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: 16 (1869)

Heft: 4

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: 10.01.2026

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

Rechtspflege.

1. Uebung wider Gesetz. (Waadt.)

Der Code de procédure civile non contentieuse von Waadt vom 14. Februar 1857 ordnet in den §§. 463 und 473 an, es habe der Käufer bei einer amtlichen Liegenschaftsversteigerung im Gantprotocoll seinen Namen zu unterzeichnen.

Am 15. Januar 1867 hatte aber Constant Moratel zu Peterlingen an öffentlicher Steigerung für Fr. 30000 ein Grundstück aus der Erbschaft des Fritz Bossy erkauft, ohne sich im Protocoll zu unterzeichnen und dann geweigert, diesen Kauf zu halten, weil derselbe nicht ernstlich gemeint und darum auch im Protocoll von ihm die Unterschrift nicht verlangt worden sei. Die Erben Bossy dagegen bestanden darauf, daß er völlig ernst gemeint gewesen und die Beifügung der Käuferunterschrift nur darum unterblieben sei, weil in Peterlingen die Uebung jeweilen aufrecht blieb, es bei der Unterschrift des Protocolls durch den Gantnotar bewenden zu lassen. Sie verlangten auf den Fall weiterer Weigerung Ersatz ihres Schadens mit Fr. 6000, und boten sich an, die Thatsache dieser Uebung als einer jeherigen durch Zeugen darzuthun.

Das Bezirksgericht von Peterlingen, durch Zwischenbescheid vom 27. Juli 1867, erkannte auf Abnahme dieses Beweises, wogegen aber der Käufer Cassation einlegte, weil die fragliche Thatsache unerheblich, die Uebung, auch wenn sie bestände, dem Gesetz zuwider sei und demnach das ganze eingeleitete Verfahren das Proceßgesetz vom 5. Februar 1847 in seinem § 196 c. verletze, welcher sagt: La partie adverse peut s'opposer à la preuve (testimoniale) si le fait qu'il s'agit de prouver est sans importance réelle au procès.

Der Cassationshof verwarf in der That den Zwischenbescheid (19. Sept. 1867): attendu que (les demandeurs) allèguent que (le procès-verbal) a été fait selon les usages invariablement suivis à Payerne pour les enchères publiques, savoir: par une inscription, dans le procès-verbal, de l'immeuble mis en vente, du nom du plus haut enchérisseur et du prix offert; le tout sans qu'il soit néces-

saire de la signature de celui-ci et de celle du notaire qui fait cette inscription;

Attendu que, par la preuve entreprise, les demandeurs veulent établir l'existence de cet usage, la conformité de la vente aux enchères du 17 janvier, avec l'usage consistant et la connaissance que Moratel est censé avoir eue de cet usage;

Attendu qu'il résulte d'une manière précise des art. 473 et 474 du c. p. c. n. c. que la vente d'immeubles aux enchères publiques, à l'instance d'un particulier, doit être accomplie selon les formes prescrites par le premier de ces articles;

Qu'aucune disposition ne réserve le bénéfice d'un usage local ou général qui fixerait d'autres formes que celles déterminées par le dit art. 473;

Que si la loi avait entendu maintenir des usages en cette matière, elle l'aurait exprimé comme elle l'a fait, entre autres, au sujet des usages du commerce;

Attendu, dès lors, que la preuve dont il s'agit est requise aux fins de faire constater une dérogation à la forme légale, en pareil cas et le remplacement de cette forme essentielle par celle introduite par un usage;

Que cette preuve ne peut, dès lors, avoir de portée puisque le fait à prouver ne saurait avoir une importance réelle au procès.

(Journal des tribunaux vaudois, 1867, p. 760 ss.)

---

2. Collision früherer und späterer Gesetze. (Zürich.)

Durch Urtheile des Bezirksgerichtes Zürich vom 19. Mai 1849 und des Obergerichts vom 11. Juli 1850 waren die alten Herrschafts-Verhältnisse am Stiftswald des Hofes Schwamendingen geregelt worden.

Am 29. December 1866 reichte nun das Staatsarchivariat dem Obergericht ein Gesuch um Cassation der beiden gedachten Urtheile und des ganzen ihnen zu Grunde liegenden Verfahrens ein, bzw. um Revision des gedachten obergerichtlichen Urtheils.

Nun war unterm 30. Weinmonat 1866 eine neue Civilproceß-Ordnung für Zürich erlassen und durch deren Bestimmung Cassation und Revision theilweise unter neue Regeln gestellt worden.

Dieses Gesetz sollte mit 1. Januar 1867 in Geltung gelangen, so daß die Frage erhoben ward, ob nun bei Behandlung des Gesuches das alte Gesetz in Anwendung kommen solle oder das neue? Diese Frage ward besonders practisch hinsichtlich der Verjährung von Revisions- und Cassationsgesuchen.

Das Einführungsgesetz (§ 1) sagte hierüber: „Diese Gesetze finden auf die bereits anhängigen Processe Anwendung, soweit dies mit

einem geregelten processualischen Gange vereinbar ist und dadurch nicht wohlerworbene processualische Rechte der Parteien beeinträchtigt werden."

In Auslegung dieses Grundsatzes sagt nun hinsichtlich obangeführter Fragen das Obergericht (6. April 1867):

„Die Ansicht des Petenten, daß in Folge der Einreichung seines Gesuches noch während der Geltung des alten Rechtes dasselbe in formeller und materieller Beziehung nach dem letztern zu behandeln und zu erledigen sei, daß also namentlich die Bestimmungen der Civilproceßordnung über die bezeichneten Rechtsmittel, soweit dieselben neues Recht enthalten, nicht zur Anwendung kommen, ist größtentheils unrichtig. In § 1 des Gesetzes betreffend die Einführnng der Gesetze über die zürcherische Rechtspflege ist ausdrücklich bestimmt, daß dieselben auch auf die bereits anhängigen Processe Anwendung finden; dieses soll, abgesehen von einer weitern hier nicht in Betracht kommenden Beschränkung, nur dann nicht der Fall sein, wenn wohlerworbene processualische Rechte beeinträchtigt würden. Auf ein solches Recht kann sich aber die angeführte Ansicht des Petenten nicht stützen. Abgesehen von der Frage der Verjährung, über welche weiter unten speciell zu sprechen sein wird, knüpfte sich an die Einreichung des Gesuches kein weiteres Recht des Petenten, als das, welches der Verpflichtung des Gerichtes, das Gesuch überhaupt zu behandeln und zu erledigen, entspricht, namentlich nicht das Recht, daß letzteres nach Maßgabe des alten Proceßrechtes geschehe. Ein solches Recht kann unter den wohlerworbenen Rechten, welche durch die neu eingeführten Gesetze nicht berührt werden sollen, nicht verstanden sein; bei der entgegengesetzten Annahme hätte die Vorschrift, daß die neuen Gesetze auch auf bereits anhängige Processe (welcher Ausdruck selbstverständlich alle Arten des gerichtlichen Verfahrens in sich schließt), anzuwenden seien, keinen Sinn, beziehungsweise bestünde zwischen derselben und der Bestimmung betreffend den Schutz wohlerworbener processualischer Rechte vollständiger Widerspruch. — Aber auch abgesehen von der angeführten Bestimmung des Einführungsgesetzes könnte schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der oben erwähnten Ansicht des Petenten nicht beigetreten werden. Sowohl das Gesetz über das Gerichtswesen im Allgemeinen, als die Civilproceß-Ordnung gehören wesentlich dem öffentlichen Rechte an und es sind die Bestimmungen derselben streng positiver, zwingender Natur. Der gesammte Rechtszustand, den diese Gesetze überhaupt beherrschen wollen, ist vom Zeitpunkte ihrer Geltung an nach denselben zu normiren. Nicht nur das Verfahren muß nach denselben eingerichtet werden, sie sind auch ohne Weiteres maßgebend für alle processualischen Rechte und Befugnisse. Soweit die neuen Gesetze dem alten Rechte bekannte processualische Rechte beschränken oder ausschließen, können solche, soweit dies nicht während der Geltung des alten Rechtes geschehen ist, nicht mehr in ihrem

frühern Umfange, beziehungsweise überall nicht mehr realisirt werden. Wenn z. B. das neue Recht die Rechtsmittel der Cassation und Revision nicht mehr haben würde und Cassations- und Revisionsbehörden beseitigt wären, könnte ein noch während der Geltung des alten Rechtes eingereichtes diesfälliges Gesuch nach Inkrafttreten der neuen Gesetze seine Erledigung überall nicht mehr finden. Soweit die neuen Gesetze neue processualische Rechte geschaffen oder früher schon bestandene erweitert haben, sind erstere für letztere maßgebend, sofern diese im einzelnen Falle nicht bereits consumiert oder verwirkt sind. — Sonach findet das vorliegende Cassations- und Revisionsgesuch, ungeachtet dasselbe noch in den letzten Tagen der Geltung des alten Rechtes eingereicht worden ist, nur nach Maßgabe der Bestimmungen der neuen Civilproceßordnung über die bezeichneten Rechtsmittel statt.

Was im Speciellen die Frage der Verjährung betrifft, so finden die diesfälligen Bestimmungen der Civilproceßordnung auch auf schwebende Verhältnisse Anwendung in folgender Weise: Abgesehen von bereits nach altem Rechte während der Geltung desselben eingetretener Verjährung ist die positive zehnjährige Verjährungsfrist für die Nichtigkeitsbeschwerde wie die Nichtexistenz einer solchen positiven Verjährungsfrist für Revisionsgesuche auch mit Bezug auf alle vor dem 1. Januar 1867 erlassenen Urtheile maßgebend. Bestand, wie der Petent behauptet, nach altem Recht eine Verjährungsfrist für Cassationsgesuche überall nicht, so liegt es allerdings nicht im Willen des neuen Gesetzes, daß die nunmehrige zehnjährige Frist für alle vor dem 1. Januar 1857 ausgefällten Urtheile mit dem Schlusse des Jahres 1866 als verstrichen anzusehen sei. Dagegen läuft die Frist aber auch nicht vom 1. Januar 1867 an, es ist unter der angegebenen Voraussetzung der Sinn des Gesetzes unzweifelhaft der, daß sich mit dem Kennenlernen des Gesetzes dieselben rechtlichen Wirkungen verbinden, wie mit dem Kennenlernen des Nichtigkeitsgrundes. Auch wenn nach dem alten Rechte eine längere als die zehnjährige Verjährungsfrist bestand, fand dieselbe in allen Fällen mit dem 30. Januar 1867 ihr Ende, sofern sie nicht schon früher abgelaufen war. Soweit eine kürzere Frist galt (§ 11 des Ges. betr. die Organis. der Rechtspflege v. 29. Herbstm. 1852), trat, sofern sie nicht bereits verstrichen war, mit 1. Januar d. J. die neue längere Frist an deren Stelle. — Die relativen Fristen von 30 Tagen für die Nichtigkeitsbeschwerde und von 3 Monaten für das Revisionsgesuch, welche dem alten Rechte durchaus fremd waren, sind wie alle solche neue Fristen nur vom Tage der Inkrafttretung des neuen Gesetzes an zu berechnen (Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege von Gwalter. Bd. II, S. 321, Nr. 1). In diesem Sinne finden sie aber auch auf alle früher erlassenen Urtheile (beziehungsweise Beschlüsse) Anwendung. — Die weitere 60tägige Frist betreffend die Nichtigkeitsbeschwerde

kann hier unberücksichtigt bleiben. Aus dem Gesagten folgt, daß gestützt auf die Bestimmungen der neuen Civilproceßordnung, soweit dieselben neues Recht enthalten, Verjährung nicht angenommen werden könnte, wenn das Gesuch des Petenten auch erst im Laufe des Monates Januar, beziehungsweise als Revisionsgesuch im Laufe der drei ersten Monate dieses Jahres eingereicht worden wäre. Es hat daher keinen Werth, auf die Frage einzugehen, ob, wenn nach dem neuen Rechte die Verjährung mit 1. Januar 1867 als eingetreten anzusehen wäre, dadurch, daß das Gesuch noch vor diesem Tage, während der Geltung des alten Rechtes eingereicht worden ist, die Annahme der Verjährung gestützt auf das neue Recht ausgeschlossen worden wäre, ob in diesem Falle bezüglich der Verjährung ein im Sinne des § 1 des Einführungsgesetzes zu schützendes wohlerworbenes Recht vorläge. Diese Frage wäre zwar nicht nur nach dieser Gesetzesbestimmung, sondern auch nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu bejahen.

(Vrgl.: Savigny, System des heutigen römischen Rechtes Bd. VIII, S. 368 f.; Zeitschrift s. c. Bd. I, S. 1 f.)

Nach dem Bisherigen ist also bezüglich der Verjährung bloß zu untersuchen, ob dieselbe nach dem alten Rechte vor der Einreichung des Gesuches eingetreten sei. —

(Gwalter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege. XVIII, S. 309 f.)

---

3. Beziehung des alten Gesetzes zum neuen. (Tessin.)

Aus der Ehe des A. B. aus dem Bezirk Vallemaggia waren mehrere Kinder hervorgegangen. Ohne daß dieselbe aufgelöst worden wäre, ging A. B. in den päpstlichen Staaten im Jahre 1816 mit R. B. eine neue Ehe ein, aus der später ein Sohn P. geboren ward. Im Jahre 1831, nach dem Tode der ersten Frau, ließ A. B. in seiner Heimath seine zweite Verbindung eintragen (convalidare); noch später verlangte der Sohn „per subsequens matrimonium“ seine Anerkennung als Genosse der Einwohner- und der Burgergemeine A.

Eine Klage vom 8. November 1858 gegen die Kinder erster Ehe und gegen die zwei Gemeinden stützte P. B. vor dem Bezirksgericht Vallemaggia darauf: daß unterm 17. Brachmonat 1855 ein Gesetz die Legitimation unehelicher Kinder ohne allen Unterschied ausgesprochen habe, sobald die Verbindung, aus der sie hervorgegangen, hinterher zur Ehe geworden sei.

