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: 14 (1867)

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: 13.10.2025

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

Rechtspflege.

1. Erbstreit oder persönliche Forderung. Gerichtsstand.

Das Concordat vom 15. Juli 1822 (eidg. off. Sammlung II, 38 f.), welchem die Cantone Aargau und Bern auch beigetreten sind, bestimmt, daß Erbstreitigkeiten, die sich an letztwillige Verfügungen knüpfen, von dem Richter der Heimat des Erblassers zu beurtheilen seien. Und von Erbtheilungen ist speciell überdies beigefügt, daß sie nach den Gesetzen dieses Heimatortes entschieden werden sollen.

Als nun nach dem Tode des Johann Leuenberger von Dürrenroth (Bern), gewesenem Schmied daselbst, die Erben desselben die Erbtheilung vollzogen, ergab sich die Spur weiterer Activen im Besitz einer der Miterbinnen, Lisette Leuenberger, und es ward darum in dem betreffenden Artikel vom 18. Sept. 1862 die Schlußclausel angehängt: ...6. Sollten später noch andere zur Erbschaft gehörende Vermögensgegenstände, welcher Art sie immer sein möchten, zum Vorschein kommen, so sollen alle Rechte der Erben auf dieselben bestens verwahrt sein. Diese Rechtsverwahrung bezieht sich namentlich auch auf diejenigen Titel, welche Lisette Leuenberger dermalen in Handen hat (1. Gültbrief vom 15. Mai und 23. Aug. 1837 über Fr. 4347. 84, und 2. Rückabtretung vom 12. Dec. 1835 über Fr. 1111. 15), und auf welche von Seite der Miterben Ansprüche erhoben wurden. Diese Titel hatte nach Behauptung einiger Miterben der Erblasser seiner Zeit aus dem Seinigen eingelöst, die Abtretung derselben aber an die Lisette Leuenberger unrichtigerweise fertigen lassen. Die Inhaberin, die ihre Niederlassung und ihren Beruf im Säget zu Zofingen (Ct. Aargau) hatte, bestritt die von ihren Miterben gemachte Darstellung der Sache und weigerte die Einwerfung derselben in die Erbmasse.

Der gesetzliche Sühnversuch, der jeder Streitverhandlung nach den Gesetzen des Ct. Bern vorausgehen muß, fand (am 15. Nov. 1862) vor Richteramt Trachselwald (Ct. Bern) statt. Ebenda Manifestationsverhandlungen, in welchen die Inhaberin abgehört ward. Hinterher

(am 23. Sept. 1863) ward hier von den Miterben die förmliche Klage auf Herausgabe der Titel „ausgespielt" (angebracht). Auf diese erfolgte die forideclinatorische Einrede der Inhaberin, welche verlangte, vor dem Richter ihres Wohnortes für diese persönliche Forderung gesucht zu werden.

Die Kläger bestritten diese Einrede, einmal, weil sie thatsächlich darauf verzichtet habe, sodann grundsätzlich.

Wirklich wurde auch von beiden Instanzen die Einrede als unbegründet bezeichnet, von dem Appellations- und Cassationshof von Bern (am 26. Febr. 1864) in Betrachtung:

1. daß die von den Incidentalbeklagten vorgeschützte Vereinbarung der Parteien über den Gerichtsstand nicht als genügend erwiesen erscheint, indem aus den Indicien, die zum Beweise für diese Behauptung geltend gemacht wurden, sich zwar wohl ergiebt, daß der Gerichtsstand von Trachselwald für die Anordnung des Sühnversuchs und eine stattgefundene Manifestationsverhandlung, nicht aber, daß er auch für die Verhandlung der Hauptsache als zuständig anerkannt worden ist;

2. daß nämlich aus solchen Präliminarverhandlungen noch keine Prorogation oder ein Verzicht auf eine etwaige forideclinatorische Einrede im Hauptverfahren gefolgert werden kann, weil erst nach Anhebung des eigentlichen Processes, durch Mittheilung der Klage diese Einrede anzubringen ist, vorher also auch von einem stillschweigenden Verzichte auf dieselbe nicht die Rede sein kann;

3. daß dagegen nach § 15 des Gesetzes über das Gerichtsverfahren in Civilsachen „Streitigkeiten in Betreff unvertheilter Erbschaften vor den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Erblassers gehören", im vorliegenden Falle also allerdings das Richteramt Trachselwald die zuständige Behörde ist, indem

a. die zwischen den Parteien stattgefundene Erbtheilung nicht als eine definitiv vollendete angesehen werden kann, so lange unentschieden bleibt, ob die Titel und Werthe, die den Gegenstand der Klage bilden, in die Theilungsmasse gehören und einzuwerfen sind oder nicht, und so lange die dießfallsige Verwahrung der Kläger im Theilungsacte selbst nicht erledigt ist;

b. der Streit geführt wird zwischen einzelnen Miterben derselben Verlassenschaft und über Gegenstände, die nach den Behauptungen der Klage zu dieser Verlassenschaft gehören und dem Erblasser angehört haben;

c. nach der allgemeinen Fassung obiger Gesetzesvorschrift ebensowohl Streitfragen über das Erbrecht an sich, als auch Streitigkeiten der Miterben unter sich über den Umfang und die Gegenstände des Erbrechts vor den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Erblassers gehören;

d. der Rechtstitel, auf welchen der Klaganspruch sich gründet, durchaus erbrechtlicher Natur ist und aus dem Erbrechte hergeleitet wird;

4. daß die Klage also nicht auf eine gewöhnliche „persönliche Ansprache" gerichtet ist und daher auch die Excipientin sich nicht auf Art. 50 der Bundesverfassung berufen kann;

5. daß überdieß nach den in § 3 des Concordates vom 15. Juli 1822 aufgestellten Grundsätzen für Erbstreitigkeiten und namentlich auch für Erbtheilungsfragen der Gerichtsstand des Heimatortes des Erblassers selbst dann begründet wäre, wenn dieser im Canton Aargau niedergelassen gewesen und dort verstorben wäre, um so mehr als dieses der Fall sein muß, da er wirklich im Gerichtsbezirk seines Heimatortes seinen Wohnsitz gehabt hat und verstorben ist.

(Directe Mittheilung.)

---

2. Concordat über Erbverhältnisse.

Durch Erbverkommniß vom 17. Juli 1861 verfügten die im Canton Zürich niedergelassenen Eheleute Peter aus dem Cant. Aargau über ihre Hinterlassenschaft in dem Sinne, daß nach dem Vorabsterben des Mannes die Witwe die Hälfte zu eigen behalte, die andere Hälfte aber zur Nutzung ihr bleibe und dann diese nach ihrem Tode des Mannes Erben zu hinterlassen habe. Nach dem Tode des Ehemannes (21. Sept. gl. J.) wurde ein Inventar errichtet; die Ehefrau blieb auch wirklich im Besitz, und nur darüber entstand nun Streit, wiefern Sicherheit von ihr verlangt werden könne?

Als nämlich des Mannes Erben von ihr solche Sicherheit für ihre Anwartschaft vor dem Bezirksgerichtspräsidium verlangten, anerkannte die Witwe resp. ihr Beistand ihre Pflicht zu dieser Bestellung im Allgemeinen, als aber der Richter sie bei dieser Erklärung behaftete, bestritt die Witwe ihr Wissen um deren Anerkennung und die Befugniß zu dieser Anerkennung, gestützt auf ihr heimathliches Recht, wonach in Streitigkeiten über Eheverkommnisse der Richter der Heimath zu entscheiden habe.

Die Justizcommission des Obergerichts Zürich bezeichnete aber diese Bestreitung als übel angebracht (13. Febr. 1864), indem mit Rücksicht auf Art 3 des eidgenössischen Concordates über Testierungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse vom 15. Juli 1822 [1]), welchem die Cantone Zürich und Aargau beigetreten sind, die in Rede stehende Streitfrage durch die aargauischen Gerichte und nach dortigem Rechte

---

[1]) Snell, Handbuch des schweiz. Staatsrechts Bd. I, S. 233.

zu entscheiden gewesen wäre, weil sich dieselbe auf den Inhalt eines „Eheverkommnisses“ hier niedergelassener aargauischer Eheleute bezieht und unter dem in jenem Concordate vorkommenden Ausdruck „Eheverkommnisse“ Verträge zu verstehen sind, welche Ehegatten oder Brautleute unter sich über ihr gegenseitiges Erbrecht abgeschlossen haben (vergl. Ullmer, die staatsrechtliche Praxis der schweizerischen Bundesbehörden, S. 480 und 492); —

2. daß jedoch, da von keiner Partei Einwendungen gegen die Zuständigkeit der hiesigen Gerichte erhoben worden ist, vielmehr, indem der eine Theil sein Begehren, der andere seine Einwendungen gegen dasselbe ohne Berührung der Competenzfrage vorgebracht hat, beide sich damit einverstanden erklärt haben, daß der Entscheid der Streitfrage, wenigstens soweit derselbe im Wege des summarischen Verfahrens erfolgen kann, hier stattfinde, — der hiesige Gerichtsstand als forum prorogatum anerkannt ist, und einer derartigen Vereinbarung der Parteien der Inhalt jenes Concordates keineswegs entgegensteht, da letzterer die Berechtigung derselben, sich einem selbstgewählten Gerichtsstande zu unterwerfen, nicht ausschließt (vergl. Zeitschrift für zürch. Rechtspflege Bd. I, S. 96, Erw. 1); —

3. daß die Frage, ob und in welchem Umfange die Recurrentin zur Sicherheitsleistung verpflichtet sei, gemäß Erwäg. 1 nach aargauischem Rechte zu entscheiden ist.

(Gwalter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürch. Rechtspflege. XIV. S. 34 f.)

---

3. Gradberechnung.

Das alte Recht von Basel hatte ohne Zweifel ursprünglich die Parentelenordnung, so daß also Geschwister und ihre Nachkommen den weitern Ascendenten vorgingen. Später aber (19. Sept. 1635) wurde das Recht der Collateralen immer mehr beschränkt und zuerst der Satz aufgestellt, daß bei Wegfall von Descendenten und Eltern die weitern Ascendenten ohne Unterschied mit Geschwistern und Collateralen concurrieren, und dann (1719) sogar, daß bei Wegfall von Geschwistern und deren Kindern mit den weitern Nachkommen von Geschwistern auch die Parentelen der Ascendenten nach der Gradnähe concurrieren. Erst im Jahr 1846 wurde für das Gebiet von Baselstadt zu Gunsten der Enkel von Geschwistern dieser Satz noch beschränkt, für Basellandschaft dauerte aber die alte Gesetzgebung fort.

Als darum im Jahr 1859 beim Tode einer Großtante nebeneinander Sophie Emma Spinnler in Straßburg, eine Enkelin von Geschwisterseite, also eine Großnichte, mit einem Oheim der Verstorbenen, Johannes Zeller in Liestal, dem Grade nach römischer Zählung zufolge

nicht gleich nahe, concurrierten, stand die Großnichte in der Meinung, der Oheim der Erblasserin sei durch sie ausgeschlossen, weil sie unter den „Kindern“ von Geschwistern inbegriffen sei.

Das Bezirksgericht Liestal subsumierte sie auch wirklich darunter (16. Dec. 1859), nicht so das Obergericht von Baselilandschaft, welches durch Spruch vom 19. April 1860 argumentierte:

Gemäß § 20 der Landesordnung d. a. 1813 gilt für die Entscheidung dieses Prozesses der Satz, daß die Nächsten im Grade die Weitern ausschließen; denn im § 19 und 20 heißt es nur, daß noch Kinder von Geschwistern vorhergehen, bevor dann die Nächsten im Grade ohne Unterschied zum Erben kommen, allein von Geschwister Kindeskindern ist nichts angeführt; und daß Kindeskinder bei den Vorschriften über Erbrecht nicht einfach unter Kinder zu begreifen sind, das geht schon aus dem vorherigen Titel 5 desselben Gesetzbuchs hervor, wo sorgsam noch Kinder und Kindeskinder oder Enkel beigefügt erscheint.

Die Urkunden, woraus die Blutsfreundschaft der Klägerin mit der Erblasserin hervorgeht, sind an sich nicht bestritten, mithin wird auch in dieser Bezugnahme an dem Punct, worauf es bei der Entscheidung ankömmt, nichts geändert;

Es frägt sich daher nur: in welchem Verwandtschaftsgrade erscheint Klägerin und wieder der Beklagte mit der Erblasserin?

Es ist zu antworten: im gleich weiten oder gleich nahen; denn um mit der Anzeige des beibehaltenen Gesetzes über den Bezug der Handänderungsgebühr vom 16. Christmonat 1800 (Gesetzessammlung des Cantons Basel, Ausgabe von 1824, I, pag. 155) zu zählen, so sind Geschwisterkinder zu einander im zweiten Grad und Großtante zur Großniece in einem und zwei halben, mithin ganz gleich in zwei ganzen Graden verwandt.

Wäre nach der vom Beklagten aufgestellten Berechnung zu zählen: so fänden sich Geschwisterkinder zu Geschwisterkindern und Oheim zu Neffe im gleichen, das heißt im zweiten Grade verwandt, was aber schon der angeführten Anzeige widerspricht, welche Oheim zu Neffe in einem und einem halben Grade verwandt sein läßt.

Aber auch die Landesordnung in den angeführten §§ zieht in der Erbfolge durchaus Oheim zu Neffe bestimmt den Geschwisterkindern zu einander vor, was nicht geschehen wäre, wenn der Gesetzgeber die Verwandtschaft je der ersten und der zweiten Personen für gleich nahe hätte angesehen wissen wollen.

Beklagter versucht sich noch auf § 45, Nr. 8 der Prozeßordnung zu stützen, wo es heißt: die Verwandtschaftsgrade werden nach canonischer Berechnungsart gezählt; aber diese Vorschrift erscheint fürs Erste nur im Bezug auf Richteraustrittsfälle gegeben und dann spräche sie eher für eine Ausnahme von der Regel; denn hätte der Gesetzgeber

die gewöhnliche landesübliche Zählung beibehalten wollen, so hätte er nicht ausdrücklich einen besondern Modus zu erwähnen nöthig gehabt.

(Directe Mittheilung.)

---

4. Grenze der Gültigkeit eines Testamentes.

Am 17. Juli 1843 richteten die Eheleute Heinrich und Anna Heid von Ramlinsburg (Ct. Basellandschaft) an den Regierungsrath dieses Cantons das Gesuch um Bewilligung zu Errichtung eines gegenseitigen Testamentes auf „die lebenslängliche Abnutzung ihres gemeinschaftlich besitzenden Vermögens, wo sodann nach beider Absterben das Vermögen hinfallen solle, wohin es gesetzlich gehört.“ Unter dieses Gesuch setzten die noch am Leben befindlichen Mütter der Eheleute ihren Consens.

Das Protocoll des Regierungsrathes von Baselland enthält unterm 25. Juli gl. J. folgenden Eintrag: Statthalteramt Liestal vom 21. Juli 1843 verschreibt das Gesuch der kinderlosen Eheleute Heinrich Heid und Anna Bitterlin von Ramlinsburg um Bewilligung zu Errichtung eines Testamentes. Beschluß: bewilligt.

Diese Verhandlung knüpft sich an das Gesetz vom 4. Weinmonat 1826, welches sagt: „Künftighin vom Tage der Bekanntmachung des gegenwärtigen Gesetzes an soll auch in den Landbezirken denjenigen, welche in aufsteigender Linie Rotherben haben, gestattet sein, mit derselben Zustimmung und, wenn solche erfolgt, nach erhaltener Bewilligung des Kleinen Rathes über ihre zeitliche Habe durch Errichtung eines ordnungsmäßigen Testamentes zu verfügen.“ —

Ohne solche doppelte Einstimmung ist nach Baselrechte die Testierfähigkeit bei Vorhandensein von Ascendenten nicht vorhanden.

Nun errichteten am 3. Aug. 1843 die genannten Eheleute ein solches Testament, hoben es aber durch ein weiteres vom 22. Dec. 1861 wieder auf und setzten im letztern sich Beide gegenseitig als Haupterben ein, „daß dem Ueberlebenden der Besitz, Genuß und nöthigenfalls der Gebrauch des ganzen vorhandenen Vermögens ohne Caution oder Hinderung von irgend Jemand zukommen soll.“ Ferner warfen sie auf den Fall beiderseitigen Absterbens an Legaten an Dritte aus: Haus, Stallung, Scheune, dann Mobilien und an Baar auszuweisen mit dem, was speciell der Ehemann legierte, um Fr. 8000.

Der Vormund der einen überlebenden Mutter klagte auf Annullierung des Testamentes.

Die beklagte Partei, die Witwe, stützte sich auf den Regierungsbeschluß.

Das Obergericht verfügte (16. Oct. 1863), wie folgt:

1. die testamentarischen Verfügungen des verstorbenen Heinrich Heid, von Ramlinsburg, Sohnes der Klägerin, sind auf diese folgende, welche zu bestehen hat, beschränkt: die Anna Bitterlin, verwitwete Heid, habe die lebenslängliche Abnützung des ganzen gemeinschaftlich besitzenden Vermögens der Eheleute Heinrich und Anna Heid, wo sodann nach Beider Absterben der Vermögenstheil des Heinrich Heid hinfallen solle, wohin er gesetzlich gehört. Die andern weitergehenden testamentarischen Bestimmungen des genannten Heinrich Heid sind aufgehoben.

2. Es ist der Klagpartei das Recht zugesprochen: für den Vermögenstheil des Ehemannes Heid, die gesetzlichen zwei Drittheile, von der beklagten Frau Bitterlin, verwitweter Heid, angemessene Sicherheit für das Vorhandenbelassen desselben, nämlich des ehemännischen Vermögenstheils, sich leisten zu lassen.

