Incasso betrifft und zwar bloß im Interesse der Sicherheit und leichter Verwaltung der Anstalt;

4. daß mithin Klägerin durch das zu ihren Gunsten lautende Quittungsbüchlein einen vollen Urkundenbeweis für ihre wahre Gläubigerqualität geleistet hat und die von der Beklagten für sich angeführten Umstände nur unter dem Gesichtspunkt eines gelungenen Ge genbeweises zu prüfen sind;

5. daß nun allerdings folgende Umstände zu Gunsten der Beklagten sprechen:

a. der Erblasser der Beklagten hat seit 1854 von fraglichem Cassa guthaben bis zum Ableben den Zins bezogen;

b. derselbe hat sogar die Einlagen besorgt;

c. es geschah die erste Einlage bereits den 31. Dec. 1844, während die Carolina Balmer erst einige Jahre später neben ihrem Bruder in Solothurn in Dienst trat;

d. sind einzelne Zulagen laut Cassabüchlein für eine Dienstmagd unverhältnismäßig hoch, so die vom 30. Juni 1847 im Betrag von 164 Fr. 85 Cts., den 30. Juni 1849 von 283 Fr. 70 Cts., den 30. Juni 1852 ein Betrag von 214 Fr. 30 Cts.;

e. hat die Carolina Balmer laut einem produzierten Büchlein Guts haben bei der Solothurner Stadt-Ersparniscassa angelegt, wo die Einlagen jeweils 10—20 Fr. betragen;

f. hat sich laut Aussage der Sparcassa-Angestellten in Solothurn allgemein der Missbrauch eingeschlichen, daß derjenige, welcher schon 800 Fr. eingelagert hat, weitere Einlagen auf andere Namen einzuschreiben läßt, weil höhere Summen nur zu 3½ resp. 3% statt zu 4% verzinst werden. Nun waren vom Erblasser nicht

bloß auf seinen Namen, sondern auch auf den seines Bruders bereits Einlagen gemacht; g. endlich befand sich Alois Balmer im Besitz des fraglichen Cassabüchleins;

6. daß aber alle diese Umstände einen bloßen Indicienbeweis bilden, den für sich alleinstehend die Beweistheorie des Luzernischen Civilprocesses nicht kennt, und selbst diesen Indicien allerdings auch wieder Gegenindicien zu Gunsten der Carolina Balmer gegenüberstehen; unter Anderm

- a. der Umstand, daß erwiesenermaßen Alois Balmer die Geschäfte seiner Schwester besorgte und gleichsam ihren Beistand mache;
- b. laut Deposition der Frau Schreiber geb. Stirnimann bezog Alois Balmer für seine Schwester bei verschiedenen Herrschaften den Lohn und legte ihn für sie in die Cantonal-Sparcassa in Solothurn, damit sie ihn — wie er sagte — nicht „verplempere“, womit die Depositionen der Frl. Louise Lanzano über die gleichlautenden Gröfungen der damals in ihrem Dienste befindlichen Carolina Balmer übereinstimmen;
- c. erhielt Carolina Balmer nebst einem Jahrlohn von 20—30 Kronen bei einzelnen Herrschaften sehr viele Trinkgelder (Antw. 2 Frl. Lanzano), während dieselbe sehr wenig brauchte (Antw. 8 Frl. Lanzano und Antw. 15. Gegenanstatzen der Frau Schreiber);
- d. fanden die Einlagen in die Stadt-Sparcassa erst statt, als laut Einträgen in fraglichem Büchlein diejenigen bei der Cantonal-Sparcassa aufhörten;
- e. schaffte Alois Balmer seiner Schwester die nöthigen Kleider an, was nebst Lemma 1. den Zinsenbezug nicht auffällig erscheinen läßt;

7. daß nach diesem der Gegenbeweis der Beklagten, nicht als Auslegungen kann angesehen werden,

„... nach dem Muster der Befragung“ (Directe Mittheilung).

32. Tradition?

J. A. Kappeler, niedergelassen auf Gädmen, Gemeinde Tablat (St. Gallen), schuldete an J. Aerni in der Josrüti daselbst aus einem seit 1859 fortgesetzten Wechsel- und Geldverkehr mehrere Tausend Franken. Am 8. Januar 1863 verkaufte er demselben dann sein sämmtliches, von Alt-Hauptmann Kellenberger in Hesden angekauftes, in Oberegg, St. Appenzell A. Rh. liegendes Bau- und Blochholz, nebst allen in Grauenstein noch befindlichen Stöcken um Fr. 4200, wogegen Aerni sich verpflichtete, eine Schuldrestanz an Kellenberger zu entrichten, was er auch später that.

Am 18. Mai gl. J. brach über Kappeler der Concurs aus.

Gegenüber der Vindication des Aerni verweigerte nun die Debitmasse des Kappeler die Ablieferung des Holzes in Oberegg. Sie stützte sich dafür auf Art. 100 des Schuldentriebgesetzes vom 17. Aug. 1854. Dieser sagt:

„Alle Schuldverschreibungen auf bewegliche Gegenstände, welche „nicht in die Hand des Gläubigers übergehen, sondern in derjenigen „des Schuldners verbleiben, haben keine rechtliche Gültigkeit, unter „was immer für einer Vertragsform dieselben verfaßt sein mögen.“ Behauptete Kläger Uebergang in seinen Besitz, so habe er den Beweis für das Factum zu leisten.

Die erste Instanz billigte diese Gesetzesauslegung.

Die zweite dagegen (durch Urtheil vom 2. Oct. 1864) verwarf dieselbe, mit folgender Auseinandersetzung:

Wer geschlagenes oder aufgemachtes Holz, z. B. Bauholz, Blöcher, Brennholz, Stöcke, Büschele u. dgl. in größern Quantitäten an einen Dritten verkauft, stellt solches dem Käufer häufig in dem Walde — auf den Plätzen, wo dasselbe geschlagen, gesägt und aufgemacht wurde, zur Verfügung. Damit geht das Kaufobject in den Besitz des Käufers über. Der Käufer ist theils nicht immer in dem Fall, dasselbe sofort zu verwenden oder wieder zu veräußern, theils muß er schon aus transportlichen oder forstpolizeilichen Rücksichten die günstige Zeit zur Abfuhr abwarten. Aus der auf diese und ähnliche Motive gestützten nicht sofortigen, sondern späteren Abfuhr des Holzes durch den Käufer den Schluß ziehen, das verkaufta Holz sei im Besitz des Verkäufers verblieben (der Art. 100 spricht ausdrücklich vom „Verbleiben“) und der ganze Kaufact somit ungültig, hieße dem Art. 100 des Schuldentriebgesetzes eine Auslegung und Anwendung geben, welche nicht im Sinne des Gesetzgebers liegen könnte. Bewegliche Sachen sollen nach unserm Gesetze allerdings in der Regel von Hand zu Hand übergeben werden. Die Uebergabe derselben kann jedoch auch durch andere Handlungen erfolgen, durch welche die Absicht der Contrahenten deutlich an den Tag gegeben wird und die Sache in die Gewalt des Uebernehmers kommt, z. B. durch Uebergabe der Schlüssel zu den Behältnissen, in welchen die Sachen eingeschlossen sind, oder der Plätze, auf welchen sich z. B. geschlagenes Holz befindet, oder überhaupt durch eine solche Bezeichnung der Sache, an welcher unzweideutig erkannt werden kann, daß sie den Eigenthümer geändert habe.

Es ist im concreten Falle demnach anzunehmen, das fragliche Holz sei nach Abschluß des bezüglichen Kaufvertrags in den wirklichen rechtlichen Besitz des Käufers Aerni übergegangen und nicht diesem als rechtlichem Besitzer, sondern der Debitmasse des Kappeler würde der Nachweis obgelegen haben, daß unter den thatfächlichen Verhältnissen, wie sie obgewaltet, die Verkaufsobjecte ausnahmsweise im Besitz des

Verkäufers zurückgeblieben seien. Dieses um so entschiedener, als das fragliche Holz nicht auf dem Grund und Boden des Verkäufers, sondern eines Drittmanns lag und als überdies die beklagfische Debitmasse nicht zu behaupten wagte, daß Cridar Kappeler, je nach dem Holzverkaufe, so oder anders über das Verkaufsobject verfügt habe, diese vielmehr die Thatsache wahr lassen müste, daß der Kläger Aerni von zuständiger Amtsstelle im Besitz des Holzes geschützt worden sei, ohne daß von ihrer (der Debitmasse) Seite gegen den Besitzschutz an höhere Stelle recurriert worden wäre. Eine der eben entwickelten entgegengesetzte Rechtsansicht hätte folgerichtig dahin führen müssen, daß auch Kappeler, beziehungswise die Debitmasse niemals in das Eigenthum und den Besitz des fraglichen Holzes gelangt sei, indem Kellenberger, von welchem Kappeler dasselbe unterm 8. März 1862 kaufte, ihm das Holz auf den gleichen Pläzen zur Verfügung stellte, ohne daß auch er (Kappeler) dasselbe von jenen Pläzen abgeführt und wirklich zu Handen genommen hat.

Da in dieser Sache der Sinn eines Gesetzes gegenüber seinem Wortlaut zweifelhaft wurde, so begehrte die Debitmasse Cassation des Spruches, die aber verweigert ward.

Betreff des Art. 100 im citierten Gesetz. Nach der Natur der Sache lag der Beweis dafür, daß die Verkaufsobjecte in Kappelers Besitz zurückgeblieben seien, der Debitmasse ob. Der Art. 100 im Schuld-betreibungsgesetz redet auch ausdrücklich von einem Verbleiben der beweglichen Gegenstände in der Hand des Schuldners. Bei der Dertlichkeit der Lage des verkauften Holzes, das factisch am 8. Jänner 1863 so wenig in der Hand des Schuldners, als in derjenigen des Käufers lag, bleibt die Anschauung des sachurtheilenden Richters immerhin so weit gerechtfertigt, daß aus derselben kein Grund für die Cassation des Urtheils hergeleitet werden darf. Im Weiteren liegt wirklich nicht vor, noch wird vom Impetranten behauptet, daß Kappeler je nach dem Verkaufe einmal so oder anders über das Holz verfügt habe, wohl aber, daß Impetrat von zuständiger Amtsstelle im Besitz desselben geschützt worden sei, ohne daß von Seite der Debitmasse gegen den Besitzschutz an höhere Stelle recurriert worden ist.

(Entscheidungen des Cantonsgerichts und der Cassationsbehörde von St. Gallen im Jahr 1864. S. 20 f. u. 42 f.)

33. Verlegung des Autorrechts.

In dem Musicalien-Verlag der Gebrüder Hug in Zürich erschien eine Sammlung dreistimmiger Lieder für Lehr- und Schulanstalten, betitelt „der Singfreund“. — In dieser befanden sich auch dreizehn Originalcompositionen von Franz Abt, die später in eine andere Samm-

lung „Jugendklänge“ übergangen, welche der Secundarlehrer Jenser in Wimmis (Ct. Bern) bei Buchdrucker Weiß in Horgen (Ct. Zürich) erscheinen ließ.

Der „Singfreund“ flagte nun gegen die „Jugendklänge“ wegen Verlezung des Autorrechtes. Diese und für sie der ins Recht gefaßte Buchdrucker Weiß meinte, nur drei, nemlich Nr. 1, 4 und 21 habe er direct dem Singfreund zu entnehmen nöthig gehabt, die andern zehn seien in andre Sammlungen übergegangen, auch Schülerheften entnommen und überdies sei eine Umarbeitung daran vorgenommen, d. i. die dritte Stimme „umgesetzt“ worden. Man würde, fand Hr. Weiß, deshalb sich billiger an Hrn. Jenser, den Herausgeber, als an ihn, den Verleger, halten. — Dazu ließe sich auch endlich noch fragen, ob das Concordat, das der „Singfreund“ anrufe, für Zürich überhaupt nur Gesetzeskraft habe, da es gar nicht zweimaliger Berathung unterlegen habe. Würde es aber auch Geltung haben, so laute es erst nicht zu Lasten des Sammlers.

Dieses Concordat über den Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigenthums, vom 3. Dec. 1856, (amtliche Sammlung der Bundesgesetze ic. V. S. 494 f.) sagt Art. 4: „Im Fernern wird eine Verlezung des Autorrechts nicht begangen:... 4. durch die Aufnahme einzelner Stellen, Aufsätze oder Abschnitte aus einem Werke in ein Sammelwerk.“

Die erste Instanz sprach den Angeklagten frei.