I figli nati fuori del matrimonio puonno essere legittimati, mediante il susseguente matrimonio dei loro padri e delle loro madri, quando questi li avranno riconosciuti per figli con espressa dichia-

razione fatta nei registri della municipalità locale-sia prima, sia all' atto o dopo la celebrazione del matrimonio.

Beide Instanzen, die erste durch Spruch vom 25. Juni 1861, die zweite durch Urtheil vom 21. Januar 1862 verwarfen aber die Klage, die Appellationskammer mit folgenden Gründen:

Ritenuto che il secondo matrimonio venne celebrato l'anno 1816 negli Stati Pontificii, senza il concorso delle debite formalità richieste a constatare la identità e lo stato libero del contraente A. V.

Ritenuto che la buona fede è inammissibile, nè poteva supporsi nel detto A. V. perchè a lui incombeva di accertarsi e produrre le prove dello scioglimento del primo matrimonio; quindi la prole procreata nel secondo è a considerarsi adulterina.

Ritenuto che la pretesa convalidazione del matrimonio di A. V. con R. B., madre di P., avvenne nell'anno 1831 nella parrocchia di A.

Ritenuto che le disposizioni del diritto comune vigenti a quest'epoca ed avanti all'attivazione del nostro Codice Civile concordano con quella sancita dall'art. 89 dello stesso Codice che, cioè i figli adulterini non possono essere legittimati col susseguente matrimonio dei loro padri e delle loro madri.

Ritenuto non essere applicabile la legge 17 giugno 1855 che riformò il citato art. 89, nel senso di ammettere in genere la legittimazione dei figli nati fuori di matrimonio mediante il matrimonio susseguente, e ciò perchè colla morte di A. V. avvenuta anteriormente all'anno 1855, il di lui figlio ed erede legittimo ha acquisito il diritto alla successione giusta la legge in allora vigente, e così pure il Patriziato di A. ha acquisito quello di non riconoscere siccome legittimo discendente di A. V. il figlio P. nato da connubio illegittimo.

(Repertorio di giurisprudenza patria.
Lugano, anno II, p. 1 ss.)

---

4. 5. Altes und neues Recht. (Waadt.)

Am 20. März 1814 setzte Friedrich Sigismund Barbey zu Cherbres (Ct. Waadt) letztwillig seine zwei Neffen, die Brüder Johann Franz Barbey und Joh. Daniel Barbey, jeden zur Hälfte zu Erben ein, mit dem Beifügen, daß er dem Johann Daniel auf den Fall seines Absterbens ohne männliche Erben hinsichtlich der Liegenschaften seines Antheils den andern Neffen Johann Franz oder bei dessen Vorabsterben dessen männliche Erben, substituiere.

Dieses Testament kam mit dem Tod des Erblassers (23. April 1814) durch friedensrichterliche Homologation vom 2. Mai j. J. zur Gel-

tung. Aber erst am 19. Juni 1824 schritten die beiden Brüder Johann Franz und Johann Daniel zur Theilung der Liegenschaften ihres Oheims.

Der Erstere starb im Jahr 1862 und hinterließ drei Söhne: David, Johann und Heinrich.

Der Letztere hinterließ im Frühjahr 1865 nur eine Tochter: Luise verehel. Chevaley.

Gegen diese traten nun die genannten drei Vettern mit der Eigenthumsklage auf hinsichtlich von fünf Stück Land, Feld, Reben und Wald im Gewann Cherbres, Rivaz und Vuidour gelegen.

Diese bestritt die Zulässigkeit der Substitution auf Grund des § 696 des Civilgesetzes vom 11. Juni 1819, welcher sagt: si l'héritier institué a laissé des descendants nés en légitime mariage, à l'époque de l'ouverture de la substitution, la substitution est éteinte, à moins que ces descendants ne soient eux mêmes les substitués.

Jene beriefen sich dagegen auf loi 76 fol. 31 des plaict général vom Jahr 1368 bezw. 1613, welcher in Cherbres gegolten habe und die Substitutionen zu Recht erkenne:

Toute personne de libre et franche condition et née en loyal mariage peulvent disposer de leurs biens à leur bonne voulonté, sauf de ceulx qui sont ci-dessus reservés, et instituer héritièrs et substituer leurs enfans les uns aux aultres, mais non plus oultre. Et en cas les testateurs et testatrices n'auraient aulcuns enfans survivant iceulx, oultre l'institution de leurs héritiers, pourront substituer quelques aultres que bon leur semblera.

Die Beklagte bestritt die Anwendbarkeit dieses Gesetzes, weil über den Anfall der Augenblick des Todes des Vorempfängers entschied, und bis dahin der Nachbedachte nur Anwartschaft habe (Civilgesetz §§ 680, 681, 694—696); überhaupt die Grundsätze über Substitution sowie Fidei-Commisse publici juris seine und darum nicht mehr durch frühere Anschauung können beseitigt werden, endlich weil auch bei Anwendbarkeit des plaict général dieser als Singulargesetz für Lausanne und sein Gebiet da, wo er noch weiter gelte, nach den Regeln des gleichzeitig in Geltung gewesenen allgemeinen Landrechtes (Coûtumier de Vaud. loi 2 fol. 303) müsse erläutert werden.

Der Cassationshof trat aber dem ersten Spruch bei, mit folgenden Argumenten (5. Apr. 1866):

Attendu que la susdite loi 76 est claire et précise et qu'il n'y a lieu ni à y suppléer, ni à l'interpréter.

Attendu, au surplus, qu'à supposer même qu'elle devrait être interprétée, elle ne pouvait l'être par le coutumier de Vaud, ni par le code civil, puisque les dispositions de la loi 11 f° 303 du coutumier de Vaud et de l'art. 696 du code civil se trouvent en opposition directe avec la loi 76, en ce sens qu'elles prononcent la déchéance d'une substitution lorsque l'héritier institué a laissé

des descendants nés en légitime mariage, à moins que ces descendants ne soient eux-mêmes les substitués, tandis que la loi 76 permet de substituer aux héritiers institués „qui bon leur semblera“ sans réserver le cas où les héritiers institués ont des descendants.

Considérant que la loi civile n'a pas d'effet rétroactif (art 1er du code civ.).

Considérant que la loi du 20 mai 1820 réglant la transition de l'ancien droit à la législation actuelle, statue en son art. 8 que les droits acquis irrévocablement sous l'ancienne loi seront réglés d'après cette loi, lors même qu'ils ne devraient s'exercer que dès et compris le 1er juillet 1821, et en son art. 9 § *b*, que les testaments, codicilles et autres dispositions à cause de mort révocables par leur nature, faites sous l'ancienne législation, seront régies quant à leurs effets par la loi en vigueur au moment du décès de leurs auteurs.

Attendu qu'un droit est acquis irrévocablement lorsqu'il est conféré par un acte irrévocable;

Qu'un acte contenant une disposition pour cause de mort devient irrévocable par le décès du testateur.

Attendu que Fréderic-Sigismond Barbey est mort le 24 avril 1814;

Qu'ainsi le droit des enfants mâles de Jean-François Barbey d'être substitués aux immeubles de Jean-Daniel Barbey provenant de la succession de Fréderic-Sigismond Barbey, a cessé d'être une expectative et est devenu un droit irrévocablement acquis dès cette date, lors même qu'il n'y a eu ouverture à la substitution qu'en 1865;

Que dès lors, à teneur des art. 8 et 9 susmentionnés, ce droit doit être réglé d'après la loi en vigueur à Chexbres à cette époque, soit le plaict général.

Attendu qu'on ne saurait prétendre que les dispositions du code civil sur les substitutions soient applicables aux substitutions renfermées dans les testaments antérieurs à la promulgation de ce code par la raison qu'elles sont d'ordre public, puisque le principe de la non-rétroactivité de la loi civile et les dispositions de la loi transitoire, notamment les art. 8 et 9 de cette loi, sont également d'ordre public et qu'il faudrait, pour admettre une dérogation à ces règles, qu'une disposition spéciale eût expressément prononcé la déchéance de toutes les substitutions antérieures à 1821 dont les clauses ne seraient pas conformes aux principes de la loi civile actuelle et qu'une pareille disposition n'existe pas.

(Journal des tribunaux vaudois XIV. pp. 277 ss.)

Von ähnlichen Grundsätzen giengen die waadtländischen Gerichte in folgendem Falle aus:

Im Jahr 1807 oder 1808 heirateten einander zu Ormond-dessus David Nicolier und Susanne Marie Moretot.

Durch Testament vom 2. August 1863 hinterließ die Letztere ihren Verwandten das Eigenthum, ihrem Ehemann den Niesbrauch ihres Vermögens, das nach gezogenem Inventar Fr. 12259. 07 Ct. betrug.

Ein früheres Inventar bestand nicht

Der Witwer weigerte sich nun, die gesetzmäßige Niesbrauchsbürgschaft zu leisten, da ein Theil des inventierten Vermögens ihm eigen gehöre, soweit es nemlich nicht erweislich von der Ehefrau eingebracht oder ererbt worden und überdies in Abzug zu bringen sei, was an letztere Güter während der Ehe er aus eigenen Mitteln zur Deckung eingebrachter Pfandlasten aufgewendet habe. (Fr. 2211.—)

Das Bezirksgericht Aigle durch Spruch vom 31. Januar 1866 ließ das Begehren nicht weiter gelten, als hinsichtlich letztern Punktes, den auch die Erben anerkannt hatten.

Der Witwer legte Cassation ein, da nach dem Landrecht der obern Ormonds die Errungenschaft dem Manne gehöre, und überdies diese Angelegenheit überhaupt nach dem Einführungsgesetz zum Civilrecht (§§ 8. 9b. 10—12) unter die Bestimmungen des letztern falle, welchen nach § 1085 nur dann die Errungenschaftsgemeinschaft annimmt, wenn solche ausdrücklich abgeredet ist.

Namentlich der erwähnte § 9b. sagt: les testamens etc. et autres dispositions à cause de mort, révocables le leur nature, faites sous l'ancienne législation, seront régies — b. quant à leurs effets, — par la loi en vigueur au moment du décès de leurs auteurs.

Der Cassationshof folgte aber in seinem Entscheid (4. April 1866) demjenigen der ersten Instanz:

Considérant que, dans le programme des faits à résoudre, le tribunal a admis comme solution qu'il résulte des débats de la cause, des documents produits et des témoignages intervenns que, dès 1800 jusqu'à la mise en vigueur du code civil, à défaut de contrat, le régime admis en matière matrimoniale quant aux biens des époux, était dans la commune d'Ormont-dessus celui de la communauté d'acquêts, en ce sens que les biens tant mobiliers qu'immobiliers, acquis durant le mariage, devenaient la propriété commune des époux, comme aussi chaque conjoint devait supporter la moitié des dettes contractées pendant la communauté;

Que cette solution est une solution de fait que la cour de cassation n'a pas à revoir;

Qu'en présence de cette solution le coutumier des Ormonts ne peut être invoqué dans la cause;

Que l'art. 1er du code civil statue que la loi civile n'a pas d'effet rétroactif;

Que l'art. 8 de la loi transitoire du 26 mai 1820, en corroboration de la disposition susmentionnée du code civil, prescrit que les droits acquis irrévocablement sous l'ancienne loi sont réglés d'après cette loi, lors même qu'ils ne devraient s'exercer que dès et compris le 1er juillet 1820, soit après l'entrée en vigueur du code civil;

Qu'en se mariant sans contrat la femme Nicolier a entendu se placer sous le régime de la communauté d'acquêts en vigueur au moment de son mariage;

Que ce régime est la loi sous laquelle elle s'est mariée et au bénéfice de laquelle elle s'est trouvée dès la célébration de son mariage, ainsi que ses héritiers ou ayant-droits en cas de mort;

Que ce droit à la communauté d'acquêts est un droit irrévocablement acquis à la femme Nicolier par le fait de son mariage, lors même qu'il ne devait s'exercer qu'à la dissolution dé celui-ci;

Que c'est ainsi que l'art. 8 de la loi transitoire doit être entendu;

Que les autres articles de cette loi, invoqués par le recourant, ne sont pas applicables dans l'espèce.

(Journal des Tribunaux vaudois. ib. p. 264 ss.)

---

6. Collision gleichzeitiger Gesetzgebungen über Handlungsfähigkeit. (Zürich.)

Nach dem Tode der Frau Rusterholz (13. März 1864) entstand zwischen deren Erben, Witwe Meyer und Cons. und dem Witwer darüber Streit, ob Erstere dem Letzteren Fr. 1930 — auf Grund eines Schuldscheins zu verrechnen habe, den die Verstorbene noch vor der Ehe, am 13. April 1859, in Einsiedeln zu Gunsten ihres spätern Ehemanns ausgestellt hatte. Sie führte dort als Witwe eines Aargauers L. eine Wirthschaft.

Die Erben bestritten die Gültigkeit des Scheins, weil die Ausstellerin als Bürgerin des Cantons Aargau nach ihrem heimathlichen Recht hätte sollen verbeiständet sein. Der Kläger rief das privatrechtliche Gesetz für den Canton Zürich, unter dessen Herrschaft über diese Klage zu entscheiden sei, an, welches (§ 2) sagt: „Die rechtlichen Eigenschaften der Cantonsbürger u. s. w.

Gleichwohl wird ein Fremder, der nach hiesigem Rechte handlungsfähig wäre, in Verkehrsverhältnissen mit Cantonseinwohnern als handlungsfähig auch dann angesehen, wenn er es nach seinem Heimats-

recht überall nicht oder doch mit Bezug auf die in Frage kommenden Rechtsgeschäfte nicht wäre."

Letzterer Auffassung folgte nun auch das Bezirksgericht Zürich, denn „die Frage der Handlungsfähigkeit einer Person müsse nach den Gesetzen des Ortes beurtheilt werden wo diese geltend gemacht werde; nun sei aber Frau L. sowohl nach den schwyzerischen als nach den zürcherischen Gesetzen vollkommen handlungsfähig gewesen."