Die Beweggründe sind folgendermaßen auseinandergesetzt:

1. zwei Hauptrechtsgrundsätze sind hier vorzüglich im Auge zu behalten, erstlich, daß eine Vergebung von Rechten nie weiter anzunehmen ist, als sie durch Worte oder Handlungen klar ausgesprochen ist, und fürs Andere, daß von einer Letztwillensordnung, wenn sie sonst durch gehörige Form zu Recht zu bestehen vermag, unter allen Umständen soviel aufrecht zu belassen ist, als mit bestehendem Rechte vereinbar ist;

2. Allerdings erscheint darin einfach die Errichtung eines Testaments bewilligt; allein gemäß dem Eingangs gemeldten Gesetze hat der Regierungsrath unzweifelhaft nur die Einwilligung befraglicher Notherben zu controllieren resp. zu constatieren und auf deren Einwilligung fußend seine obrigkeitliche Bewilligung zu geben und keineswegs etwa jene Einwilligung irgend zu erweitern oder auszudehnen; die Eheleute sprachen deutlich aus, was sie wünschten oder begehrten. Also begehrten sie nicht mehr als das. Und mehr konnte doch die angesuchte Behörde nicht bewilligen, als von ihr begehrt ward. Und wenn eine Partei einer andern vorgibt: sie wolle bei einer Behörde um das und das einkommen und begehre von ihr die erforderliche Zustimmung, so kann diese doch nicht weiter gegeben angesehen werden, als was sie, jene anfragende Partei, der andern als Wunsch und zu stellendes Begehren ausdrücklich vorgegeben hat.

3. Im Ganzen hat daher der erste Richter richtig entschieden; allein er hielt dafür, über den Passus „Abnützen“ noch eine Auslegung dahin zu geben: „frei und ohne Beschränkung zu benützen“. Entweder soll nun dieser Passus etwas Weiteres bedeuten oder er ist überflüssig. Denn die Worte im Begehren des 17. Juli 1843 sind an sich klar: „einander die lebenslängliche Abnutzung ihres gemeinschaftlich besitzenden Vermögens zu verschreiben.“ Es ist also mehr nicht dazu zu setzen.

4. Was das Klagrecht der Klagpartei angeht, so steht ein solches

auf Sicherung ihr unzweifelhaft zu; denn die Klägerin hat für jetzt die nächste Anwartschaft auf die zwei Dritttheile des vorhandenen ehelichen Massavermögens, und mußte so gegen das Testament protestieren, ansonsten dieß ihr als stillschweigender Verzicht hätte zur Last fallen müssen.

5. Gemäß Erwägung 4. kann es daher der beklagten Partei nicht nützen, daß der regierungsräthliche Beschluß über die Bewilligung ganz allgemein lautet; denn wäre dem instrumentierenden Notar nur die allgemeine Bewilligung und nicht zugleich das Gesuch, welches eben auch dazu gehörte und ein Ganzes damit bildete, vorgewiesen worden von einer Partei, so konnte das einer dritten berechtigten Partei, welche bei fraglichem Acte nothwendig abwesend sein mußte, im Mindesten nicht schaden.

6. Hinwieder fällt die Einwendung der Klagpartei dahin, fragliche Einwilligung der bevormundeten Klägerin sei damals nicht gemeinderäthlich genehmigt worden und gelte so nicht. Nach der damals gegolten habenden Vogtsordnung des 17. Christmonat 1806 muß jedesfalls eine solche Bewilligung, mit Beistand des Vogtes, mit der Legalisation durch den Gemeindepräsidenten, das Gesuch verschrieben vom Bezirksstatthalter, geprüft und genehmigt von oberster Vormundschaftsbehörde, dem Regierungsrath als formell gültig gegeben angesehen werden.

7. Wenn endlich der erste Richter in Bezug auf die Erbschaft beider Eheleute verfügt, so fällt jedenfalls Alles weg, was den Vermögenstheil der Ehefrau betrifft, weil darüber jetzt nicht geklagt, also gar nicht procediert erscheint.

(Directe Mittheilung.)

---

5. Pflichttheilverkürzung. Zeitpunct der Anfechtung.

Das Erbgesetz des Cantons Thurgau vom 17. Juni 1839 § 61 sagt: Jedes der Eltern ist befugt, über sein Vermögen mittelst einer letzten Willensordnung zu Gunsten eines oder mehrerer ihrer Abstämmlinge frei zu verfügen, jedoch nur in dem Maße, daß kein Abkömmling weniger als zwei Drittheile desjenigen Erbantheils erhält, welchen er ohne eine solche Verfügung erhalten hätte.

Und im § 64: Nach den in diesem Abschnitt enthaltenen Bestimmungen sind auch Käufe, Täusche, Schenkungen zwischen dem Erblasser und einzelnen Erbberechtigten sowie Erbverträge zu beurtheilen.

Diese letzte Bestimmung machte Anton und Konrad Köstli und Cons. (Cant. Thurgau) gegen einen Verkauf geltend, den ihr Bruder resp. Schwager, Sebastian Köstli, am 14. April 1864 mit Martin Lüthi aus der Eggmühle und Köstlis Nichte, Magdalena Rühli in Herdern, abgeschlossen hatte. Gegenstand desselben war das ganze Gut von

Köstli, Preis Fr. 12000. Dazu allerlei Bedingungen, wodurch die Verkäufer sich die Nutznießung vorbehielten u. s. w. — Beschwerdegrund war die notorische Simulationsnatur dieses Geschäfts, indem bloß die Waldungen, die zum Gute gehörten, auf Fr. 12000 angeschlagen werden können, das Uebrige ebenfalls auf Fr. 12000. Diese Simulation erklärt sich auch als Verhüllung einer Begünstigung der Rühli. Diese war nämlich bei ihrer Tante, der Frau Köstli, wie an Kindesstatt angenommen. Sie sollte auch noch überdieß durch ein Testament von dieser Tante begünstigt sein. — Das Erbrecht selbst an den verkauften Liegenschaften begründen die Kläger mit der Behauptung, der ganze Grundbesitz rühre von des Verkäufers Eltern her. Das elterliche Gut umfaßte nämlich ungefähr 300 Jucharten und wurde in sieben Theile getheilt, so jedoch, daß die Söhne die Töchter auskauften. Außer diesen Immobilien besitze Köstli nur noch unerhebliches Mobiliar im Betrag von höchstens Fr. 5000.

Sebastian Köstli bestritt diese Einsprache als durchaus haltlos, da die genannten Gesetzesstellen nur von Erbrechten sprechen, welche als verletzt vorausgesetzt werden, während doch die Gegner bei Leben des Verkäufers als dessen Erben noch nicht gelten können.

Und überdieß habe er in die Ehe mehr nicht gebracht als Fr. 900 und alles Weitere, was nicht etwa seine Frau gebracht haben möge, nämlich die 1200 Gulden von ihrer Mutter, sei Errungenschaft und daran kein Notherbrecht begründet. Ob er aber über diese Errungenschaft durch Testament oder durch Kauf verfüge, sei gleich unanfechtbar. — Außer den Mobilien besitze übrigens Köstli noch Capitalien.

Beide Instanzen wiesen die Einsprachen ab, das Obergericht von Thurgau durch Spruch vom 31. Aug. 1864, mit folgender Begründung:

indem der Appellat zur Zeit in seiner Dispositionsbefugniß über sein Vermögen gesetzlich nicht beschränkt ist, eine solche Klage überhaupt eine Verlassenschaft, einen Erblasser und bestimmte Erben voraussetzen würde, welche Erfordernisse hier nicht zutreffen, so daß, nachdem für die Pflichttheilsfrage der Zeitpunct des Todes des Appellaten, d. h. des Anfalls seiner Verlassenschaft als entscheidend erachtet werden muß, bis dahin eben sowohl der Vermögensbestand des Appellaten als die Pflichttheilsgröße seiner dannzumaligen, jetzt noch nicht bestimmbaren Erben sich verändern kann, eine quantitative Ausmittlung der Vermögensgröße, von welcher der Pflichttheil zu berechnen wäre, gar nicht möglich ist, was die Abweisung des Rechtsbegehrens der Appellanten zur Zeit nothwendig zur Folge haben muß.

(Directe Mittheilung.)

6. Einkindschaft und Testament.

Das Bernerrecht kennt die Einkindschaft nicht.

Es hätte sich daher leicht denken lassen, daß ihre Geltendmachung im C. Bern auf Schwierigkeiten stieße, um so mehr, da sie in einem gegebenen Falle in Widerspruch trat mit einem spätern im Canton geschlossenen Geschäft unter Lebenden und einem ebenfalls im Inlande errichteten Testament des einen Einkindschaftscontrahenten.

Die Gerichte des Cantons haben aber in beiden Instanzen der Gegenanträge ungeachtet den Einkindschaftsvertrag aufrechtgehalten.

Johann Friedrich Wilhelm Westermann von Bielefeld (Westphalen) hatte nämlich aus erster Ehe mit Catharina Luise geb. Veerhoff einen Sohn Johann Arnold Ferdinand, dessen Geburt Veranlassung des Todes der Mutter (27. April 1838) ward.

Nach Kurzem vermählte sich der Wittwer zum zweiten Male mit Henriette Elise Pauline Kottmann. Vor der Trauung schloß er (23. Febr. 1839) nun eine Einkindschaft, wodurch sein Söhnlein gegenüber der Stiefmutter mit leiblichen Kindern derselben in gleiches Erbrecht gestellt werden sollte, wie diese ihm gegenüber. Der Vertrag nahm Bezug auf die Bestimmungen des preußischen Landrechts in dieser Materie und verfügte noch im Weitern:

„§ 3. Als Präcipuum wird dem in Einkindschaft aufgenommenen Johann Arnold Ferdinand Westermann hiermit ein Capital von 2000 Thlr. preuß. Courant ausgesetzt, welches demselben zur Zeit des Ablebens seines Vaters und seiner Stiefmutter vor den zu erwartenden Westermann'schen Kindern zweiter Ehe vorab ausbezahlt werden soll. Dieses Capital kann jedoch gegenwärtig noch auf keine Weise sicher gestellt werden, indem der Vater des Kindes, Bleichmeister Westermann, kein Grundvermögen besitzt, worauf dasselbe hypothecarisch eingetragen werden kann, auch der Bleichmeister Veerhoff nicht geneigt ist, über die seinem Schwiegersohne geschenkt habenden 2000 Thlr. Courant eine hypothecarische oder sonstige Schuldverschreibung auszustellen. Jedoch ist der Bleichmeister Westermann junior des sichern Einganges dieses Capitals überall gewiß und hofft auch in seiner zukünftigen Ehe durch Fleiß und Sparsamkeit ohne Zweifel soviel zu gewinnen, daß das obstehend seinem Sohne erster Ehe ausgesetzte sehr bedeutende Präcipuum auf keinerlei Weise irgend gefährdet wird.

„§ 4. Der Curator des Westermann'schen Kindes erster Ehe, Bleichmeister Herr Veerhoff, acceptiert das vorstehende seinem Curanden zugesicherte Präcipuum oder 2000 Thlr. in bester Form Rechtens und tritt dem obstehend errichteten Einkindschaftsvertrage in aller Hinsicht bei und bittet auch, denselben vom vormundschaftlichen Gericht zu genehmigen, indem dieser Vertrag sich als überall günstig für seinen Curanden darstelle, da einestheils der Vater des Curanden sein gesammtes gegenwärtig besitzendes Vermögen als Präcipuum hin-

gegeben habe und anderstheils es sich fast mit Gewißheit voraussehen lasse, daß bei dem nicht unbedeutenden Vermögen, welches die künftige Stiefmutter seines Curanden dermaleinst zu erwarten habe, sowie bei dem bekannten Fleiße und der bekannten Sparsamkeit der angehenden jungen Eheleute Westermann das Vermögen derselben sich in Zukunft beträchtlich vermehren und somit auch dem Curanden Johann Arnold Ferdinand Westermann dermaleinst auch noch ein nicht unbedeutender Erbtheil zu Theil werden dürfte."

Der Schluß des Vertrages lautet:

„Nachdem daher sämmtliche Comparenten sich nochmals zu dem Inhalte vorstehender Verhandlung überall bekannt und solche genehmigt hatten, wurde dieselbe geschlossen, vorgelesen, genehmigt und unterschrieben."

Das preußische Landrecht (Theil II, Tit. 2, §§ 720 ff.) bestimmt u.A.:

„§ 737. Wenn einer der Eltern verstirbt, so erben die leiblichen und Stiefkinder den Nachlaß desselben mit gleichem Rechte.

§ 738. Doch nehmen alsdann die leiblichen Kinder des Erblassers aus voriger Ehe das ihnen nach § 725 bei Schließung der Einkindschaft ausgesetzte Quantum zum Voraus.

§ 739. Die leiblichen Kinder des Erblassers aus derjenigen Ehe, zu deren Behuf die Einkindschaft geschlossen worden, können auf einen solchen vorzüglichen Antheil, als ihren Halbgeschwistern ausgestellt ist, keinen Anspruch machen.

§ 740. Vielmehr wird der übrige Nachlaß unter die sämmtlichen leiblichen und Stiefkinder des Verstorbenen nach der Regel der gesetzlichen Erbfolge gleich getheilt.

§ 747. Die durch den Vertrag begründete Erbfolge kann der eine Theil zum Schaden der Andern durch letztwillige Verfügungen nicht aufheben.

§ 748. Eltern können also nur über dasjenige Vermögen, was bei der Einkindschaft etwa ausdrücklich vorbehalten worden, und Kinder nur über das, was nach § 726 in die Einkindschaft mitgekommen ist, letztwillig verordnen."

Aus der zweiten Ehe des J. F. W. Westermann ward ihm eine Tochter, Auguste Theodora Hermine, geboren (13. Dec. 1841). Einige Jahre nachher verließ aber der Vater Ehefrau und Kinder und siedelte nach Genf über, wo er das Bürgerrecht erworben haben soll. Im Jahre 1849 verließ er auch Genf wieder und ließ sich in Sumiswald (C. Bern) nieder, wo er am 10. Dec. 1861 starb.

In der Zwischenzeit war seine Schwester zu ihm nach Sumiswald gekommen.

Dieser und seiner Haushälterin, Agnes Menn, einer Graubündnerin, trat er nun durch Act vom 8. Aug./30. Oct. 1861 gegen Uebernahme der Passiven von Fr. 3760. 35 und gegen Schuldschein von

Fr. 22190. 35 sämmtliche ihm zustehende Tuch- und Lederwaaren, Pferd, Chaise und Marmotten, sämmtliche Geschäftsausstände unter Abzug von 10% Sconto und einer Baarschaft von Fr. 200, unter mehreren Vorbehalten, ab. Den Schuldrest hatten die Uebernehmer vom 15. Aug. 1861 ab zu 5% zu verzinsen und nach des Abtreters Tod sollte derselbe dem Sohn und Contrahenten Johann Arnold Ferdinand „als allein und Eigenthum verbleiben".

Im Weitern verfügte Westermann, Vater, unterm 8. Dec. 1861, also zwei Tage vor seinem Tode, noch letztwillig:

A. Zu Gunsten des Sohnes:
   a. sein Immobile zu Dürrenroth (Amt Trachselwald, C. Bern), welches er durch Kauf vom 7. Oct. d. J. erworben hatte;
   b. sein Guthaben in Capital und Zinsen bei der Cantonalbank Bern;
   c. sein Guthaben bei Sohn und Haushälterin;
   d. seine sämmtliche Fahrhabe und übriges durch Testament nicht speciell in Verfügung gezogene Vermögen.

B. Zu Gunsten der Tochter Auguste Theodora Hermine über 6 Actien der Cölner Baumwollenspinnerei und Weberei, 18 Actien der Ruhrort-Crefeld-Kreis-Gladbacher-Bahn, eine Actie der Aachen-Düsseldorfer-Bahn.

C. Zu Gunsten der Kinder seiner Schwester Charlotte Jahn über drei Stadtobligationen von Cöln.

D. Zu Gunsten der Agnes Menn über eine Summe von Fr. 5000.

E. Zu Gunsten des Armenguts von Sumiswald über eine Summe von Fr. 1000.

Letztere beide Summen sowie Grabmal und Beerdigungskosten aus dem unter A. enthaltenen Theile.

Nach dem Absterben des Testators (10. Dec. 1861) ward der Nachlaß unter Siegel gelegt, mit Einwilligung der königlich preußischen Gesandtschaft sodann entsiegelt und der Sohn in Besitz gesetzt, später, da er seinen Wohnsitz nach Dürrenroth, wo der Vater verstorben war, verlegt hatte, unterm 18. Juni 1862 vom Amtsnotar Christen ein Inventar darüber aufgenommen, „da ihm eine positive Grundlage ganz oder doch größtentheils fehlte, vollständig an die Angaben des Sohnes gewiesen".

Die Schatzung ward auf Fr. 55533. 55 für die Activen angesetzt und auf Fr. 2400 für die Passiven.

Die Tochter klagte nun (29. Nov. 1862) auf Aufrechthaltung des durch Einkindschaft festgestellten Erbgangs und focht einzelne Ansätze und die Vollständigkeit des Inventars an, wodurch die Theilsumme gemindert werde. Der Sohn seinerseits trat ihr eventuell, insofern er umgekehrt die Theilsumme zu sehr erhöht erachtete, hierin bei, bestritt aber die Grundlage der Klage, die Gültigkeit des Einkind-

schaftsvertrages. Einmal habe ein solches Actenstück im Besitze des Vaters sich gar nicht vorgefunden (was er schwören wolle), überdies fehle ihm aber die vormundschaftliche Genehmigung des Stadt- und Landgerichts Bielefeld. Eventuell nahm er das darin ihm zugesicherte Präcipuum in Anspruch gegenüber der Replik der Klägerin, welche selbiges erst nach dem Tode der Stiefmutter fällig bezeichnete, um so mehr erst dann, als es seit 1841 grundpfändlich versichert sei.

In der Zeit zwischen Anhebung der Klage und dem Anspruch starb die Klägerin und es trat an ihre Stelle genügend legitimiert die Stiefmutter.