Das Obergericht Zürich (22. April 1863) verurteilte ihn zu einer Buße von Fr. 50 und verfügte die Confiscation der mit Beschlag belegten Exemplare zu Gunsten des Klägers, alles in Erwägung:

1. daß, was zunächst die formelle Einrede anbetrifft, das Concordat über den Schutz des künstlerischen und litterarischen Eigenthums habe keine Gesetzeskraft, dieselbe an und für sich nicht unzulässig wäre, weil der Richter berechtigt und verpflichtet ist, zu untersuchen, ob ein Gesetz formell gültig erlassen worden sei, sie nun aber — ganz abgesehen davon, daß die Gerichte dieses Gesetz schon mehrmals angewendet haben, z. B. in Sachen Ziegler-Pellis¹⁾ — deshalb ungültig ist, weil

a. aus dem Berichte der Staatskanzlei sich ergibt, daß der Große Rath seinen Beitritt zu dem Concordat förmlich erklärt hat, und daß dasselbe hierauf sowohl im Amtsblatt publiciert, als in die officielle Gesetzesammlung aufgenommen wurde;

b. der Mangel einer doppelten Berathung sich sehr einfach daraus erklärt, daß eben nicht der zürcherische Große Rath das Gesetz erließ, er deshalb auch an den einzelnen Bestimmungen desselben nichts ändern konnte, sondern ihm einfach die Frage zur Ent-

¹⁾ Gwaler, Zeitschr. f. zürch. Rechtspf., Bd. XII, S. 434, Nr. 15.

scheidung vorgelegt wurde, ob er, gleich andern Cantonen, dem so redigierten Concordats-Entwurfe beitreten wolle oder nicht, welche Frage durch einmaligen Beschluß erledigt werden konnte, so daß in dieser Verhandlungsweise keine Verlezung des § 78 des Reglements für den Großen Rath vom 1. Februar 1856 (Ges.-Samm. Bd. X, S. 294) liegt;

2. daß es sich nun frägt, ob in der Handlungsweise des Inculpaten eine Verlezung des betreffenden Gesetzes liege, oder ob der Art. 4 Ziff. 4 oder der Art. 3 desselben hier zutreffe, in welchem Falle dann von einer Verlezung des Autorechtes nicht gesprochen werden könnte;

3. daß nun allerdings der Wortlaut des sehr kurz gefaßten Gesetzes nicht so klar und bestimmt ist, daß hieraus die Entscheidung des vorliegenden Falles sofort sich unzweideutig ergeben würde, daß es sich aber um so mehr rechtfertigt, zur Interpretation des Concordates, resp. zur Feststellung der ratio legis die allgemeine Doctrin und die verwandten Gesetzgebungen zur Hülfe zu ziehen, weil der Schutz des litterarischen Eigenthums durchaus ein Product der modernen Rechtsbildung ist und einen ganz universellen Charakter trägt;

4. daß die Anwendung resp. Nichtanwendung des cit. Art. 4 Ziff. 4 auf den vorliegenden Fall (ganz abgesehen davon, ob ein einzelnes Lied aus einer Liedersammlung einem Aufsatz oder Abschnitt aus einem Werke gleich gestellt werden dürfte,) von der Beantwortung der Frage abhängt, ob die von Jenser herausgegebenen „Jugendklänge“ unter den Begriff „Sammelwerk“ im Sinne des Gesetzes fallen, diese Frage aber entschieden verneint werden muß, da unter „Sammelwerk“ nicht überhaupt beliebige Zusammenstellung, sondern nur solche Sammlungen zu verstehen sind, welche durch ihren historischen, kritischen oder litterarischen Charakter belehren wollen und deren systematische Anordnung auch eine selbstständige Thätigkeit des Herausgebers erfordert,

vgl. Österreichisches Gesetz zum Schutz des litterarischen und künstlerischen Eigenthums vom 19. Oct. 1846, Art. 5 b und 6 b u. c, und Gesetz von Preußen vom 11. Juni 1837, Art. 4, Nr. 2, so daß es z. B. in einem Werk über die Geschichte der Musik oder über Compositionslehre wohl erlaubt wäre, ein Abtisches Lied an der passenden Stelle einzureihen, während es sich hier um eine ganz gewöhnliche, ohne alles System angelegte Liedersammlung handelt, welche für Schulen und beliebige Gesangvereine bestimmt ist;

5. daß nach Art. 3 des Concordates (vgl. auch Erster Entwurf eines privatrechtlichen Gesetzbuches für den Kanton Zürich von Bluntschli vom Jahr 1844, §§ 83 und 84) auch dann keine Verlezung des Autorechtes vorläge, wenn von einer eigenen geistigen Arbeit des Herausgebers gesprochen werden könnte, in welchem Falle sogar ein eigenes Autorecht beansprucht werden darf, auch dieser Fall aber hier gar nicht zutrifft, indem die drei Abtischen Lieder, welche von der Staats-

anwaltschaft zunächst allein eingeflagt wurden, nämlich die Nr. 1, 4 und 21, unverändert abgedruckt sind und bloß in Nr. 1 die dritte resp. untere Singstimme um eine Quinte höher gesetzt ist, welche Transponierung weder an der Melodie noch am Rhythmus das geringste ändert und wozu es auch gar keiner besonderer musicalischer Kenntnisse bedarf;

6. daß es sich endlich noch fragen kann, ob Inculpat der rechte Beklagte sei, oder ob vielmehr Herr Jenser vor den Gerichten seines Wohnorts hätte belangen werden sollen, und nun hierauf zu erwiedern ist, daß allerdings dem Kläger letzteres frei gestanden hätte, da auch der Canton Bern dem fraglichen Concordat beigetreten ist, allein die Wahl zwischen beiden Beklagten völlig vom Ermessens des Klägers abhängt, indem von Seite des jetzt ins Recht gefassten Beklagten allerdings eine unbefugte Veröffentlichung eines künstlerischen Werkes im Sinne des Art. 5 des Concordates stattfand, weil nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen es zur Verlezung des Autorechtes keiner bösen Absicht bedarf,

vgl. Renouard, *traité du droit d'Auteur II*, pag. 13, § 6,

Eisenlohr, *das litterarisch artistische Eigenthum*, S. 109, sondern hiezu auch bloße Fahrlässigkeit genügt, deren sich nun allerdings der Inculpat durch sein Benehmen schuldig gemacht hat, da er als Drucker und Verleger die Bestimmungen dieses Concordates zu kennen censiert ist und da der Name des Componisten Abt sich bei jedem der in Frage stehenden Lieder vorfindet und er sich nun leicht bei Herrn Jenser oder bei Herrn Abt darüber hätte Aufschluß verschaffen können, ob ersterer zur Aufnahme jener dreizehn Lieder in seine „Jugendklänge“ berechtigt sei.

(Gwaler, *Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürch. Rechtspflege. XIII. S. 34 f.*)

34. Grenzstreit.

In Basellandschaft wie noch in andern Theilen der Schweiz bestehen neben den Catasterplänen als weitere Festsetzungen der Grenzen unter den Grenzsteinen die sog. Lohen.

Längs dem Bach ob Neigoldswil, bei der Sternirütti, streckt sich ein Streifen Landes, der von Johann Rudin im Bütschen angesprochen wurde. Er berief sich darauf, daß die Grenze durch die gerade Linie gezogen sei, welche von dem Marksteine 36 bis zu dem Stein 37 laufe. Mit dieser Behauptung stimmen einmal der Gemeindeplan und dann das Protocoll des Gescheides (Flurgerichtes), welches sagt: „36 ist ein gerader und hältet bis 37;“ — sodann das Gescheidbuch von 1848: „So sind denn vier Steine gesetzt worden, wie die Parteien es ver-

langt haben in der Richtung vom alten Bach vom 25. April 1811.“

Der Nachbar nahm diesen Streifen in Anspruch, weil die Lohen unter den Steinen nicht auf einander weisen. Dafür sprechen nach Enthebung der Steine die Gescheidsmänner (Flurgerichtsbeamten).

Das Bezirksgericht Waldenburg entschied nach den Steinen (27. Dec. 1861); das Obergericht von Baselland (18. Juli 1862) nach dem Plan, mit folgender Erwägung:

Es frägt sich, wenn Widerspruch vorhanden ist, welches Beweismittel den Vorzug verdient. Die Planierung ist das Neuere, nämlich von 1853; durch Nichteinwenden und Inkraftwachsenlassen anerkannten die Parteien die Linien durchaus; es ist dies gleich einem Vertrag, welcher ältere Zustände wieder neu regelt, und dazu wird diese amtliche eine öffentliche Urkunde bildende Planierung durch das Gescheidsprotocoll von 1811 und 1848 unterstützt; beide stimmen sicher und klar überein und müssen das unsichere Resultat der Steinenthbung überwiegen.

Von Verjährung durch Benützung kann schon deshalb keine Rede sein, weil der einzige desfallsige Zeuge bloß für drei Jahre nach der Aufnahme des Gemeindeplanes auszusagen vermöchte.

(Directe Mithellung.)

35. Brunnentrübung. Erwerbers Recht?

Between Frau Barbara Bösch in der Maiengrüne zu Neuenkirch, Klägerin, und dem Gemeinderath daselbst Namens dortiger Gemeinde, Beklagtem, entstand im Jahr 1862 Proces, weil durch das Ausbeuten einer Grubengruben von Seiten der Gemeinde der Brunnen der Klägerin zeitweise mehr oder weniger getrübt wurde.

Laut Auszug aus dem gemeinderäthlichen Kaufsprotocoll von Neuenkirch war im Jahr 1836 von Anton Leber auf seinem Zopf ob der Straße dem Besitzer der nunmehr der Klägerin gehörigen Liegenschaft Maiengrüne, Post Buchmann, das Recht auf das dort befindliche Quellwasser zu einem Brunnen eingeräumt und durch Fertigung mit dinglicher Wirkung ausgestattet worden.

In Folge von Expropriation gieng das Eigenthum am quäst. Zopf von A. Leber zum Theil auf die beklagte Gemeinde über und die Klägerin behauptet nun, daß durch die von der Gemeinde daselbst in Folge der durch Kiesausbeutung verursachten Veränderungen des Terrains ihr Brunnen zeitweilig, namentlich bei regnerischer Witterung trüb fließe, weshalb sie die nöthigen Vorkehrungen zur Sicherung ihres Brunnens vor Trübung beziehungsweise Entschädigung von ihr verlangt.

Der Proces wurde vom Obergericht Luzern durch Spruch vom 7. Mai 1863 dahin entschieden:

1. Die Gemeinde Neuenkirch sei gehalten, zur Sicherung des Brunnens der Klägerin gegenüber den durch ihr Grienausbeuten verursachten Veränderungen die in dem betreffenden Motive angegebenen Vorkehrungen zur Wiederherstellung des früheren Zustandes zu treffen, und es habe sich Klägerin mit den von Seiten der Beklagten in der Antwort gemachten Anerbietungen nicht zu begnügen.

2. Mit weiteren Begehren wurde die Klägerin abgewiesen.

Das dahерige Urtheil des Obergerichts stützte sich auf folgende Erwägungen:

Daß der allgemeine Satz, der Eigenthümer dürfe an der Substanz seines Grundes und Bodens unter Berücksichtigung allfälliger Vorschriften des Nachbarrechtes thun, was er wolle, ohne schadensersatzpflichtig zu werden, jedenfalls da keine Anwendung findet, wo auf Grund und Boden eine Servitut lastet, welche die absoluten Eigenthumsrechte beschränkt; daß der Umstand, daß die Gemeinde Neuenkirch in Folge Expropriation Eigenthümerin des fraglichen Zopfes geworden ist, dieselbe in keine bessere Stellung bringt, als wenn sie in Folge eines andern Titels in die Fußstapfen des früheren Eigenthümers Leber getreten wäre;

daß mithin auf den Fall, daß durch die von dem Gemeinderath von Neuenkirch in Folge Kiesausbeutung eingetretenen Terrainveränderungen, der Brunnen der Klägerin getrübt wird oder doch eine Gefährdung vorhanden ist, die beklagte Gemeinde, da die Rechtsame der Klägerin nicht expropriert wurde, grundsätzlich zur Wiederherstellung des früheren Zustandes in Beziehung auf den Brunnen resp. zur Sicherung der Berechtigten gegen drohende Nachtheile verpflichtet ist;

daß wenn nun durch den im erinstanzlichen Urtheile näher besprochenen Zeugenbeweis als constatiert zu betrachten ist, daß der Brunnen der Klägerin auf Maiengrüne, der allerdings laut Zeugenaussagen nunmehr zeitweise trüb fließt, doch auch schon vor der Eröffnung der Kiesgrube zeitweise trüb geslossen war, — jedenfalls durch das Oberexpertengutachten als bewiesen angenommen werden muß, daß immerhin bei einer lange anhaltenden Anfüllung der entstandenen Griengrube mit Wasser eine Durchfeuchtung des schuttartigen Terrains bis zur Brunnenleitung und in Folge davon Trübung des Brunnenwassers eintreten kann und überhaupt durch die Grienausbeute die Disposition zur Trübung des Brunnenwassers sich vergrößert habe;

daß es sich mithin endlich nur noch fragt, ob Klägerin gegen diese von den Oberexperten „ohne Bedenken“ als drohende Möglichkeiten angegebenen Gefährdungen sicher gestellt werden könne, und behahenden Fälls, ob das von der Beklagten selbst in der Antwort,

freilich ohne Anerkennung einer Rechtsverbindlichkeit, Anerbotene genüge?

daß im Hinblick auf das Oberexpertengutachten die erstere Frage zu bejahen, die letztere dagegen zu verneinen ist, indem in letzterer Beziehung folgende Vorkehrungen getroffen werden müssen:

a. Die Grubengruben ist mit Erde auszufüllen, so daß vom oberen Nande des Absturzes oder Bortes, welches die Grube westlich und nordwestlich begrenzt, bis zur Straßendohlenlinie eine schiefe Ebene entsteht. Dieselbe wird mit Gras oder Gestrauch bepflanzt. Das zur Anfüllung nötige Material darf nicht aus der Nähe der mit conischen Schließen versehenen Brunnenleitung genommen werden, sondern erst in einer Entfernung von wenigstens 40 Fuß. Die Erde soll eine der Ackererde ähnliche Beschaffenheit haben und jedenfalls nicht bloß aus Sand und Grien bestehen;

b. längs der Landstraße ist für gehörigen Abzug des Wassers zu sorgen und zwar durch Einlegung von irdenen gebrannten Röhren, welche bis zu der rechtwinklichen Biegung der Straßendohle fortgesetzt werden; von hier an kann ungeachtet der stattfindenden Kreuzung mit der Brunnenleitung die bisherige Steindohle genügen.