Die Schuldschrift wurde aber vom Obergerichte (28. April 1866) als ungültig erklärt, mit Bezugnahme darauf, daß das aargauische bürgerliche Gesetzbuch (§§ 254, 393 ff.) bestimmt, daß jeder Bürgerin des Cantons Aargau, welche volljährig, aber nicht verheirathet ist, eine männliche Person beigeordnet werde, ohne deren Zustimmung sie gültiger Weise kein Rechtsgeschäft abschließen darf, welches eine Minderung ihres ursprünglichen Kapitalvermögens nach sich ziehen kann, es sei denn, daß ihr die Vormundschaftsbehörde gestatte, ein Gewerbe zu führen und mit Bezug auf dasselbe derartige Verpflichtungen einzugehen;

Daß sodann der Canton Aargau und der Canton Schwyz, wo die verstorbene Ehefrau des Klägers zur Zeit, als sie die streitige Verpflichtung eingieng, ihren Wohnsitz hatte, in einem Vertragsverhältnisse (Concordat vom 15. Juli 1822[1]) stehen, wonach sich dieselben zunächst die vormundschaftliche Aufsicht über ihre je auf dem Gebiete des andern Cantons niedergelassenen Angehörigen vorbehalten, dann aber auch festsetzen, daß „sich die Dauer der Vormundschaft und die Bestimmung der Volljährigkeit, sowie die endliche Bestimmung von Käufen und Verkäufen des Vogtgutes immer nach den Gesetzen des Heimatcantons richten" solle;

daß, wenn man den practischen Anlaß und Zweck dieses Staatsvertrages und den Text desselben in seinem Zusammenhange und in seiner logischen Tragweite in's Auge faßt, kein Zweifel darüber bestehen kann, daß der Sinn der angeführten Bestimmung folgender sei: es sollen die in einem Canton niedergelassenen Bürger des andern Cantons hinsichtlich ihrer Handlungsfähigkeit auch dort unter dem heimatlichen Rechte stehen und Rechtsgeschäfte, welche dieselben dort abschließen, nur dann Gültigkeit haben, wenn denselben die in der Heimat geltenden Regeln über die Handlungsfähigkeit nicht entgegen stehen (vrgl. v. Wyß, die Collision der Rechte, in der Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. II, [Abh.] S. 60);

daß nun, wenn man die bisher entwickelte Rechtsansicht auf den vorliegenden Fall anwendet, ohne Weiteres sich ergibt, daß die streitige Schuldverpflichtung der Rechtsgültigkeit entbehrt, indem einerseits

---

[1]) Concordat betreffend vormundschaftliche und Bevogtigungsverhältnisse, bei Snell, Bd. I, S. 231.

der Kläger selbst nicht behauptet, daß ein Beistand dieselbe genehmigt habe, und anderseits für die Behauptungen, es sei der Schuldnerin die selbstständige Ausübung eines Gewerbes von den Vormundschaftsbehörden gestattet, oder es sei dieselbe durch die Leistungen des Klägers um den fraglichen Werth bereichert worden, weder in den Acten ein zureichender Beweis bereits enthalten, noch die Herstellung eines solchen Beweises anerboten ist;

daß nun zwar im Fernern der Kläger die Richtigkeit der oben entwickelten Rechtsansicht im Allgemeinen bestritten und dagegen vorgebracht hat:

a) es sei gemäß § 2, Absatz 2 des zürch. priv. Gesetzbuches die Handlungsfähigkeit eines Cantonsfremden, welcher mit einem Cantonseinwohner ein Rechtsgeschäft abschließe, auch dann nach zürcherischem Rechte zu beurtheilen, wenn das Geschäft unter der Herrschaft eines andern Rechtes abgeschlossen worden sei;

b) nach dem gegenwärtigen Bundesrechte entscheide sich die Frage der Handlungsfähigkeit immer nach dem Gesetze des Wohnortes;

daß jedoch weder die eine noch die andere der angeführten Behauptungen als richtig erscheint, weil

ad a) der Canton Aargau auch zum Canton Zürich in einem gleichen Vertragsverhältnisse steht, wie zum Canton Schwyz, und somit die streitige Frage im Sinne der obigen Ausführung selbst dann hätte entschieden werden müssen, wenn die Schuldverpflichtung im hiesigen Canton entstanden wäre;

ad b) in den auf die Niederlassungsverhältnisse bezüglichen Entscheidungen der Bundesbehörden der leitende Grundsatz immer der ist, daß die Niedergelassenen nicht schlechter behandelt werden dürfen, als die eigenen Cantonsbürger, während es sich hier gerade um ein zwischen verschiedenen Cantonen zu Gunsten ihrer niedergelassenen Angehörigen vereinbartes Privilegium handelt, dessen Anwendbarkeit gewiß auch in dem vom Kläger besonders angeführten Streitfalle zwischen den Cantonen Basel und Luzern[1]) nicht hat verneint werden wollen, da, wenn man berücksichtigt, worauf es damals allein ankam, der am Ende der dritten Erwägung ausgesprochenen Ansicht eine weitere Bedeutung nicht beigemessen werden darf, als: es sei weder eine Bundesvorschrift, noch zwischen den streitenden Cantonen ein Concordat vorhanden, welches die Anwendung des wohnortlichen Gesetzes auf den streitigen Fall aus-

[1]) Bei Ullmer, staatsrechtliche Praxis, Nr. 105.

schließe, wie denn auch in der That wohl der Stand Luzern, nicht aber der Stand Basel dem hier in Frage kommenden Concordate beigetreten ist;

daß somit die von der Ehefrau des Klägers gegenüber dem letztern eingegangene Verpflichtung nie rechtsgültig geworden ist.

(Gwalter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege. XVII, S. 166 ff.)

---

7. Collision gleichzeitiger Gesetzgebung über Eigenthumsübergang. (Zürich.)

Am 7. December 1865 gab Fr. Hielscher von Berlin, niedergelassen in Zürich, seine Insolvenzerklärung an die Behörde ein.

Für denselben kamen am 8. gl. M. 4595 Maaß rother Burgwein von Sendung des Hauses Victor Bizot in Châlons sur Saône im Nordostbahnhof an. Auf den dreizehn Fässern hafteten Spesen im Betrag von Fr. 572. — Der Adressat nahm aber die dreizehn Fässer nicht in Empfang, sondern ließ selbige in das Lagerhaus der Nordostbahn bringen, zeigte am 10. gl. M. dem Versender die Ankunft der Waare an und ersuchte um Ausstellung eines neuen Frachtbriefes zu Gunsten seiner Frau, welche das Geschäft fortführe.

Die dreizehn Fässer waren Hielschers Eigenthum. Er hatte sie mit der Bestellung am 13. September schon nach Châlons gesendet.

Der Versender verkaufte den in Zürich lagernden Wein an den Kaufmann Plagnol, ermächtigte Letzteren zum Bezug desselben und dieser bezahlte auch wirklich Fracht und Zoll und ließ den Wein in den Büchern auf seinen Namen überschreiben. Frau Hielscher aber vindicierte Wein und Fässer in die Concursmasse des Mannes, an welche sie priviligiertes Recht ansprach.

Durch Urtheil vom 29. December 1866 wies aber das Obergericht diese Vindication des Weines ab, mit Rücksicht darauf, daß

„zu untersuchen ist, ob Hielscher zur Zeit, als die fraglichen Gebinde Wein sich noch in Frankreich befanden, nach französischem Rechte, oder aber seit deren Ausfuhr aus Frankreich nach einem andern, namentlich dem Rechte des Cantons Zürich, wo der Wein gegenwärtig liegt, solche Rechte erworben habe, welche seine Gläubiger berechtigen, den Beklagten, auf dessen Namen die fraglichen Fässer im Bahnhofe liegen und welcher sich daher als Besitzer derselben darstellt, zur Herausgabe derselben anzuhalten;

daß das französische Recht den allgemeinen Grundsatz, wonach bei Verträgen betreffend Uebertragung von Eigenthum an Sachen schon der übereinstimmende Wille der Contrahenten ohne Uebergabe des Besitzes den Eigenthumsübergang bewirkt (Code civil. Art. 1138),

speciell auch mit Bezug auf den Kaufvertrag anerkennt, indem es bestimmt, daß der Kaufvertrag zwischen den Contrahenten perfect und das Eigenthum von Rechts wegen dem Käufer, soweit nicht etwa Rechte Dritter entgegenstehen, erworben sei, sobald man sich über den Gegenstand des Kaufes und den Preis geeinigt habe, gesetzt auch die Sache sei noch nicht übergeben und der Preis noch nicht bezahlt (Code civil, Art. 1583, 1585, 1586);

— daß im kaufmännischen Verkehre gegenüber der Concursmasse eines Falliten die dem Letztern verkauften, aber ihm noch nicht übergebenen uad auch noch nicht an ihn versandten und nicht bezahlten Waaren von dem Verkäufer zurückbehalten, ja sogar die an den Falliten abgesandten unbezahlten Waaren, falls sie noch nicht in die Waarenlager des letztern selbst oder eines Verkaufs-Commissionärs desselben abgeliefert worden sind, von dem Verkäufer vindiciert werden können, sofern nicht die Massaverwalter den Kaufpreis zu zahlen anerbieten (Code de commerce, Art. 576—578), während im nichtkaufmännischen Verkehr ein ähnliches Vindicationsrecht nur bei Baarkäufen innerhalb gewisser Schranken anerkannt ist (Code civil, Art. 2102, Nr. 4);

daß diese Gesetzesbestimmungen auf dem im französischen Rechte anerkannten allgemeinen Satze beruhen, daß jeder zweiseitige Vertrag auch ohne besondere Verabredung eine Resolutivbedingung enthalte, in dem Sinne, daß, falls die eine Partei nicht erfülle, die andere, wenn sie nicht auf Erfüllung dringen wolle, berechtigt sei, beim Gerichte Aufhebung des Vertrages zu beantragen und unter Umständen sofort von sich aus den Vertrag als aufgelöst zu betrachten;

(Code civil, Art. 1184, 1654, 1657;

Rogron, le code de commerce expliqué, zu Art. 576);

daß nämlich aus diesem Grundsatze der stillschweigend einverstandenen Resolutivbedingung in Verbindung damit, daß durch den Concurs alle Schulden fällig werden (Code de commerce, Art. 448), gefolgert wird, daß die Wirkungen des abgeschlossenen Kaufes, namentlich auch der Uebergang des Eigenthums, obgleich derselbe durch den Vertragsabschluß perfect geworden, durch die Eröffnung des Concurses wieder aufgehoben werden, soweit nicht durch Ablieferung der Waare in die Magazine des Käufers oder seines Commissionärs der wirkliche Besitz auf ihn übergegangen sei;

daß daher, vorausgesetzt, der an Hielscher verkaufte Wein sei noch nicht in dessen Besitz überliefert, ihm noch nicht tradiert worden, derselbe oder nun dessen Concursmasse durch das, was mit Bezug auf den Wein in Frankreich geschehen ist, kein Recht, dessen Herausgabe zu fordern, erlangt hat, indem sein durch den Kaufabschluß und die Zumessung des Weins erworbenes Eigenthum von Anfang an ein an eine Resolutivbedingung geknüpftes war und nun durch den Eintritt

dieser Bedingung, nämlich durch den vor Bezahlung der Waare erfolgten Concurs des Käufers, erloschen ist;

daß nun allerdings hierauf nichts mehr ankäme, wenn seit dem Ausgange der Waare aus Frankreich der Käufer kraft anderer auf dieselbe anzuwendenden Gesetze bessere Rechte, namentlich ein unbedingtes Recht, als Eigenthümer die Waare zu vindicieren erworben hätte;

— daß schließlich der Entscheid des vorliegenden Processes sowohl nach französischem als nach hiesigem Rechte davon abhängt, ob der von Bizot verkaufte Wein an Hielscher tradiert, letzterer in dessen Besitz gelangt sei;

daß nun unbestritten ist, daß die Fässer, in denen sich der streitige Wein gegenwärtig befindet, Eigenthum des Hielscher und von ihm nach Châlons geschickt worden sind, damit der Verkäufer den bestellten Wein in dieselben fülle und darin an den Käufer versende;

daß die Thatsache, daß Bizot auftragsgemäß den Wein in diese Fässer gießen ließ, zwar wohl den Beweis leistet, daß er aus seinen Weinvorräthen gerade das so eingefüllte Quantum Wein für den Käufer bestimmte, diesen und nicht andern gleichartigen Wein an Hielscher zu versenden beschloß, und daher jeder Zweifel darüber wegfallen mußte, daß der Kauf, welcher sich zunächst auf fungible Sachen bezogen hatte, durch Ausscheidung und Zutheilung bestimmter Species (individuell bestimmter Quantitäten aus den größern Vorräthen des Verkäufers) in dem Sinne perfect geworden sei, daß sowohl nach zürcherischem (mit dem römischen übereinstimmenden), als nach französischem Rechte der Käufer die Gefahr des Untergangs oder die Verschlechterung zu tragen hatte;

daß aber eine Tradition, eine Uebertragung des Besitzes auf den Käufer in dem Füllen seiner Fässer noch nicht lag, da durch diese Handlung weder der Käufer selbst noch ein Stellvertreter desselben in die Lage versetzt wurde, irgendwie über den Wein zu verfügen, was doch auch nach französischem Rechte zum Begriff der Tradition (tradition oder délivrance) gehört (Art. 1604 ff. des Code civil), vielmehr jenes Füllen nur eine die beabsichtigte Tradition vorbereitende Handlung war;

daß zwar auch das französische Recht Fälle kennt, wo der Besitz einer Sache ohne körperliche Uebergabe, z. B. durch Einhändigung der Schlüssel zu dem Raume, in welchem sich die Sache befindet, auf den neuen Erwerber übertragen werden kann, indessen immerhin daran festgehalten wird, daß demselben die Herrschaft über die Sache verschafft werden müsse, und nun eben dieses Erforderniß nicht erfüllt ist, wenn der Verkäufer einseitig den verkauften Wein in Fässern füllt, welche zwar im Eigenthum des Käufers stehen, aber im Besitze und in der Gewalt des Verkäufers sich befinden;

daß auch die Uebergabe der den verkauften Wein enthaltenden

Fässer an die Eisenbahn oder einen Fuhrmann, mit dem Auftrage, dieselben dem Käufer zu überbringen, nach französischem Handelsrechte nicht genügt, um den Besitz derselben so auf den Käufer überzutragen, daß die Vindication durch den Verkäufer im Concurse des Käufers ausgeschlossen wäre, da nach Art. 576 des Code de commerce dieses Vindicationsrecht erst untergeht, wenn die Tradition der Waare in die Magazine des Käufers selbst oder in diejenigen seines Verkaufscommissionärs stattgefunden hat;

— daß, wenn es sich frägt, ob nach zürcherischem Rechte anzunehmen sei, daß eine Tradition des Weins erfolgt sei, diese Frage verneint werden muß, da nach § 649 d. pr. G. die besondere Verpackung und Bezeichnung der Waare mit dem Zeichen des Käufers, welcher die hier geschehene Einfüllung des Weins in Fässer des Käufers gleichsteht, und die Uebergabe derselben an einen Frachtführer zur Ueberbringung an den Käufer für sich allein noch keine Eigenthumsübertragung bewirkt, sondern eine solche Versendung nur dann den Besitz und das Eigenthum auf den Käufer überträgt, wenn letzterer den Frachtführer ausgewählt und dem Verkäufer bezeichnet hat, so daß derselbe als Stellvertreter des Käufers erscheint und den Besitz für diesen ausübt, nun aber aus den Acten sich nicht ergibt, daß Hielscher auf diese Weise einen Bevollmächtigten zum Erwerbe des Besitzes und des Eigenthums bestellt habe.