Der Appellations- und Cassationshof von Bern trat grundsätzlich den Anträgen der Klägerin bei (4. Aug. 1864)

in Betrachtung:

1. daß die Frage, nach welcher Gesetzgebung die streitigen Erbverhältnisse zu beurtheilen seien, dahingestellt werden kann, sofern über dieselbe ein für die Parteien verbindlicher, gültiger Vertrag besteht, der keinen solchen Vorschriften der bernischen Gesetzgebung widerstreitet, die aus Gründen des öffentlichen Wohls abweichende Vertragsbestimmungen ausschließen;

2. daß nun der Einkindschaftsvertrag vom 23. Febr. 1839 in Verbindung mit den darin angerufenen Vorschriften des preußischen Landrechts, die als ergänzende Vertragsbestimmungen in Betracht kommen, wirklich einen solchen Vertrag bildet;

3. daß namentlich dieser Familien- und Erbvertrag unter Mitwirkung von Personen zu Stande gekommen ist, welche die streitigen Parteien und ihre Interessen nach dem Gesetze des Ortes der Errichtung dabei zu vertreten befugt waren;

4. daß der einzige Einwurf des Beklagten gegen die ursprüngliche Gültigkeit des fraglichen Vertrages, derselbe sei nämlich von competenter Behörde zu Bielefeld nicht bestätigt worden, durch die Beweisführung als factisch unrichtig beseitigt worden;

5. daß zwar das bernische Gesetz das Institut der Einkindschaft nicht kennt, aber auch keine Bestimmungen enthält, die der Anerkennung wohlerworbener Rechte entgegenstehen würden, die sich auf einen solchen Vertrag gründen, sofern dabei die Rechte dritter Personen nicht in Frage kommen, es sich also lediglich um ein Streitverhältniß der Vertragsparteien selbst handelt, wie dieses hier der Fall ist;

6. daß mithin die Gültigkeit und Wirksamkeit des Einkindschaftsvertrages hier nicht bezweifelt werden kann, nach dessen Bestimmungen und denjenigen des preußischen Landrechts, die von Parteien gehörig actenkundig gemacht worden, die Streitfragen zu beurtheilen sind;

9. daß endlich im vorliegenden Fall um so mehr anzunehmen ist, die streitenden Parteien seien nach §§ 737 und 740 preuß. LR. im gleichen Verhältniß zum väterlichen Nachlaß berechtigt, als dem Be-

klagten durch den Einkindschaftsvertrag bereits ein bedeutendes Präcipuum, sowie namentlich auch ein Successionsact gegenüber seiner Stiefmutter zugesichert worden ist;

10. daß anzunehmen ist, diese letztere habe zu solchen Vertragsbestimmungen nur unter der natürlichen Voraussetzung eingewilligt, daß ihre eigenen Kinder bei der Beerbung des Vaters gleich gehalten werden wie der Beklagte, Sohn aus erster Ehe;

11. daß nun durch die angefochtene letzte Willensverordnung des Vaters Westermann sel. obige Grundsätze und Vertrags- resp. Gesetzesbestimmungen zum Vortheil des Beklagten und zum offenbaren Schaden der Klägerin verletzt worden sind, und nach denselben die beiden ersten Klagsbegehren gerechtfertigt erscheinen;

12. daß zwar dem Beklagten allerdings im Einkindschaftsvertrag vom 23. Febr. 1839 ein Präcipuum von 2000 Thlr. preuß. Courant zugesichert worden ist, jedoch mit der ausdrücklichen nähern Zeitbestimmung, daß diese Summe ihm zur Zeit des Ablebens seines Vaters und seiner Stiefmutter ausgezahlt werden solle;

13. daß so wie dieses Präcipuum, da die Stiefmutter des Beklagten noch am Leben ist, nicht fällig ist, also auch nicht schon jetzt eingeklagt werden kann;

14. daß vom Beklagten in seiner Vertheidigung weder behauptet noch dargethan worden ist, daß diese Vertragsbestimmungen später abgeändert oder auf irgend eine Weise dahingefallen seien;

15. daß namentlich der aus §§ 737 und folg. des preußischen Landrechts hergeleitete Einwand, wonach das Präcipuum mit dem Tode des Vaters fällig geworden wäre, nicht entscheiden kann, da vom Beklagten nicht dargethan worden ist, daß in dieser Hinsicht das als Regel geltende Recht der Parteien, durch Vertrag beliebig auch abweichend vom Gesetz über ihre Vermögensrechte zu verfügen, gesetzlich beschränkt sei.

(Directe Mittheilung.)

---

7. Erbrecht Unehelicher.

El. W. hinterließ neben sechs ehelichen Kindern eine uneheliche Tochter E. W., welche nach der Mutter Tode an ihrer Stelle zugleich mit den ehelichen Kindern in des Großvaters J. R. W., Altweibels von M. (C. Aargau), Erbe treten wollte. Das Bezirksgericht Culm hatte (1. Nov. 1864) diesen Anspruch abgewiesen und (am 30. März 1865) das Obergericht diesen Spruch bestätigt.

Die zwei Gesetzesstellen, welche hiebei zur Sprache kommen, sind §§ 880 und 893 des A.B.G. des C. Aargau.

§ 880. Die Nachkommen eines verstorbenen Kindes, Kindeskindes treten an die Stelle ihres Vaters, Großvaters u. s. w. und erben soviel,

als der Verstorbene, den sie vertreten, geerbt hätte, wenn er noch am Leben gewesen wäre.— Die Erbvertretung findet in allen Fällen statt, sowohl wenn die Kinder des Erblassers mit den Nachkommen eines verstorbenen Kindes zusammentreffen, als wenn die Kinder des Erblassers sämmtlich vor ihm verstorben sind und deren Nachkommen in gleichen oder ungleichen Graden zu dem Erblasser stehen. Kinder erben somit nach Häuptern, entferntere Nachkommen nach Stämmen.

§ 893. Die Bestimmungen des § 880 gelten auch für die unehelichen Kinder.

Dieser Paragraph räumt nun, sagt das Obergericht, in Hinweisung auf § 880 des gleichen Gesetzes den unehelichen Kindern das Recht der Erbvertretung ein. Es stelle dieser Paragraph am Schlusse des Abschnittes, welcher vom Erbrecht handle, einen allgemeinen, auf den ganzen Abschnitt sich erstreckenden Grundsatz auf und es finde dasselbe nicht etwa blos auf die Beerbung der Unehelichen, d. h. das Erbrecht von Nachkommen der Unehelichen, wie das Bezirksgericht annehme, sondern auf das Erbrecht der Unehelichen selbst seine Anwendung. Die diesfällige Bestimmung müsse daher auch soweit für die Richter maßgebend sein, als der Gesetzgeber keine Beschränkung desselben ausgesprochen habe. Eine solche Beschränkung liege nun aber im § 889, welcher verordne, daß uneheliche Kinder von Verwandten des Vaters und der Mutter in aufsteigender Linie die Hälfte der Verlassenschaft erben, jedoch nur dann, wenn diese keine ehelichen Nachkommen hinterlassen. Da nun die Mutter E. W. sechs eheliche Kinder hinterlassen, so könne es nach dem klaren Ausspruch der angeführten Gesetzesbestimmung kaum einem Zweifel unterliegen, daß die Ehefrau des Klägers als Uneheliche bei der Concurrenz mit den ehelichen Nachkommen des Großvaters J. R. W. vom Erbe ausgeschlossen werde. Dieser Ausschluß steht nicht etwa im Widerspruch mit § 880 des Gesetzes, sondern vielmehr im Einklang mit der deutlich erkennbaren Auffassung und Tendenz der Gesetzgebung, welche dahin gehe, wohl im Vergleiche mit frühern Gesetzgebungen die Unehelichen günstiger zu stellen, nichts desto weniger aber ihre Erbberechtigung außer derjenigen auf die Verlassenschaft der Mutter, bezüglich welcher sie den Ehelichen gleichgestellt sind, neben den ehelichen Nachkommen mehr und mehr zurückzudrängen.

(Directe Mittheilung.)

---

8. Rechtsverhältniß des Erstbedachten zum „Nacherben".

Das Civilrecht von Bern sagt in Satz. 580: Der fideicommissarische Erbe (Fiduciar) wird Eigenthümer aller Erbschaftssachen, über

welche der Testierer nicht anders verfügt, und haftet dem Nacherben blos für den Schatzungswerth derselben, für den er ihm Sicherheit bestellen muß, wenn ihm der Erblasser nicht diese Verpflichtung ausdrücklich erlassen hat.

Es schien, als wäre dieser Wortlaut klar genug, um auf das Testament Herrn Oberstlieutenants G. N. von Jenner von Bern vom 26. Aug. 1854 Anwendung zu finden.

In demselben setzte er nämlich seinen Neffen Eduard Gottlieb Ludwig „zum Alleinerben der Verlassenschaft mit den damit verbundenen Rechten und Verbindlichkeiten" ein, erklärte aber zu seinem fideicommissarischen Nacherben in erstem Grade Friedrich von Jenner-Lehmann, in zweitem Grade dessen Söhne oder Enkel, in drittem Grade, falls keine solchen (7. Oct. 1862) vorhanden wären, die ehelichen Töchter desselben, — Alles jedoch nur auf den Fall, daß der Erstbedachte, sein Neffe, ohne eheliche männliche Erben absterben würde.

Dieser Erstbedachte war nämlich seit Mai 1850 geisteskrank und zur Zeit der Testamentseröffnung als solcher in Prefargier (C. Neuenburg) untergebracht, ohne daß Aussicht zur Heilung und späteren Ehe vorhanden war. So erklären sich dann auch sehr einfach folgende weitere Bestimmungen:

a. In der Ungewißheit, ob diese bedingte Substitution in Erfüllung gehe, soll mein eingesetzter Erbe gleich nach Antretung der Erbschaft in Gegenwart der bedingten Notherben nach Mitgabe der Satz. 581 des Civilgesetzbuches ein Verzeichniß und Schatzung der Verlassenschaft bewerkstelligen lassen.

b. Während dem Leben meines Erben, Herr E. G. L. von Jenner, soll das nach Bezahlung meiner Verbindlichkeiten und der hienach enthaltenen Vermächtnisse verbleibende Erbgut durch meine Sachwalter verwaltet und die Verwaltung unter Oberaufsicht und Schutz der titl. Waisenbehörde zu Mittlen-Löwen in Bern, deren Angehörige meine Erben und die substituierten Notherben sind, gestellt werden, welche titl. Behörde auch die Zinsschriften aufbewahren und die Capitalveränderungen in Ablösungen und neuen Anwendungen autorisieren möchte.

c. Solange mein Erbe, Herr E. G. L. von Jenner, ledig bleibt, sollen die Zinse des Erbgutes capitalisiert und dem Substitutionsgut als Zuwachs gehören und verbleiben.

d. Von seiner Verheirathung an kann Wohlderselbe die Zinse von diesem Substitutionsgut beziehen und nach Gutfinden verbrauchen.

e. Dem Herrn Friedrich von Jenner allié Lehmann sollen jedoch von meinem Hinscheide an hauptsächlich zur guten Erziehung und Alimentation seiner Söhne und allfälligen Großsöhne und nach seinem Absterben seinen männlichen ehelichen Nachkommen, diesen nach Häuptern, von den Zinsen des Substitutionsgutes jährlich zweitausend neue

Franken, vierteljährlich mit Fr. 500 durch die benannten titl. Sachwalter exact ausgerichtet werden.

f. Diese Zinsentrichtung soll jedenfalls mit dem Hinscheid meines Erben, Herrn E. G. L. von Jenner, wo die Substitution entweder ins Leben tritt oder dahin fällt, aufhören; solche soll auch schon während seinem Leben, von dem Zeitpuncte an, wo er mit einem ehelichen männlichen Nachkommen gesegnet und ein solcher leben wird, aufhören.

Die Waisenbehörde erhob nun die Frage, wiefern (durch den erfolgten Antritt) der Erbe Eigenthum erworben habe und der Nutzen und Schaden daran ihn betreffe oder die „Nacherben?" Sie ließ durch drei Anwälte diese Frage begutachten und stellte dann in Uebereinstimmung mit diesen Nacherben die Alternativfrage:

„Ist das von Gottlieb Nicolaus von Jenner, gewesenem Oberstlieutenant, von und in Bern, durch Testament vom 26. August 1854 gestiftete Fideicommißgut unbedingtes Eigenthum des Vorerben, Eduard von Jenner, geworden und ist dieser den Nacherben blos für den Schatzungswerth verantwortlich? oder:

Bildet nach dem Willen des Testators das Fideicommißgut eine vom übrigen Vermögen des Vorerben abgesonderte, selbstständige Masse, welche je nach den Umständen dem Vorerben definitiv verbleiben oder dann auch dem Eigenthume nach auf die Nacherben übergehen soll?"

Durch Compromiß stellten sie auf den Entscheid des Appellations- und Cassationshofes von Bern ab, welcher (am 19. Febr. 1864) das Eigenthum dem Erstbedachten mit allen Consequenzen zusprach,

in Betrachtung:

1. daß zwar in der bedingten Substitution, welche vom Testator in seinem fraglichen Testamente vom 26. August 1854 verordnet worden ist, mit Rücksicht auf das Erbrecht des Vorerben eine Resolution enthalten ist und insofern allerdings dieses Recht kein unbedingtes genannt werden kann;

2. daß aber über diesen Punct, der wesentlich das Dasein einer Substitution selbst betrifft, gegenwärtig durchaus kein Streit besteht, vielmehr aus den Acten, aus dem Wortlaut der Streitfrage und dem Gegensatze der beiden alternativen Glieder derselben hervorgeht, daß eine Suspensivbedingung in Frage steht, von welcher das Eigenthumsrecht des Vorerben auf das Erbgut abhängen soll;

3. daß es nun eine zugestandene Thatsache ist, daß zu Handen des Vorerben die Erbschaft — übrigens gemäß klarer Bestimmungen des Testaments — angetreten worden ist, und dieser Vorerbe somit nach Satz. 513 und 514 des Civilgesetzes als wirklicher Erbe aller Rechte und Verbindlichkeiten, welche der Verlassenschaft angehörten und auf derselben hafteten, eingetreten ist;

4. daß mit dem Eintritte dieser Thatsache eine abgesonderte, selbst-

ständige Masse wenigstens als juristische Person nicht mehr denkbar ist und auch von einem Erbrecht, das von einer Suspensivbedingung abhängig wäre, nicht mehr die Rede sein kann;

5. daß eine solche Bedingung auch nicht anzunehmen ist, wenn die Ausdrücke „Fideicommißgut" und „abgesonderte selbstständige Masse", welche in der Streitfrage vorkommen, bezogen werden auf die einzelnen Erbschaftssachen oder auf diese als Gesammtsachen, ohne juristische Persönlichkeit aufgefaßt;

6. daß nämlich das Erbrecht und die Annahme einer Erbschaft schon an sich das Recht, alle Erbschaftssachen als Eigenthum zu erwerben, in sich schließt (Satz. 505, 513 und 514 des Civilgesetzes);

7. daß auch nach der speciellen Vorschrift der Satz. 582 der fideicommissarische Erbe Eigenthümer aller Erbschaftssachen wird und dem Nacherben blos für den Schatzungswerth derselben haftet;

8. daß im Testamente des Herrn von Jenner vom 26. August 1854 eine hievon abweichende Bestimmung oder eine aufschiebende Bedingung, von welcher das Eigenthumsrecht des eingesetzten Erben abhängig gemacht worden wäre, sich nirgends ausgesprochen findet;

9. daß eine der in Satz. 582 ausgedrückten Regel entsprechende Interpretation des Testaments, selbst in einem Zweifelsfalle, den Vorzug vor einer davon abweichenden verdienen müßte;

10. daß im Besondern zu bemerken ist, daß der Testator den Vorerben im fraglichen Testament ausdrücklich zu einem „Alleinerben mit den damit verbundenen Rechten und Verbindlichkeiten" berufen und dann auf die gesetzlichen Vorschriften der Satz. 579 und namentlich auch der Satz. 581, die in unmittelbarem Zusammenhang mit der angeführten Satz. 582 steht, Bezug genommen hat, ohne etwas von dieser letzterwähnten Vorschrift Abweichendes zu verordnen;

11. daß die einzelnen, für eine entgegengesetzte Ansicht geltend gemachten Gründe, wie bedeutend auch ihr Gewicht in anderer Hinsicht sein mag, um so weniger geeignet sind, eine Ausnahme von der angegebenen gesetzlichen Regel der Satz. 582 zu begründen, als keiner dieser Gründe in einem wirklich unauflösbaren Widerspruch mit jener Regel steht.

(Directe Mittheilung.)

---

9. Substitution von noch nicht geborenen Kindern — inwiefern ungültig, weil personae incertae. Mangel eines rechtlichen Interesses auf Seiten der Beklagten. Verfrühte Klage.

Peter Jacob Boway, gestorben den 26. Nov. 1860, hinterließ eine letztwillige Verfügung d. d. 11. Dec. 1858, worin er zu Erben einsetzte

seine Tochter Margarethe Charlotte Boway für zwei Drittel, und seinen Neffen Friedrich Daniel Boway für einen Drittel. Für den Fall kinderlosen Absterbens seiner Tochter substituierte er ihr die Kinder des genannten Fr. Dan. Boway, falls solche da wären, und ebenso umgekehrt dem Fr. Dan. Boway, falls er kinderlos stürbe, etwanige Kinder seiner Tochter. In Ermanglung von Kindern seitens dieser Erben substituierte ihnen der Testator eine Anzahl andrer Personen (Cornaz & Cons.). Die letztern erhoben gegen Fr. Dan. Boway, Ami Comte als Ehemann der M. Ch. Boway und gegen diese letztere Klage, des Inhalts, daß die beiden Substitutionen der allfälligen Kinder nichtig erklärt werden sollten, weil nicht existierende, also incertae personae nicht könnten substituiert werden. Die Beklagten trugen auf Abweisung der Klage an, weil sie verfrüht sei, zudem sie nicht die richtigen Beklagten seien, weil persönlich nicht in dieser Sache interessiert, endlich Ami Comte nicht beklagt werden könnte, weil er nicht Erbe sei, sondern nur seine Ehefrau vertrete. Das Civilgericht von Moudon fand (11. Dec. 1863) diese Einwendungen unbegründet; der Cassationshof entschied dagegen zu Gunsten der Beklagten (24. Jan. 1864):

Considérant sur le moyen exceptionnel particulier à Ami Comte, que si à titre de mari de l'héritière Charlotte Comte et d'administrateur des biens de sa femme, Ami Comte a un intérêt au procès, cet intérêt n'est pas celui d'une partie, puisqu'il n'est point institué à titre d'héritier par le testament du défunt Bovay; que sa vocation serait, au plus, d'autoriser sa femme et de la représenter ou assister, le cas échéant, mais ne peut s'étendre jusqu'au point de le faire mettre en cause directement et personnellement;

Que c'est ainsi que l'art. 1068 du code civil règle que la femme exerce elle-même les actions relatives à la propriété de ses biens et le mari celles qui ont pour objet la possession, etc.