(Directe Mittheilung.)

36. Wasserrecht an Wildbächen.

Schreinermeister Jacob Jenni in Sool beschwerte sich über die Schwellbretter, welche von den Brüdern Paravicini zu Gunsten ihres Fabrik-Etablissements und in der Herren bei Schwanden auf ihre Wuhrtannen an der Sernft aufgesetzt wurden, indem er behauptete, dieses Recht bestehet nur bei niederm Wasserstande der Sernft. Er verlangte, es seien darum zu anderer Zeit diese Schwellbretter zu entfernen und überhaupt sei zu Vermeidung von Schwierigkeiten die Grenze zwischen niederm und hohem Wasserstand durch Wassermaß festzustellen.

Die Brüder Paravicini stützten sich auf Kaufbriefe, Besitz und allgemeine Grundsätze und behaupteten, daß sie nach Ausweis der Proceßacten im Besitz eines unbedingten und unbeschränkten Wasserrechts am Sernftflusse seien; 2. daß der Besitz einer Wassergerechtigkeit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Befugniß in sich schließe, das Wasserrecht nutzbar machen zu können, bezw. alle und jede Vor- und Einrichtungen zu treffen und zu unterhalten, die zur Einleitung und Nutzbarmachung des benötigten Wassers jeweilen erforderlich seien; — 3. daß der Beweis notorisch dafür vorliege, es habe der Sernftflus seit der Erstellung der Gewerbe sich verändert, ja sei tagtäglich als Wildbach der Veränderung unterworfen; 4. daß endlich dem Gegner

nicht zukomme, sie in ihrem ausgewiesenen Rechte irgendwie zu hemmen oder zu beschränken, weil:

- a. seit der erfolgten Einsetzung der Wuhrtanne zwischen den beiden Näckelensteinen¹⁾ unter die damals verglichene Flussöhle, bloß eine Vertiefung des rechtseitigen Flussufers erfolgt, von einem Wasserentzuge gegenüber dem Gegner somit keine Rede sei und der selbe somit einen wirklich erlittenen oder auch nur drohenden Schaden auf seinem Besitzthum nicht einmal zu behaupten wage;
- b. die zeitweise Entfernung der Schwellbretter die Trockenlegung des Gewerbes der Herren Paravicini zur unabweisbaren Folge hätte;
- c. bei einem Wildbache Wassermarken zur Ermittlung des Wasserstandes insofern nicht geeignet erscheinen, als bei einem solchen das Bett häufigen Veränderungen unterliege.

Die beiden Instanzen, das Appellationsgericht von Glarus durch Urtheil vom 14. Aug. 1861, traten diesen Säzen der Beklagten bei, letzteres in Erwägung:

- 1. Daß den Hrn. Gebrüdern Paravicini als Besitzern eines Wasserrechtes am Sernftflusse durch wiederholte gerichtliche Urtheile die Befugniß gewährt worden ist, alle für den Bezug des Wassers zu ihrem Gewerbscanal erforderlichen Vorkehren zu treffen, welche dem Grund-eigenthum Anderer unnachtheilig sind;
- 2. daß somit bei der offensbaren Unschädlichkeit des Schwellens für die Liegenschaft des Schreiner Jacob Jenni, die in dem rechtskräftigen Urtheile vom 9. Juni 1860 enthaltene Berechtigung der Herren Gebr. Paravicini, bei niederm Wasserstande durch Schwellbretter die Zuleitung des Wassers zu ihrem Gewerbscanal zu bewerkstelligen, dahin interpretiert werden muß, daß das Aufsetzen von Schwellbrettern insoweit gestattet ist, als ohne dasselbe das Wasser nicht auf die zu Recht bestehenden Wuhrtannen geleitet werden könnte;
- 3. daß überdies bei Wildbächen, die in Hinsicht auf Flussöhle und Wasserspiegel steter Veränderung unterliegen, wie es beim Sernftflusse wirklich der Fall ist, feste Wassermarken nicht gestellt werden können.

(Directe Mittheilung.)

37. Hagholzbezug.²⁾

Die Besitzer des sog. „Drittmarrengutes“, Anstößer des Bauggenwaldes in der March (Gt. Schwyz), hatten seit langer Zeit für ihre Zäune, wodurch ihre Grenze gegen den Wald gezogen und ihre Grund-

¹⁾ Näckelenstein, Nag = gerade, richtunggebend. Vgl. Schmeller.

²⁾ Vgl. diese Zeitschr. V, 3. Abth. (Rechtsfälle) Nr. VI (S. 9 f.).

stücke geschützt wurden, das Holz aus dem Wald bezogen und zwar, wie es scheint, unentgeltlich. Dieser Wald war früher ein sog. „Tauwald“. Am 30. April 1848 beschloß nun die Corporationsgemeinde der March, die Landeswälder (Tauwälder)¹⁾ auf die acht berechtigten Gemeinden der March (mit Ausschluß von Reichenburg) zu vertheilen, was seither zum großen Theil vollzogen worden ist. In Folge dessen wurde von der Waldtheilungscommission mit Vollmacht der Corporationsgemeinde unter'm 15. April 1852 eine Verordnung über Pflege und Benutzung der Gemeindsgenossenwaldungen erlassen, gemäß welcher die Besitzer von Gütern, welche an Landeswaldungen angrenzen, worin keine urkundlichen Abzugsrechte bestehen, das zur Bäunung nöthige Holz unentgeltlich aus dem anstossenden Walde beziehen können, sich aber selber von der betreffenden Verwaltung anweisen lassen müssen; wo aber in einer Gemeindewaldung urkundliche Abzugsrechte bestehen, könne von den Anstößern das zum Schutze ihrer Güter nöthige Hagholt nur gegen eine billige Entschädigung aus diesen Wäldern bezogen werden.

Da den Bäuggengenossen das Abzugsrecht in dem Wald zustand, der bei der Theilung der Gemeinde Altendorf zufiel, so fand die Verordnung nun auch Anwendung auf die Besitzer des Drittmarrentgutes, Martin Knobel von Altendorf und Laurenz Hahn zu Reichenburg, welche aber die Anwendbarkeit derselben als zuwider ihren unvordenklich besessenen Rechten bestritten.

Sie führten für die Uebung dieses unentgeltlichen Bezuges durch ihre Rechtsvorfahren, soweit man zurückdenken mag, eine Reihe Zeugen an. Ebenso für die Thatsache, daß auch andere Anstößer des Waldes für ihre Bäune das Holz aus dem Wald unentgeltlich bezogen. Sie thaten überdies durch Zeugen dar, daß selbst Befassen, Bürger anderer Gemeinden, dieselbe Gunst genossen. — Dabei unterschieden die Kläger sorgfältig zwischen Anstößern und andern Grundbesitzern, in Bezug auf welche sie die Anwendbarkeit der Holzordnungen anerkannten.

Sie wurden aber in beiden Instanzen abgewiesen.

Vor der zweiten Instanz machte die Landescorporation March, die Beklagte, den Appellanten gegenüber vorerst darauf aufmerksam, daß die Appellanten für das von ihnen eingesprochene dingliche Recht keinen urkundlichen Beweis geleistet. Daß sie das fragliche Baunholz jeweilen unentgeltlich aus den Landeswaldungen bezogen, wird von ihr nicht widersprochen, dagegen behauptet, dieser Hagholtbezug habe nur auf den Bestimmungen des Landrechtes und den jeweiligen Holzverordnungen beruht. Diese letztere Behauptung wird durch folgende Nachweisungen begründet:

¹⁾ Tauwald = Wald des Tagwens des betr. Landestheiles.

1. Schon das älteste Landbuch der March aus dem 16. Jahrhundert enthalte in Art. 43 und 60 eine gewisse Beschränkung des Holzschlagens in den Landwaldungen vor den Eggen. Das gegenwärtige Landbuch von 1756 bestimme das Beholzungrecht aus den Landeswaldungen in seinen Art. 42, 43 und 47, gemäß welchen geschlagenes Holz mit den Holzzeichen des Eigenthümers habe bezeichnet werden müssen, das Schlagen vor den Eggen aber auf eine gewisse Dicke der Stämme beschränkt und den Besitzern und Fahrgeltlern das Holzhauen in den Landeswaldungen ganz verboten worden sei. Hinter den Eggen sei das Holzschlagen ganz unbeschränkt gewesen und in Folge dieser Unbeschränktheit der Bestand der Wälder beträchtlich ruiniert worden.

2. Die erste Holzverordnung des Bezirksrathes der March von 1816 bestimme in Abschnitt II:

- a. daß jeder Landmann der March, der Güter besitze, hinter den Eggen auf jeden Kühesset zwei Spaltlatten hauen dürfe;
 - b. daß jeder wahre Landmann der March, der eigene Haushaltung führe, zu seinem Hausgebrauch, zu Zaun- und Bauholz in den Lattenbänen 15 Stöcke hauen dürfe mit Einhaltung des gesetzlichen Maßes in Rücksicht der Dicke;
 - c. daß jeder Landmann oder Besitz mit eigener Haushaltung hinter den Eggen 20 Stämme, die nicht Latten seien, zu hauen berechtigt sei;
 - d. daß Landleuten das nöthige Bauholz nur vom Landrath und gegen eine Entschädigung bewilligt werden könne, und zwar nicht mehr als 30 Stämme mit Einschluß der einem schon laut Litt. b zustehenden Stämme;
 - e. daß Güterbesitzer, welche den Landeswaldungen entlang oder sonst zu jännen haben, aus den Landeswaldungen keine kleinen Tännchen oder Stickel verwenden, sondern sich der Spaltlatten oder gespaltenen („zwischenen“) Stecken von Tannästen bedienen sollen.
3. Ein Landrathshschluß von 1822 habe die obigen Bestimmungen sub Litt. a und e neuerdings und besonders bekräftigt.

4. Eine neue umfassende Verordnung sei vom Bezirksrath am 5. Juni 1826 erlassen und von der Landesgemeinde am 13. Mai 1827 provisorisch genehmigt worden; diese bestimmt:

- a. jeder Landmann, der eigene Haushaltung führt, mag in den auf das Maß gebannten Waldungen vor den Eggen 10, und hinter den Eggen 10 Stämme hauen;
- b. die alten Besitzern mögen zum eigenen Hausgebrauch hinter den Eggen 10 Stämme hauen;
- c. Eingezogene aus andern Bezirken des Kantons sollen in Rücksicht des Holzhauens gleich den Besitzern betrachtet werden;
- d. Eingezogene aus andern Kantonen haben kein Recht, in Landeswaldungen Holz zu hauen;

e. Latten soll kein Landmann hauen, der nicht Eigentümer von Liegenschaften ist.

5. Eine fernere von der Landsgemeinde angenommene Verordnung vom 27. Mai 1833 besage sub Litt. D rücksichtlich des Holzschlags hinter den Eggen:

- a. jeder Landmann, der eigene Haushaltung führt, darf von Mitte April bis Ende Mai 12 Stämme Holz hauen;
- b. die alten Beisäben mögen gleich den Landleuten in diesen Waldungen für ihren Hausgebrauch 12 Stämme Holz hauen;
- c. gegen Eingezogene aus andern Bezirken des Kantons wird das Reciprocitysrecht ausgeübt;
- d. das Lattenhauen hinter den Eggen wird von Mitte April bis Ende Mai gestattet, aber nur auf Spaltlatten, und zwar auf je zwei für eine Kuh Sömmierung und Winterung beschränkt.

6. Nachdem die Landsgemeinde vom 23. Mai 1841 die Aufstellung einer besondern Corporationsverwaltung des Bezirkes March erkannt, habe die Bezirksgemeinde am 25. Juni 1843 beschlossen:

- a. es soll für dieses Jahr das Holzauen in den Landeswaldungen im Allgemeinen eingestellt sein;
- b. für Baubedürfnisse möge nach den bisher beobachteten Bestimmungen bewilligt werden;
- c. für dieses Jahr hin sollen Landleuten, die eigene Haushaltung führen, Holzhelle von zwei Klaftern Holz und gegen eine Gebühr von 25 Schillingen ausgetheilt werden.

7. Die Corporationsverwaltung habe ferner am 24. Mai 1844 beschlossen:

- a. daß Alpgenossen, Corporationen und Güterbesitzer, deren Eigentum an Landeswaldungen grenzt, sich wegen ihres benötigten Zaunholzes beim Verwaltungspräsidenten anzumelden haben, welcher denselben die Anweisungen machen solle. Zu diesem Ende soll am nächsten Pfingstmontag eine Publication erlassen werden;
- b. daß Prügeten, welche Latten bedürfen, sich beim Verwaltungspräsidenten über die Anzahl der Kühe, Sömmierung und Winterung durch gemeinderäthliche Bescheinigung auszuweisen haben;
- c. daß in Fällen, wo Inhaber von Alpen oder Weiden mit dem laut Landsgemeindebeschuß bestimmten Quantum Latten diese Liegenschaften nicht einschirmen könnten, der Präsident der Verwaltung ihnen auf ihr Ansuchen Zaunholz anweisen lassen solle, worzu nicht einzig nur Spaltlatten, sondern auch anderes abschätziges Holz verzeigt werden solle.