(Gwalter, Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege. XVII, S. 320 ff.)

---

8. Collision gleichzeitiger Gesetzgebung in Vormundschaftsfragen. (Neuenburg.)

Bekanntlich sagt der nun seinem Ende entgegengehende Tractat mit Frankreich vom 18. Juli 1828, Art. 3: — Les contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Français mort en Suisse à raison de sa succession seront portés devant le juge du dernier domicile que le Français avait en France; la reciprocité aura lieu à l'égard des contestations qui pourraient s'élever entre les héritiers d'un Suisse mort en France. *Le même principe sera suivi pour les contestations qui naîtraient au sujet des tutelles.*

Diese Stelle sollte Anwendung finden in folgendem Falle.

In Neuenburg hatte sich seit mehreren Jahren ein französischer Bürger, der Graveur Joseph Besson niedergelassen und seinen Sohn Hippolyte mitgebracht, der zu Genf am 27. Januar 1844 geboren war und die Photographie zu Neuenburg übte.

Am 22. Januar 1864 brach nun über den Vater Joseph Besson,

der sich heimlich entfernt hatte, in Neuenburg der Concurs aus und am 28. gl. M. erklärte sich auch der Sohn insolvend. Die beiden Massen wurden in dem Amtsblatte von Neuenburg ausgekündet.

Am 21. März meldete sich Hippolyte Besson bei der neuenburgischen Vormundschaftsbehörde und ersuchte zu Wahrung seiner Interessen in seinem Concurs mit Berufung auf seine Minderjährigkeit und unter Hinweis auf den obgenannten Art. 3 des Tractats mit Frankreich um Ernennung eines Vormundes „tout au moins provisoirement et par mesure conservatoire." Er wurde abgewiesen und ihm überlassen, „à se pourvoir au préalable devant qui de droit et comme mieux lui conviendra." Vor dem Concursgerichte ersuchte er nun um Aussetzung der laufenden Fristen, bis die Frage über seine Mehrjährigkeit im Sinne des Vertrages geregelt und damit über die Gültigkeit seines Concurses resp. seiner Concurserklärung entschieden sei. Auch damit wurde er abgewiesen. Die Gegenstände seines photographischen Ateliers wurden feilgeboten und verschiedene Angebote lagen vor. Bei der Erörterung derselben durch die Concursleitung ward auch der Fallit um seine Erklärung befragt. Die bezügliche zustimmende Antwort ertheilte als Beauftragter seines Vormundes Viard der Sachwalter Lardy mit dem Vorbehalt: que ce consentement ne pourra en aucune circonstance être invoqué contre lui dans la discussion des questions qui se soulèveront entre Hippolyte Besson et ses créanciers.

Diese Verwahrung ward nun nicht angenommen und damit erwuchs die ganze Frage über die Stellung, die dieser Vormund einnehmen wollte, an die Gerichte.

Der Photograph Besson hatte sich nemlich nach dem Scheitern seiner Versuche in Neuenburg an die Vormundschaftsbehörde des Ortes Colonge (Arrondissement von Ger, Frankreich) gewendet und von dieser*) ward am 7. April 1864 ihm Viard zum Vormund ernannt.

Das Districtsgericht von Neuenburg wies aber durch Spruch vom 22. April 1864 die Intervention dieses Vormundes durchaus ab:

Considérant qu'il ne peut s'agir ici que d'une tutelle établie à l'étranger et qui n'a point été publiée dans la feuille des avis officiels de ce canton, et qui, par conséquent, n'a pas d'effet pour des tiers;

Considérant au surplus que les documents étrangers dont on se prévaut ne sont pas revêtus des formalités exigées par les traités.

Diesen Schlüssen trat der Appellhof durch Urtheil vom 4. Mai 1864 ebenfalls bei.

---

*) Eine andere Stelle des vorliegenden Urtheils sagt: le tribunal de première instance de Gex. Vermuthlich bestätigungsweise dieses.

Considérant en droit:

Que le tribunal de première instance a bien jugé en appliquant à l'espece, et quant à la forme, la jurisprudence du canton en matière de tutelle établie à l'étranger, et sur un citoyen régulièrement domicilié et établi dans ce canton;

Considérant, en outre, que le canton de Neuchâtel a toujours appliqué dans les rapports de droit qui naissent de l'état de majorité et de minorité d'un citoyen domicilié et établi dans le pays, la loi du canton, sans distinction de l'orgine de ce citoyen;

Considérant que la partie de l'article 3 du traité conclu entre la France et la Suisse, qui se rapporte „aux contestations qui naîtraient au sujet des tutelles," n'a jamais été interprêté dans un sens qui porterait atteinte au principe posé dans le considérant qui précède.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de la république et canton de Neuchâtel. VII. pp. 85 ss.)

---

9. Anwendbarkeit des französischen Code im berner Jura betr. Vormundschaftsprivilegien. (Bern.)

Am 25. September 1857 wurde ein Pachtgut „le petit Cholis" durch Alfons Gaudo und dessen Miteigenthümerin, seine Mutter, an M. Riß verkauft. Von diesem Pachtgut liegt ein Theil auf französischem Boden, ein anderer in der Gemeinde Charmoille, Bezirk Pruntrut (Canton Bern.)

Gegenüber diesem Kauf erklärte nun Ernst Rischmann Uebersteigerung (surenchère) auf Grund von Art. 2185 ff. des im bernischen Jura theilweise geltenden französischen Code.

Dieser gewährt dieses Recht jedem gesetzlich auf ein Grundstück eingetragenen Hypothecargläubiger.

Aber der Käufer Riß bestritt nun einerseits das Forderungsrecht, das dem Pfandrecht des Rischmann zu Grund liege, und überdies, auch bei Voraussetzung seiner Geltung, die Geltung des Pfandrechts.

Sein Forderungsrecht leitete Ernst Rischmann aus einer Vormundschaftsrechnung ab, welche ihm am 13. Juli 1857, lange nach Eintritt seiner Mehrjährigkeit, seine Mutter, die Ehefrau des Alfons Gaudo, gemeinsam mit diesem, ihrem Mitvormund abgelegt hatte. In dieser Rechnung anerkenne sie und ihr Ehemann sich als Schuldner des Rischmann für Fr. 14023. 03. Ernst Rischmann war nemlich Sohn erster Ehe der Ehefrau des Alfons Gaudo und nach dem Tode seines Vaters kraft Familienrathsbeschluß unter die Vormundschaft seiner

Mutter gelangt, und, als diese in zweite Ehe trat, auch unter die Mitvormundschaft dieses zweiten Gatten Gaudo.

Zu Sicherung dieses Vogtrecesses von Fr. 14023 03. ließ Rischmann am 10. September 1858 auf den schweizerischen Theil des am 25. September 1857 an Riß verkauften Pachtguts „le petit Cholis" ein Pfandrecht eintragen und erklärte auf Grund dieses Eintrags die Uebersteigerung. Die gesetzliche Frist zu dieser Erklärung war anerkanntermaßen noch nicht abgelaufen.

Wie bemerkt, bestritt Riß nun 1) die Redlichkeit der so späten Schuldanerkennung der Eheleute Gaudo gegenüber ihrem Sohn bezw. Stiefsohn Ernst Rischmann und erklärte dies als eine Machenschaft, wodurch er vom Kauf abgetrieben werden solle — und sodann 2) die Geltung des Pfandeintrags, da solche Einträge zu Gunsten fremder Vormünder nach Berner Gesetz nicht statthaft sei.

Riß, Gaudo und Rischmann waren allesammt französische Bürger.

Was die Redlichkeit der Schuldanerkennung nun angeht, so berührt diese Frage das internationale Verhältniß nicht und es mag genügen zu bemerken, daß der Gerichtshof dieselbe erwiesen fand. Aber auch die Geltung des Pfandrechts anerkannte der Appellations- und Cassationshof von Bern durch Spruch vom 17. Juni 1864.

Considérant:

1° Que par la promulgation faite dans le Jura, le 28 novembre 1825 de partie du code civil bernois, un nouveau système de tutelle a remplacé celui qui existait jusqu'alors; que ce système n'est pas comme celui du Code civ. français basé sur le principe de la famille, mais qu'il fait partie des attributions du pouvoir public et rentre dans l'organisation elle-même de l'Etat, et que la garantie accordée par la loi bernoise sur la tutelle résulte principalement de la responsabilité des diverses autorités et fonctionnaires auxquels est confiée la gestion des biens des pupilles;

2° Que cette même loi, tout en abolissant pour le Jura les principales lois françaises quant à l'organisation elle-même des tutelles, n'a cependant en rien dérogé aux autres prescriptions de droit matériel et positif renfermées dans le code français, et que l'on doit admettre que les art. 3, 8, 11, 2121, 2135 et suiv. dudit code n'ont pas été expressément remplacés;

3° Qu'en outre, malgré l'acte de réunion du 23 novembre 1815 qui, dans son art. 14, édictait en principe l'abolition de la législation française civile dans le Jura, et malgré la loi du 27 décembre 1816 qui renversait spécialement le système hypothécaire du code civ. français, les prescriptions de ce code n'ont jamais été légalement refondues et ont continué d'être en vigueur dans le Jura bernois; que notamment pour les districts de Porrentruy, Delémont et Saignelégier, la partie de la législation française qui concerne

les priviléges et hypothèques, a été réservée et que l'on doit reconnaître que l'hypothèque légale des mineurs est encore virtuellement existante, de sorte que par une faveur de nos lois et de l'état des choses, dans ces districts, les pupilles ont une double garantie pour la sauvegarde de leurs intérêts, à savoir, celle des communes et de l'Etat et celle résultant de l'hypothèque légale elle-même;

4° Qu'au vu de ce qui précède la question de savoir si le mineur étranger (français) a une hypothèque légale sur les biens de son tuteur ou co-tuteur situés dans le Jura bernois, dépend de l'examen d'une question de droit civil en rapport avec les traités internationaux;

5° Que d'après le code civil, l'hypothèque légale en faveur des mineurs sur les biens de leurs tuteurs est une conséquence du système de tutelle; que celle-ci, d'après ledit code, est une institution des lois civiles, puisque c'est suivant ces lois que se trouvent déterminés l'établissement et la durée de la tutelle, les droits et les obligations du tuteur et les garanties accordées aux mineurs pour la sauvegarde de leurs intérêts; que, — créée au profit de la personne des mineurs en considération de leur qualité et pour la conservation et la sûreté de leurs droits — l'hypothèque légale n'appartient dans le Jura bernois qu'aux mineurs à qui elle est conférée et réservée par les lois qui y régissent cette partie du canton et aux conditions spéciales établie par ces lois;

6° Qu'il ne suffit pas, pour que cette hypothèque existe, que des immeubles soient possédés dans le Jura bernois, par le tuteur et que, — s'il est vrai que le mineur étranger ne puisse invoquer en sa faveur la disposition de l'art. 3 du code civil, s'il est vrai que le code qui régit la partie française du canton ne confère explicitement en aucune de ses dispositions une hypothèque à un mineur étranger sur les biens de son tuteur situés dans le Jura, — il ne faut pas perdre de vue que, quant à des droits civils de cette espèce, l'art. 11 du dit code civil prévoit le cas où des traités internationaux règlent les rapports reciproques entre étrangers et citoyens du pays;

7° Que le traité du 27 septembre 1827 entre la Suisse et la France détermine les principes d'après lesquels les ressortissants de l'un des Etats peuvent s'établir dans l'autre et que l'art. 1er de ce traité porte en termes exprès que les Français seront reçus et traités dans chaque canton de la Confédération sur le même pied et de la même manière que le sont ou pourront l'être à l'avenir les ressortissants des autres cantons;

8° Que l'art. 48 de la Constitution fédérale oblige tous les cantons de traiter, en matière de législation, les ressortissants des autres Etats confédérés comme ceux de leur propre Etat et que

— d'après le traité de 1827 — les citoyens français étant placés sur le même pied que ceux des autres cantons confédérés, ils doivent participer à tous les avantages dont jouiraient les Suisses eux-mêmes dans la nouvelle partie du canton de Berne;

9° Que l'article premier du traité de 1827 admet ce grand principe de *réciprocité* en faveur des Français quant à *leurs personnes* et quant à *leurs biens*, que l'art. 3 parle de *droits* et *avantages* et que par ces expressions on n'a évidemment voulu régler que des questions de *droits civil* entre les citoyens des deux Etats et que celle dont il s'agit en l'espèce rentre dans cette catégorie;

10° Que l'art. 11 du code civil est dès lors applicable, dans le Jura bernois, aux citoyens français et que l'hypothèque légale des mineurs sur les biens de leurs tuteurs étant admise et reconnue en France, elle peut être exercée, en vertu des traités internationaux, par un citoyen français sur des immeubles situés dans la partie du canton de Berne où ce droit à l'hypothèque légale a continué d'exister*).“

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins n. F. I, S. 80 ff.)