Attendu, dès lors, qu'Ami Comte ne pouvait être joint en cause avec les deux autres défendeurs,

La cour admet le moyen exceptionnel qui est particulier au dit Comte.

Statuant ensuite sur l'exception tirée du défaut d'intérêt des demandeurs Cornaz-Guebhardt et consorts à ouvrir et à soutenir actuellement l'action par eux intentée aux défendeurs:

Considérant que les demandeurs Cornaz-Guebhardt et consorts sont en effet appelés à la succession Bovay à titre de substitués pour le cas où les deux institués ne laisseraient pas d'enfants légitimes.

Considérant que la loi a dû fixer le moment où les droits incertains et éventuels des héritiers substitués s'ouvrent par rapport à la succession qu'ils sont appelés à recueillir au cas où les conditions donnant vie à la substitution seront réalisées;

Qu'à cet effet, il est statué par l'art. 694 du c. c. que leurs droits seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance du grevé de substitution cessera.

Attendu, dès lors, que jusqu'à l'arrivée de cette époque, les droits résultant du testament en faveur des substitués sont livrés à toutes les eventualités qui résultent de la réalisation soit des conditions mises par l'acte de dernière volonté, soit des dispositions de la loi, notamment des art. 695 et 696 du c. c. susmentionnés qui subordonnent le maintien ou l'extinction de la substitution à la condition de survie du substitué et à l'existence d'enfants de l'héritier institué à l'époque où la substitution devrait s'ouvrir.

Attendu, de plus, que, d'après le testament Bovay, les demandeurs Cornaz et consorts ne sont pas appelés à recueillir la succession immédiatement après les héritiers institués; que d'autres substitués sont indiqués pour prendre avant eux; qu'à la vérité ces substitués n'existent pas, mais peuvent naître et pourraient estimer avoir droit de combattre l'action des demandeurs, qui tend précisément à faire annuler la substitution en ce qui les concerne, eux enfants.

Considérant que jusqu'à ce que la jouissance des grevés de substitution ait cessé, les droits des substitués ont un caractère nécessairement incertain et éventuel; que, dans le cas actuel, c'est avec raison que les défendeurs Comte et Bovay leur opposent un défaut d'intérêt actuel et passif, qui leur donne, aux dits substitués, vocation d'attaquer, dès à présent, l'acte de dernière volonté du testateur et de faire valoir des droits qui ne s'ouvriront peut-être jamais.

Attendu, dès lors, que les demandeurs ne peuvent ouvrir actuellement l'action susmentionnée.

Attendu, d'ailleurs, en ce qui concerne l'obligation où les demandeurs estiment d'avoir été, d'ouvrir l'action actuelle dans l'année dès l'homologation du testament, afin d'éviter l'effet de la prescription, qu'il est pourvu par l'art. 666 du c. c. à ce que la prescription ne puisse courir alors que l'intéressé ne peut agir; que c'est ainsi qu'il y est expressément réservé que l'année de la prescription ne courra que du moment où l'impossibilité d'agir aura cessé;

Que, dès lors, le cas où les substitués ne peuvent se prévaloir des droits éventuels résultant pour eux du testament est au bénéfice de la réserve mise à la prescription fixée par le dit art. 666.

Statuant, ensuite, sur l'exception tirée du défaut d'intérêt et de vocation des défendeurs femme Comte et Bovay à combattre l'action actuelle :

Considérant que l'obligation de l'héritier institué avec charge

de substitution est de rendre la succession au tiers substitué, à moins d'extinction de la substitution à son profit;

Que si une autre époque n'est fixée par le testament, la restitution se fait après la mort de l'institué;

Que jusqu'à l'événement, le grevé de substitution est sans intérêt personnel, quant à sa jouissance, dans les contestations qui ont pour objet la validité de telles ou telles clauses de la substitution, à moins que lui-même n'attaque cette substitution.

Attendu que s'il résulte des conclusions au fond des demandeurs que les droits de substitution qui peuvent compéter aux enfants à naître, de l'un ou l'autre des défendeurs sont mis en question et qu'ainsi ces derniers sont intéressés, l'on ne saurait en inférer une obligation pour la partie défenderesse de soutenir l'action actuelle;

Qu'en effet, l'intérêt pour les défendeurs, s'il existait, serait un intérêt moral et non direct, ni personnel; qu'au surplus, l'intérêt relatif à leurs enfants à naître ne repose que sur une éventualité et que les droits attribués á ceux-ci ne sont pas ouverts et ne pourraient l'être durant la vie des institués, d'où il suit que la partie défenderesse n'a ni intérêt ni vocation dans la contestation actuelle.

(Journal des Tribunaux Vaudois, XII, [1864], p. 106 ss.)

---

10. Erbtheilung. Ausweisung der Tochter mit einer bestimmten Summe und Uebernahme des Vermögens durch den Sohn befreit die Tochter von der Haftpflicht für die Erbschaftsschulden.

Am 26. Sept. 1816 unterzeichneten die Brüder Joh. Fr. Viret und Peter Abraham Viret einen Schuldschein von Fr. 400 a. W. zu Gunsten von Joh. Peter Rod. Am 6. Oct. 1817 starb Joh. Fr. Viret mit Hinterlassung eines Testaments, worin er seiner Tochter Lisette Fr. 1200 und eine Aussteuer, seinem Sohn Johann den Rest des Vermögens, mit der Pflicht, alle seine Schulden zu bezahlen, vermachte. Dieser Sohn gerieth 1855 in Concurs und der Schuldschein von 1816 wurde eingegeben und zu Fr. 648. 39 angesetzt. Dann wurde der Sohn des Mitschuldners Peter Abr. Viret, Joh. Franz Viret, Cessionar dieses Schuldscheins und klagte nun gegen die Lisette Viret die Hälfte jener Fr. 648. 39 ein. Die erste Instanz (tribunal civil von Echallens) verfällte die Beklagte am 6. Mai 1863 mit folgender Motivierung:

Considérant qu'avant 1803 la commune de Villars-Tiercelin faisait partie du bailliage de Lausanne.

Que la succession de Jean-François Viret ouverte en 1817, soit

avant la promulgation du code civil actuel, était régie par les lois alors existantes, soit par le Plaict général et le Coutumier de Vaud qui avaient force de lois dans le bailliage de Lausanne, dont la commune de Villars-Tiercelin faisait partie.

Que d'après ces lois l'enfant qui recevait une partie de la succession sans en demander bénéfice d'inventaire ou sans y renoncer, était réputé héritier.

Que Lisette Jaccaud née Viret n'a pas demandé bénéfice d'inventaire de la succession de son père et n'y a pas renoncé.

Que la cession en lieu de partage faite par elle à son frère Jean-Jacob Viret devant le notaire Ropraz, le 20 décembre 1831, démontre évidemment qu'elle s'est toujours considérée comme héritière de son père.

Que les arrangements pris entre frère et sœur à propos de la succession de leur père ne peuvent pas nuire aux créanciers de celui-ci dont les biens sont le gage commun.

Vu le Plaict général, lois 89, 116 et 117, le Coutumier de Vaud, loi première, folios 335 et 337, et les articles 9 et 11 de la loi transitoire du code civil.

Der Cassationshof sprach am 11. Juni 1863 zu Gunsten der Beklagten:

Considérant qu'en fait Lisette Jaccaud née Viret a reçu par le testament de son père le don d'une somme déterminée, outre un trousseau et un droit d'habitation; que Jean-Jacob Viret a été appelé par ce même acte à prendre tous les autres biens de son père avec charge de payer les dettes.

Considérant que l'on ne saurait dire que, d'après ces dispositions de l'acte de dernière volonté de Jean-François Viret, Lisette Jaccaud ait été appelée à la succession de son père à titre d'héritière, puisqu'elle n'a reçu de lui qu'une partie déterminée de cette succession, tandis que son frère a été appelé à prendre l'universalité des biens de la succession;

Que d'après la loi de l'époque qui régissait la contrée, savoir le Plaict général, le don d'un objet déterminé constitue un legs, et l'enfant qui n'est appelé à recueillir qu'un legs dans la succession paternelle ou maternelle n'est pas nécessairement héritier et tenu des charges de la succession.

Que s'il est statué à la loi 82 du dit Plaict que lorsque par son testament le père fait le partage de son bien à ses enfants et ordonne à chacun la part qu'il devra recevoir, ce partage, fût-il même inégal, devra être exécuté, l'on ne saurait inférer de cette disposition que lorsque le testateur fait une part distincte pour l'un de ses enfants et remet tout le surplus à l'autre, la position soit la même pour chacun d'eux;

Que dans ce dernier cas un seul des enfants est institué héritier; et l'autre n'est que légataire pour ce qu'il reçoit puisque la loi n'a rien dit de contraire.

Considérant que la fille Lisette née Viret recevant cette part déterminée et n'attaquant pas le testament de son père n'a eu aucun acte ultérieur à faire; qu'elle n'aurait pu demander inventaire de l'avoir et des charges; qu'elle n'avait pas à renoncer à la succession le cas echéant, et qu'elle n'a eu qu'à recevoir des mains de son frère la valeur qui lui était donnée et qu'il incombait à l'héritier de livrer;

Que dans cette position de Lisette née Viret, l'assimiler à un enfant qui succède comme héritier dans les biens de son père serait l'envisager comme héritière ab intestat ou de plein droit, par le fait de la loi, puisque le testament ne lui donne pas cette qualité, et ce serait établir ainsi dans le cas actuel, deux héritiers à titres différents, l'un testamentaire, l'autre ab intestat.

Considérant enfin, qu'en traitant avec son frère Jean-Jacob, au sujet de la succession paternelle par un acte du 20 décembre 1831 intitulé *cession*, Lisette Viret n'a fait que de déclarer qu'elle accepte le legs à elle fait par testament de son père et donner reçu à son frère de la valeur de ce legs;

Qu'en recevant cette valeur ainsi que le trousseau et en usant du droit d'habitation qui lui était réservé pendant son célibat, elle n'a fait aucun acte d'immixtion dans la succession, ni aucun acte d'héritière;

Que, dès lors, les art. 89, 116 et 117 du Plaict général et les dispositions du Coutumier de Vaud n'imposent point à la veuve Lisette née Viret la qualité d'héritière de son père à raison de la part déterminée qu'elle a reçu par testament dans l'avoir paternel.

(Journal des tribunaux vaudois, XI [1863], p. 358 ss.)

---

11. Theilungsklage gegenüber früherer Ausrichtung.

Am 3. Januar 1842 wurde Jacob Franz Schuler von Alpthal (C. Schwyz) bevogtet, der Vogt aber nie in die Verwaltung seiner Güter eingesetzt, sondern diese behielt Schuler. Sieben Jahre später richtete er seinen Sohn Joseph Melchior mittelst einer Summe von 3500 Fl. aus. Ebenso auch noch zwei andre Geschwister. Hierauf, am 22. Dec. 1850, starb er. Derjenige Sohn, der ihm in seinem Grundbesitz succedierte, Johann Joseph, blieb ohne Weiteres im Besitz, führte Gebäude auf den väterlichen Liegenschaften auf, versicherte Capitalien auf dieselben und verfügte sonst darüber. Unter Anderm verpachtete er auch drei Stücke davon im Jahr 1861 dem Bruder Joseph Melchior.

Zwei Jahre nachher, im Jahr 1863, erhob dieser eine Theilungsklage gegen die Geschwister und verlangte behufs deren Durchführung Anschlag und Schatzung der Liegenschaften. Die Geschwister widersetzten sich.

Am 9. Dec. 1863 erfolgte der Abspruch des Bezirksgerichtes Schwyz zu Gunsten des Theilungsklägers.

Am 19. Oct. 1862 dagegen wies das Cantonsgericht denselben ab, in Erwägung:

1. daß erwiesener- und unbestrittenermaßen der heutige Appellat vor circa 14 Jahren durch seinen Vater mit Fl. 3500 von seinem dereinstigen Erbe ausgerichtet worden ist;

2. daß aber diese Erbausrichtung vom Appellaten als ungültig angefochten wird, weil sein Vater seit dem 1. Jänner 1842 bis zu seinem Tode bevogtet gewesen und für den daherigen Vertrag nicht nach §§ 23 und 29 des organischen Gesetzes für die Bezirksräthe vom Jahr 1835 die Ratification des Bezirksrathes nachgesucht worden sei;

3. daß, abgesehen von dem Umstande, daß nicht erwiesen ist, daß die angeführte Bevogtigung je in Wirksamkeit getreten, nur vom Vogte oder den Erben des Bevogteten diese Einrede geltend gemacht werden könnte, der Unbevogtete dagegen, welcher mit einem Bevogteten contrahiert, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen bei seiner Handlung behaftet bleibt;

4. daß Behaftung des Appellaten bei dem seinerseits gültigen Abschluß des Ausrichtungsvertrages durch den Umstand nicht aufgehoben wird, daß er als Miterbe seines Vaters theilweise dessen Rechtsnachfolger ist;

5. daß der Appellat den Besitzstand der Appellanten seit dem Tode seines Vaters anerkannt hat, indem er noch im Jahre 1861 von seinem Bruder Johann Joseph Bestandtheile der ehemaligen väterlichen Liegenschaften in Pacht genommen;

6. daß somit der Ausrichtungsvertrag zu Recht besteht und folglich nicht mehr auf Theilung geklagt werden kann.

(Directe Mittheilung.)

---

12. Fristen im Vertrag, Zweck und daherige Wirkung.

Die Uebertragung von Liegenschaften geschieht im C. St. Gallen durch Fertigung, d. h. gemeinderäthliche Eintragung in amtliche Register. In Bezug auf diese Fertigung sagt das betreffende Gesetz vom 19. Febr./28. April 1842 Art. 10: Der Gemeindeammann hat durch den Gemeinderathsweibel sämmtlichen Contrahenten von der Zeit der Fertigung Anzeige zu machen, damit sie ihre allfälligen Rechte wahren und, wenn sie es für nöthig erachten, zur Verhandlung erscheinen

können. Die Fertigung darf aber in keinem Falle vor Umfluß von drei Tagen, den Tag der Strazzierung (schriftliche Ausfertigung der Parteien unter einander) ungerechnet, vorgenommen werden. Der Art. 7 desselben Gesetzes sagt: Solange die Fertigung noch nicht erkannt ist, hat die Vertragsstrazze durchaus keine privatrechtlichen Folgen. Jeder Theil kann frei davon zurücktreten, ohne daß der andere auf Erfüllung klagen oder ein Reugeld fordern darf. Für den Fall jedoch des Rücktrittes von einem Theil ist dieser verpflichtet, dem andern eine Entschädigung von vier Procent des Kaufpreises gut zu machen.

Am 26. Sept. 1860 kaufte P. Sonderegger von seinem Schwager Schmidheini in Balgach fünf Bodenparcellen um Fr. 2482. 20. Die Fertigung erfolgte am 29. Sept. gl. J. in einer Abendsitzung des Gemeinderathes. Von diesen fünf Parcellen verkaufte später der Käufer eine weiter (23. Nov. 1861). In der Zwischenzeit war die Frau des ersten Verkäufers, Anna Schmidheini, geb. Rüesch, gestorben, und es hatte sich an die Theilung zwischen dem Wittwer und den Geschwistern resp. Schwägern der Verstorbenen, Rüesch und Kobelt, ein Proceß angeschlossen, der bereits der Entscheidung in zweiter Instanz entgegenging, als diese Angehörigen der Verstorbenen bemerkten, daß die Fertigung vom 29 Sept. 1860 vor Abfluß der vollen drei Tage, welche der oberwähnte Art. 10 verlangt, eingetreten war, und auf Grund dieses Gebrechens die Klage auf Aufhebung des Testaments der Verstorbenen einstellten und eine andere anhoben auf Nichtigerklärung der Fertigung und folglich des zwischen Schmidheini und Sonderegger abgeschlossenen Verkaufs.

Die erste Instanz, im Wesentlichen darauf gestützt, daß der Art. 10 des Handänderungsgesetzes eine Rechtswohlthat für die Contrahenten involviere, auf welche dieselben im concreten Falle verzichten können, und wirklich verzichtet haben, wies die Klage ab.