Durch alle diese Verordnungen sei das Beholzungrecht aus den Landeswäldern im Interesse einer forstwirthschaftlichen Pflege der Wälder immer mehr beschränkt worden, und namentlich auch zum Nachtheil derjenigen, welche in Folge Anstößerei an die Landeswaldungen,

besonders an solche, worin Abzungsrechte bestehen, zur Hagung verpflichtet seien. Hätten diese Haupftüchtigen die Überzeugung gehabt, daß ihnen ein dingliches Recht zum Bezug des Hagholzes aus den Landeswaldungen zum Schutz ihrer an diese anstoßenden Güter zustehe, so hätten sie gegen die immer mehr beschränkenden Holzverordnungen Einsprache erheben sollen. Dieses sei nun aber keineswegs geschehen, sondern sie haben sich jederzeit stillschweigend unterzogen. Ja — Martin Steinegger, als gewesener Waldvogt, bezeuge, daß Alois Deuber, als Besitzer der „Drittmarren“, ihn ersucht habe, mit dem Verwaltungspräfidenten Schwyter zu reden, daß er ihm für die Hagung längs des Bauggenwaldes aus diesem letztern Hagholz anweise, was er denn auch mit dem gewünschten Erfolg gethan. Im Allgemeinen sei unrichtig, daß die Anstößer an Landeswaldungen, worin Abzungsrechte bestehen, aus denselben jeweilen das Hagholz unentgeltlich bezogen haben. Im Gegentheil sei bewiesen, daß die Anstößer an solche Landeswaldungen aus eigenem Holz gezäunt haben. Dies deponieren fünf Zeugen.

Wenn die von den Appellanten für die „Drittmarren“ angesprochene Hagholzberechtigung auch damit begründet werden wolle, daß Besessen und Angehörige anderer Bezirke, als Anstößer an Landeswaldungen, aus letztern ihr diesfalls nöthiges Baunholz bezogen, so sei eines Theils zu berücksichtigen, daß ihnen laut verschiedenen Verordnungen, und namentlich derjenigen vom 5. Juni 1826, ein beschränktes Beholzungrecht zugestanden, andern Theils, daß die Vollziehung der bestehenden Verordnungen in so vielen und ausgedehnten Revieren bis auf die neueste Zeit eine sehr mangelhafte gewesen sei;

Dies von den Appellanten angesprochene Recht des unentgeltlichen Bezuges des Hagholzes aus den Landeswaldungen hätte aber auch an und für sich keinen vernünftigen Grund. Wenn die Landescorporation schon mit dem Abzungsrecht von Drittleuten in solchen Landeswäldern beschwert sei, so könne ihr doch nicht zugemuthet werden, den Anstößern, in deren alleinigem Interesse gezäunt werden müsse, das Hagholz zu liefern.

Die gleiche Rechtsfrage sei übrigens, nur gegen andere Kläger, bereits zweimal vom Kantonsgericht als unbegründet abgewiesen worden, nämlich am 17. Dec. 1855 und am 20. Juni 1859.

Die zweite Instanz, das Kantonsgericht von Schwyz, gründete ihre Abweisung der Kläger (15. Oct. 1862) auf folgende Betrachtungen:

1. daß die Appellanten für ihre Prätention eines dinglichen Rechtes zum unentgeltlichen Holzbezug für ihr Grundstück „Drittmarren“ keinen urkundlichen Beweis weder anerboten noch geleistet haben, sondern sich lediglich auf die unvordenliche Uebung berufen;

2. daß sie allerdings bewiesen, daß sie und ihre Rechtsvorfahren das für die Hagung zwischen ihrem Grundstück „Drittmarren“ und

dem Landeswald „Bauggen“ aus dem letztern bezogen, auch daß andere Anstößer an Landeswaldungen den gleichen Hagholzbezug geübt haben;

3. daß hinwieder von der Appellatschaft der Beweis geleistet worden ist, einertheils, daß andere Anstößer von Grundstücken an Landeswaldungen, worin ebenfalls Ažungsrechte von Drittleuten bestanden, mit eigenem Holz geäunt, anderntheils, daß solche, welche früher das Hagholz unentgeltlich bezogen hatten, den späteren gesetzlichen Beschränkungen sich ohne Einsprache unterworfen, was alles beweist, daß für eine ganze Classe solcher Güter kein allgemeines dingliches Recht zum Holzbezug besteht;

4. daß zwar die Appellatschaft durch den angetretenen Zeugenbeweis nicht darthun konnte, daß in Rücksicht auf den Hagholzbezug zwischen den Anstößern an Landeswaldungen von jeher ein Unterschied gemacht wurde; je nachdem in demselben Ažungsrechte von Drittleuten bestanden oder nicht, auch in den vielen vor dem Erlaß der Verordnung über Pflege und Benutzung der Gemeindsgenossenwälder vom 15. April 1852 aufgestellten Holzverordnungen ein solcher Unterschied nirgends zum Vorschein kommt;

5. daß es indessen offenbar der Billigkeit angemessen erscheint, wenn die Landescorporation laut der angeführten Verordnung von 1852 den Anstößern an Landeswaldungen, wprin keine Ažungsrechte von Drittleuten bestehen, das Hagholz unentgeltlich concediert, damit durch die Hagung auch ihr Corporationsgut wirklich Schutz erhält, während bei Landeswaldungen, wo Ažungsrechte von Drittleuten bestehen, die Hagung ausschließlich im Interesse des anstößenden, aber nicht ažungsberechtigten Privateigenthums liegt und daher auch durch § 19 gleicher Verordnung dem letztern in eigenen Kosten überbunden wird;

6. daß in näherer Würdigung der Beweisleistung der Appellanten rücksichtlich des angesprochenen dinglichen Rechtes zum unentgeltlichen Holzbezug für die Hagung zwischen ihrem Grundstück „Drittmarren“ und dem Bauggenwald berücksichtigt werden muß:

a. daß in den ältesten Zeiten aus den Landeswaldungen der March, Brenn-, Bau- und Hagholz fast unbeschränkt bezogen werden konnte, von 1816 bis 1852 aber immer größere Beschränkungen eingeführt worden sind;

b. daß dabei gleichwohl nicht nur den Landleuten, sondern auch den Beisassen und selbst den Angehörigen anderer Bezirke des Kantons die Befugniß zu einer mehr oder weniger beschränkten Beholzung gestattet wurde, somit durch den hinwieder erwiesenen unentgeltlichen Bezug von Hagholz von Seite von Beisassen oder Angehörigen anderer Bezirke an und für sich kein Beweis für ein dingliches Recht geleistet werden kann;

c. daß der von den Appellanten bewiesene unentgeltliche Hagholz-

bezug aus dem Bauggenwald sich von der unvordenlichen Uebung eines andern dinglichen Rechtes, z. B. eines Wegrechtes, wesentlich darin unterscheidet, daß im letztern Fall die Beschränkung des Eigenthumsrechtes durch die Ausübung der Servitut deutlich hervortritt, im ersten Fall aber, wo ein beschränktes Beholzungrecht immerhin bestand, die Ueberschreitung des Erlaubten theils weniger auffällig war, theils der örtlichen Lage wegen weniger controliert und abgewehrt werden konnte;

7. daß somit der unvordenliche unentgeltliche Bezug des Hagholtz von Seite der Appellanten den specifischen Charakter der Ausübung eines dinglichen Rechtes nicht an sich trägt;

8. daß überdies gegen die schon vom Jahr 1816 an successive eingeführten gesetzlichen Beschränkungen in Bezug des Holzes aus den Landleutenwaldungen von keinem der dadurch betroffenen Anstößer an Landeswaldungen vor dem Jahr 1855 irgend welche Einsprache erhoben worden ist, und ein solches Stillschweigen mit dem Bewußtsein des Bestzes eines dinglichen Rechtes nicht vereinbarlich erscheinen kann;

9. daß in allen übrigen Bezirken des Kantons, und überhaupt wo alamannisches Recht gilt, der Grundsatz feststeht, daß das Sondereigenthum, und zwar ohne dingliches Recht für Bezug von Hagholtz, gegen Allmeind hagsflichtig sei, und in dem vorliegenden Proces nicht der mindeste Beweis für ein diesfalls abweichendes Recht des Bezirkes March zum Vorschein gekommen ist;

10. daß somit die Bestimmung des § 18 der Verordnung vom Jahr 1852, daß den Privatanstößern an solche Landeswaldungen, worin keine Auzungsrechte von Drittleuten bestehen, das Hagholtz unentgeltlich angewiesen werden soll, nur als eine statutarische Vergünstigung erscheint, welche von Anstößern an Landeswaldungen, worin Drittleuten ein Auzungsrecht zusteht, nicht als Recht angesprochen werden kann;

11. daß für die eventuelle Forderung einer Theilung des Hages im vorliegenden Fall keinerlei Anhaltpunkte vorhanden sind.

Die Corporation ist demnach auch nicht gehalten, die Hälfte des Baunes zu erstellen.

(Directe Mittheilung.)

38. Servitut zu Schindelholzbezug. Beweis.

Der Räthsherr Oswald Elmer zu Elm (Gt. Glarus) empfiehlt unentgeltlich für sein Gebäude auf der Liegenschaft Gütli von dem Tagwen (Genossenschaft) Elm jeweilen auf Begehrten einen Stamm Holz aus dem sog. Kirchenwald.

Der Anspruch als solcher ward ihm später bestritten.

Er berief sich darauf, daß 1. es doch von jeher geheißen habe, ihm stehe dieses Recht zu, und 2. jederzeit, wenn er Schindeln nöthig gehabt, ihm von der Vorsteuerschaft der Gemeinde auf seine Anzeige hin, ein Stamm angezeichnet, vorgezeigt und verabfolgt worden sei, im Jahr 1842 mit dem Zusaze, daß er ein Recht dazu habe, daß 3. im Jahr 1843 der Gemeindevorsteher ja in der Kirche die Gant angezeigt habe der Späne und des Abholzes von dem Baum, welcher dem Oswald Elmer zu Schindeln gegeben worden sei, daß endlich 4. die Gemeinde ja selbst in öffentlicher Versammlung beschlossen habe, die alten Schindeln von des Rathsherrn Oswald Dache dem Siegrist zu geben.

Die Gemeinde fand in alle dem einen Beweis nicht, wie man ihn für eine Servitut verlange, da ja doch langjährige Uebung nach Landrechten nur Wegrechte darthue und Anerkennungen der Gemeinden oder der Tagwenbeamten nach Gesetz und gerichtlicher Praxis den Tagwen nicht obligieren.

Die erste Instanz wies den Kläger auch wirklich ab, daß Appellationsgericht von Glarus aber anerkannte den Anspruch des Elmer durch Spruch vom 7. Sept. 1861, in Erwägung: 1. daß der Tagwen

1. daß schon in dem Gantprotocoll des Tagwens Elmi vom 10. Juli 1842, welches den Rathsherr Oswald Elmer ausdrücklich für berechtigt erklärt, einen Stamm Holz zu beziehen, eine Anerkennung des vom Appellanten angesprochenen Rechtes liegt, welche nur insofern einer Ergänzung bedarf, als aus jenen Worten noch nicht folgt, ob das Recht wirklich der Eigenschaft als solcher zukomme und zu welchem Behufe dasselbe bestehet;

2. daß diese Ergänzung sich zunächst in den Aussagen des vorläufig einvernommenen Zeugen J. P. Bäbler findet, aus welcher namentlich hervorgeht, daß, wenn die früheren Besitzer des Gutes Gütli Holz zu Schindeln bedurften, sie jeweilen den Vorstehern des Tagwens Anzeige machten und diese ihnen das benötigte Holz zeigten und anzelschneten;

3. daß fernerhin aus den heutigen Zeugendepositionen des Samuel Bentner und Albrecht Elmer hervorgeht, daß der Tagwen über die Schindeln vom Stalldache des Gutes Gütli verfügte und das Abholz von dem Stamm, aus welchem Rathsherr Oswald Elmer Schindeln mache, versteigerte, und daß hierin ebenfalls unterstützende Beweise für die Rechtsbehauptung des Appellanten liegen.

(Directe Mittheilung.)

39. Wegrecht oder Wegerstellungs pflicht?

Am 26. Aug. 1858 schloß Alfred Courvoisier zu La Chaux-de-Fonds Namens und als Vogt seiner minderjährigen Kinder mit Jacob Schilt einen Vertrag ab, durch welchen ersterer den letztern ermächtigte und

verpflichtete, auf der Eigenschaft seiner Kinder zu beiderseitigem Gebrauch einen Weg unter folgenden Bedingungen anzulegen: Ce passage a 16 pieds de largeur, et il ne peut être empierre en dehors des 16 pieds; le citoyen Schilt doit établir à ses frais une bonne route dans les conditions d'une route de première classe; l'ouverture qui communique entre les bien-fonds des parties doit être fermée au moyen de deux poteaux en pierre et un clébard; la route doit être terminée au plus tard le 31 octobre 1858; si Schilt cause du dommage en dehors des 16 pieds, il doit indemniser le fermier Sommer.

Da am 31. Oct. 1858 diese Straße noch lange nicht fertig war, so flagte Courvoisier am 19. Juli 1859 eine monatliche Entschädigung von 100 Fr. vom 31. October bis Vollendung der Straße ein. Schilt wandte ein, 1. der Act vom 26. Aug. 1858 verpflichtete ihn nicht, einen Weg zu erstellen, sondern gebe ihm nur das Recht dazu; es sei eine Servitut zu seinen Gunsten und Kläger habe sich bloß ein Benutzungsrecht an dem Wege, den er (Schilt) erstellen würde, bedungen; 2. die Verzögerung könne dem Kläger keinen Schaden verursacht haben, da gemäß Art. 8 des betreffenden Vertrags Kläger den Weg nur zur Bebauung seines Landes benutzen dürfe und vom 31. October 1858 bis 28. Juli 1859 er nur eine Wiese in der Heuernte genutzt habe, zudem hätte Kläger den Weg bisher gar nicht benutzen können, auch wenn er fertig wäre, weil er zwischen dem fraglichen Weg und seinen Gebäulichkeiten noch gar keine Verbindung hergestellt habe; 3. Schadensersatz könnte jedesfalls nur begehrt werden vom 14. Juni 1859 an, als dem Tage der gerichtlichen Mahnung, indem der Ablauf des Termins für sich allein den Beklagten nicht in moram versetzt habe; 4. der Beklagte habe den Pächter Sommer vollständig entschädigt; 5. die Klage enthalte ein fehlerhaftes Petitor, indem dasselbe hätte darauf gerichtet werden sollen, daß Kläger ermächtigt werde, auf Kosten des Beklagten die Arbeit ausführen zu lassen.