---

*) In einer Note zu diesem Spruch sind folgende Bemerkungen beigefügt:

„Il n'y a pas eu unanimité entre les membres de la Cour sur cette question, et cela se comprend parce que cet arrêt tranche une question des plus controversées au point de vue du droit civil et du droit international privé. La jurisprudence française elle-même est loin d'être d'accord sur la matière. Il y a des arrêts *pour*, il y a des arrêts *contre;* toutefois ces arrêts n'émanent que des Cours d'appel (royales ou impériales). Il n'existe à notre connaissance qu'un seul arrêt de la Cour de cassation: c'est celui du 20 mai 1862. Il est, comme on le voit de date récente et il rejette en principe le droit de l'hypothèque légale de la femme étrangère sur les biens de son mari, situés en France. Il est vrai que les parties en cause, lors de ce dernier arrêt français n'avaient pas pour elles le bénéfice d'un traité international aussi laxe que celui de 1827; mais d'un autre côté ces parties étaient domiciliées dans une province française (Algérie), ce qui n'est pas dans notre espèce où tous les intéressés sont domiciliés en France, donc hors de notre juridiction territoriale. Dans l'arrêt français de 1862 il s'agissait de l'hypothèque légale de la femme; dans celui de Berne de l'hypothèque des mineurs; mais les principes dans l'un et l'autre cas sont les mêmes; il s'agit toujours d'une hypothèque dite légale.

Quoi qu'il en soit, il faut reconnaître que la Cour de Berne a

10. Collision gleichzeitiger Gesetze betr. Güterrecht der Ehegatten. (Freiburg.)

Aus der Ehe des Jacob Meyer von St. Gallen, wohnhaft zu Stäffis (Freiburg) und der Josette geb. Duc entsproß eine Tochter, Josephine. Nach dem Tode des Meyer blieb die Witwe im Besitz des Vermögens.

Später*) heiratete die Witwe den Adolf Morel, Bürger von Haut-Geneveys (Neuenburg).

Mit diesem wohnte sie in Stäffis, wo sie auch im Anfang 1867 starb. Sie hatte am 30. Januar d. J. einen Codicill errichtet, durch welchen sie den Nutznieß des Vermögens dem Witwer Morel zuwendete. Dieser Codicill wurde am 18. Februar 1867 in Stäffis publiciert. Das Vermögen selbst fiel an die Tochter Josephine bzw. deren Ehemann und Vermögensverwalter Louis Chassot.

Dieser trat nun vor dem Districtsgericht der Broye gegen den Stiefvater seiner Ehefrau auf und verlangte zu dem Eigenthum auch noch drei Viertheile des Nießbrauchs am Vermögen ihrer verstorbenen Mutter, Josette, geb. Duc**).

Morel bestritt jeden Anspruch der Klägerin.

Wirklich wies das Districtsgericht der Broye sie ab (27. December 1867). Ebenso das Appellationsgericht von Freiburg (16. März 1868):

Considérant en droit:

Que l'art. 4 du décret de promulgation du premier livre du

été large dans l'application et l'interprétation à donner au droit international privé et qu'elle a eu raison d'en agir ainsi. La France imitera-t-elle cette manière de faire? Il faut l'espérer, malgré le froid accueil que font souvent les juristes français à ce qui ne vient pas de leur pays."

Weitere interessante Bemerkungen über die Hauptfrage dieses Falles gibt Fürsprech Brunner in derselben Zeitschrift I, S. 125 ff.

*) Das Urtheil sagt nicht, wann, sondern nur: antérieurement au 1er Janvier 1836.

**) Ohne Zweifel gestützt auf Art. 219 des St. gallischen Erbfolgegesetzes vom 9. December 1808, welcher sagt: Während der Minderjährigkeit behält der überlebende Ehegatte, insofern er der leibliche Vater — ist, den Besitz oder Fruchtgenuß von dem — mütterlichen Erbtheil des Kindes. Bei der Großjährigkeit oder aber der Verehelichung müssen dem Kinde drei Viertheile des — mütterlichen Vermögens herausgegeben werden. Ein Viertheil desselben bleibt jedoch ermeldtem Ehegatten als Fruchtgenuß, so lang als derselbe nicht zur zweiten Ehe schreitet.

code civil fribourgeois en date du 22 mai 1834 statue, que si les époux n'ont fait aucune convention matrimoniale relativement à leurs biens, ils sont simplement maintenus, en ce qui concerne la jouissance et les avantages assurés à l'époux survivant, au bénéfice des lois ou coutumes existantes à l'époque où ils ont contracté le mariage;

Qu'Adolphe Morel et Josette Meyer née Duc, ont contracté mariage antérieurement au 1er janvier 1836 et à la promulgation du dit premier livre du code civil, et que dès lors, à teneur de l'art. 4 sus-rappelé, c'est le coutumier d'Estavayer qui doit régler la jouissance des biens de Josette Morel née Duc, à laquelle son mari Adolphe Morel a survécu, puisque le mariage de ceux-ci a été conclu à Estavayer placé alors sous la législation coutumière d'Estavayer et qu'il n'existe entre ces conjoints aucune convention contraire;

Que cette coutume, attribuant en termes clairs et précis, à l'époux survivant la totalité de la jouissance des biens de l'époux prédécédé, Louis Chassot, au nom de sa femme née Meyer, fille de feu Josette Morel née Duc, femme en premières noces de Jean Meyer, n'est point fondé à demander à ce que la jouissance en question soit réduite au quart des biens délaissés par Josette Morel au profit de prédite femme née Meyer;

Qu'il ne peut s'agir dans le cas actuel ni de la loi neuchâteloise, ni de celle du canton de St.-Gall, puisque le droit de jouissance en contestation ne constitue point une question de statut personnel;

Que la clause insérée à l'art. 1 du codicille du 30 juin 1867 fait par Josette Morel née Duc, supposé même que celle-ci ait eu l'intention de restreindre dans les limites possibles de la loi et dans le sens des dispositions de l'art. 77 du code civil la jouissance de son mari sur les biens qu'elle délaisserait après sa mort, ne saurait avoir pour effet de porter atteinte à des droits acquis et consacrés par les lois en vigueur au jour où le mariage a été conclu.

(Journal des tribunaux vaudois XVI. pp. 254 ss.)

---

11. Collision gleichzeitiger Gesetzgebungen im Wechselrecht.

(Luzern.)

Gegen den Aussteller zweier Eigenwechsel wurde vor dem Gerichtspräsident in Luzern die Execution anbegehrt und von diesem bewilligt.

Der Aussteller erklärte den Recurs an die Justiz-Commission des Obergerichts auf Grund der zwei Thatsachen, daß die Wechsel von ihm im Canton Aargau ausgestellt seien und er selbst aargauischer Bürger, folglich als wechselfähig nur anzusehen sei, wenn er im cantonalen Ragionenbuch eingetragen erfunden wird, was der Fall nicht sei.

Die Justiz-Commission verweigerte die Execution (2. Juni 1866) unter folgender Begründung:

Die Zulässigkeit vorliegender Wechselexecution hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob nach der maßgebenden Gesetzgebung der Wechselaussteller wechselfähig gewesen und ob daher die zur Begründung der Wechselexecution eingelegten zwei Urkunden als executionsfähige Wechsel können angesehen werden, welche Frage, wo es sich um die liquide Behauptung absoluter und nicht blos von bestrittenen factischen Verhältnissen abhängender, daher illiquider Wechselunfähigkeit handelt, im Executionsstadium zu erörtern ist. Nach den in den meisten schweizerischen Cantonen geltenden Grundsätzen über Statutencollision (§ 6 luz. b. G.-B. *) richtet sich die persönliche Fähigkeit zur Eingehung einer Verbindlichkeit nach dem Rechte der Heimath, und wenn diese Regel im schweiz. Wechselconcordat nicht ausdrücklich wiederholt ist, wie es die deutsche Wechselordnung im Art. 84 **) gethan hat, so geschah dieß nicht aus dem Grund, um diese Regel auszuschließen, sondern weil sie sich Angesichts des citierten § 6 des allgem. b. G.-B., resp. des in dieser Frage allgemein angenommenen Heimathsprincipes von selbst versteht. Nur eine Ausnahme, welche gerade die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen bestätigt, ist im Interesse des Verkehrs durch den § 93 Schw.W.O. ***) aufstellt, näm-

---

*) Luz. b. G.-B. Für Handlungen und Geschäfte, welche — Fremde innerhalb des Cantons vornehmen, bleiben (sie) in Betreff der persönlichen Fähigkeit, dieselben vorzunehmen, den Gesetzen des Landes ihrer Herkunft unterworfen.

**) Deutsche W.-O. § 84. Die Fähigkeit eines Ausländers, wechselmäßige Verpflichtungen zu übernehmen, wird nach den Gesetzen des Staates beurtheilt, welchem derselbe angehört. Jedoch wird ein nach den Gesetzen seines Vaterlandes nicht wechselfähiger Ausländer durch Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten im Inland verpflichtet, insofern er nach den Gesetzen des Inlandes wechselfähig ist.

***) Schweizerische (i. e. Luzerner) W. O. § 93. Angehörige der Cantone, welche dem Concordate nicht beigetreten, sowie Ausländer werden bei Uebernahme von Wechselverbindlichkeiten in den concordierenden Cantonen als wechselfähig betrachtet, insofern sie sich nach

lich in Bezug auf die in den concordierenden Cantonen selbst von Fremden ausgestellten Wechsel, rücksichtlich welcher lediglich die Vertragsfähigkeit sich nach der heimathlichen Gesetzgebung bestimmt, die Frage der Wechselfähigkeit dagegen nicht weiter mehr nach dem heimathlichen Recht beurtheilt, sondern nach der Vertragsfähigkeit beantwortet wird. Vorliegend sind die fraglichen Wechsel nicht im Concordatsgebiet ausgestellt worden und Aussteller ist nach dem Heimathrecht unbestrittenermaßen nicht wechselfähig.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins n. F. III, S. 86 f.)

---

12. Anwendbarkeit des inländischen Gesetzes auf Gütertrennung von Ehegatten. (Bern.)

Am 23. November 1845 verehelichten sich im Bezirk Courtelary (Bern) Fritz Krause und Maria geb. Heidlauf, beide würtembergische Angehörige. Im Jahr 1864 fiel der Mann in Concurs und der Frau blieb Nichts, als was sie durch Handarbeit künftig erwerben konnte. Sie kam daher um Gütertrennung ein, „damit nicht etwa auch das von ihr sauer Erworbene durch die Gläubiger des Mannes ihr entzogen werden könne."

Das Districtsgericht Courtelary wies sie jedoch, obschon der Ehemann und die Gläubiger sich nicht widersetzten, mit ihrem Begehren ab.

Considérant:

Que les époux étant tous deux originaires du Wurtemberg, c'était aux tribunaux de ce pays qu'il appartenait d'en connaître, que les rapports matrimoniaux des époux, en ce qui concerne les biens, font partie du statut personnel, que la femme Krauss n'a pas prouvé ni allégué que le code civil de Wurtemberg permît la separation de biens.

Der Appellations- und Cassationshof von Bern hob diesen Spruch aber auf (26. Januar 1865).

Considérant:

1. Que la question qui se présente ne tombe pas directement sous l'application des principes qui régissent le statut personnel, *sensu stricto*, puisqu'il ne s'agit ni de l'état des personnes, ni d'un divorce on séparation de corps, ni de la capacité des époux à provoquer un pareil acte, mais qu'il s'agit d'une demande en *séparation de biens* entre époux, et que, à la solution de cette question, non-seulement l'ordre public du pays où les époux ont établi

---

den ihre Vertragsfähigkeit bestimmenden Gesetzen durch Verträge verpflichten können.

leur domicile, mais encore des tiers, créanciers, etc., peuvent être directement intéressés;

2. Que depuis leur mariage, les époux Krauss ont fixé leur domicile conjugal dans le Jura, qu'ils y ont acquis des biens, tant mobiliers qu'immobiliers, qu'ils y ont contracté en commun des dettes et des obligations, que même le mari y est tombé en faillite et que tant les opérations de cette faillite que les divers autres contrats antérieurs ont été réglés, sans opposition, et du consentement des intéressés, d'apres les dispositions légales en vigueur dans ce pays;

3. Que d'après l'art. 3 c. civ. fr. les lois de police et de sûreté obligent ceux qui habitent le territoire du Jura, que les immeubles qui y sont possédés même par des étrangers sont régis par la loi française, et qu'en l'absence de tout traité ou convention internationale avec le Wurtemberg, ce n'est pas aux autorités et lois de ce royaume qu'il faut renvoyer la demanderesse pour faire statuer sur sa demande en séparation de biens, mais qu'il convient et importe que cette demande soit appréciée par les autorités du pays où les époux ont établi leur domicile conjugal et y ont acquis des biens, et d'après les lois sous le bénéfice desquelles les époux se sont volontairement placés pour acquérir ces biens ou pour en acquérir par la suite, et que dès lors les tribunaux de notre canton sont compétents pour examiner le bien ou mal fondé de la présente demande en séparation de biens;

4. Que — appréciant cette demande — il est suffisamment prouvé par la faillite du mari Krauss qu'il y a eu désordre dans la gestion de ses affaires, que le concordat intervenu et par lequel le failli paye 30 % à ses créanciers, n'est pas par lui-même une preuve de bonne administration, et que sa femme a juste crainte de voir sa dot en péril, celle-ci ne se composât-elle que de son travail et de son industrie (art. 1443 et suiv. c. civ.).

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins n. F. I, S. 373 f.)

---

13. Namensänderung. Gegeninteresse. (Waadt.)

Am 29. Mai 1867 brachten vor dem Bezirksgericht von Vevey (Waadt) drei Personen des Namens Dulon folgende Klage ein: Es sei irrigerweise ihr Name in den Civilregistern von Villeneuve Dulon eingetragen und sollte in Uebereinstimmung mit den ältesten vorhandenen Civilregistern und anderen früheren Actenstücken in d'Ollon geändert werden, namentlich sollte durchweg in den Civilregistern von Villeneuve dies geschehen. — Vorgeladen als beklagte Partei wurde die Bürger-

gemeinde Ollon und aus Gründen öffentlichen Interesses betheiligt trat in die Erörterung auch der Staatsanwalt ein.