Ebenso die zweite Instanz, durch Spruch vom 4. Aug. 1863, mit folgender Auseinandersetzung:

„Es ist nicht einzusehen, daß der ohnehin vom gemeinen Recht ausnahmsweis abweichende Art. 10 zweiter Satz die Bedeutung und Consequenz habe, daß, wenn auch die Contrahenten trotz eines Uebersehens des Gemeinderaths einen Kauf fertigen lassen, den gefertigten Kauf anerkennen und vollziehen, derselbe Kauf, entgegen dem ausdrücklichen Willen der Contrahenten, gleichwohl absolut ungültig sein soll. Zieht man in Betracht, welche Folgen es für die Sicherheit des liegenschaftlichen Eigenthumsbesitzes, sowie der damit zusammenhängenden Credit- und Hypothecarverhältnisse im Lande haben würde, wenn an die Nichteinhaltung der in Frage liegenden dreitägigen Frist in allen Fällen ohne irgend welche Beschränkung und Vorbehalt aus sogenannten Rücksichten für das öffentliche Wohl

die absolute Nullität des gefertigten und vollzogenen Kaufs geknüpft wäre, so müßte man sich in seiner Ueberzeugung nur bestärken. Eine entgegengesetzte Ansicht würde dahin führen, daß der durch solche öffentliche Kaufinstrumente gewährleistete Grundbesitz und die auf dieselben ratificierten Hypothecartitel nach 10—20 und mehr Jahren oft bei weitern Handänderungen in die sechste, siebente Hand, von Dritten angefochten, jegliche Ersitzung ausgeschlossen, und so die solidest geglaubten Eigenthums- und Credittitel in den Händen der in besten Treuen besitzenden Eigenthümer zernichtet und als nonvaleur erklärt werden könnten. Eine Unterscheidung zwischen den Rechten, welche den Contrahenten selbst zustehen, oder nach gefertigtem und vollzogenem Kauf von Dritten geltend gemacht werden möchten, scheint in der Natur der Sache begründet. Man kann nicht glauben, daß der Gesetzgeber mit dem mehrerwähnten Art. 10, durch welchen man allerdings im Allgemeinen dem Abschluß leichtfertiger und übereilter Käufe einen Damm setzen wollte, wesentlich etwas Anderes bezweckte, als dem Gemeinderathe die Pflicht aufzuerlegen, seinerseits zu wachen, daß keiner der Contrahenten bei Käufen und Verkäufen überrumpelt, eingeführt und benachtheiligt werde. So bindend auch an sich die Bestimmung des Art. 10 lautet, so hätte der Gesetzgeber es gewiß in einem besondern Artikel klar ausgesprochen, wenn er die absolute Nullität eines Kaufgeschäfts wegen Nichteinhaltung der dreitägigen Frist auch dann hätte eintreten lassen wollen, wann und nachdem mit dem Willen und Einverständniß der Contrahenten die Fertigung stattgefunden und der Kauf seinen Vollzug erhalten hat. Ein solcher Artikel findet sich nun aber nicht im Gesetze. Vergleicht man Art. 19 zweiter Satz mit Art. 10 erster Satz und mit Art. 7 des gleichen Handänderungsgesetzes, so scheint daraus im Gegentheil noch deutlicher hervorzugehen, daß die Bestimmung der dreitägigen Wartfrist lediglich zum Schutze der Contrahenten gegen übereilte Käufe und Verkäufe erlassen worden ist. Der Art. 7 räumt nämlich den Contrahenten das Recht ein, bis zur Fertigung vom Kaufe zurücktreten zu dürfen. Daran anschließend sagt der Art. 10, daß den Contrahenten von der Zeit der Fertigung Anzeige zu machen sei, damit sie ihre Rechte wahren und, wenn sie es für nöthig erachten, zur Verhandlung erscheinen können. Um ihnen dies möglich zu machen, reiht sich dann das zweite Lemma von Art. 10 lediglich als Nachsatz an: daß in keinem Fall vor Umfluß von drei Tagen die Fertigung erkannt werden dürfe. Man kann schließlich auch die Furcht nicht theilen, daß die Auslegung und Anwendung des Art. 10 auf den concreten Fall, wie sie im Urtheil liegt, der genannten Bestimmung des Handänderungsgesetzes die ganze Bedeutung benehmen und eine große Rechtsunsicherheit im Abschluß von Käufen zur Folge haben werde. Man müßte vielmehr eine solche Rechtsunsicherheit in der un-

bedingten Annullierung von Käufen erblicken, die mit dem vollen Consens der Contrahenten abgeschlossen, amtlich gefertigt und längst vollzogen worden sind."

Die Kläger ließen sich aber durch diese Rechtsbelehrungen nicht irre machen, sondern kamen um Cassation dieser beiden Urtheile ein. Dieselbe erfolgte auch wirklich unter folgender Entwicklung:

„Die Vorschrift des Art. 10 des Handänderungsgesetzes lautet allgemein und unbedingt ohne einen Vorbehalt oder irgend welche Beschränkung. Sie ist offenbar aus Rücksichten auf das öffentliche Wohl in allgemeinem Interesse erlassen. Was aber mit directer Verletzung einer solchen Gesetzesvorschrift geschieht, kann nicht gesetzgemäß oder rechtsgültig sein und keine gesetzlich verbindlichen Folgen haben. Es muß vielmehr als rechtlich nicht geschehen, null und nichtig betrachtet werden und kann auch durch den Lauf der Jahre und namentlich durch keine nachträgliche stillschweigende oder factische Anerkennung oder Gutheißung der Contrahenten, sondern nur dadurch gut gemacht werden, wenn die Fertigung nachträglich vom Gemeinderath noch vorgenommen, neu erkannt oder bestätigt wird. Das Handänderungsgesetz — während es ausdrücklich ein Gültigwerden von Handänderungen, welche vor Erlassung desselben mangelhaft stattfanden, mit dem Ablauf gewisser Fristen anerkennt, schließt dagegen jede Verjährung oder Ersitzung, jedes Inkrafttreten von Handänderungen aus, welche seit dem Bestande desselben seinen Vorschriften zuwider neu erfolgen könnten. Es ging offenbar von dem Grundgedanken aus, die unbedingte, allgemeine Beachtung und Durchführung seiner Vorschriften zu erzwingen. Damit wäre es aber offenbar unvereinbar, wenn die Nichtbeachtung einer der wesentlichsten und singulärsten Vorschriften desselben durch eine spätere Anerkennung des im Widerspruch damit Geschehenen gebilligt würde; die Consequenz davon wäre unmittelbar, daß die betreffende Vorschrift ihre ganze Bedeutung verlöre, und jeden Tag eine Uebertretung derselben erfolgen könnte, welche der Richter bei consequenter Verfolgung einer laxen Praxis stets wieder gutheißen müßte. Auf der andern Seite bliebe indessen der Buchstabe des Gesetzes einstweilen stehen, und, weil jede Streitsache ihre etwas eigenthümliche Gestalt hat, die Möglichkeit der verschiedensten Anwendung desselben. Jene verderbliche Rechtsunsicherheit, deren Beseitigung der Gesetzgeber mit der Erlassung des Handänderungsgesetzes speciell bezweckte, wäre in bedrohlicher Weise neu eingeführt. Eine Unterscheidung auch zwischen dem, was nur Pflicht des Gemeinderathes sei, oder den Betheiligten obliege, erscheint unstatthaft, weil die Vorschrift des Gesetzes eben unbedingt, gegen und für Alle erlassen ist. Den Betheiligten selber liegt zudem ob, sich vorzusehen, daß ihre Interessen beim Handänderungsverfahren gehörig gewahrt werden, da sie nur nach Maßgabe des Gesetzes Rechte

erwerben können. Ebenso ist hier eine Unterscheidung zwischen absolut und relativ verpflichtenden Bestimmungen unstatthaft, weil die betreffende Vorschrift des Art. 10 eben unbedingt lautet und mit dem Beisatz „in keinem Fall" jede restrictive Interpretation noch ausdrücklich ausschließt. Was daher der bestimmten Vorschrift entgegen, mit directem Einbruch derselben geschehen ist, kann durch kein späteres Stillschweigen oder Gehenlassen gut gemacht werden. Endlich ist die Unterscheidung im gegebenen Falle bedeutungslos zwischen den Rechten, welche den Contrahenten selbst zustehen, oder von Dritten geltend gemacht werden mögen, indem die Kläger und Impetranten als Rechtsnachfolger eines der ursprünglich Betheiligten erscheinen und daher die gleichen Rechte geltend machen können, welche diesem selbst zur Zeit seines Todes zustunden. Jac. Schmidheini besaß und verkaufte nämlich die fraglichen Liegenschaften uxorio nomine, als gesetzlicher Stellvertreter der Anna Rüesch, nach deren Todesfalle ihre Erben die gleichen Rechte auszuüben haben, welche bei Lebzeiten ihrem Manne zustunden.

In allen Beziehungen stellt sich daher immer wieder heraus, daß, wie die Fertigung des fraglichen Kaufes vor Ablauf des dritten Tages nach der Strazzierung eine Gesetzesverletzung war, ebenso auch durch die nachherige Anerkennung oder Gültigerklärung derselben die bezügliche Gesetzesbestimmung — Art. 10 des Handänderungsgesetzes — verletzt und eingebrochen wurde.

(Entscheidungen des Cantonsgerichts und der Cassationsbehörde von St. Gallen im Jahre 1864, S. 8 f., 14 f.)

---

13. Anerkennung von Schuld aus Irrthum, wiefern bindend.

Anton Dettling, Küfermeister in La Chaux-de-Fonds, bestellte im März 1859 bei J. Guimberteau, Weinhändler in Bordeaux, zwei Piecen Wein und Rhum im Betrag von F. 395 Werth am 16. Sept. l. J. Er erhielt mit der Waare vom Absender die Anzeige, daß dieser auf ihn per 16. Sept. gezogen habe. An letzterm Tage konnte Dettling nicht bezahlen; die Tratte wurde protestiert, und auf Begehren Dettlings willigte Guimberteau ein, die Forderung von Fr. 395 auf zwei Termine zu vertheilen, und eine neue Tratte zahlbar den 15. October im Betrag von Fr. 256 für den ersten Termin zu ziehen.

Diese Tratte wurde von Dettling acceptiert und am 25. Jan. 1860 bezahlt, wodurch die Schuldsumme mit Inbegriff der Kosten auf Fr. 149. 55 reduciert wurde, für welchen Betrag Guimberteau eine zweite Tratte zog. — Unterdessen war am 26. Nov. 1859, nach der Acceptation der Tratte von Fr. 256, aber vor deren Bezahlung, dem Dettling in einem Cafehause vom Huissier Sandoz die erste Tratte

von F. 395 mit der Frage präsentiert worden, ob er anerkenne, diese Summe zu schulden, und Dettling hatte unbedacht mit Ja geantwortet, in Folge welcher Anerkennung er nun von den ersten Indossanten und Inhabern dieser ersten Tratte, Laumon und Fajole, für den ganzen Betrag betrieben wurde. Er gewahrte seinen Irrthum erst, als er die Tratte von Fr. 256 bezahlt hatte, verlangte vom Friedensrichter Suspension der Betreibung und berichtete an Guimberteau, der ihm antwortete, er habe die Tratte von Fr. 395 annulliert. Dettling verlangte nun Ungültigerklärung seiner Anerkennung vom 26. Nov. und damit Aufhebung der Betreibung, wogegen Laumon und Fajole einwendeten, Dettling sei von ihnen durch Brief vom November 1859 avisiert worden, daß die Tratte von Fr. 395 in ihren Händen sei, er sei mithin durch die Anfrage des Huissier nicht überrascht worden, zudem aber habe Dettling jetzt, da die Betreibung schon bis zur Taxe vorgeschritten sei, kein Recht mehr sich zu opponieren, da er nicht zu gehöriger Zeit von der clame Gebrauch gemacht habe.

Der Appellhof von Neuenburg erkannte am 4. April 1860:

Considérant qu'il résulte des faits de la cause, que le demandeur a été poursuivi en vertu d'une traite protestée, qui fait double emploi;

Qu'il a été réellement induit en erreur dans la reconnaissance qu'il a faite de cette traite dans un moment où il devait encore la même somme représentée par deux autres traites émises par Guimberteau;

Que cette erreur provoquée par toutes les circonstances dans lesquelles elle s'est produite, est d'une nature relevante;

Par ces motifs relève le demandeur de la reconnaissance qu'il a faite le 26 novembre 1859 et des poursuites qui en ont été la conséquence;

Condamne le citoyen Dettling aux frais fixés à la somme de fr. 57.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, V, p. 58 ss.)

---

14. Crediteröffnung. Zahlungsmandat.

Das Haus Jaquet & Bovet in Neuenburg schrieb am 26. März 1860 an das Haus Vernes & Comp. in Paris:

„Faisant des affaires suivies et assez importantes avec Calcutta (Indes), nos correspondants nous conseillent pour les couvrir de leurs expéditions, comme un moyen le plus convenable et avantageux, de leur ouvrir un crédit chez nos banquiers à Paris, dont ils feraient usage pour leurs traites à quelques mois. Veuillez donc nous dire si nous pourrons donner votre respectable adresse à nos amis et à quelles conditions cela pourrait se faire?“

Die Antwort von Vernes & Comp. vom 2. April 1860 war bejahend und sagt am Schlusse:

„Vous voudrez bien inviter vos amis de Calcutta à nous adresser les documents à l'appui de leurs traites, comme c'est l'usage pour ce genre d'affaire."

Am 5. April schrieben Jaquet & Bovet:

„Ainsi que vous voulez bien nous y autoriser, nous ouvrons un crédit chez vous pour notre compte, jusqu'à concurrence de dix mille francs à nos amis, MM. Ruutz Rees et Comp. à Calcutta, pour qu'ils en fassent usage à l'occasion, par leurs traites sur vous, en vous adressant les documents à l'appui. — Nous prenons note de vos conditions."

Durch Brief vom 26. Juni 1860 ersuchten Jaquet & Bovet das Haus Vernes & Comp., an Ruutz Rees & Comp. die Crediteröffnung für Fr. 10000 anzuzeigen, que vous payeriez pour notre compte contre leurs traites sur vous à quelques mois, qu'ils ne manqueront pas de vous aviser.

Am 4. Juli antworteten Vernes & Comp., sie würden an Ruutz Rees & Comp. schreiben, theilten die näheren Bedingungen hinsichtlich Commission und Provision mit, und schlossen: Veuillez nous répondre si nous sommes d'accord. Nous allons limiter ce crédit valable pour trois mois à partir de la réception de notre lettre, et nous prions MM. Ruutz Rees et Comp. de fournir le plus court possible, sans dépasser 90 jours de vue, car ce n'est pas l'usage à Paris d'accepter pour un plus long terme.

Am 7. Juli schrieben Jaquet & Bovet, sie nehmen die gestellten Bedingungen an, und weiter: „Vous entendez que ce crédit est valable pour trois mois à partir de la réception de notre lettre par MM. Ruutz Rees et Comp.; est-ce comme cela?"

Am 10. Juli erwiederten Vernes & Comp., que c'est bien à partir de la date de réception à Calcutta de notre lettre que le crédit demeure valable pour trois mois, pour en disposer à 90 jours de vue.

Am 4. und 9. Juli hatten Vernes & Comp. die Crediteröffnung schon an Ruutz Rees & Comp. geschrieben, und diese zeigten durch Brief d. d. 22. August 1860 den Empfang des Schreibens an und versprachen sich nach dessen Weisungen zu richten.

Am 18. Juli 1860 zeigten Vernes & Comp. an Jaquet & Bovet an, daß sie soeben von Ruutz Rees & Comp. Avis erhalten hätten, sie hätten auf sie für Rechnung von Jaquet & Bovet Fr. 5150 auf drei Monate nach Sicht gezogen, und fügen bei: Veuillez nous dire si nous pouvons accepter la susdite traite sans être en possession du connaissement.

Am 20. Juli telegraphierten und schrieben Jaquet & Bovet an Vernes & Comp., sie sollen acceptieren, und der Brief fügte bei: à

cette occasion nous vous prions d'accepter les traites sur vous pour notre compte chaque fois que nous vous les aurons avisées, car nous voyons que pour vous envoyer les documents, cela nous expose à bien des contrariétés etc.

Am 23. Juli antworteten Vernes & Comp., sie hätten die Tratte von Fr. 5150 von Ruutz Rees & Comp. acceptiert, und bemerkten: Vous nous autorisez aussi à accepter à l'avenir les traites sur nous pour votre compte chaque fois que vous nous les avez avisées et lors même que les documents ne nous seraient pas encore parvenus. L'usage est de n'accepter que contre connaissement, et il convient de le maintenir; cependant pour vous être agréable nous accueillerons celles des traites qui nous seront présentées après votre avis, sans documents, mais demandez-les toujours.

Am 23. Juli schrieben zugleich Jaquet & Bovet an Vernes & Comp.:

„La traite de fr. 5,150 de Ruutz Rees et Comp. est indépendante du crédit de fr. 10,000 que vous avez bien voulu ouvrir à ces amis pour notre compte, nous vous en créditons valeur 18 octobre prochain. Comme ce crédit ne leur était pas confirmé par vous lorsqu'ils ont fait traite, ces amis nous écrivent qu'ils ont du négocier cette valeur à un cours 1% plus désavantageux que s'ils eussent eu en mains la confirmation de ce crédit, ceci à gouverne."

Am 12. October 1860 zogen Ruutz Rees & Comp. auf Vernes & Comp. eine Tratte von Fr. 10,000, zahlbar zehn Tage nach Sicht, mit der ausdrücklichen Bemerkung, daß die Tratte gemäß dem Creditbestätigungsbrief vom 4./9. Juli gezogen sei. Vernes & Comp. acceptierten sie am 21. Nov. 1860. Am 22. Nov. erhielten sie eine telegraphische Depesche von Jaquet & Bovet: N'acceptez aucune traite de Ruutz Rees et Comp. à Calcutta, pas d'accord, und antworteten an demselben Tage: Le crédit de fr. 10,000 étant confirmé par nous pour notre compte, sans condition, nous ne pouvons pas refuser l'acceptation des traites de Ruutz Rees et Comp. Sofort Erwiderung von Jaquet & Bovet: L'échéance du crédit est passée, vous avez déjà payé fr. 5150 à compte, n'acceptez rien pour notre compte, nous vous écrirons; conformez-vous à cette ordre sans manquer. Vernes & Comp., immer noch an demselben 22. Nov., antworteten durch den Telegraph: „Recevons seconde dépêche, contenu erroné; votre lettre 23 juillet dit: Traite 5150 est indépendante du crédit fr. 10,000. Votre lettre 7 juillet répondu par nous le 10 dit crédit valable trois mois après réception à Calcutta pour disposition à 90 jours vue. Traite de Calcutta est du 12 octobre et mentionne notre lettre crédit du 9 juillet 1860. Ne pouvons faire autrement qu'accepter. Accusez réception." Die acceptierte Tratte wurde am 1. Dec. 1860 von Vernes & Comp. bezahlt, und dann gegen Jaquet & Bovet Klage auf Erstattung der bezahlten Wechselsumme erhoben. Die

Beklagten wandten ein: 1. am 21. Nov. als dem Datum der Acceptation der Tratte seien die 3 Monate seit der Ankunft des Bestätigungsbriefs in Calcutta schon verstrichen gewesen; 2. die von ihnen gestellte, von den Klägern angenommene Bedingung, daß letztere immer, wenn ein Connossement mangle, den Avis der Beklagten abwarten sollten, sei von Vernes & Comp. nicht beobachtet worden; 3. da Vernes & Comp. den Vertrag hinsichtlich des Credits an Ruutz Rees & Comp. nicht gehalten, so hätten sie auf eigene Rechnung bezahlt.