Beide Instanzen (Civilgericht zu La Chaux-de-Fonds am 17. März 1860 und Appellationsgericht zu Neuenburg am 10. April 1860) fanden die Klagsätze begründet, die zweite in folgender Erwägung:

Considérant que le défendeur n'a pas prouvé que l'acte du 26 août 1858 ne l'obligeait pas à livrer ou à terminer la route qu'il s'est chargé d'établir;

Qu'il ne s'agit pas dans la procédure actuelle de savoir s'il y a ou non dommage causé ni d'apprécier cas échéant la valeur ou la cause de ce dommage;

Considérant que le moyen tiré de la troisième fin de non-recevoir n'est pas une exception préemptoire qui écarterait la totalité de la demande;

Que la quittance donnée au défendeur par le fermier Sommer,

ne doit pas être dans l'espèce opposée d'une manière absolue au propriétaire lui-même, attendu que les stipulations de l'acte du 26 août 1858 ont distingué les intérêts et, cas échéant, les réclamations de ce dernier de ceux du fermier;

Considérant enfin, et quant au dernier moyen, que la forme de la demande actuelle n'a rien de contraire aux lois et à la jurisprudence en matière de procédure civile.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, V, p. 79 ss.)

40. Servitut par destination du père de famille.

Die Söhne von Joh. Ludwig Bory, Franz und Simeon, zu Chavannes, theilten nach des Vaters Tode dessen hinterlassene Liegenschaften durch Act vom 12. Aug. 1837. So wurde auch ein im Jahr 1806 oder 1807 gebautes Haus mit dazu gehöriger Wiese reell getheilt. An der hintern Façade des an Simeon Bory gefallenen Theils dieses Hauses (Nordseite) befanden sich Fenster zu ebener Erde und im oberen Stockwerk schon seit Erbauung des Hauses. Im Herbst 1863 baute Franz Bory an die Hinterseite des ihm zugefallenen Theils einen Flügel, und zwar so nahe zu der Grenze, daß die Entfernung der Mauer von den fraglichen Fenstern bloß etwas mehr als 5 Fuß betrug. Darüber Klage von Seiten des Simeon Bory, der für seine Fenster ein Licherrecht par destination du père de famille beanspruchte und folglich Wegbruch der zuwider Art. 470 des code civil¹⁾ und 35 des code rural²⁾ erstellten Mauer unter Offenlassung der Errichtung derselben in gesetzlicher Entfernung forderte.

Das Civilgericht zu Nyon fand (17. Mai 1864) diese Klage begründet, der Cassationshof verwarf sie (29. Juni 1864):

Attendu que le demandeur Bory estime être au bénéfice d'une servitude de vue sur le fonds du défendeur, qui lui donnerait le droit d'empêcher des constructions sur ce fonds à une distance plus rapprochée de six pieds en ligne oblique des jours de sa maison; que, selon lui, ce droit résulterait soit de la prescription, soit essentiellement de la destination du père de famille qui aurait transmis aux parties en cause ces fonds dont il est question, dans l'état que le demandeur estime devoir être maintenu.

¹⁾ Lorsque le droit de vues droites ou obliques est acquis par titre ou par prescription, le voisin ne peut bâtir plus près de dix-huit pieds du bâtiment opposé, si les vues sur son fonds sont droites, ni plus près de six pieds, si elles sont obliques.

²⁾ L'élévation du mur de clôture établi sur la limite, qu'il soit mitoyen ou non, ne peut, sans le consentement du propriétaire du fonds voisin, être portée à plus de six pieds.

Considérant qu'en fait la ligne séparative du fonds du défendeur Bory est obliquement à plus de 3 pieds du parement extérieur des vues qui existent dans la maison du demandeur; que la construction faite sur ce fonds et dont celui-ci demande le retranchement ou le recul, est ainsi à la distance permise par l'article 468 du code civil¹⁾, à moins qu'il n'y ait titre contraire ou destination du père de famille, ou prescription (art. 470).

Considérant que bien que le demandeur ait appuyé ses conclusions sur le texte du dit article 470, toutefois il n'a pas prétendu à un droit résultant de la prescription;

Qu'il n'a pas fourni un titre écrit d'après lequel il serait au bénéfice d'une servitude sur le fonds de François Bory, en faveur de son bâtiment.

Considérant, quant à la destination du père de famille par lui invoquée et admise par le tribunal civil, que lorsque les vues soit fenêtres qui existent à la façade nord de la maison du demandeur Bory ont été établies, en 1806 ou 1807, le fonds attenant à cette maison et celui échu au défendeur par le partage de 1837, appartenait avec les bâtiments contigus à un seul et même propriétaire;

Qu'en cette qualité de maître et propriétaire des bâtiments et des fonds y attenant, celui-ci a pu ouvrir de plein droit et selon sa volonté les jours qui lui convenait de faire, ayant vue sur son propre fonds;

Qu'il suit de là qu'aucun des jours ouverts en vertu de sa seule volonté ne revêtait le caractère d'une servitude et ne pouvait prendre ce caractère même par prescription, aussi longtemps que la maison dans laquelle les vues existaient et que les fonds contigus demeuraient réunis dans les mains d'un seul et même propriétaire, sauf le cas où celui-ci aurait fait tel acte ou telle déclaration nécessaire pour imposer à ses successeurs un état de choses résultant de sa seule volonté, ce qui n'a pas eu lieu dans le cas actuel.

Attendu que les parties en cause ont fait en 1837 le partage des bâtiments et du fonds susmentionné; qu'en le faisant, elles ont fixé la ligne qui sépare ce fonds en deux perpendiculairement aux bâtiments, et que cette ligne est de près de six pieds de distance oblique du parement extérieur des deux fenêtres de la maison du demandeur.

Considérant que dans cet état de choses, la limite de la partie échue à François Bory est en dehors de la distance légale de 3 pieds fixée en faveur des vues obliques; que, dès lors, il n'y a pas à la charge de cette partie du fonds l'obligation de respecter cette

¹⁾ On ne peut établir des vues par côté ou obliques sur le même fonds, s'il n'y a trois pieds de distance.

distance à laquelle elle serait soumise si la ligne séparative avait été plus près de 3 pieds du parement des fenêtres;

Que les parties copartageantes n'ont d'ailleurs rien statué entre elles à cet égard.

Considérant en définitive qu'il n'y avait pas lors du partage de 1839, d'autres droits en faveur des fenêtres en question, que celui qui résulte des art. 467 et 468 du code civil; que les parties n'ont pas fixé la limite des fonds jusqu'à attoucher à ce droit, qu'ainsi il ne saurait être admis qu'il y ait eu destination du père de famille, puisque l'existence de ces fenêtres ne pouvait avoir l'effet de frapper d'un droit de servitude de vue la partie du fonds voisin éloigné de plus de 3 pieds.

Considérant dès lors que Siméon Bory ne peut demander l'enlèvement des constructions faites par François Bory.

(Journal des tribunaux Vaudois, XII [1864], p. 421 ss.)

41. Pfandrecht. Umsfang.

Der Fabricant J. J. Tipp in München hatte am 18. März 1859 der Firma Jenny Wild & Cie. in Leuggelbach (Ct. Glarus) Fr. 10000 dargeliehen und dafür einen vom 1. Oct. gl. J. datierten Pfandbrief, lautend auf Fr. 20000 nebst Zinsen erhalten, unter gegenseitiger Erklärung beider Interessenten (vom 19. Mai 1860) jedoch, es könne der fragliche Pfandbrief nur zur Sicherung eines Vorschusses von Fr. 10000 gelten.

Dieses Schuldverhältnis blieb unverändert bis zum Ausbruch des Concurses der Firma Jenny Wild & Cie., und J. J. Tipp meldete auch in seiner Concurseingabe mehr nicht an, als die wirklich vorgeschoßenen Fr. 10000, anerbot sich jedoch, die fehlenden Fr. 10000 nachzugeben.

Auf der Liegenschaft, auf welcher das Pfandrecht von Fr. 20000 eingetragen war, erschien als Nachsäher (späterer Pfandgläubiger) Heinrich Hauser von Niederschwyl (Ct. Zürich), der auch nach Landesgesetz die Liegenschaft an sich brachte (zog), mit der selbstverständlichen Pflicht, den Bordersäher resp. dessen Pfandbrief auszulösen.

Er war auch bereit, die Fr. 10000 zu zahlen, protestierte aber bei dem Zug gegen weitere Zahlung. Die Concurスマasse dagegen behauptete auf Grund des Pfandbriefs dessen Pflicht zu Einzahlung von Fr. 20000, welche Summe in seinem Pfandbrief sowohl als im Uebernahmact ihm vorangestellt erschene. Sie berief sich auf die §§ 11—13 des Gesetzes über Errichtung neuer Pfandbriefe, vom Jahr 1842:

§ 11. So oft ein Pfandbrief von dem darin bezeichneten Creditoren oder andern rechtmäßigen Eigenthümer desselben veräußert oder

sonst durch Erbschaft, Kauf, Tausch, Anweisung, Abtretung ic. das wirkliche Eigenthum eines oder mehrerer Andern geworden, so hat jedesmal der neue Inhaber von der rechtlichen Erwerbung an innert sechs Monaten bei dem Landeshypothecarbeamten unter Vorweisung des Schuldtitels im Beisein des Schuldners sein darauf erworbene Recht zu erweisen, und es soll durch den Hypothecarbeamten dieses in das Pfandprotocoll eingetragen und dem Pfandbrief selbst nachstehende Bescheinigung einverlebt werden:

„Dass gegenwärtiger Pfandbrief, dermalen von N. N. als Schuldner verzinset, den Tag des Monats im Jahr (durch Erbschaft, Kauf, Tausch, Anweisung, Abtretung ic.) an den N. N. rechtmäßig übergegangen sei, und dieser sich in Gegenwart obbesagten Schuldners gehörig ausgewiesen habe, bescheinigt mit aufgedrücktem Kanzleissigill

(Datum)

Der Landeshypothecarbeamte:

N. N.“

Wer unterlässt, vorbezeichnete Bescheinigung innert dem festgesetzten Termin nachzusuchen, hat alle daraus entstehenden nachtheiligen Folgen an sich zu tragen.

Pfandbriefe, welche zu Deckung einer Anleihe bloß als Faustpfand (Hinterlage) hinterlegt werden, bedürfen keiner Transfixation.

§ 12. Jeder Eigenthümer eines Pfandbriefes ist pflichtig, wenn ihm an das darin verschriebene Capital ein Theil abbezahlt oder wenn von den verpfändeten Eigenschaften etwas der Pfandbarkeit entlassen wird, im Beisein des Schuldners oder seines Stellvertreters den Pfandbrief dem Landeshypothecarbeamten zuzustellen, welcher dann nach abgegebener Erklärung das Abbezahlte oder der Pfandbarkeit Entlassene in einer amtlichen Anmerkung auf den Pfandbrief hinsicht, den noch übrig bleibenden Kapitalbetrag darin bezeichnet und hievon Vormerkung im Pfandprotocoll nimmt.

§ 13. Wenn aber dem Creditor das ganze Capital abbezahlt wird, so darf bei strenger Verantwortlichkeit derselbe dem Schuldner den Pfandbrief in keinem Falle, weder unversehrt noch entkräftet aushändigen, sondern er ist verpflichtet, solchen unversehrt bei dem Landeshypothecarbeamten abzugeben, welcher dann, wenn die Abzahlung durch einen von dem Schuldner angewiesenen neuen Creditor geleistet wird, denselben, und zwar erst nach der in § 11 vorgeschriebenen Transfixierung dem neuen Gläubiger zu übergeben und hievon im Pfandprotocoll Vormerkung zu nehmen hat.

In allen andern Fällen aber, wo der Schuldner aus eigenem Vermögen und von sich aus abbezahlt, muss der Hypothecarbeamte den Schuldbrief zerschneiden, entkräftigen und die Annulirung im Pfandprotocoll bemerken, woraufhin der annulirte Pfandbrief dem Dehitor zugestellt wird.

Verlangt jemand die Amortisation (vernichtung) vermüster Pfandbriefe, so wendet er sich mit dem diesfalligen Begehrten an die Standescommission, welche sodann eine zweimalige Ausschreibung im Amtsblatt und durch geeignet findende in- oder ausländische öffentliche Blätter anordnet und zu Einreichung der Schuldtitel einen Termin von 2—3 Monaten festsetzt.