Die Vorgefechte beschlugen die zur Vorlage gebrachten Actenstücke und ihre Erfordernisse und Schlußkraft, die Qualität der Gemeinde Ollon als Gegenbetheiligter und die Recusation dreier Richter dieses Ortes.

Die Zulassung der Gemeinde Ollon als Gegenbetheiligter ward vom Gerichte ausgesprochen:

Attendu que la famille *Dulon* a ouvert action pour faire changer l'orthographe de son nom contre celui *d'Ollon;*

Que, conformément à la loi, elle a fait appel aux tiers qui estimeraient avoir le droit de s'opposer à ce changement;

Attendu qu'un nom constitue une propriété pour la famille qui le porte et que, conséquemment, tout individu dont un tiers veut prendre le nom a la faculté d'examiner si c'est à tort ou à raison;

Attendu qu'une commune qui n'est qu'une famille plus étendue et plus nombreuse, doit avoir le même droit;

Considérant dès lors que la commune d'Ollon dont la famille Dulon veut faire son nom, a un intérêt réel et direct à être admise à discuter cette question devant le tribunal appelé à la juger;

Vu les articles 23 du code civil et 103 du code de procédure civile, partie contentieuse.

Aus den bezüglichen Erhebungen ergibt sich:

1) daß der Name der Gemeinde früher verschieden geschrieben erscheint; a) in einem Kaufbrief des Edeln Johann von Châtonnage an die Gemeine von Oulon (11. November 1554), b) in einer Quittung der Gemeine von Oulon (20. Mai 1568), c) in einer Kundschaft über die Rechtungen des Schloßvogts an den Jahrmarkt von la Mottaz und der Bürgergemeine Doullon (20. Januar 1577);

2) daß in den Civilregistern von Villeneuve unterm 10. September 1592 und den 28. April 1594 dieselbe Person, das erstemal mit d'Ollon und das zweitemal als Franz Dulon eingeschrieben ist.

3) daß dieser Name in denselben Registern in den verschiedensten Gestalten erscheint;

4) daß aber seit Ende des 16. und Anfang des 17. Jahrhunderts der Name in den Registern sich immer gleich, wie jetzt, bleibt.

Das Districtsgericht von Aigle wies darum den Kläger ab (4. Februar 1868):

Attendu que ces faits constituent une possession d'état;

Considérant qu'aux termes de l'art. 171 du code civil, nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son acte de naissance et la possession conforme à ce titre;

Attendu que les registres anciens de l'état civil de Villeneuve renferment un grand nombre de variantes dans l'orthographe du nom des ancêtres des demandeurs;

Attendu qu'il n'est pas constant que le nom originel de la famille demanderesse soit celui *d'Ollon* qu'elle réclame aujourd'hui;

Que cette orthographe se trouve même très rarement dans les nombreux documents qui ont été mis sous les yeux du tribunal.

Considérant dès lors que les registres actuels de l'état civil ne renferment pas d'erreurs constatées et partant qu'il n'y a pas lieu à les rectifier.

Das Cassationsgericht, durch Urtheil vom 22. April 1868, bestätigte den Spruch

sowohl in Betreff der Betheiligung der Gemeinde Ollon:

Que l'intérêt *direct* qui, selon l'art. 103 du c. p. c. c., permet à un tiers d'intervenir dans un procès comme partie, ne peut être entendu que dans le sens qui résulte de la nature du procès dans lequel il intervient;

Qu'ainsi, dans une cause de l'espèce actuelle où il s'agit de la réclamation d'un nom, l'intérêt peut être réel sans être matériel, ou déterminé d'une manière matériellement appréciable;

Attendu que l'on ne saurait refuser à un tiers, individu ou famille, la faculté d'intervenir dans un procés dans lequel il s'agirait de la réclamation de son nom patronymique;

Attendu qu'une commune, bien que n'ayant pas un nom de famille, peut néanmoins avoir un intérêt réel et direct à maintenir en sa faveur la possession exclusive d'un nom ou d'une dénomination qui a, pour elle, la valeur et l'importance d'un fait historique;

Que cette importance existe également pour elle, si son nom de localité attribué à une personne actuelle avait l'effet de rattacher celle-ci à un personnage historique de la commune;

Attendu, enfin, que dans la cause où la décision de la question de rectifiation ne peut résulter que de l'appréciation des documents, pièces et titres produits à l'appui, l'intervention de la commune, si même elle n'était pas justifiée, ne serait pas de nature à avoir exercé de l'influence dans le sens prévu à l'article 405 § *b* du c. p. c. c.

als auch hinsichtlich der Abweisung:

Considérant, d'après les titres et documents de la cause, que pendant le temps qui s'est écoulé dans la periode de 1406 à 1592, et même antérieurement, une série de personnes de la branche ascendante et des branches collatérales de la famille des demandeurs, sont désignées dans ces titres et documents par des noms

patronymiques écrits comme suit: *de Ollono*, *de Olono*, *Doulon*, *d'Oulon*, *doulon*, *dolon*, *Dollon*, *d'Ollon*, *d'Vlon*, *D'Vlon*, *dVlon*, *Du Long*, *du Lon*, *Long*, *Lon*, *de Oulon*, *Dulon*, *d'Ulon;*

Que souvent, dans le même acte, figurent deux ou plusieurs de ces noms pour la même personne, et qu'il apparaît évidemment, par les variantes employées, que non-seulement l'orthographe n'en était pas fixée, mais que même le nom n'était pas arrêté; — ce qui, d'ailleurs, se présente fréquemment dans cette période dans laquelle les noms de famille continuaient à se former;

Considérant que les demandeurs ne fournissent pas de documents antérieurs à cette époque, ni même de cette époque, qui fassent connaître lequel de ces divers noms ou variantes serait celui qui doit leur être attribué par rectification de leur nom actuel;

Que si ces documents ne sont pas des actes de l'état civil, toutefois ils seraient suffisants pour être pris en considération s'ils présentaient de la concordance, soit entr'eux, soit avec des actes émanés des registres de l'état civil, au sujet du nom réclamé;

Attendu que ces documents présentent de nombreuses variantes;

Que le nom *d'Ollon*, qui est l'objet spécial de la question, ne se rencontre que dans un très petit nombre de ces documents, et que même, plusieurs fois, il est employé dans le même acte ou à la même époque alternativement avec l'un ou l'autre de ceux dont la nomenclature est donnée ci-dessus;

Considérant que les actes tirés des registres de l'état civil (établis pour la première fois à Villeneuve en 1573) présentent la succession suivante des inscriptions, quant au nom de la famille dont il s'agit, savoir: ce nom est écrit, en 1573, *dolon;* 1577, 1581, 1598 et 1599 *d'Vlon* et *dVlon;* 1589 *Long;* 1591, *du Long;* 1592 *d'Ollon* et *Dollon;* 1593 *Du Lon;* 1595 *du Lon;* 1596 *Lon;* 1627 *Dulon;* 1650 et 1682 *du Lon;* 1651 *Dulon;* 1683 *d'Ulon;* 1686 *Dulon*, et depuis lors, ce dernier nom qui a continué sans varier jusqu'à nos temps;

Que, dans des actes qui ne sont pas de l'état civil, le nom *Dulon* est employé, ainsi que cela se voit dans une reconnaissance de Claude Dulon, du 27 mars 1563; dans un extrait du premier manuel de Villeneuve partant de 1586, et dans une reconnaissance de François Dulon du 12 janvier 1621, où les noms de Nicolas Dulon, Claude Dulon, Jn-Etienne Vulliesme Dulon, Jaques Dulon et autres sont rappelés;

Considérant que l'on ne voit point, dans la période sus-men-

tionnée, de 1406 à 1592, et même auparavant, que les membres de la famille actuellement Dulon soient plus particulièrement désignés sous le nom *d'Ollon*, et que les autres dénominations proviennent d'une erreur dans les inscriptions qui ont été faites en ce temps;

Qu'il n'apparaît même d'aucune préférence pour ce nom en ce qu'on le voit être employé indifféremment avec tel autre, dans le même acte, pour désigner le même individu, et qu'il ne se rencontre point dans la plupart des documents;

Qu'après avoir éte écrit dans quelques actes, puis remplacé par une autre désignation, il reparaît dans l'acte de baptême de Nicolas *d'Ollon*, du 10 septembre 1592, puis est suivi pendant quelque temps des noms *d'Ulon*, *du Lon*, *ou Du Lon*, et ne se retrouve bientôt plus dans aucun acte;

Considérant, sur ces faits, que pour justifier la rectification demandée, il faut établir que le nom porté actuellement par la famille n'est pas celui qui lui appartient; qu'il est le résultat d'une erreur et doit être remplacé par un autre qui soit bien le sien;

Attendu, d'un côté, que les recourants Dulon ne démontrent point que le nom *d'Ollon* ait été le nom constant de leurs auteurs pendant une période plus ou moins étendue;

Que le grand nombre des noms appellatifs, sous lesquels leurs ascendants sont indiqués, ne permet pas de distinguer celui de ces noms qui, alors, aurait été le vrai et seul nom patronymique;

Attendu, d'autre part, que les demandeurs estiment que ces noms variés proviennent tous de la même origine, savoir, du nom du village ou commune d'Ollon et que les diverses variantes, soit latines, soit en langue vulgaire, ne sont qu'une traduction ou qu'un mode de sa prononciation, ensorte que l'erreur serait née du maintien d'un nom Dulon, qui dans l'origine signifiait d'Ollon;

Attendu, sur ce point, qu'il n'est produit au procés aucun document quelconque et qu'il n'est établi aucune preuve, ni aucun fait constatant l'origine du nom dont il s'agit, ou desquels on puisse inférer que le nom de la famille Dulon se rattache à celui de la commune d'Ollon; que même cette famille ne se dit pas être originaire ou bourgeoise de cette commune;

Que les rapports des experts motivés par des considérations étymologiques et basés sur les inférences que la science peut tirer de documents généalogiques incomplets, ne sont pas appuyàs, toutefois, sur des faits ou des actes suffisants et ne sauraient être admis comme devant avoir un effet juridique quant à une rectification;

Qu'au surplus, la conclusion de ces rapports n'a pas la portée que les demandeurs lui attribuent;

Attendu, d'ailleurs, que des présomptions ne pourraient suffire pour faire admettre que pendant un trés grand nombre d'années (de 1592 à nos jours), il y a eu erreur persistante sur le nom de famille dont il s'agit et qu'actuellement cette famille ne serait pas en possession du nom qui lui appartient;

Qu'il y a lieu, au contraire, de reconnaître que cette longue possession démontre que les variantes signalées plus haut se sont arrêtées et que le nom actuel qu'elle porte est seul demeuré comme étant le sien.

Nur hinsichtlich des erstinstanzlichen Motivs aus Art. 171 des Civilgesetzes gab das Cassationsgericht der Familie recht.

Considérant, en ce qui concerne l'application de l'article 171 du code civil, dont le tribunal civil a fait un des motifs de son jugement; qu'en effet, il ne s'agit pas ici d'une demande en changement d'état ou d'état civil, mais seulement d'une rectification de nom qui n'aurait aucune conséquence à l'égard de l'état civil, dont les demandeurs sont en possession.

(Journal des tribunaux vaudois XV. pp. 378 ss. 638 ss., 880 ss., XVI. pp. 110 ss. 275 ss.)

---

14. Firma. Begriffsbeschränkung. (Bern.)

Die Witwe des L. C. Guichard eröffnete zu Bern ein Galanteriegeschäft mit der Bezeichnung à la ville de Paris. Das Recht zu dieser Bezeichnung bestritt ihr der Kaufmann Blum-Javal, welcher mit dem verstorbenen Ehemann der Beklagten früher einen Handel mit verfertigten Kleidern betrieben, aber dieses Geschäft im Jahre 1861 aufgelöst hatte, unter der Verabredung, das Magazin im „europäischen Hof" und die Bezeichnung à la ville de Paris bleibe dem L. C. Guichard, das Magazin an der Kramgasse dem Blum.

Als im Jahre 1863 dieser erkrankte und unter Vormundschaft gestellt ward, verkaufte der Vormund das Geschäft des Guichard mit allen Rechten an Blum-Javal, der nun auch die Firma à la ville de Paris als sein Eigenthum ansah.

Der Appellations- und Cassationshof von Bern war aber anderer Ansicht und wies ihn mit seiner Klage gegen Frau Guichard ab (26. October 1865) mit folgenden Gründen:

1) Daß — selbst angenommen, die Annahme einer Firma, welche einer bereits bestehenden gleich oder so ähnlich ist, daß sie Täuschungen oder Verwechslungen veranlassen könnte, wäre durch Gesetz oder nach Grundsätzen des Rechts allgemein verboten — im vorliegenden

Falle Herr Blum-Javal nicht gestützt auf ein solches Verbot zu klagen berechtigt ist, indem:

a. der Bezeichnung „à la ville de Paris" ihrer Beschaffenheit nach und wie sie im vorliegendem Falle von den Parteien gebraucht worden, nicht die Bedeutung einer Firma zukömmt, sondern dieselbe höchstens als Zusatz einer solchen betrachtet werden könnte, daher die Annahme dieser Bezeichnung allein ohne gleichzeitige Annahme oder Nachahmung des Namens des Eigenthümers oder der Firma des Geschäfts nicht als Mißbrauch einer Firma gelten kann;

b. das von Frau Guichard errichtete Kaufgeschäft kein Concurrenzgeschäft desjenigen des Herrn Blum ist, indem es im Wesentlichen andere Handelsartikel beschlägt, als diejenigen, mit deren Umsatz Herr Blum sich befaßt, somit dieser letztere durch den Gebrauch der fraglichen Geschäftsbezeichnung keinen Schaden erleiden kann und daher kein Interesse hat, zu klagen;

2) daß, wenn der Kläger als Käufer des Geschäfts im Europäischen Hof Gewicht darauf gelegt hätte, daß sein Geschäft ausschließlich die fragliche Bezeichnung zu gebrauchen berechtigt werde, es ihm ein Leichtes gewesen wäre, die Uebertragung derselben auf ihn gegenüber seinem Verkäufer, Herrn Guichard, beziehungsweise dessen Rechtsvertreter, zu stipulieren, nun aber, da eine solche Vertragsklausel nicht aufgenommen worden, Frau Guichard auch durch keine specielle persönliche Verpflichtung gehindert war, ihrer Firma die fragliche Bezeichnung beizusetzen.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins n. F. II, S. 243 f.)