Das Civilgericht zu Neuenburg verurtheilte die Beklagten (4. Oct. 1861):

Considérant qu'il est de règle, en droit commercial, que la confirmation d'un crédit est de la part de la maison qui confirme une acceptation anticipée et un engagement à payer jusqu'à concourrence du crédit;

Considérant qu'il est établi que le crédit était valable pour trois mois à partir du jour de la réception à Calcutta de la lettre de crédit confirmé, et pour en disposer sans dépasser 90 jours de vue, et que par conséquant Ruutz Rees et Comp. avaient jusqu'à l'expiration de trois mois le droit d'émettre valablement leurs traites pour le montant du crédit ouvert, tirées à l'échéance fixée par la lettre de crédit elle-même;

Considérant que rien dans la correspondance n'établit que les traites émises en vertu du crédit confirmé dussent être payées ou présentées à acceptation dans ce délai de trois mois, et que Jaquet et Bovet n'ont point réservé dans leur demande de crédit que les traites émises en vertu du crédit confirmé, ne seraient payées que sur leur avis ou autorisation;

Considérant que Vernes et Comp., engagés comme ils l'étaient, se trouvaient obligés de faire honneur à ces traites.

Der Appellhof bestätigte das Dispositiv dieses Urtheils in sorgfältigerer Würdigung der gegen die Klage vorgeschützten verschiedenen Einreden (12. Febr. 1862):

Considérant en droit: Qu'il est de règle et que la jurisprudence commerciale consacre le principe que la confirmation d'un crédit engage personnellement la maison de banque qui a confirmé, pour toute la valeur de ce crédit, et constitue une acceptation anticipée et un engagement de payer;

Que toutefois ce principe absolu est subordonné aux conditions et réserves qui auraient été consenties par les parties intéressées;

Que, dans l'espèce, et pour apprécier les fins de non-recevoir opposées à la demande, le juge doit déterminer les éléments qui ont formé le contrat lié entre Jaquet et Bovet, d'une part, et Vernes et Comp, d'autre part, pour fournir à Ruutz Rees et Comp. le crédit confirmé qui leur a été annoncé par lettre du 4/9 juillet 1860;

Considérant qu'il ressort de l'ensemble de toute la correspondance échangée entre parties:

Que celles-ci ont fixé les conditions du crédit confirmé dans les lettres qu'elles ont échangées les 27 juin, 4, 7 et 10 juillet 1860;

Que dans cette partie de leur correspondance, Jaquet et Bovet et Vernes et Comp. n'ont proposé ni admis comme condition au crédit confirmé, que les traites émises, en vertu de ce crédit, ne seraient payées par Vernes et Comp. que sur l'avis ou l'autorisation de Jaquet et Bovet;

Considérant que les autres lettres échangées entre parties, et les conditions qui y sont débattues, s'appliquent évidemment à un autre crédit, à un crédit ordinaire, ouvert avant le crédit confirmé, et dont les effets ont donné lieu à l'échange d'une série de lettres qui établissent que les conditions d'avis ou d'acceptation de la part de Jaquet et Bovet ne s'appliquaient nullement au crédit confirmé;

Qu'au surplus, celui-ci, après avoir été convenu et avoir été annoncé à Ruutz Rees et Comp. par lettre du 4/9 juillet, ne pouvait plus être soumis à des conditions que toutes parties n'auraient pas acceptées;

Que très spécialement, les lettres des 20 et 23 juillet 1860, échangées après l'envoi, à Calcutta, de la lettre annonçant la confirmation du crédit par Vernes et Comp., ne peuvent être envisagées comme ayant la valeur d'un complément qui aurait modifié le contrat lié par les lettres des 27 juin, 4, 7 et 10 juillet, et ajouter à ce contrat des conditions qui en limitaient le sens et la portée;

Qu'en conséquence, le crédit confirmé par Vernes et Comp. est au bénéfice pur et simple de la jurisprudence commerciale sur la matière;

Considérant enfin, et en ce qui touche plus particulièrement la première fin de non-recevoir:

Que le crédit confirmé était valable pour trois mois, à partir du jour de la réception, à Calcutta, de la lettre de crédit confirmé, et pour en disposer, sans dépasser 90 jours de vue;

Que par conséquent Ruutz Rees et Comp. ont pu valablement disposer de ce crédit par leur traite du 21 octobre 1861.

(Recueil d'arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, VI, p. 41 ss)

---

15. Kauf auf Wiederkauf oder Verpfändung?

Raffard & Oppelt, Uhrenfabricanten zu Genf, sandten am 17. Dec. 1860 an Gebrüder Weil in Locle eine Partie Uhrenwaaren mit einer acquittierten Factura im Betrag von Fr. 30,250. 55. Am Fuß dieser

Factura befanden sich außer zwei durchgestrichenen theilweisen Quittungen und dem Worte acquitté nebst der Unterschrift Raffard et Oppelt die Worte: „ci-contre notre lettre R. et O." Am 18. Dec. 1860 sandten Raffard & Oppelt den Gebrüdern Weil weitere Uhrenwaaren mit Factura im Betrag von Fr. 6000. Diese Factura trug die Worte: „Payé comptant, Raffard et Oppelt. — Livrables du 20 au 21 ct. en garantie de fr. 6000, que vous nous livrez, et pour lesquels nous vous avons remis du papier sur Turin; il est entendu que nous retirerons les dites américaines, aussitôt ces valeurs payées. Raffard et Oppelt." Die Papiere auf Turin wurden bei Verfall nicht bezahlt und im October 1861 geriethen Raffard & Oppelt in Concurs. Am 28. Nov. 1861 zeigten Gebrüder Weil dem Syndic der Masse an, daß sie das in ihren Händen befindliche Pfand für eine Forderung von Fr. 26606. 55, die sie an die Falliten hätten, würden verkaufen lassen, und luden ihn am 24. Febr. 1862 vor das Gericht zu Locle, um allfällige Einwendungen gegen den Verkauf zu machen. Nach einem ersten Vorstand der Parteien gaben Gebrüder Weil die Behauptung eines Pfandrechts auf und erklärten, das Geschäft vom 17. Dec. 1860 sei ein regelmäßiger vollkommener Kauf, auf den man nicht mehr zurückkommen könne, das Geschäft vom 18. Dec. dagegen sei ein Verkauf auf Wiederkauf, und da der Wiederkaufstermin verstrichen sei, ohne daß die Verkäufer R. & O. vom Wiederkaufsrecht Gebrauch gemacht hätten, so sei der Verkauf perfect geworden. Die Masse verlangte von den Gebrüdern Weil Auslieferung aller in den beiden Facturen bezeichneten Waaren oder deren Werth mit Fr. 36,250. 55, indem es sich um keinen Verkauf, sondern um eine Verpfändung handle, welche als Sicherheit für die Negocierung der Papiere auf Turin hätte dienen sollen, diese Verpfändung aber nicht in gesetzlicher Form erfolgt, mithin nichtig sei. Die erste Instanz (tribunal civil du Locle) entschied am 12. März 1863 nach den Sätzen der Gebrüder Weil, die zweite Instanz am 7. Mai 1863 zu Gunsten der Masse:

Considérant en droit: Que de l'ensemble des pièces qui ont été produites dans la procédure actuelle, il résulte évidemment que les factures des 17 et 18 décembre 1860 ne constituent pas à elles seules les actes qui doivent être appréciés par le juge pour déterminer quelle a été la commune intention des parties dans les conventions qui ont eu lieu entre elles aux dates prérappelées, attendu que l'une et l'autre de ces factures renferment des stipulations ou des annotations qui indiquent un complément de convention;

Que les pièces acquises au débat pour fixer le caractère et la portée juridique de ces conventions, sont, en outre des deux factures des 17 et 18 décembre 1860, les lettres écrites avant l'inchoation du procès sur lequelle une restitution est intervenue, et spécialement 1° la lettre du 19 janvier 1861, par laquelle Raffard

et Oppelt ont réclamé des frères Weil la lettre que ces derniers devaient leur adresser depuis longtemps, et qui devait leur servir de titre pour retirer les marchandises après l'échéance de leurs lettres de change sur Turin; 2° la lettre de frères Weil du 15 février suivant, par laquelle ceux-ci ont accusé réception à Raffard et Oppelt d'une caisse de montres reçue le 17 décembre écoulé, et montant, suivant leur facture, à fr. 29,750. „Vous nous remettez," disent-ils dans cette lettre, „ces montres en garantie et comme sûreté de payement de vos valeurs que vous nous avez négociées sur Turin, échues le courant avril prochain, et montant ensemble en fr. 26,500; il est entendu aussitôt l'entier payement de vos dits effets, vous pouvez disposer de *votre* marchandise y compris les douze savonnettes d'or, remontoir, que nous aurons également à vous livrer aussitôt les valeurs payées. Vous nous devez encore une montre gallonnée et un solde de fr. 239;"

Que ces deux lettres se rapportent évidemment aux opérations des 17 et 18 décembre 1860, attendu leur concordance dans les détails qu'elles renferment.

Considérant qu'il résulte de ces pièces, qu'aux dates des 17 et 18 décembre 1860, la maison frères Weil a reçu de Raffard et Oppelt des lettres de change sur Turin pour une somme de fr. 26,500, et qu'elle les leur a négociées en leur remettant des valeurs équivalant au prix de cette négociation;

Que pour garantir la maison frères Weil contre l'eventualité du retour des lettres de changes protestées, Raffard et Oppelt lui ont remis des marchandises en horlogerie facturées pour la somme de fr. 36,250. 55;

Considérant que les marchandises ainsi remises en garantie, ne peuvent pas être considérées comme ayant été vendues sous bénéfice de réméré, attendu que les sommes déboursées par la maison frères Weil représentent la contre-valeur des lettres de change négociées, et que Raffard et Oppelt n'avaient aucune somme à remettre à la maison frères Weil pour rentrer en possession de leurs marchandises;

Que dès lors ces marchandises ne peuvent être considérées que comme ayant été remises par Raffard et Oppelt à la maison frères Weil à titre de gage et de nantissement;

Que la procédure constate que les actes qui constituent ce gage sont irréguliers, puisqu'ils n'ont pas les caractères exigées par l'art. 1685 du code civil.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, VI, p. 322 ss.)

---

16. Einverstandene Kaufgegenstände.

In Aussicht auf die Erweiterung der Stadt Basel hatten einzelne Personen sich ein Geschäft daraus gemacht, große Grundstücke zusammenzukaufen, um sie nachher zu parcellieren. Eine Hauptlockung für den Kauf war die Anlegung von Straßen auf diesen Complexen durch die Erwerber. Um jedoch in diesen Anlagen nicht Verwirrung einreißen zu lassen, hatte die Regierung Auftrag erhalten, vor Anlegung solcher Privatstraßen die Pläne sich vorlegen zu lassen, und erst dann, wenn die Anordnung in das Ganze des Erweiterungsplanes sich gehörig einfüge, die Anlegung zu gewähren.

Mit dieser Gewährung stand dann in Verbindung die Aussicht, daß die Regierung diese Straßen vollenden und ihren Unterhalt übernehmen werde. Umgekehrt aber natürlich die Verpflichtung der Anlegenden, diese Privatstraßen zu diesem Ende abzutreten.

Die Regeln hierüber stellt eine Verordnung vom 19. Mai 1860 auf.

Diese sagt in Art. 17: Ueberdies werden bei den neuen Straßenanlagen innert der erweiterten Stadtabgrenzung den Anwändern noch folgende Verpflichtungen überbunden:

a. Planierungsarbeiten in eignen Kosten auszuführen und zwar nach dem Verhältniß der ihre Grundstücke begrenzenden Straßenstrecken und gemäß den für die betreffende Straßenanlage vorgeschriebenen Straßenlinien und Nivellementen, sowie den von der Behörde dafür ertheilten Weisungen.

b. Bis und so lange die Chaussierung, resp. Pflasterung auf öffentliche Kosten stattfindet, sind die Anwänder verpflichtet, diese neuen Straßen auch in fahr- und gangbaren Zustand zu stellen und darin zu erhalten.

Den Zeitpunct, wenn die Chaussierung, resp. Pflasterung einer neuen Straßenanlage auf öffentliche Kosten stattfinden soll, bestimmt der kleine Rath; wenn indessen drei Viertheile der beidseitigen Straßenlinie durch Gebäude und dazu gehörende Hofräume angebaut und die Gebäude bewohnt sind, ist die Behörde verpflichtet, die betreffende neue Straße chaussieren oder pflastern zu lassen.

Einer dieser Unternehmer war M. Kußmaul, welcher schon längere Zeit vor dieser Verordnung vor dem St. Albanthor Grundstücke zusammengekauft und Wege angelegt hatte, dann aber diesen Complex in Verbindung mit andern Theilnehmern vergrößerte und hinsichtlich dieser Erweiterungen Pläne vorlegte. In denselben war auch eine Straße, die sog. Göllertstraße, verzeichnet, welche sich an einen alten, schmalen Feldweg anschloß, diesen in gerader Richtung zog und bedeutend breiter machte und zu Promenaden umgestaltete. Von dieser Straße einwärts in seinen Complex schnitt er Parcellen ein, die er

mit Vortheil verkaufte und auf denen allmälig eine Reihe schöner Gebäude sich erhob.

Die Straße aber blieb immerfort in ihrer ersten Anlage und ungepflastert.

Die Käufer verlangten von ihm, er möge sie der Regierung zur Verfügung stellen, damit diese sie übernehme. Er zögerte und behauptete, dazu nicht gehalten zu sein, sondern nach seinem Ermessen noch allfällige weitere Ansprüche sich vorbehalten zu können. Klar präcisiert wurden diese Vorbehalte nicht.

Die Anstößer belangten ihn nun vor dem Civilgericht Basel und verlangten Abtretung des vor ihren Gütern sich erstreckenden, bereits zu Straßen angelegten Areals und der Promenaden behufs Uebergabe an die Regierung, um die Chaussierung und endliche Vollendung derselben zu bewirken. Die Klage berief sich für diese Verpflichtung des Beklagten auf die einverstandene, ausschließliche Bestimmung des Areals der öffentlichen Straßen, auf die bei dem Ankauf der Parcellen eine verstandene Aussicht der Käufer, auf die Kaufbriefe selbst, auf die Vereinbarung zwischen dem Beklagten und der Regierung, die bei Genehmigung der Pläne und Parcellierungen erfolgt sei, und wollt darüber selbst die Glieder der Regierung beziehungsweise der betr. Ausschüsse abgehört wissen; der Beklagte bestritt die Schlüsse, welche aus den Aussichten der Käufer zu ziehen seien, ebensowohl als diejenigen, welche im Sinne einzelner Regierungsglieder mögen gelegen haben, behauptete, daß ein großer Theil der fraglichen Anlage außer dem Gebiete liege, das die genehmigten Pläne beschlagen, und auch daß die Anlage in eine Periode falle, auf welche die angerufene Verordnung vom 19. Mai 1860 nicht zurückwirken könne. Auch den Schluß, als müßten Straßen nothwendig öffentliches Eigenthum werden, ließ er nicht zu. Was der letzte Zweck der Weigerung sei, ob ein weiterer Geldvortheil oder was sonst, darüber sprach er sich auch jetzt nicht aus, behauptete auch, durchaus dies nicht schuldig zu sein, da er einmal diesen Streifen Landes nicht verkauft habe, sondern eben nur die Parcellen, die daran stoßen.

Die beiden Instanzen anerkannten aber das Recht der Kläger, das Civilgericht durch Spruch vom 7. Juni 1864, da für die bejahende Beantwortung der Klage — Berufung geschieht auf die den Käufern seiner Zeit zugestellten, von dem Beklagten unterzeichneten Kaufbriefe und Pläne, in welchen das fragliche Areal als „Göllertstraße" bezeichnet ist und zwar mehrfach im Gegensatz mit anderm Land „des Verkäufers", das als „sein Eigenthum" ausdrücklich genannt ist, und wenn Beklagter dieser Begründung entgegen die Möglichkeit anführt, es können auch Straßen als Privateigenthum betrachtet werden, dies doch wohl unverfänglicher Weise nur dann festgehalten werden darf, sofern der Gegenbetheiligte diese Auffassung als diejenige seines Con-

trahenten kennen lernt, oder anders nicht verstehen kann, was beides hier der Fall nicht war, indem vielmehr in denselben Kaufbriefen ihnen als einfache Folgerung aus dieser Auffassung die Behandlung des Areals als Straße zur Pflicht und damit auch zum Recht gemacht ist, was wiederum unverträglich wäre mit der Voraussetzung, daß sie den Beklagten immerfort als Eigenthümer zu betrachten hätten, ohne daß er speciell nach dieser Richtung seine Verfügungen vorbehielt.

(Directe Mittheilung.)