Beide Instanzen blieben bei dem Wortlaut des Pfandbriefes, das Appellationsgericht von Glarus durch Spruch vom 15. Nov. 1860, in Erwägung:

1. daß nach der näheren Präzisierung des Appellanten es sich heute lediglich um die Frage handelt, ob Hr. Hauser als nunmehriger Eigentümer der verpfändeten Grundstücke den Pfandbrief des Hrn. Tipp vom 18. März 1859 mit Fr. 20000 oder aber bloß mit Fr. 10000 Capital nebst treffendem Zins anzuerkennen und gegebenenfalls auszulösen habe;

2. daß für die Beantwortung dieser Frage einzig und allein die beiden Pfandtitel als amtliche Actenstücke, welche für den Geldverkehr bestimmt sind und nach § 169 der C. P. O. für ihren Inhalt vollen Beweis leisten, maßgebend sind, nun aber zu Folge der vorgelegten Bescheinigung der Hypothekaranzlei der Pfandbrief vom 18. März 1859 gemäß der Angabe sämtlicher Associes der Firma Jenny Wild & Cie. auf die Summe von Fr. 20000 ausgestellt worden ist und ebenso auch in dem zu Gunsten des Appellanten unterm 1. Oct. 1859 gefertigten Nachsatzbriefe die erwähnte Summe als Vorsatz des Hrn. Tipp sich vorgemerkt findet;

3. daß demnach eine pfandrechtliche Forderung des Hrn. Tipp auf das Fabrik-Etablissement und die dazu gehörigen Liegenschaften in Leuggelbach im Betrage von Fr. 20000 vollkommen ausgewiesen ist und jenen maßgebenden Titeln gegenüber die von Hrn. Tipp wiederholt gegebene Erklärung, daß er in der Wirklichkeit bloß Fr. 10000 bezahlt habe, zwar wohl für das Rechtsverhältnis zwischen ihm und der Concursmasse, als Rechtsnachfolgerin der Firma Jenny Wild & Cie., nicht aber für dasjenige zwischen Letzterer und dritten Personen, zu welchen auch der gewesene Pfandgläubiger eines Nachsatzbriefes gehört, maßgebend ist;

4. daß überdies die Concursmasse unterm 15. Juli nur unter formlicher Verwahrung der ihr zustehenden Rechte gegenüber Hrn. Tipp dem Appellanten die ihm im Nachsatzbriefe vom 1. Oct. 1859 verschriebenen Realitäten heimgeschlagen hat.

(Directe Mittheilung.)

42. Gült von unsicherm Gut. Schlussfolgerung aus der Verzinsung.

Unterm 21. Januar 1847 wurde zu Gunsten der Witwe Anna Maria Flühler geb. Zelger im kleinen Löli in Stans ein Gewährsbrief errichtet, wodurch eine bisher ohne Urkunde verzinste Gült von 400 Pfund auf das Gut Oberburgholz gelegt („bekannt“) ward. Diese Gült war aus der Verlassenschaft der Frau Josepha Filliger (1837) auf deren Tochter Josepha verehlichte Odermatt, und von dieser weiter auf sie, die Flühler, erbweise gekommen.

Verzinst ward aber die Gült nicht von den Eigenthümern von Oberburgholz, sondern erweislich wenigstens von 1838 an bis 1858 von denjenigen des Gutes Unterburgholz.

Weder wie die Verlegung der Gült auf Oberburgholz möglich, noch wie die Verzinsung durch die Eigenthümer von Unterburgholz veranlaßt worden, ist ermittelt; darum leicht begreiflich, daß beide später die Zinspflicht bestritten.

Die Anna Maria Flühler flagte darum ihrem Gewährsbrief zu folge gegen die Eigenthümer von Oberburgholz auf Obrischenbach (Midwalden), Brüder Bünter, alternativ aber auch gegen die Brüder Zumbühl, Eigenthümer von Unterburgholz, auf weitere Verzinsung.

Für die erste Klage stützte sie sich auf den Gewährsbrief und auf die Ordnung,¹⁾ daß der Bestand desselben mit Notwendigkeit voraus-

¹⁾ Ein Gesetz über Errichtung von Gewährsbriefen besteht nicht. Das ganze Institut beruht auf Gewohnheitsrecht. — Wer einen solchen errichten will, wendet sich an den Wochenrath, der früher, d. h. im 17. und 18. Jahrhundert, regelmäßig nach vorheriger Anhörung des Eigenthümers, dessen Gut belastet werden sollte, die Canzlei mit Fertigung des Gewährsbriefs beauftragte. Seit im Jahr 1798 so viele Gewährsbriefe verbrannten und zu erneuern waren, wurde die Sache leichter genommen und oft ohne Anhörung des Eigenthümers je nach dem Stand der Ausweise des Begehrenden die Canzlei ohne weiteres angewiesen. Solche Ausweise sind gewöhnlich die sog. „Urben“ (Urbarten), Aufzeichnungen der Berechtigten, in denen der Capitalwerth, das hafende Gut (Unterpfund), die „Vorstände“ (frühere Hypotheken), Datum ic. enthalten sind. Vollen Werth erhielt die Aufzeichnung, wenn das Gültensprotocoll der Canzlei übereinstimmte und die Gült als „lebendig“ durch fortdauernde Verzinsung sich als richtig dargiebt. Das Gültensprotocoll ist aber selbst wieder nicht etwa als Grundbuch zu denken, das nach Gutsparcellen geführt wäre, sondern ein chronologisch geordnetes Verzeichniß der „Bekanntnisse“, Angaben von Gültlasten auf einzelnen Gütern, früher vermischt über alle Grundstücke des Landes geführt, später getrennt nach den Gemeinden, bei Ablösungen, Theilungen ic., dann mit Einschaltungen, Nebeneinträgen und Durchstrichen verwirrt, so daß keine große Ordnung mehr haltbar war. Die neuere Zeit hat hierin durch ein regelmäßigeres Verweisungs-

seße, es sei der Eigenthümer des belasteten Gutes mit Errichtung des Briefes gehört worden und einverstanden.

Für die alternative Klage gegen die Eigenthümer des untern Burgholzes berief sich die Flöhler auf die Thatsache der Verzinsung dieser Gült seit 1818, welche wissentlich und doch gewiß nicht zufällig und grundlos erfolgt sei. Auch würde die Summe der Pf. 400 ganz gut in die Lücke passen, die zwischen der Geldaufnahme von Pf. 500 dd. 2. Jan. 1643 mit einer „Vorstellung“ von Pf. 5780 und der späteren Geldaufnahme von Pf. 400 dd. 2. Oct. 1644 mit einer Vorstellung von Pf. 6680 offen bleibe und nie gedeckt worden sei.¹⁾

Die Erstbekaßteten, Gebrüder Bünter, bestritten die Schlusskraft aus der alleinigen Existenz des Gewährsbriefes, indem dieser einseitig errichtet sein könne und verneinten, jemals diese Gült verzinset zu haben. Sie zeigten auch aus dem Gang der Gültbelastung des Oberburgholzes von 1789 weg, daß wenigstens für diese Periode die Geldaufnahme von Pf. 400 nur in eine Lücke passen würde, die schon im Jahr 1809, also lange vor Errichtung des angerufenen Gewährbriefes gedeckt worden sei. Für diese Thatsachen berufen sie sich auf die Zinslisten des Gutes, ja auf diejenigen der Klägerin selbst. Aber auch im Gegenfall wäre der Zins verjährt, da eine Verzinsung vom Oberburgholz an die Klägerin und ihre Rechtsvorfahren in den letzten dreißig Jahren nicht nachgewiesen sei. — Eventuell erschien der Altrathsherr Zumbühl am Rechten, der im Jahr 1827 dieses Oberburgholz mit der Erklärung an die jetzigen Besitzer verkaufte, es haften nur Pf. 24185, nach denen „zu Ausmachung“ dieser Summe, d. h. nach einem Vorgang von bloß Pf. 23885, er noch Pf. 300 aufgenommen hatte. Die Eigenthümer von Oberburgholz behaupteten, darin läge eine „Uebersage“, für die er nach den Gesetzen stets haften müßte.

Die Zweitbekaßteten bestritten die Alternativklage mit dem Wortlaut des Gewährsbriefes, der auf Oberburgholz weise und gesetzwidrig

verfahren wieder einige mehrere Ordnung gebracht und keine Bekennnisse mehr gelten lassen, die nicht publiciert würden, so daß der Verpflichtete von der seinem Gut gegenüber gemeldeten Last Kenntniß erhalten kann.

¹⁾ „Lücke“ heißt zunächst die Stelle einer vorgehenden Hypothek, insofern sie bezahlt oder getilgt wird, weil die späteren Creditoren nach dem Recht vieler Cantone nicht vorrücken. „Lücke“ heißt aber auch die offene Stelle, die durch Ungenauigkeiten in Angabe von vorgehenden Hypotheken entsteht. Wird nämlich auf ein Grundstück hinter einer Hypothekenlast von 5000 Pf. eine Gült gelegt von 500 und später bei neuer Verlegung einer Gült darauf ein Vorgang von 6000 Pf. angegeben, statt nur Pf. 5500, so entsteht eine „Lücke“ von 500 Pf. Verlegung weiterer Pf. 500 in diese offene Stelle, heißt „Deckung der Lücke“. Und Angabe einer Lücke von z. B. 500 Pf., wo dieselbe nur 400 Pf. beträgt, heißt „Uebersage“.

erscheine, wenn er auf Oberburgholz bekennt worden wäre, während er auf Unterburgholz wirklich ruhen würde. Sie forderten in Folge dessen die seit 1838 anerkanntermaßen ungehörig bezahlten Zinsen zurück. Die Berufung der Eigenthümer von Oberburgholz auf ihren „Gültensatz“¹⁾ fechten sie an, da offenbar derselbe mit allerlei Irrungen behaftet sei und unrichtige „Vorstellungen“ und „Lücken“ enthalte, die dann später durch „Gültensbekennnisse“ gedeckt wurden. Gleiche Unordnung wird den „Oberburgholzlichen“ Zinslisten vorgeworfen, wie deren Gültensatz. Eine Erklärung der räthselhaften Verzinsung wird damit versucht, daß der Vater der Eigenthümer von Unterburgholz den Blumen-nußen (den Ertrag der Grundstücke) von Oberburgholz während längerer Zeit bezogen habe und ihm wahrscheinlich dieser Nutzen gegen Uebernahme des darauf haftenden Zinses überlassen worden sei, wozu komme, daß die Klägerin im Jahr 1846 eine auf Unterburgholz lastende Gült gekauft habe, die dann ohne Unterschied mit dem Zins von Oberburgholz verzinset wurde. — (Beweise für diese zwei sehr erheblichen Behauptungen liegen nicht in den Verhandlungen.) Beiläufig wird auch bestritten, daß sie vor 1847 die fragliche Gült verzinset haben, überdies auch, daß überhaupt vor 1838 die Gült von irgendwem verzinset worden sei.

Da die Gebrüder Bünter ihr Gut Oberburgholz durch Erbschaft von Frau Josepha Bünter, diese aber von alt Rathsherrn Zumbühl im Jahr 1827 erworben hatte, so erschien in Rechten auch als Denunciat Niclaus Zumbühl, dessen Erbe. Da im Kaufakt als Gültlast auf dem an die Bünter verkauften Oberburgholz auch nur Pf. 24185 angegeben worden waren, so fand der Denunciat, er könnte für eine größere Belastung wegen Uebersage nur Negativ leiden, falls ihm dies als Absicht, nicht aber, wenn ihm dies blos als Irrthum nachgewiesen würde. Nach verlaufenen 36 Jahren aber müsse ihm der Laubriß (Versährungs-)Artikel doch gewiß zu Gute kommen, da in dieser Zeit nie Reclamation erhoben worden sei.

Das Geschwornengericht von Nidwalden, vor dem diese schwierige Angelegenheit am 5. Nov. 1863 verhandelt worden war, wies die Klage gegen die Eigenthümer von Oberburgholz ab, hielt dagegen diejenige gegen die Eigenthümer von Unterburgholz aufrecht, und zwar in einer Lücke zwischen einer Geldaufnahme vom 2. Jan. 1643 und vom 20. October 1644. — Alles in Betracht:

1. Klägerin, resp. deren Mutter Josepha Odermatt sel., den 23. März 1837 von Frau Josepha Filliger sel., Großmutter der Klä-

¹⁾ Gültensatz ist das Verzeichniß der Eigenthümer eines gült-hafteten Grundstücks über die auf dem Gute haftenden Gültten. Rechtlich kann dasselbe im Prozeß nur zur Ergänzung sonstiger Beweismittel dienen, als einseitige Aufzeichnung einer Partei.

gerin, laut Theilbrief Pf. 400 auf Burgholz, unverschrieben, ererbt hat;

2. Klägerin sich im Besitz eines sub 21. Januar 1847 errichteten Gewährsbrieves von Pf. 400 auf Oberburgholz befindet, mit Vorstellung Pf. 3900, Datum der Errichtung 6. April 1642;

3. eine Gült laut Gesetz (fol. 76) durch Laubris nur dann verloren gehen kann, wenn von derselben während dreißig Jahren kein Zins bezogen worden wäre;

4. daß nun fragliche Gült gemäß den vorgelegten Zinsbüchern von 1859 zurück bis 1838 regelmäßig verzinset wurde und es keinem Zweifel unterliegen kann, daß sie auch früher verzinset worden, da sie Anno 1837 in die Theilung der Frau Fülliger fiel, obwohl sie damals unverschrieben, d. h. das Original nicht mehr existierte und der Gewährsbrief noch nicht errichtet war, somit selbe nur durch die fortwährende Verzinsung im Gedächtniß erhalten werden konnte;

5. daß somit von einer Nullierung der Gült keine Rede sein kann;

6. daß nun aber laut Kaufbrief von 1827 auf Oberburgholz Pf. 24,185 haften, demnach gemäß dem vorliegenden Gültensatz und der Zinsliste die fraglichen Pf. 400 keinen Platz mehr finden würden;

7. Klägerin auch nicht beweisen konnte, daß sie während dreißig Jahren auf dem Oberburgholz einmal fraglichen Zins bezogen hätte, und laut den vorliegenden Zinslisten des Oberburgholz von 1824, 1827 und 1829 keine Spur sich zeigt, daß die Erblasserin Josepha Fülliger dort einen Zins gehabt hätte;

8. dagegen laut den Zinsbüchern des Hrn. Niclaus Zelger sel. und des Hrn. Maria Flühler sel. diese Gült

a. von 1838 bis und mit 1845, gemäß Wortlaut der Einschreibung, „vom Eigenthümer des Burgholz selbst bezahlt wurde,“ dieser Eigenthümer aber Niemand anders als der Besitzer des untern Burgholzes sein kann; indem sub 16. und 23. Nov. 1846 über die Besitzerin des oberen Burgholz die Geltenrechnung aufgenommen wurde, ohne daß der 1845er Zins auf dem Geltenrodel erscheint, vielmehr derselbe den 11. Horn. 1847 vom Eigenthümer selbst an den Zinsberechtigten entrichtet wurde;

b. von 1846 bis und mit 1858 aber der fragliche Zins ausdrücklich vom Besitzer des untern Burgholz bezahlt worden ist;

9. vom Besitzer des untern Burgholz weder durch Vorlage eines Zinsbuches noch Zinsrodeln der Gegenbeweis geleistet wurde, daß von ihnen diese Zinsen nicht entrichtet worden wären;

10. daß laut altem Gültensatz des Unterburgholzes, verfaßt von Ziegler Franz Joseph Odermatt sel., sich zeigt, daß zwischen Pf. 500, mit Vorstellung Pf. 5780, vom 2. Jänner 1643, und Pf. 400, mit Vorstellung Pf. 6680, vom 2. Oct. 1644, sich eine Lücke befindet von Pf. 400, mit Vorstellung Pf. 6280;

11. daß somit die Zinspflicht der befraglichen Gült auf dem untern Burgholz haftet.