---

15. Firma. Beschränkung in der Wahl derselben.

(Baselstadt.)

Unterm 17. Februar 1865 erschien im Cantonsblatt von Basel eine Anzeige, daß im Ragionenbuch eine Firma eingetragen worden, des Namens Ormond & Comp., bestehend aus W. Ormond und C. Landerer-Champrenaud.

Gegen diese Ankündigung erhob das gleichnamige Haus, dessen Sitz in Vevey und Genf ist, Einsprache, mit der Behauptung, es leide dadurch Schaden, indem das Fabrikat des Baseler-Hauses (Cigarren) dasjenige der Kläger wegen Schlechtigkeit discreditiere. Als ungefähren Ansatz dieses Miscredits bezeichneten die Kläger die Summe von Fr. 15000, — die sie auf den Fall verlangen, daß Beklagte die Firma nicht auf Spruch des hiesigen Richters ändern. Kläger hoben dabei hervor, daß die Führung dieser Firma nicht sowohl darin ihren Grund habe, weil der Associerte Ormond öconomisch oder persönlich bei der

Fabrication vorwiegend betheiligt sei, sondern weil sie anstrebe, ihr Fabricat mit demjenigen der Kläger möglichst zu verwechseln und sich durch den Schaden der Kläger zu bereichern. Für diese Behauptung legten sie als Beweis die Fabrikzeichen der Beklagten vor.

Die Beklagten bestreiten diese Absicht und die Aehnlichkeit der Zeichen und behaupten ihr Recht, nach freiem Ermessen auf hiesigem Platz eine Firma zu wählen, die im hiesigen Nagionenbuch nicht enthalten sei. Ueberdies bezweifeln die Beklagten, ob nicht in der Klage eine Strafklage verhüllt sei, die nicht vor Civilgericht zu entscheiden wäre.

Die erste Instanz verwarf aber, durch Spruch vom 26. April 1866, diese Klage, mit folgender Erörterung:

— Die Befugniß zur Wahl einer Firma sei durchaus frei. Wenn Einschränkungen bestehen, so könne dies nur der Fall sein in Bezug auf den Handel in einem und demselben Gebiet, wenn nicht etwa gar nur in Bezug auf den Platz.

Der Wortlaut der Verordnung vom 6. Mai 1863 spreche nun für die weitere Ansicht, daß der Canton als das Gebiet anzusehen sei, in Bezug auf welches die Wahl der Firmen beschränkt werden muß. Weiter aber könne die Grenze nicht gezogen werden.

Die zweite Instanz dagegen, durch Urtheil vom 12. Juli 1866, hob das erstinstanzliche Urtheil auf, untersagte den Beklagten die Führung der Firma Ormond & Comp. auf schweizerischem Gebiete, so lange die gleichlautende Firma der Kläger auf ebendiesem Gebiete besteht, für den von letzterer ausgeübten Geschäftszweig, von der Ansicht ausgehend,

daß im Handelsverkehr die Tradition einer schon bestehenden Firma gleichwie der sich allmählich daran knüpfende Geschäftsvertrieb zu den Werthfactoren eines Handelsgeschäfts zählen, und als Mittel und Ausfluß rechtmäßiger Erwerbsthätigkeit gegen unbefugte Uebergriffe zu schützen sind;

daß wenn auch im Allgemeinen die Wahl einer Firma als frei gelten muß, dieses immerhin durch die Rücksicht beschränkt ist, daß nicht Interessen bereits bestehender Firmen dadurch gefährdet erscheinen, was bei dem Nebeneinanderbestehen gleichlautender Firmen für denselben Geschäftszweig nicht nur in demselben Ort oder Gerichtssprengel, sondern auch in demselben nationalen Productions- resp. Verkehrsgebiet, namentlich im ausländischen Handelsverkehr zutreffen kann, weshalb unter diesen Voraussetzungen einer schon von früherher bestandenen Firma das Recht zustehen muß, gegenüber einer erst später angenommenen gleichlautenden Firma, selbst wenn letztere aus dem Geschlechtsnamen eines der Theilhaber gebildet ist, auf eine unterscheidende Abänderung anzutragen und zwar gleichviel, ob bei einer derartigen Zusammensetzung und Wahl der spätern Firma

Absicht oder bloßer Zufall obgewaltet hat, ein Moment, welches nur bei Bemessung eines hier nicht in Frage liegenden Entschädigungsbetrages von Belang wäre.

(Directe Mittheilung.)

---

16. Vertretung von Anstalten durch den Staat. (Waadt.)

Durch Testament vom 13. April 1846 hatte J. E. Appelt zu Genf seine Schwester, Frau Renevier-Appelt, zur einzigen Erbin eingesetzt und folgende Clausel beigefügt:

„Feu mon frère Daniel-Jean Appelt, ayant laissé à sa veuve Henriette Appelt, née Veyrassat, la jouissance d'environ soixante mille francs dont, après sa mort, (que Dieu lui accorde longue vie), la moitié doit me revenir soit à mes héritiers, j'en laisse la jouissance à ma sœur si elle survit à ma bellesœur, lui enjoignant sur son honneur d'en disposer après elle et de ma part comme suit:"

„Un quart aux divers établissements de bienfaisance de Genève au nombre de 12 environ, etc."

Auf Grund dieses Testaments verlangte nun „der Staat Genf" von den Erben der seither verstorbenen Frau Renevier Einweisung in den Achtel des Vermögens von D. J. Appelt, verehelichter Veyrassat. Er machte diese Klage geltend Namens von neun Wohlthätigkeits-Anstalten, weil diese „sont soumis à l'Etat et dépendent de lui."

Das Districtsgericht von Nolle wies aber den Staat Genf mit seinem Anspruch am 4. October 1867 ab.

Statuant sur la première exception tirée du défaut de vocation de l'Etat de Genève.

Attendu que les établissements de bienfaisance qui peuvent avoir droit au legs faits par défunt Jean-Emmanuel Appelt dans son testament, n'y sont point spécifiés d'une manière absolue, quoique le nombre de 12 environ y soit indiqué;

Que l'on ne voit point dans l'institution de ce legs que l'Etat de Genéve ait la surveillance de son exécution;

Considérant que l'Etat de Genève réclame l'exécution du legs au nom de neuf établissements énumérés dans sa réponse, fondé sur ce que ces établissements sont soumis à l'Etat et dépendent de lui;

Considérant que les diverses lois et règlements qui instituent les établissements dont il s'agit en leur donnant une existence légale, ne donnent point à l'Etat de Genève le droit qu'il revendique aujourd'hui, c'est-à-dire de les administrer et de plaider pour eux;

Que ces lois et réglements ne font que les placer sous la surveillance et le contrôle de l'Etat, sans l'autorisation duquel ils ne peuvent, en certains cas, agir légalement;

Considérant que cette surveillance et ce contrôle de l'Etat même, s'exerçant par des membres du gouvernement désignés à cet effet, n'autorisent point celui-ci à agir en leur nom comme il le prétend, ceux-ci étant des personnes morales, indépendantes et ayant leur vie propre;

Considérant enfin que si même ces établissements ont besoin de l'autorisation de l'Etat pour plaider, il ne s'en suit point que celui-ci ait le droit de plaider en leur nom, ce droit ne lui étant point concédé par les lois qui les constituent et les régissent.

(Journal des tribunaux vaudois XV, pp. 749 ss.)

---

17. Heimatangehörigkeit. (Bundesgericht.)*)

Das schweizerische Bundesgericht in Sachen des schweizerischen Bundesrathes, Klägers, vertreten durch Herrn Trachsler, eidgenössischen Untersuchungsbeamten in Heimatlosensachen, in Bern, gegen

I. die Regierung des Cantons Tessin, vertreten durch Herrn Fürsprech Niggeler in Bern;

II. die Regierung des Cantons Graubündten, vertreten durch Herrn Fürsprech Bützberger in Langenthal, Beklagte;

ferner III. die Familie Sonanini, in Roveredo, Nebenintervenientin zu Gunsten des Cantons Tessin, ebenfalls vertreten durch Herrn Fürsprech Niggeler in Bern,

betreffend Einbürgerung einer heimatlosen Familie,

hat über nachstehende Rechtsfragen zu urtheilen:

---

*) Das Bundesrecht von 1848 führt den Satz ein, daß die Heimatlosigkeit in der Schweiz wegfalle, und jeder schweizerische Angehörige ein festes Gemeindebürgerrecht und damit auch das betr. Cantonsbürgerrecht erhalten müsse.

Die Durchführung dieses Satzes führte zu einer Reihe neuer Cantonalgesetze, wodurch das Verfahren reguliert ward, nach welchem in den einzelnen Cantonen die Personen, welche denselben angehörten, ohne besondere Gemeindebürgerrechte zu besitzen, in solche eingereiht werden sollten.

Wo aber zwischen einzelnen Cantonen Anstände eintraten, welchen einzelne Heimatlose zugeschrieben werden sollen, da entschied das Bundesgericht und es ist eine seiner dankenswerthesten Leistungen, hierin nach festen Grundsätzen zu Aufhebung des regellosen frühern Zustandes mitgewirkt zu haben.

A. Rechtsfrage des Klägers. Ist der Canton Tessin zur Einbürgerung der Familie Sonanini in Sonogno verpflichtet, bestehend aus folgenden Personen:

I. 1) Maria Josepha nata Giboni, Witwe des Johann Petrus Sonanini, geboren 1774;

II. 2) Carlo Dominicus Sonanini, Sohn der Eheleute Sonanini-Giboni, wohnhaft in Düren, Königreich Preußen, geboren 1798;

3) Giuseppa nata Zebio, dessen Ehefrau; und ihre Kinder:

4) Giovanni Carlo, geboren 1822;

5) Pietro Carlo Dominico, geboren 1826;

6) Maria Johanna Carolina Josepha, geboren 1830;

7) Adolph Carl, geboren 1832;

8) Anna Maria Monica, geboren 1834;

9) Elisabetha Maria Josepha Anna, geboren 1837;

10) Carl Dominicus Friedrich Wilhelm, geboren 1841;

III. 11) Dominicus Joseph Sonanini, Sohn der Eheleute Sonanini-Giboni, geboren 1799;

12) Giovanna Tini verwitwete Grossi, geboren 1820, dessen Ehefrau; und ihre Kinder:

13) Maria Ursula Josepha, geboren 1860;

14) Pietro Antonio Dominico, geboren 1861;

IV. 15) Petrus Antonius Sonanini, Sohn der Eheleute Sonanini-Giboni, geboren 1801;

16) Barbara Bonalini, geboren 1807, dessen Ehefrau; und ihre Kinder:

17) Maria Barbara Antonia Josepha, geboren 1834;

18) Peter Joseph Anton Ambrosius, geboren 1836;

19) Maria Annunciata, geboren 1839;

20) Ursula Josepha, geboren 1842;

21) Johann Peter Carl, geboren 1844;

22) Carl Anton Peter, geboren 1846;

23) Franciscus Julius Anton, geboren 1850;

V. 24) Julius Sonanini, Sohn der Eheleute Sonanini-Giboni, geboren 1803;

Da diese Entscheide im Allgemeinen nicht sowohl politische, als factische Fragen zu erörtern haben, so fanden sie in dieser Zeitschrift bisher nicht Aufnahme und nur in der „bundesrechtlichen Praxis“ von Ullmer sind Resultate und einzelne Erörterungen aus dergleichen Verhandlungen aufgenommen. Damit jedoch das Gesammtbild eines solchen Falles aufrechterhalten bleibe, bevor diese Richtung der bundesgerichtlichen Thätigkeit wohl für immer verschwindet, erscheint hier eines der betreffenden Urtheile in seinem vollen Context.

25) Ursula Nicola, geboren 1817, dessen Ehefrau;

VI. 26) Johanna Sonanini nata Tanio, geboren 1811, Witwe des Johann Joseph Paulus Sonanini, Sohn der Eheleute Sonanini-Giboni; und ihre Kinder:

27) Johann Dominicus Julius, geboren 1844;

28) Maria Josepha Ursula, geboren 1845;

29) Maria Antonia Johanna, geboren 1847;

30) Maria Josepha Angiola, geboren 1849;

31) Peter Anton Laurentius, geboren 1851?

B. Rechtsfragen der ersten Beklagten. I. In erster Linie: Soll es nicht bei dem die Familie Sonanini betreffenden Beschlusse des Kleinen Rathes des Cantons Graubündten vom 14. December 1850 und dem zweiten Dispositiv des Urtheils des Oberappellationsgerichtes des Cantons Graubündten vom 22. November 1853 sein Bewenden haben, und ist nicht demnach das Klagbegehren des Bundesrathes abzuweisen?

II. Eventuell, für den Fall der Anerkennung eines tessinischen Bürgerrechtes der Familie Sonanini: Ist nicht zu erkennen, die Familie Sonanini habe, außer dem ihr zuerkannten Bürgerrecht im Canton Tessin, auch Anspruch auf das Angehörigkeitsrecht in Roveredo, und die Regierung des Cantons Graubündten sei verpflichtet, sie in diesem Rechte zu schützen.