---

17. Kauf nach Probe?

Der Reisende des Hauses Bartolmeß in Bradford war zu dem Kaufmann J. J. Bohny gekommen und hatte ihm unter seinen Mustern auch solche von Schuhgarn gezeigt, welche nach des Reisenden Versicherung von gleicher Güte seien, wie dieselbe Gattung von Waare aus der Fabrication von Strickler. Wiederholt hatte der Reisende dies zugesichert und endlich den J. J. Bohny zu einer Bestellung bestimmt, die er dann später realisierte. Er hatte ihm ein Muster der Waare zurückgelassen. Als aber die bestellte Waare ankam, weigerte der Besteller die Annahme, weil sie der Strickler'schen Fabrication nicht gleichkomme, wenn sie auch dem Muster entsprechen möge.

Die angegangenen Fachleute anerkannten, daß die zugesandte Waare der Strickler'schen an Güte nicht entspreche.

Der Verkäufer dagegen bewies, daß der Besteller auf Muster gekauft und ihm eine Probe auch gelassen worden sei und daß er selbst nicht die Musterconformität bestreite. Die Zusage des Reisenden, daß die Waare an Güte der Strickler'schen Fabrication nicht nachgebe, wurde unter das Sprichwort gewiesen: Jeder Verkäufer lobe seine Waare. Es wurde auf Präcedenzen hingewiesen, in welchen dieser Satz geltend gemacht worden sei.

Nichtsdestoweniger fand das Civilgericht von Basel in seinem Urtheile vom 30. März 1864 die Weigerung des Bestellers begründet:

Da das vorliegende Kaufgeschäft, ebensowohl wie es überhaupt als geschlossen zu gelten hat, und zwar wie der Mittelmann, der im Namen des Klägers es mit dem Beklagten abschloß, in seinem Brief vom 19. April 1864 erklärt, mit der Zusage abgeredet ward, es stehe diese Waare dem Strickler'schen Schuhgarn vollkommen gleich, was nach Erfund der Sachverständigen als unrichtig sich ergiebt, so daß nur noch die von Bohni anerkannte Thatsache in Betracht fällt, daß der Letztere vom Mittelmann vor der Bestellung ein Muster empfing und man demnach annehmen könnte, das Kaufgeschäft sei in der Weise abgeschlossen worden, daß die Waare dem Muster entsprechen müsse, und wenn die Musterwidrigkeit von Bohni nicht erwiesen werden könne,

der Kauf zu halten wäre, nun aber einmal diese Thatsache des Musterbezuges nicht auseinander gerissen werden darf von der anerkannten andern Thatsache, der Zusicherung des Mittelmannes — und wenn sich fragt, was sie neben dieser dennoch für eine Bedeutung behalte, diese Frage sich dahin erledigt, daß das Muster die äußere Erscheinung der Waare darstellt, die Zusicherung aber der Qualität deren Güte.

(Directe Mittheilung.)

---

18. Stillschweigen des Käufers auf das Angebot eines Dritten, in den Kauf einzutreten, gilt als Nichtannehmen dieses Angebots.

Vincenz Amiguet von Ollon kaufte auf dem Jahrmarkt zu Monthey am 3. Juni 1863 ein Pferd für 210 Fr. in Gegenwart und Mithilfe des Joh. Rubath von Paner. Am 5. Juni sagte Rubath dem Amiguet in Folge eines über das Pferd geführten Gesprächs: „Ich bedaure sehr, daß dich der Kauf nicht befriedigt; aber wenn dir das Pferd nicht conveniert, so will ich es auf meine Rechnung nehmen.“ Durch Brief vom 9. Juni lud Amiguet den Rubath ein, das Pferd gegen Bezahlung des Kaufpreises abzuholen. Am 12. Juni notificierte Amiguet dem Rubath, das Pferd innert 48 Stunden zu beziehen, und lud ihn auf 16. Juni vor den Friedensrichter; Rubath blieb aus. Durch Brief vom 16. Juni lud Amiguet den Rubath ein, mit ihm auf den Jahrmarkt von Rue zu kommen und ihm dort das Pferd verkaufen zu helfen; Rubath antwortete nicht. Nun verkaufte Amiguet das Pferd zu Rue für Fr. 125 und beklagte den Rubath auf die Differenz sammt Kosten (Fr. 125. 80). Beide Instanzen wiesen ihn ab, die zweite am 1. Dec. 1863 mit der Begründung:

Attendu qu'il n'y a pas eu acceptation immédiate de la part d'Amiguet.

Attendu qu'il résulte des démarches faites par le recourant, soit dans ses lettres de sommation, soit dans ses mandats, que les offres de Rubath n'ont pas été sérieuses.

Attendu, en outre, que l'intention des parties résulte des circonstances qui ont accompagné les paroles prononcées par Rubath le 5 juin à Ollon et que l'appréciation des faits qui ont déterminé la conviction du juge échappe à la cour.

(Journal des tribunaux vaudois, XII, [1864], p. 14 ss.)

---

19. Persönliche Haftbarkeit eines Associé für Gesellschaftsschulden. Einklagung einer Gesellschaftsschuld gegen einen Associé zulässig.

Am 24. Mai 1860 erhob Arnold Jeanneret vor Civilgericht Locle Klage gegen Ludwig Franz Geneux als Associé des gegenwärtig in Liquidation befindlichen Hauses Richard et Geneux zu Philadelphia, auf Bezahlung von Fr. 11,839. 87 sammt 5% Zins seit 1. Mai 1859, welche Summe das genannte Haus schuldig geworden sei und Geneux jetzt nach Auflösung der Gesellschaft und seiner Rückkehr nach Locle als solidarisch für die Gesellschaftsschulden haftbar zu bezahlen habe. Geneux bestritt, daß er der rechte Beklagte sei, da er weder Mittel noch Vollmacht habe, auf eine Klage zu antworten, die sein in Amerika befindliches und dort durch einen Liquidator vertretenes Haus betreffe; zudem könne er während der Dauer der Liquidation nicht persönlich in Anspruch genommen werden, da die Creditoren alle Activen der Handlung in Amerika in Beschlag genommen hätten.

Beide Instanzen (Civilgericht von Locle am 8. Nov. 1860 und Appellhof am 4. Dec. 1860) hielten unter Verwerfung der Einrede den Beklagten an, auf die Klage einzutreten. Von den ziemlich übereinstimmenden Motiven geben wir hier die der zweiten Instanz:

Considérant que le fait que la société Richard et Geneux serait en liquidation, et que les associés auraient confié cette liquidation à l'un d'eux, qui est domicilié en Amérique, ne change point les rapports de droit qui naissent de la solidarité entre les associés en nom collectif et qui sont acquis aux créanciers de la société.

Que dès lors, et abstraction faite des moyens au fond qui peuvent être allégués par le défendeur, l'associé codébiteur des dettes de la société ne peut opposer la première fin de non-procéder à une demande qui a pour objet de le contraindre à se reconnaître débiteur d'une somme qui serait due par la société.

Considérant qu'il ne s'agit pas, dans l'espèce, d'une action formée à la société Richard et Geneux, et qu'au surplus le défendeur ne justifie pas que l'état actuel de la société dont il est membre, et le mode qui aurait été employé, en Amérique, pour en opérer la liquidation, lui permettraient de s'appuyer sur les dispositions du § 4 de l'art. 72 de la Loi d'organisation judiciaire pour faire écarter la demande.

Considérant, quant au second moyen préjudiciel:

Que le défendeur n'a pas prouvé jusqu'ici que le demandeur soit nanti d'une partie de l'actif de la société, ni que le procureur des créanciers, domicilié en Amérique, ait été substitué aux droits

et aux obligations de celui des associés qui se serait chargé de la liquidation de cette société.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de Neuchâtel, V, p. 235 ss.)

---

20. Pflichten des Gesellschafters gegenüber dem Liquidator.

Die Firma Dölli, Bercher und Cie. hatte sich am 1. Februar 1863 in Liquidation erklärt und Hr. Bercher-Soultzner, einer der Gesellschafter, die Liquidation übernommen. Es traten während der Liquidation Perioden ein, in denen der Liquidator wegen Spärlichkeit der Eingänge Mühe hatte vorzuschreiten, und aus eigenen Mitteln den Passiven aufkommen mußte. Da ging er an den andern Gesellschafter Dölli und verlangte von demselben Zuschuß aus dem Seinigen. Dieser bestritt die Pflicht, vor Ende der Liquidation eintreten zu müssen, in welchem Zeitpunkte erst das Maß seiner Verpflichtungen mit Sicherheit sich ergeben könne. Namentlich hielt er dem Kläger vor, daß er eigene Ausstände aus eingegangenen Geldern ausgeglichen habe.

Das Civilgericht Basel trat aber durch Spruch vom 15. März 1864 den Anträgen des Klägers bei, „weil die Pflicht des Liquidators gegenüber dem Associé nicht in das Verhältniß eines Principalschuldners zum Bürgen verkehrt werden soll."

(Directe Mittheilung.)

---

21. Commanditgesellschaft. Bei Vorhandensein eines einzigen Complementars ist in dessen Concurse Trennung des Geschäfts- und Privatvermögens, der Geschäfts- und der Privatgläubiger nicht statthaft.

Am 19. Nov. 1855 schloß Marius Coindet mit Marc Louis Conod eine Commanditgesellschaft zu Lausanne unter der Firma Coindet aîné. Coindet war einziger Gerant des Geschäfts, Conod Commanditär mit Fr. 80,000. Am 7. Juni 1862 wurde die Gesellschaft aufgelöst in Folge Falliments des Commanditärs. Am 5. Dec. 1862 erklärte sich Marius Coindet unter der Unterschrift Coindet aîné insolvend und der Concurs wurde über ihn verhängt. Seine Ehefrau Luise geb. Gaudard meldete Fr. 8558 laut zwei Schuldscheinen an, welche Forderung der Massaliquidator unter Abzug von Fr. 2576 für früher Zurückempfangenes und aus der Masse bezogenes Mobiliar in fünfter Classe zuließ.

Die commissaires de la masse dagegen verwiesen die ganze Forderung der Ehefrau auf das Privatvermögen des Coindet, das sie als blos aus dem von der Ehefrau übernommenen Mobiliar im Werth von Fr. 1301 bestehend ansahen, während eine Anzahl Privatgläubiger des Coindet ohne diese Restriction in der Masse admittiert wurden. Die Ehefrau Coindet erhob gegen dieses Verfahren Klage und das Civilgericht zu Lausanne sprach zu ihren Gunsten (4. Mai 1864):

Considérant que si en thèse générale une société est une personne morale ayant des droits et des obligations indépendants de ceux des assoéiés et par conséquent son actif et son passif, toutefois la société en commandite, bien qu'elle soit reconnue par la loi, ne peut, lorsqu'il n'y a qu'un seul associé responsable, être considérée comme une personne morale nouvelle, complétement distincte de l'associé commandité et gérant;

Que l'intervention d'un commanditaire, appelé aussi par la loi bailleur de fonds, doit être envisagée vis-à-vis des créanciers particuliers commandités comme ayant les effets d'un prêt fait à des conditions particulières.

Considérant que si l'on voulait exclure les créanciers personnels de Marius Coindet de son actif commercial, ceux-ci seraient fondés à dire que toute société doit avoir pour objet un apport déterminé par le contrat et qu'elle ne peut pas comprendre tous les biens d'un associé (code civil, 1316 et 1319);

Que dans la société en commandite du 19 novembre 1855, les apports de Coindet n'étant pas déterminés à l'avance, dépendant de sa seule volonté, contrairement à l'art. 870 du code civil, et pouvant comprendre tous ses biens, il n'est pas possible de préciser en quoi consiste l'avoir social et de le séparer de l'actif particulier de Marius Coindet.

Attendu au surplus que le tribunal n'a pas prononcé la faillite de la société en commandite Coindet aîné, mais seulement la discussion des biens de Marius-François-Henri Coindet.

Qu'il n'y a eu aucun recours contre cette décision, ni de la part de Coindet, ni de celle de la masse Conod, ni de celle d'aucun créancier;

Qu'il n'y a pas eu non plus demande de mise en faillite de la société Coindet aîné, par les créanciers, ni de demande en séparation de patrimoine ou de masse.

Considérant que la femme de Marius Coindet a évidemment le droit d'être admise dans la faillite de son mari et à prendre part à tous les biens composant de celui-ci.

Considérant que si certains biens compris actuellement dans cette masse appartenaient spécialement à une personne morale que les commissaires ont appelée société en commandite, cette personne

devait se manifester, avoir des représentants spéciaux et agir par voie de revendication:

Que l'on ne peut admettre dans une même masse en faveur de créanciers commerciaux et au préjudice de créanciers civils un privilège qui n'est pas reconnu dans la loi.

Considérant enfin qu'en admettant des créanciers personnels de Coindet à prendre part à des biens dont ils excluent la femme qui leur est préférable, les commissaires portent préjudice à celle-ci et bouleversent toute la classification établie à l'art. 1624 du code civil et 312 de la procédure, partie non contentieuse.

Ebenso auf Berufung der Massacommissäre der Cassationshof am 28. Juni 1864:

Considérant que lors de la demande signée Coindet aîné, tendant à l'admission à la cession des biens, la société en commandite formée entre le dit Coindet et M.-L. Conod n'existait plus à dater du 7 juin 1862;

Que le tribunal civil après avoir constaté l'insolvabilité de Coindet l'a admis lui, personnellement, à faire cession de ses biens à ses créanciers;

Qu'ensuite de l'ordonnance de la discussion, tous les créanciers du dit M.-F.-H. Coindet, dont la signature était Coindet aîné, ont été appelés à intervenir, et qu'un certain nombre d'entr'eux sont intervenus en vertu de créanciers personnellement au dit Coindet et ont été admis dans leurs interventions.

Considérant après cela, que c'est de la faillite du dit M.-F.-H. Coindet qu'il s'agit actuellement;

Que l'on ne saurait admettre la prétention des commissaires tendant à composer cette faillite de deux masses, dont l'une comprendrait les biens particuliers de Coindet et l'autre ceux de la société en commandite dissoute antérieurement.

Que cette réunion de masses dans la même discussion est d'autant moins possible que des intérêts opposés peuvent surgir entr'elles.

Attendu, dès lors, que Louise Coindet intervenant dans la faillite de son mari, en vertu de reconnaissance de celui-ci, ne pouvait être écartée ou être colloquée sous les conditions mises par les commissaires de la masse à son admission.

(Journal des tribunaux vaudois, XII. [1864], p. 342 ss., 418 ss.)

22. Bürgschaft. Sinn der Formel cautionner conjointement et solidairement bei zwei Bürgen. Anzeige an den Bürgen im Concurse des Schuldners.

Emanuel Ulmann in Renan machte dem Esprit Vigier zu La Chaux-de-Fonds ein Darlehen von Fr. 4965. 70, wofür er zwei Billets auf 31. Dec. 1858 und 31. Dec. 1859 erhielt nebst einer von Wilhelm Strüver und Alban Couché unterzeichneten Erklärung des Inhalts: Nous soussignés déclarons cautionner conjointement et solidairement le citoyen Esprit Vigier. Am 14. Mai 1858 gerieth Vigier in Concurs und Ulmann meldete weder seine Forderung an noch machte er den Bürgen Anzeige. Er erwartete den Verfalltag des zweiten Billets und hob am 28. Jan. 1860 die Betreibung gegen Strüver an. Gegen diese Betreibung schlug letzterer Recht dar und berief sich darauf, daß Ulmann durch Nichtintervention im Concurs und Versäumung der Signification an die Bürgen diese befreit habe, indem die Solidarität blos zwischen den Bürgen bestehe, nicht zwischen dem Schuldner und den Bürgen, d. h. diese keine Mitschuldnerschaft eingegangen hätten. Ulmann seinerseits behauptete das Vorhandensein einer Solidarbürgschaft im Sinne einer Solidarschuld. Beide Instanzen entschieden (die zweite am 29. Aug. 1860) zu Gunsten von Strüver; die erste (tribunal civil de La Chaux-de-Fonds) mit folgender Motivierung:

Considérant en droit que la base du procès git dans l'appréciation des termes du cautionnement;

Que dans cet acte, les deux cautions se sont engagées conjointement et solidairement;

Que ces deux qualifications du cautionnement sont liées dans la phrase d'une manière inséparable;

Que, cautionner le débiteur conjointement avec le débiteur lui-même, n'aurait aucun sens;

Que la juxta-position des deux mots *conjointement* et *solidairement* ne peut donner une relation plus grande au dernier qu'au premier, et ne peut signifier que les cautions s'engageaient conjointement entre elles et solidairement avec le débiteur;

Que si les garants n'entendaient pas cautionner conjointement avec le débiteur, ce qui serait un nonsens, ils n'entendaient pas davantage cautionner solidairement avec lui, puisque ces deux qualifications de l'acte sont placées sous la même application;

Que les cautions, en s'engageant solidairement entre elles, n'ont fait que corroborer les dispositions des articles 1642 et 1648 du code civil, et ne se sont point mises en contradiction avec ces articles;

Que pour établir que la solidarité s'entendait entre les cautions et le débiteur, le demandeur a dû présumer les intentions des parties et l'utilité de cette solidarité pour le créancier;

Que le doute sur l'application du mot *solidairement* porté dans l'acte suffit pour établir que la solidarité entre les cautions et le débiteur n'est pas expressément stipulée;

Que dès lors, il y a lieu à appliquer l'art. 982 du code civil, qui ne permet pas de présumer la solidarité, et qui exige qu'elle soit expressément stipulée;

Qu'il résulte de ces déductions et indications, que les citoyens W. Strüwer et Alban Couché sont solidaires entre eux, et cautions simples du citoyen Esprit Vigier en faveur du citoyen Manuel Oulmann;

Qu'en négligeant de présenter ses titres aux cautions, conformément aux préscriptions de l'art. 51 de la Loi du 16 mai 1842, et en ne les faisant pas même inscrire dans la faillite du citoyen Esprit Vigier, le citoyen Oulmann a libéré les cautions de leurs obligations envers lui.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel
de Neuchâtel, V, p. 152 ss.)

---

23. Bürgschaft. Eingehung unter Gelübde, ob Form oder Inhalt?

Zu Gunsten des J. G. Reinhard in Olten (C. Solothurn) hatten Heinrich Imhof und Martin Fricker von Nußhof (C. Basel-Landschaft) eine Bürgschaft für Sicherung von Fr. 50 eingegangen.