(Directe Mittheilung.)

43. Pfandrecht an Heirathshinterlagen?

Die Depositalcassaverwaltung von Hohenrain (St. Luzern) mache an dem über Franz Bachmann und dessen Ehefrau Maria Schrag ausgebrochenen Concurse auf ein in der Spar- und Leihcassa des Kantons Luzern liegendes Guthaben des Concursten von 700 Franken nebst Zins seit dem 1. September 1860, sowie auf das dahereige Cassabüchlein wegen Besorgniß eines künftigen Nothstandes derselben in dem Sinne Anspruch, daß fragliche 700 Franken nebst genanntem Zins im Depositum verbleiben sollen.

Hingegen wurde von Jakob Mattmann in Ammergehrigen zu Malters am Concurse über den obbenannten Franz Bachmann und dessen Ehefrau Maria Schrag Einspruch erhoben und das quästionierliche Guthaben des Concursten zu seinen Händen reclamiert.

Vom Bezirksgericht Ruswil wurde über diese Frage unterm 8. August 1863 zu Gunsten des Klägers entschieden.

Im Gegensatz damit entschied das Obergericht von Luzern am 9. Sept. 1863 auf Abweisung des Klägers, in Erwägung:

1. daß der fragliche Rechtsanspruch der Klägerin nicht als eine Eigenthums-, sondern als eine Pfandreclamation sich darstellt und hauptsächlich damit begründet werden will, es habe der Regierungsrath des Kantons Luzern in Recurssachen des Franz Bachmann gegen den Gemeinderath von Hohenrain den 3. Febr. 1860 die Erkenntniß erlassen: „Der Gemeinderath von Hohenrain sei angewiesen, dem Recurrenten nach Erlegung der gesetzlichen Gebühren und unter der Bedingung, daß der vorgelegte Sparcassaschein und die Obligation der schweizerischen Westbahn in die Depositalcassa von Hohenrain gelegt werden, die Bewilligung zur Berehelichung mit Maria Schrag zu ertheilen;“ worauf Franz Bachmann die Bedingnisse dieser Erkenntniß erfüllt und sich mit Maria Schrag verehelicht habe;

2. daß nun abgesehen von der Frage, ob der Regierungsrath berechtigt gewesen sei, den Franz Bachmann, so lange er eigenen Rechtes war, im angezogenen Falle anzuhalten, Vermögen in die Depositalcasse seiner Heimathsgemeinde zu legen, und selbst vorausgesetzt, der Regierungsrath habe damals innert seiner gesetzlichen Befugniß gehandelt, — aus dieser Erkenntniß nicht gefolgert werden kann, daß der Regierungsrath hiedurch der nunmehrigen Klägerin ein Pfandrecht auf fragliches Guthaben einzuräumen beabsichtigt habe noch daß ihr dadurch wirklich ein solches Pfandrecht eingeräumt worden sei, um so weniger, als ein derartiger regierungsräthlicher

Act den Bestimmungen der §§ 362 und 712 des bürgerlichen Gesetzbuches nicht genügen würde, indem laut jenen Bestimmungen ein Pfandrecht nebst der Uebergabe der Pfandsache an den Pfandgläubiger, wenn jene den Werth von 100 Franken übersteigt, überdies durch die Ausstellung eines Pfandscheines durch den Schuldner nach Anleitung des cit. § 712 erworben werden kann, in vorliegendem Falle nun aber ein solcher Pfandschein fehlt;

3. daß Klägerin ferner zur Begründung ihrer Pfandreclamation auf ein zwischen ihr und dem Bureau Fleischlin und Gerig in Luzern erlassenes hierortiges Urtheil vom 26. Juni 1861 sich beruft und behauptet, der gegenwärtige Rechtsstreit sei durch dieses Urtheil schon entschieden (res judicata);

4. daß es sich in dem angerufenen Processe darum handelte, ob bei einem Verzichten des Abtreters auf seine Veräußerungsbefugniß hinsichtlich des fraglichen Guthabens der Cessionar — abgesehen von Concursverhältnissen — ein besseres Recht als der Cedenent beanspruchen könne; in dem gegenwärtigen Processe aber das Rechtsverhältniß in Folge des über Bachmann ergangenen Concurses ein anderes geworden ist, indem laut Concursgesetz (§ 10) auf den Tag der Aufrechnung eine Bilanz über das Soll und Haben des Concursiten gezogen werden muß und dabei das gesamte Vermögen des Concursiten in dieselbe aufzunehmen ist, insoweit Dritte nicht Kraft dingslicher Berechtigung ein besseres Recht auf Vermögensobjekte in der Concursmasse haben, und vorliegend ein solches dingsliches Recht — laut Motiv 2 oben — nicht als bestehend angenommen werden darf;

5. daß die Frage, welchen Concurscreditoren das fragliche Cassaguthaben zuzuteilen sei, bei dermaliger Sachlage hierorts nicht zu entscheiden, sondern den betreffenden Parteien zur weiteren Verhandlung anheimzustellen und daher auf das eventuell aufgestellte zweite Membrum der Rechtsfrage dermalen nicht einzutreten ist, inzwischen aber das streitige Guthaben in die Concursmasse fällt.

(Directe Mittheilung.)

44. Pfandrecht an Eisenbahnen. Vorrang vor andern im Concurse wie weit wirksam.

Durch Act vom 25. Juli 1857 erkannte sich die Eisenbahngesellschaft des Jura-industriel als Schuldnerin von drei Millionen Franken zu Gunsten des Dr. Stockmayer, der durch Act vom 8. December 1858 seinen Titel auf Wildholz übertrug und ihm überband, für Aufrechterhaltung der Rechte der Partialobligationenbesitzer seines Anlehens zu sorgen, das in zweitem Rang auf der Eisenbahn hypo-

theoret war. Durch die Convention der Eisenbahngesellschaft mit ihren Obligationsgläubigern vom 10. Februar 1860 wurde festgesetzt, daß jene ein neues Anleihen von $1\frac{1}{2}$ Millionen Franken emittieren dürfe, welches den Vorrang vor allen früheren Anleihen sowohl für den Zinsbezug als die Rückzahlung haben solle. Dieses Anleihen übernahm der Bankverein zu Basel (die Häuser Bischoff zu St. Alban, Chinger und Comp., J. Merian-Forcart, Passavant und Comp., J. Niggengenbach, Von Speyr und Comp.) durch Act vom 19. April 1860 mit erster Hypothek auf die Eisenbahn. Zugleich übernahm eine Gesellschaft für Betrieb der Eisenbahn auf ihre Rechnung alle Lasten der bisherigen Gesellschaft, und in der zwischen den beiden Compagnieen am 11. Februar 1860 abgeschlossenen Convention heißt es: *Le revenu net du chemin de fer sera affecté au payement des intérêts et à l'amortissement des obligations de la compagnie Neuchâteloise, selon leur rang de priorité.* Im Jahr 1862 erfolgte der Concurs der zwei vereinigten Gesellschaften der Jura-industriel-Eisenbahn, und der Basler Bankverein verlangte nun, daß die Nettoeinnahmen der Eisenbahn vom Tag der Concurseröffnung an jeweilen sofort aus der Masse ausgeschieden und zur Zahlung der Zinsen ihrer Obligationen von $1\frac{1}{2}$ Millionen Fr. verwendet würden. Diesem Begehr schloß sich auch Wildbolz für seine drei Millionen an. Das Begehr wurde auf obige Verträge gestützt und von den übrigen Gläubigern der Gesellschaft angefochten.

Beide Instanzen wiesen das Begehr ab, das Civilgericht von La Chaux-de-Fonds am 4. Juni 1863, der Appellhof zu Neuenburg am 8. Juli 1863. Die Motive der ersten Instanz sagen:

Considérant en droit: que les conventions invoquées par les inscrivants ont eu particulièrement pour objet de constituer des hypothèques en faveur des créanciers par obligations, de fixer le rang d'inscription de ces hypothèques et l'ordre d'amortissement;

Considérant que, si ces mêmes conventions ont fixé l'ordre dans lequel les créanciers obligationnaires recouvreront leurs intérêts, et leur ont ainsi, par privilège, donné un droit sur le produit de l'exploitation, ce privilège n'est pas constitué conformément à la loi, et ne peut, dans la faillite, être opposé à des tiers;

Considérant que d'après l'article 1718 du code civil, les fruits naturels et civils pendant en racines ou dus au moment de la saisie, sont immobilisés et suivent l'immeuble;

Que la saisie ne peut être, dans l'espèce, que le dernier acte de poursuites, qui met le créancier en possession et propriété réelles de l'objet en nature ou de sa valeur réalisée;

Considérant que les inscrivants n'ont pas encore formé leur demande en expropriation, et que par conséquent, ils ne peuvent

faire des collocations sur des fruits civils détachés avant cette demande;

Considérant que les revenus du chemin de fer sont des fruits civils qui se perçoivent jour par jour; que la masse en faillite qui représente maintenant le propriétaire du chemin de fer a entrepris l'exploitation, et perçu légalement les fruits civils au fur et à mesure de leur rentrée, et les a détachés de l'immeuble;

Qu'ainsi les fruits civils ne peuvent être sortis de la masse en faillite qu'après la saisie réelle de l'immeuble, soit au moment de l'adjudication ou de la collocation après expropriation.

Die zweite Instanz begründete ihr Urtheil so:

Considérant en droit: que les conventions pré-rappelées ont eu, en ce qui touche le litige actuel, pour objet de constituer des hypothèques en faveur des créanciers par obligations, de fixer le rang d'inscription de ces hypothèques, ainsi que l'ordre pour l'amortissement et pour le payement des intérêts;

Qu'elles n'ont pu créer de privilège exceptionnel dans une faillite et vis-à-vis de tiers, ni ajouter aux droits légaux qui appartiennent à tout créancier hypothécaire;

Que ces droits sont régis par le droit commun hypothécaire, et dans les limites des lois spéciales sur la matière;

Que l'article 1718 du Code civil détermine ces limites en disposant que l'hypothèque acquise s'étend aux fruits civils dus au moment de la saisie de l'immeuble;

Que s'agissant d'appliquer cette disposition de la loi à la cause actuelle, le juge constate que les revenus du chemin de fer sont des fruits civils qui se perçoivent jour par jour;

Que la masse en faillite, qui représente le propriétaire de l'immeuble hypothéqué, est chargée de l'exploitation du chemin de fer;

Qu'elle perçoit légalement les fruits civils au fur et à mesure de leur rentrée, et en applique une partie aux frais de cette exploitation;

Considérant que ces fruits civils ne peuvent faire accession à l'immeuble hypothéqué et être immobilisés que du moment de la saisie de l'immeuble;

Que la saisie de l'immeuble dans le sens de l'art. 1718 du code civil s'entend de la saisie par l'adjudication ou par la saisie réelle et définitive;

Considérant que les demandeurs en liquidation ne sont pas encore au bénéfice de cette adjudication ou de cette saisie réelle et définitive.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, VI, p. 361 ss.)

45. Pfandrecht an Eisenbahnen. Garantie der Priorität vor späteren Anlehen.

Durch zwei gleichlautende Notariatsakte vom 9. März 1859 schlossen die Municipalitäten L'ocle und La Chaux-de-Fonds, die erste für Franken 850,000, die zweite für Fr. 1,700,000 mit den sechs Basler Bankierhäusern Benedict La Roche, Em. La Roche Sohn, Iselin und Stähelin, Oswald Gebrüder und Comp., Rognon und Comp., Kaufmann und Lüscher ein Anlehen ab, das diese Häuser zu negocieren übernahmen. Als Pfand übergaben die zwei Municipalitäten den Gläubigern die ihnen von der Eisenbahn des Jura-industriel für dieselben Summen ausgestellten Titel, sowie die Partialobligationen der zwei notarialischen Hauptobligationen. Diese Pfänder wurden auf der Bank zu Basel deponiert und hievon der Eisenbahngesellschaft am 11. März 1859 Kenntnis gegeben. Zu dieser Zeit bestanden folgende Anlehen des Jura-industriel:

1. Das Anlehen Stockmayer, vom 25. Juli 1857, Capital Fr. 3000,000.
2. Das eidgenössische Anlehen, vom 1. Mai 1858, = = 1,000,000.
3. Das Anlehen à primes vom 25. Mai 1858, = = 1,635,000.
4. Das Anlehen zu Gunsten der Municipalitäten, vom 26. Februar 1859, = = 2,550,000.