Als gegen sie wegen Zahlung dafür Betreibung angehoben wurde, bestritten sie ihre Haftpflicht mit Berufung auf die Landesordnung von Basel-Landschaft, welche (§ 125) sagt:

> In Folge der Erkanntniß des großen Raths vom 12. Juli 1803 sollen die verbürgten Handschriften von den Schuldnern und Bürgen förmlich angelobt, der Act durch den Bezirksschreiber förmlich ausgefertigt und unterzeichnet und im Protocoll sowohl durch den Schuldner als die Bürgen eigenhändig unterschrieben werden ꝛc.

Diese Stelle wurde in der Landschaft und auch außerhalb derselben häufig als materielle Voraussetzung zur Gültigkeit der Bürgschaft angesehen. Und noch jetzt, wie in Basel landschaftliche Bürger als Bürgen einen notarialischen Act unterzeichnen, sehen sich viele Notarien als verpflichtet an, diesen in der heimatlichen Bezirksschreiberei des Bürgen eintragen zu lassen, aus Furcht, es werde dieser Bürgschaft sonst da nicht Recht gehalten.

Am Präsidentenverhör des Bezirksgerichts Sissach war schon unterm 18. Hornung 1863 dieser Ansicht entgegen Betreibung gegen Fricker bewilligt worden. Das Obergericht hat diesem Beschluß durch Urtheil vom 9. April 1863 seine Bestätigung ertheilt in folgender Erwägung:

1. Allerdings schreibt unsere Gesetzgebung für den Bürgschaftsvertrag die Eingehung in der Bezirksschreiberei, die Ausfertigung des Actes durch den Bezirksschreiber vor; auch mochte dieser Gesetzgeber bei Gebung der Vorschrift bezwecken wollen, durch die besondere Form dem Bürgen das Bürgschaftseingehen zu erschweren und ihn zu eben diesem Behufe gleichsam zu controllieren; dennoch aber vermag diese Vorschrift vom urtheilenden Richter lediglich als eine besondere Form und nicht etwa als eine Art Verbot betrachtet und in Anwendung gebracht zu werden. Ein Verbot oder eine Androhung der Ungültigkeit eines Geschäfts für den hierortigen Bürger, eine Bürgschaft im fremden Staatsterritorio einzugehen, wo andere oder weniger Form dafür vorgeschrieben ist und desfallsige Rechtsregel herrscht, vermag aus den hierortigen Vorschriften über besondere Form nicht geschöpft zu werden. Es steht von solchem Verbot oder Androhung kein Wort in den bezüglichen Gesetzesstellen.

2. Die Form eines Rechtsgeschäftes richtet sich nach den Gesetzen des Ortes, wo dasselbe eingegangen wird. Die Eingehung der Bürgschaft im Canton Solothurn ist nun zugegeben, und keineswegs wird behauptet, daß dortseits für Eingehung von Bürgschaft irgend mehr Form zur Gültigkeit vorgeschrieben sich finde, als wirklich bei vorliegender beobachtet worden sei.

(Directe Mittheilung.)

---

24. Bürgschaft. Befreiung des Bürgen durch Theilnahme des Gläubigers am Accommodement des Schuldners. Bedingte Bürgschaft?

Joseph Levy schuldete Ende Jahres 1857 an Gebrüder Corbel Fr. 4000. Mit Betreibung bedroht, bot er ihnen als Bürgen Isaac Schwob-Levy von La Chaux-de-Fonds für Bezahlung von zwei Billets im Betrag von je Fr. 1200 an, von denen das eine Ende Juli 1859, das andre Ende December verfallen war. Durch Brief vom 28. Febr. 1858 an Gebr. Corbel übernahm Schwob diese Bürgschaft: „Par suite de l'arrangement à l'amiable qui a eu lieu entre vous et M. Lévy, et en considération de votre bienveillance envers lui, je me porte garant pour lui en votre faveur pour les payements de deux billets de fr. 1200 chacun etc.“ Am 13. Aug. 1858 wurde über Levy der Concurs verhängt und auf den 1. Febr. 1858 zurückbezogen. Gebr. Corbel meldeten beim Concursgericht ihre Forderung von Fr. 4000 an. Am 11. Sept. 1858 schrieb Schwob an Gebr. Corbel: „vu que l'arrangement proposé par Lévy n'ayant pas été accepté par tous les créanciers, la caution n'a pas grande valeur. Cependant je pourrais me décider à respecter ma caution aux échéances indi-

quées, si de votre côté vous consentez aux nouvelles conditions d'arrangement que M. Lévy vous fera. Pour ce qui vous reviendra de cette manière vous serez plus favorisé que d'autres". Am 3. Nov. 1858 kam dieses Accommodement zu Stande, wonach die Creditoren 40% erhalten sollten. Gebr. Corbel hatten dasselbe nicht angenommen, bezogen aber doch am 23. Nov. 1859 Fr. 533. 35 als den im ersten Jahr verfallenen Drittel der 40% von Fr. 4000. Als sie nun den Bürgen auf Zahlung der zwei Wechsel belangten, stellte ihnen dieser folgende Einreden entgegen: 1. Kläger haben sich an den Concursverhandlungen betheiligt, ohne den Bürgen beizuziehen und ihn in ihre Rechte eintreten zu lassen; sie haben dadurch nach Neuenburger Recht, das hier allein maßgebend ist, obschon Joseph Levy und Gebr. Corbel Franzosen und in Frankreich wohnhaft sind und der Concurs in Frankreich erfolgt ist, auf ihr Recht verzichtet. 2. Die Bürgschaft war blos geleistet worden unter der Bedingung eines arrangement à l'amiable; da diese Bedingung nicht eingetreten ist, so fällt die Bürgschaft von selbst dahin. Die erste Instanz verwarf diese beiden Einreden:

Considérant sur le premier point:

Que le cautionnement a été donné par lettre, que le contrat n'est devenu parfait qu'au lieu de la réception de cette lettre, d'où la réponse portant acceptation de l'offre est partie.

Que c'est en France que les deux consentements se sont réunis, et qu'ainsi il n'y a pas lieu d'appliquer à l'espèce la Loi neuchâteloise.

Qu'au surplus les termes mêmes des lettres de Schwob-Lévy l'engagent de telle manière qu'il doit être tenu à ses engagements.

Sur le second point:

Considérant que par sa lettre du 28 février 1858, Schwob-Lévy parle seulement d'un arrangement à l'amiable, mais que par celle du 11 septembre 1858 il consent à maintenir son cautionnement, si de son côté le créancier consent aux nouvelles conditions d'arrangement offertes par Lévy.

Considérant que ces nouvelles propositions ne sont autres que celles de payer le 40 p. %, conditions qui font la base du concordat admis.

Qu'on ne peut considérer comme volontaire la remise que fait un créancier concordataire à son débiteur, puisque la majorité impose le concordat à la minorité.

Qu'il ressort des articles 544 et 545 du Code de commerce français (édition Tripier) que lorsqu'un concordat est intervenu, les créanciers, malgré les remises accordées au failli, conservent leur action pour ce qui ne leur est pas payé contre les coobligés solidaires ou les cautions du failli.

Die cour d'appel änderte das Urtheil zu Gunsten des Beklagten am 1. Sept. 1860:

Considérant en droit: Que la garantie donnée par le citoyen Schwob-Lévy résulte d'une lettre écrite par lui le 28 février 1858, de son domicile à la Chaux-de-Fonds.

Que ce contrat est dès lors un titre neuchâtelois régi par les lois de cet Etat.

Qu'il est complétement distinct de l'obligation du débiteur principal envers les créanciers, et qu'il s'agit, dans l'espèce, d'en poursuivre l'exécution devant les juges du domicile de la caution.

Considérant que les citoyens Corbel n'ont fait aucun acte quelconque afin de satisfaire aux préscriptions impératives de la Loi neuchâteloise dans ses articles 51 et 53 de celle sur les décrets;

Qu'en outre les demandeurs, en recevant une quotité de la somme totale de fr. 4000, et en en donnant quittance aux termes de leur bordereau, ont rendu impossible toute subrogation de la caution aux droits des créanciers sur le débiteur.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel
de Neuchâtel, V, p. 166 ss.)

---

25. Grenze der Haftbarkeit des Speditors.

Anton Wipfli, Besitzer einer Wollenspinnerei in Altdorf (C. Uri), bestellte bei Spranger & Schimmel in Chemnitz Maschinentheile, welche am 1. Dec. 1863 in 21 Kisten an das Speditionshaus Gebrüder Müller & Comp. in Altdorf in Flüelen ankamen und zwar mit einer Nachnahme von Fr. 1018. 15. Wipfli, dem hievon Anzeige gemacht wurde, löste die Waare und zog sie aus der Sust in Flüelen ohne Rechtsvorbehalt zu seinen Händen. Bei der Auspackung der Waare im Domicil Wipfli's zeigten sich aber an derselben verschiedene Mängel, weswegen der Empfänger am 5. December gegen die Gebrüder Müller reclamierte, durch einen sachkundigen Monteur von Chemnitz den Schaden an den verdorbenen Maschinentheilen und den aus der Behinderung der Arbeit resultierenden Verlust schätzen ließ. Gestützt auf diese Schätzung stellte er an die Gebrüder Müller eine Entschädigungsforderung von Fr. 1563.32, wofür er Pfand forderte und auf Recht hin erhielt. Die Beklagten bestritten aber die Pflicht zur Entschädigung und verlangten Liberierung des Pfandes. Das Bezirksgericht Uri entschied am 19. Nov. 1864 den Proceß zu Gunsten der Gebrüder Müller

in Betracht:

daß nach allgemeinen Handelsgrundsätzen ein jeweiliger Spediteur für Speditionswaare, die seiner Besorgung übertragen worden ist, nur auf so lange verantwortlich bleibt, bis die Waare vom Adressaten

an die Hand genommen ist, außer es sei der Fall, daß bei Uebergabe oder Anhandnahme der Waare ein fernerer Vorbehalt für weitere Ausdehnung der Verantwortlichkeit stattgefunden habe;

daß gemäß der gemeinschaftlichen Transport-Ordnung der schweizer. Eisenbahnen für den Transport von Gußwaaren, wie die in Frage stehenden waren, keine Verantwortlichkeit zu Lasten der Verwaltungen gelegt werden kann, außer es könne ein Verschulden nachgewiesen werden;

daß die Herren Gebrüder Müller & Comp. die fraglichen 21 Kisten Maschinentheile von Guß dem Herrn Wipfli in Flüelen zur Verfügung gestellt haben und Herr Wipfli von dieser Verfügung in Kenntniß gesetzt wurde;

daß Herr Wipfli fragliche Kisten in Flüelen durch seine eigene Fuhr abholen und nach seinem Domicil abführen ließ und daß derselbe bei der Wegnahme der Waare in Flüelen, die äußerlich gut conditioniert war, laut eidlicher Deposition des Herrn Sustmeister Arnold einzig eine Bemerkung über eine gekrümmte Achse, im Uebrigen aber durchaus keine fernere Reclamationen erhob, ungeachtet er vom Herrn Sustmeister bei diesem Anlasse aufmerksam gemacht wurde, allfällige Reclamationen rechtzeitig den Herren Gebr. Müller & Comp. anzuzeigen, resp. die Waare im Uebrigen unbedingt zur Hand nahm.

daß laut eidlicher Zeugnisse des Herrn Sustmeister Arnold die Ladkarte von ihm selbst, und erst, nachdem die Waare von Herrn Wipfli zur Hand genommen worden war, unterzeichnet wurde;

daß der Ersatz der gekrümmten Achse von Seite der Herren Gebr. Müller & Comp. freiwillig zugestanden wird.

(Directe Mittheilung.)

---

26. Verfügung über einen im Streit liegenden Gegenstand macht schadenersatzpflichtig.

Am 29. Mai 1856 vertauschte der Reisende des Hauses Rougemont & Comp. zu Moudon, Namens Golliez, das Pferd, mit dem er reiste, gegen eines des Jacob Reiffel zu Neuenburg, unter Verabredung einer von Rougemont an Reiffel zu zahlenden Summe für den Mehrwerth. Der Tausch wurde sofort vollzogen, aber die Parteien fanden sich in der Folge uneins über den Mehrwerthbetrag. Rougemont & Comp. glaubten Fr. 400 schuldig zu sein, wovon die Hälfte in Waaren und die Hälfte in baar zahlbar, Reiffel behauptete Fr. 450 bedungen zu haben, wovon Fr. 400 in baar und Fr. 50 in Waaren. In Folge dieser Differenz schickten R. & Comp. dem Reiffel das von ihm eingetauschte Pferd zurück; dieser stellte es in seinen Stall, schrieb aber sofort an R. & Comp., er nehme es nicht an, sondern lasse es auf

Kosten und Gefahr der Gegenpartei. Schon vorher hatte er indeß das von Golliez empfangene Pferd für den angeblichen Preis von Fr. 325 verkauft und davon das Haus R. & Comp. durch einen Brief benachrichtigt, der erst nach der Rücksendung des Pferdes von Seiten R. & Comp. an diese seine Adresse gelangt zu sein scheint.

Am 17. April 1857 belangten R. & Comp. den Reiffel auf Grund des nicht zu Stande gekommenen Tauschs dahin, daß er das von ihnen zurückgesandte Pferd zu behalten und ihnen für das ihrige von ihm verkaufte den Werth mit Fr. 400 und Schadenersatz mit Fr. 100 zu zahlen habe. Reiffel behauptete, der Tausch sei gültig zu Stande gekommen, und das Gericht von Neuenburg wies die Kläger am 15. Juni 1860 ab.

Am 10. Oct. 1860 erhoben Rougemont & Comp. eine neue Klage gegen Reiffel, dahin gehend, daß der im Jahr 1856 abgeschlossene Tausch als gebrochen erklärt und Reiffel verurtheilt werde, den Klägern für das von ihnen eingetauschte Pferd, über das er weiter verfügt habe, Fr. 400 (nach Abzug des von ihnen geschuldeten Mehrwerthbetrags) nebst Fr. 1000 Schadenersatz für Gebrauch und Verkauf des Pferdes zu zahlen. Reiffel hatte nämlich das von ihm an Golliez tradierte, späterhin von R. & Comp. ihm wieder zurückgeschickte Pferd eine Zeitlang für seine Fuhren gebraucht, dann auf einer Pferdegant am 8. Oct. 1857 es an den Fuhrmann Andrist verkauft, von dem es an den Fuhrmann Lambert übergegangen war, der es am 18. Febr. 1861 wieder an Reiffel verkaufte. Beklagter wandte ein, er habe völlig in guten Treuen und zum Vortheil der Kläger gehandelt, indem er das Pferd nicht in den Pfandstall gestellt, sondern es bei sich behalten und der Gegenpartei angezeigt habe, daß es auf ihre Gefahr bei ihm stehe. Er könne daher blos das Begehren bis auf den Betrag von Fr. 325 anerkennen, welche Summe er für das von R. & Comp. eingetauschte Pferd erhalten habe.

Die erste Instanz (das Civilgericht von Neuenburg) verfällte den Beklagten zu den geforderten Fr. 400 und zu Fr. 27. 60 Schadenersatz, die zweite (31. Oct. 1861) zu Fr. 400 und Fr. 100 Schadenersatz.

Die Motive der ersten Instanz sagen:

Considérant que d'après le dispositif du premier jugement l'échange étant parfait, il en résulte que Reiffel n'était point propriétaire du cheval qu'il avait remis en contre-échange au voyageur de la maison Rougemont et Cie. et ne pouvait par conséquent en disposer ainsi qu'il l'a fait lors des enchères du 8 octobre 1857.

Considérant qu'en agissant ainsi, Reiffel n'a pas exécuté les engagements qui résultaient de son contrat d'échange, et qu'il a donné, par là, à Rougemont et Cie. le droit de faire rompre le contrat et de se faire restituer la valeur du cheval qu'ils ont perdu.

Considérant, quant aux dommages-intérêts, que la première

procédure était terminée le 20 novembre 1857, et que cependant les Rougemont n'ont demandé le jugement que le 25 mai 1860, et que si le cheval avait été mis en fourrière depuis le 10 mai 1856, le prix de la pension eût dépassé de beaucoup la valeur du cheval, et qu'en le vendant, Reiffel n'a pas causé de dommages aux demandeurs, qu'enfin Reiffel pouvait supposer qu'après le procès jugé, un règlement de compte s'opérerait entre parties.

Considérant que par le premier jugement, le tribunal a trouvé la demande en dommages-intérêts mal fondée.

Considérant que la perte éprouvée depuis le jugement rendu, soit depuis le 25 mai 1860, doit se résumer en celle de l'interêt du capital représentant la valeur du cheval, après déduction faite de la tourne due par la maison Rougemont, somme appréciée en capital à fr. 400.

Die zweite Instanz:

Considérant que le dispositif du jugement rendu le 15 juin 1860, a reconnu que l'échange opéré en mars 1856 était parfait.

Que dès lors, Jacob Reiffel n'était plus propriétaire du cheval qu'il avait remis en contre-échange au voyageur de la maison Rougemont et Cie., et n'avait pas le droit de le vendre aux enchères du 8 octobre 1857.

Qu'il a ainsi autorisé les défendeurs à faire prononcer la rupture du contrat, et à réclamer la valeur du cheval vendu.

Qu'il a pareillement autorisé la maison Rougemont et Cie. à conclure au payement d'une indemnité à titre de dommages-intérêts.

Considérant, quant à la première conclusion de la demande:

Que le tribunal de première instance a bien apprécié la valeur du cheval, qui doit être payé à la maison demanderesse.

Considérant, en ce qui touche la seconde conclusion:

Que le juge doit apprécier la quotité de ces dommages-intérêts en tenant compte, à l'une et à l'autre des parties, des faits exceptionnels qui se sont produits dès l'origine de leur contestation.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel
de Neuchâtel, V, p. 557 ss.)