Die Titel dieses letzten Anlehens bildeten das fragliche Pfand und der Artikel 8 dieses Darlehensvertrags lautete wie folgt:

„Pour garantir l'exécution de tous les engagements qui précédent, la Compagnie débitrice oblige tous ses biens présents, meubles et immeubles. Elle se réserve le droit de contracter un nouvel emprunt du capital de un million de francs, pour rembourser une même somme qu'elle doit au Département des finances de la Confédération suisse, suivant un acte obligatoire du 1 mai 1858, reçu par le notaire stipulant, et elle se réserve spécialement de pouvoir assurer à ce nouvel emprunt, moyennant la destination sus-indiquée, le même rang qui appartient à celui qui fait l'objet de la présente obligation. Les obligations spéciales qui peuvent être créées à l'occasion de ce nouvel emprunt porteront la même dénomination de *nouvelles obligations à cinq pour cent*, avec l'indication *seconde émission*, en remplacement de celle de *première émission*. Du reste et sauf cette réserve, la Compagnie débitrice reconnaît que le présent emprunt doit avoir la priorité, non-seulement sur tous les emprunts qui pourraient être contractés ultérieurement, mais aussi sur les intérêts et dividendes à payer aux actionnaires.“

Am 10. Februar 1860 schloß die Compagnie du chemin de fer du Jura-industriel mit ihren Obligationsgläubigern einen Vertrag, durch welchen letztere zur Aufnahme eines neuen Anlehens durch die Gesellschaft im Betrag von Fr. 1,500,000 einwilligten, das den Vor-

rang vor allen andern Anlehen haben sollte, und dieser Vorrang sollte durch Constituierung einer Hypothek gesichert werden. Die Municipalitäten L'ocle und La Chaux-de-Fonds hatten bei dieser Vereinbarung mitgewirkt. Die Basler Bankierhäuser fanden sich dadurch benachtheiligt, weil ihr Pfand dadurch entwertet sei, und erhoben Klage gegen die Municipalitäten, dahin gehend, daß Beklagte sie in die Stellung zurückversetzen sollten, auf die sie gemäß dem Vertrag vom 9. März 1859 ein Recht hätten, d. h. in die Stellung, daß dem von ihnen negocierten Anlehen bloß die drei ältern vorgehen; daß falls Beklagte das nicht thun könnten, sie den Klägern innerhalb dreißig Tagen als eine Ergänzung ihrer Sicherheit eine Million Franken in guten Werthschriften liefern sollten; daß bei Unmöglichkeit auch dieses Hilfsweges Kläger sollten als berechtigt erklärt werden, sofort die Rückzahlung des Anlehens von Fr. 2,550,000 zu verlangen und gerichtlich durchzuführen. Die Municipalitäten wandten ein, der Vertrag vom 10. Februar 1860 habe das Pfand nicht verschlechtert, denn ohne diesen Vertrag wäre die Eisenbahngesellschaft in Concurs gerathen und dann wären die Obligationen des von den Klägern negocierten Anlehens ganz werthlos geworden; durch diesen Vertrag sei der Eisenbahngesellschaft ermöglicht worden, fertig zu bauen und einen viel größern Werth zu erhalten, wodurch das Pfand der Kläger sogar verbessert worden sei.

Beide Instanzen (Civilgericht von Neuenburg am 2. März 1861, der Appellhof am 4. April 1861) wiesen die Kläger ab.

Motive der ersten Instanz:

Considérant que si, par ce nouvel emprunt de fr. 1,500,000 contracté pour former la nouvelle société d'exploitation du chemin de fer du Jura-Industriel, les municipalités sont contrevenues à la lettre même et au texte de la clause de l'obligation prémentionnée, le Tribunal doit cependant, pour bien apprécier ce fait, se transporter à l'époque où ce nouvel emprunt de fr. 1,500,000 a été contracté et aux circonstances qui l'ont précédé et accompagné; qu'en effet, au mois de février 1860, la compagnie du Jura se trouvait dans une position très critique, puisqu'il lui manquait trois millions pour terminer son entreprise, et que si elle n'avait pas pu, par une combinaison quelconque, se procurer cette somme, elle aurait dû se mettre en état de faillite.

Considérant que si la faillite avait eu lieu alors, le chemin de fer qui, à cette époque, n'était pas terminé, n'aurait évidemment pas pu être évalué assez haut pour couvrir les créanciers privilégiés, l'emprunt de trois millions, l'emprunt fédéral d'un million, l'emprunt à primes de fr. 1,635,000, et, à plus forte raison encore, les emprunts faits auprès des municipalités à une date postérieure et qui auraient été ainsi complètement perdus; que c'est dans ces circonstances, que

tous les créanciers de la compagnie du Jura-Industriel ont consenti à ce qu'elle contractât un emprunt de un million et demi qui eût la priorité sur toutes ses autres dettes, moyennant qu'elle constituât en même temps des hypothèques en faveur de ses créanciers par obligations et que les municipalités du Locle et de la Chaux-de-Fonds intervinrent dans la convention du 10 février 1860, dans le but évident d'améliorer les obligations précédemment souscrites en leur faveur par la compagnie du chemin de fer et déposées entre les mains des créanciers bâlois, puisqu'elles ont fourni en outre un million cinquante mille francs à la compagnie d'exploitation, afin que ce chemin de fer pût être terminé.

Considérant que l'art. 968 du Code civil sur lequel se fondent les demandeurs, statue: „Que le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme, lorsqu'il a fait faillite, ou lorsque *par son fait il a diminué les sûretés* qu'il avait données par contrat à son créancier.“

Considérant que, dans l'opinion des Juges, la convention du 10 février, quoique faite en dérogation à un engagement précédemment consenti, n'a point eu pour résultat la détérioration, la dépréciation ou *la diminution des sûretés* des obligations remises en gage dans le sens de l'art. 968 précité, puisque, sans cette convention, elles auraient été dans une position encore plus mauvaise, tandis que, grâce à la convention dont on se plaint et qui a permis l'achèvement du chemin de fer qui était le gage commun de tous les créanciers, la voie ferrée a acquis par là une valeur plus considérable que celle qu'elle avait auparavant.

Motive der zweiten Instanz:

Considérant qu'il s'agit, pour le Tribunal nanti, d'apprécier en droit ces conclusions et de décider si, en prenant part à la convention pré rappelée du 10 février 1860, les municipalités du Locle et de la Chaux-de-Fonds ont violé des engagements qu'elles auraient pris dans les actes du 9 mars 1859, ou *diminué* les sûretés qu'elles avaient données à leurs créanciers.

Considérant que les engagements qui ont garanti une priorité en faveur des deux obligations, déposées à titre de gage, ont été pris par la compagnie du chemin de fer du Jura-Industriel en faveur des deux municipalités.

Que celles-ci, en déposant ces deux obligations entre les mains des demandeurs et en constituant le gage dans les titres souscrits par elles, n'ont pris, dans le sens du procès, qu'un engagement implicite, à savoir: celui de ne pas, par leur fait, *diminuer* les sûretés données à leurs créanciers.

Que le Juge doit, aux termes de l'art. 968 du Code civil, apprécier dans chaque cas qui lui est soumis à l'exception de celui où le

débiteur est en faillite, les faits qui ont donné lieu à l'ouverture d'une demande en privation du terme.

Que ce droit du Juge résulte du texte même de l'article invoqué par les parties et cité plus haut, puisqu'il ne suffit pas, pour qu'un débiteur soit tenu de rembourser immédiatement une créance à terme, que les sûretés données par lui aient subi une modification quelconque, mais qu'il faut de plus que ces sûretés aient été *diminuées*;

Considérant, en ce qui touche la question de savoir si le gage a été diminué ou déterioré, que ce moyen essentiel et péremptoire de la cause a été proposé par les demandeurs;

Que ceux-ci avaient l'obligation de prouver ce moyen pour justifier des conclusions prises aux termes de l'art. 968 du Code civil;

Considérant que cette preuve ne résulte pas des actes de la procédure, et que le Juge ne peut déclarer que le gage ait été diminué.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, V, pag. 361 ss.)

46. Pfandrecht im Schuldenruf.

Laut Schuldbrief vom 12. Nov. 1855 hatte die B. B. geb. M. von A.R. (Et. Aargau) dem S. W. in Z. 1400 Fr. geschuldet und dieser die Forderung an die Spar- und Leihcasse von Z. abgetreten. Nach dem Tode der Schuldnerin im Herbst 1862 war über sie der Schuldenruf ergangen, aber die Forderung vom Gläubiger nicht angemeldet worden und auch von der Liquidationsbehörde nicht, wie doch durch Verordnung vom 16. Nov. 1846 diese hätte amtshalber thun sollen.

Der Erbe der Verstorbenen, J. B. von St. (Et. Aargau), hatte die Erbmasse angetreten und trug nun auf Streichung der Pfandforderung an, auf Grund von § 303 der P.O., der die Nichtanmeldung einer Forderung im Schuldenruf mit Verlust bedrohe.

Die beiden Instanzen, das Bezirksgericht Culm am 20. Sept. 1864, das Obergericht des Et. Aargau am 17. Jan. 1865, wiesen aber dieses Begehren ab, letzteres, weil schon aus dem Begriffe des Pfandrechts, als eines dinglichen Rechts, die Befugniß des Pfandgläubigers stieße, sein Pfandrecht gegen jeden Inhaber des Pfandes so lange wirksam geltend zu machen, bis die Pfandschuld getilgt sei. Demgemäß enthalte denn auch der § 569 des A.B.G. die Bestimmung, daß das Pfandrecht so lange daure als die Forderung selbst. § 605 des A.B.G. setze fest, in welcher Weise ein Pfandrecht erlöschen könne, nemlich entweder durch Bezahlung der Forderung oder durch Übergang des Pfandes in das Eigenthum des Gläubigers, oder durch Verzicht. Als

eine reine Consequenz des allgemeinen Grundsatzes, daß Pfandrechte nur auf die oben angegebene Art erlöschen können, erscheine die in § 606 vorgeschriebene Verhaltungsmässregel, dahin gehend, daß Pfandforderungen bei amtlichen Güterverzeichnissen, Schuldenrufen und Gelstagen auch ohne Zuthun des Gläubigers von der betreffenden Behörde dem Hauptpunkte nach nebst dem laufenden Zins zu verzeichnen und aufzunehmen seien. Dadurch sei deutlich genug ausgesprochen, daß das Pfandrecht des Gläubigers auch ohne sein Zuthun gewahrt werden müsse. Wenn aber die Wahrung dieses Pfandrechts der klar ausgesprochene Zweck des Gesetzes sei, so könne eine Unterlassung von Seite der zum Handeln verpflichteten Behörden dem Rechte des Pfandgläubigers keinen Eintrag thun, denn es behauptet der Grundsatz seine durchschlagende Geltung, daß das Pfandrecht so lange daure, als die Forderung selbst. Die im § 303 der P.O. auf die Nichtanmeldung von Forderungen angedrohte Folge des Verlustes finde also auf grundpfändlich versicherte Forderungen keine Anwendung, weil eine allgemeine Gesetzesbestimmung einer speciell beschränkten nachstehen müsse und letztere für den Richter maßgebend sei. In einer solchen Stellung stehen aber die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches über das Grundpfand und die daraus fließenden Rechte gegenüber den in § 303 der P.O. enthaltenen allgemeinen Vorschriften, und eben deshalb werden die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzes durch die allgemeine Vorschrift des § 303 der P.O., obwohl diese von jüngerm Datum, nicht aufgehoben. — Eine andere Auslegung würde dahin führen, daß die Bestimmungen, wonach sich der Gläubiger darauf verlassen dürfte, daß sein Recht auch ohne sein Zuthun gewahrt werden müsse, ihm zu Täuschung gereichte. Die Unterlassung der durch § 606 des A.B.G. zur Aufrechthaltung verpflichteten Behörde dürfe aber dem Gläubiger keinen Nachtheil bringen und es schließe diese Bestimmung geradezu die Präsumtion des Verzichtes auf die gläubigerischen Rechte aus. Daraus folge, daß die in § 303 der P.O. bestimmte Restitutionsfrist auf den Fall, wo in Folge Schuldenrufs die Behörde von Amtes wegen zu handeln resp. die Forderung ohne Zuthun des Gläubigers zu verzeichnen und aufzunehmen schuldig sei, keinen Bezug habe, während die Gelstagsordnung § 123 lit. A. ausdrücklich die Restitutionsfrist auch für den Fall bestimme, da eine auf Grundpfand versicherte Schuld nicht verzeichnet worden sei, und zwar aus dem natürlichen Grunde, weil der Gelsttag die amtliche Liquidation der Vermögens- und Schuldmasse zum Zwecke habe, was dagegen da nicht der Fall sei, wo eine Erbschaft vorhanden und angetreten sei, Vermögen und Schulden auf den Erben übertragen werden und der Erbe blos den Schuldenruf verlangt habe.

(Directe Mittheilung.)