C. Rechtsfrage der zweiten Beklagten. Ist nicht die Intervention der Familie Sonanini als unstatthaft zu verwerfen?

Den Acten des schriftlichen Vorverfahrens und den heutigen mündlichen Parteivorträgen werden folgende thatsächliche Verhältnisse entnommen:

A. Im December 1844 erhob Dominico Sonanini in Roveredo bei dem Kleinen Rathe des Cantons Graubündten Beschwerde gegen die Gemeinde Roveredo, weil diese ihn nicht als Gemeindeangehörigen anerkennen wolle und ihm daher die Ausstellung der nöthigen Ausweisschriften zu einer Reise ins Ausland verweigere. Die genannte Gemeinde verlangte Abweisung der Beschwerde; denn die Familie Sonanini stamme aus Sonogno im Verzasca-Thale, im Bezirke Locarno, Canton Tessin, besitze jetzt noch das dortige Bürgerrecht und habe dasjenige von Roveredo nie erworben. In Folge dessen wurde in Graubündten, nach Anleitung eines dort in Kraft bestehenden Gesetzes über Bestimmung zweifelhafter Angehörigkeitsrechte bündtnerischer Heimatloser, eine Untersuchung über die Verhältnisse der Familie Sonanini und eine Correspondenz mit Tessin eingeleitet, welche eine Reihe von Jahren in Anspruch nahm. Am 14. December 1850 gelangte der Kleine Rath von Graubündten zu dem Beschlusse, es sei der Familie Sonanini das Angehörigkeitsrecht in der Gemeinde Roveredo definitiv zugesprochen; dieser Beschluß

wurde damit begründet, daß einerseits die Gemeinde Roveredo den Beweis für die Herstammung der Familie Sonanini aus der Gemeinde Sonogno nicht vollständig geleistet habe, und daß anderseits die Regierung des Cantons Tessin sich beharrlich weigere, die Glieder der in Frage stehenden Familie als dortige Staatsbürger anzuerkennen. Gegen den Beschluß des Kleinen Rathes wandte sich die Gemeinde Roveredo nach Anleitung des erwähnten Gesetzes an das Oberappellationsgericht von Graubündten. Letztere Behörde fällte am 22. November 1853 ihr Urtheil, constatirte darin, daß die Maßnahmen, um der Familie Sonanini ein Bürgerrecht im Canton Tessin auszuwirken, keineswegs als erschöpft zu betrachten seien, und hob den kleinräthlichen Beschluß vom 14. December 1850 auf; gleichzeitig bestimmte sie in Dispositiv 2: „Sollte nach Erschöpfung der geeigneten Rechtsmittel die Anerkennung der Familie Sonanini im Bürgerrechte des Cantons Tessin, sei es durch Schritte bei den Behörden des Letzteren, sei es bei denjenigen des eidgenössischen Bundes, nicht ausgewirkt werden können, so bleibt die besagte Familie in Gemäßheit des kleinräthlichen Beschlusses vom 9. Januar 1847 jetzt für dann als Angehörige der Gemeinde Roveredo anerkannt."

B. Im Jahre 1853 gelangte Peter Sonanini mit einer Beschwerde über Verschleppung der Einbürgerung seiner Familie in Roveredo an den Bundesrath. Nachdem durch die darauf eingeleiteten Schritte sowohl bei Graubündten als bei Tessin der bestimmte Beschluß constatiert worden war, freiwillig die Familie Sonanini nicht als Bürger anzuerkennen, beauftragte der Bundesrath am 21. November 1856 seinen Generalanwalt, über die Einbürgerung dieser Familie Untersuchung zu pflegen und Bericht und Antrag zu hinterbringen. Am 30. December 1863 beschloß der Bundesrath auf den Antrag des Untersuchungsbeamten in Heimatlosensachen, es seien die im Eingange des vorliegenden Urtheiles genannten 31 Personen als Bürger des Cantons Tessin (Gemeinde Sonogno) anerkannt. Mit zwei Schreiben vom 21. und 29. März 1864 erklärte der Staatsrath von Tessin, daß die Gemeinden Frasco und Sonogno (welche früher eine einzige Pfarrei bildeten), sowie die Familie Sonanini den Bundesrathsbeschluß nicht anerkennen und den Canton Graubündten als Beklagten ins Recht rufen, und daß er für den Canton Tessin dieser Erklärung sich anschließe.

C. In Klagschrift vom 16. Mai 1864 verstellt der Kläger, gestützt auf Art. 43 der Bundesverfassung und auf Art. 1, 3, 6, 7, 8, 11 Ziffer 1, und 12 Ziffer 2 des Bundesgesetzes über die Heimatlosigkeit vom 3. December 1850, die obenenthaltene Rechtsfrage zur bejahenden Beantwortung. Dieser Antrag wird im Wesentlichen mit folgenden Sätzen begründet: nach den Ergebnissen der Untersuchung, daß die in Frage befindlichen 31 Personen der Familie Sonanini

aus der Familie Sonognini abstammen, welche in Sonogno im Verzasca-Thal, Canton Tessin, verbürgert sei; die allerdings eingetretene lange Abwesenheit der Familie Sonanini von Sonogno und der entsprechende lange Aufenthalt in Roveredo habe den Verlust des Bürgerrechtes in Sonogno nicht bewirken können, weil es im schweizerischen Staatsrechte Grundsatz sei, daß das Heimatrecht durch Abwesenheit nicht verloren gehe, und daß kein Canton seine Bürger des Bürgerrechtes verlustig erklären könne; nachdem die Abstammung der Familie aus Sonogno klar erbracht sei, fallen diejenigen Momente, welche gegenüber Graubündten unter andern Umständen als belastend erscheinen müßten, als unwesentlich in keinen weitern Betracht.

D. Die Regierung des Cantons Tessin als Hauptbeklagte und die Familie Sonanini in Roveredo als Nebenintervenientin tragen in Klagbeantwortung vom 19. April 1864 auf Abweisung des Klagschlusses des Bundesrathes an und verstellen statt desselben die vorstehend angeführten Rechtsfragen zur bejahenden Beantwortung. Zur Unterstützung dieses Antrages behaupten sie, daß der Beweis der ursprünglichen Abstammung der einzubürgernden Familie von Sonogno nicht erbracht sei, daß dieselbe jedenfalls das Bürgerrecht in Sonogno verwirkt und dagegen die Angehörigkeit in Roveredo erworben hätte, und daß, angenommen selbst, es stände ihr in Sonogno noch ein Bürgerrecht zu, sie nichtsdestoweniger auch auf die Angehörigkeit in Roveredo und auf das Staatsbürgerrecht des Cantons Graubündten Anspruch hätte.

E. In Replik vom Januar 1865 beantragt die Regierung von Graubündten die Verwerfung der Intervention der Familie Sonanini, in dem obwaltenden Proceß, die bejahende Beantwortung der vom Kläger gegenüber Tessin gestellten Rechtsfrage und die Abweisung des eventuellen Rechtsbegehrens des Cantons Tessin und der Familie Sonanini. Zur Begründung dieses dreifachen Antrages stellt die genannte Regierung im Wesentlichen auf nachstehende Sätze ab:

a) In Heimatlosenprocessen sei es überall nicht zulässig, daß die betreffenden Heimatlosen an der Proceßführung als Intervenienten Theil nehmen; denn der Proceß in Heimatlosensachen beruhe auf einen amtlichen, wesentlich auf Principien der Untersuchungsmaxime gegründeten Verfahren, während die Intervention ein wesentlich auf der Verhandlungsmaxime beruhendes Proceßverfahren voraussetze. Eine Intervention sei hier auch darum unstatthaft, weil man nicht sagen könne, daß ein Recht oder eine Verbindlichkeit der Familie Sonanini vom Entscheide des vorliegenden Processes abhänge; denn wenn diese wirklich Rechte auf eine bündtnerische Heimat besitze, so werden dieselben durch das auszufällende Urtheil in keiner Weise gefährdet.

b) Die Abstammung der einzubürgernden Personen aus Sonogno sei zur Evidenz erbracht, und das ihnen nach der Abstammung gehörende

Bürgerrecht in der Gemeinde Sonogno daure ununterbrochen fort. Nicht nur nach der gegenwärtigen Bundesverfassung, sondern nach altem Bundesstaatsrecht seien die Heimatberechtigungen unverjährbar. Wenn früher etwa Fälle der Verwirkung des Bürgerrechtes vorgekommen seien, so sei dies nur geschehen in Folge eines Strafurtheils oder einer positiven gesetzlichen Vorschrift; ein derartiger Fall liege aber nicht vor.

c) Betreffend das eventuelle Rechtsbegehren über das Angehörigkeitsrecht der Familie Sonanini in Roveredo mangle die active und die passive Legitimation der Parteien und die Competenz des Gerichtes.

F. Die Regierung von Tessin hält in Duplik vom 6. April 1865 an ihrer Auffassung fest.

G. Bei den mündlichen Schlußverhandlungen, welche gestern und heute stattgefunden haben, setzen die Parteien dem Gerichte ihre Anschauungen einläßlich auseinander.

H. Was die Abstammung der eingebürgerten 31 Personen betrifft, so herrscht zwischen den Parteien kein Streit darüber, daß Joh. Petrus Sonanini, der verstorbene Ehemann der Witwe Maria Josepha geb. Giboni, und der Vater resp. Großvater der übrigen 30 Personen, der Sohn ist von Carlo Giuseppe Sonanini, geboren 1745 und gestorben 1774, und daß der Letztere seinerseits der Sohn eines Pietro Sonanini ist; über die Abstammung des Pietro Sonanini stellten dagegen die Parteien verschiedene Behauptungen auf. Nach der Anschauung des Bundesrathes und des Cantons Graubündten ist Pietro Sonanini der im Jahr 1685 in Sonogno geborene Enkel eines Martinus Sonanini, gestorben 1687; von Seite des Cantons Tessin dagegen wird behauptet, jener Pietro sei mit dem Enkel von Martinus Sonognini nicht identisch. Unbestreitbar ist übrigens, daß der Pietro Sonanini, von welchem die jetzige Familie Sonanini in Roveredo abstammt, aus dem Verzasca-Thal gebürtig war, nach folgendem auf seinen Sohn Carlo Giuseppe bezüglichen Eintrag in das Todtenbuch von Roveredo: „Anno 1774, die 8a decembris. — Innotuit mors Caroli Josephi filii Petri Sonanini ex valle Verzasca oriundi, hac tamen in parochia nati atque domiciliati.“ Diese Thatsache wird bestätigt durch folgenden, auf einen Sohn des Carlo Giuseppe bezüglichen Auszug aus den Civilstandsregistern von Roveredo: „Anno 1767, die 14 mensis Julii. — Ego parochus Julius Barbieri, baptizavi Johannem Josephum, filium Caroli Sonanini ex valle Verzasca oriundi.“ In verschiedenen Actenstücken, welche auf andere, den Namen Sonanini tragende Personen Bezug haben, ist bestimmter, statt des Verzasca-Thales, der in diesem Thal liegende Ort Sonogno als deren Heimatort angegeben; auch rücksichtlich der jetzt in Frage liegenden Familie liegen genügende Gründe vor, ihre unbestreitbare Herkunft aus dem Verzasca-Thal bestimmt auf den Ort

Sonogno zu beziehen, wie denn auch von Seite Tessins in keiner Weise hat gezeigt werden können, daß Personen von diesem Namen aus einem andern Orte gestammt haben.

I. Die Verehelichung des verstorbenen Vaters resp. Großvaters der einzubürgernden Personen Johann Petrus Sonanini mit seiner noch lebenden Frau, Maria Josepha geb. Giboni, fand im Jahre 1797 in Roveredo statt, ohne vorherige Verkündigung im Canton Tessin oder sonstige Schritte bei den dortigen Behörden. Dafür, daß damals die Tessinische Gesetzgebung für den Abschluß von Ehen ihrer Bürger im Auslande als Bedingung zur Gültigkeit der Ehen die Mitwirkung der Heimatbehörden verlangt habe, liegts nichts vor. Das gegenwärtige, seit 1838 in Kraft bestehende Civilgesetzbuch des Cantons Tessin enthält diesfalls folgende Bestimmungen:

Art. 20. „Wer zum Vater einen Tessiner hat, ist Bürger des Cantons Tessin, auch wenn er im Auslande geboren wird."

Art. 21. „Die Frau folgt dem Stande des Mannes."

Art. 161. „Gültig ist die im Auslande geschlossene Ehe eines Tessiners, wenn die für deren Gültigkeit daselbst (am Orte der Celebration) vorgeschriebenen Formen erfüllt wurden und die Ehe im Uebrigen nicht in Mißachtung der in diesem Titel (Art. 48—61) enthaltenen Bestimmungen geschlossen wurde."

In den citierten Art. 48—61 findet sich keine Vorschrift, daß zur Eingehung der Ehe eines Tessiners außerhalb dem Canton die Einwilligung der Ortsbehörden oder die Publication der Ehe in der Heimatgemeinde erforderlich sei.

K. Die tessinische Gesetzgebung früherer und neuerer Zeit enthält keine Bestimmung, wonach auswärts wohnende Tessiner behufs Inkrafterhaltung ihres Bürgerrechtes zu gewissen Leistungen oder zur Erfüllung gewisser Formalitäten verpflichtet gewesen wären; nur schrieb das Gesetz vom 1. Juni 1835 betreffend die Bürgerschaften vor, es habe jedermann innert einer Frist von sechs Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes sich zur Eintragung in die Bürgerregister zu melden, ohne übrigens hiemit die Androhung des Bürgerrechtsverlustes zu verbinden. Am 2. Januar 1847 erließ dagegen der Gemeinderath Sonogno an alle diejenigen, und zwar besonders auch an die auswärts Wohnenden, welche der Gemeinde Sonogno anzugehören glauben, eine Aufforderung im Amtsblatt, innert einer Frist von drei Monaten sich zu melden, mit der Androhung, daß sie sonst nicht als Bürger von Sonogno anerkannt und aller Rechte als Orts- und Gemeindebürger verlustig erklärt würden. Dieser Aufforderung steht übrigens folgende vom 6. Februar 1847 datierte Erklärung gegenüber, welche die Municipalität von Sonogno in Folge eines ihr von Roveredo eingesandten Stammbaumes der Familie Sonanini gegenüber der Municipalität von Roveredo ausgestellt hat: „Mit Vorbehalt,

daß der Auszug aus den Pfarrbüchern von Roveredo betreffend die genannte Familie getreu ausgefertigt worden sei, und in Anbetracht auch verschiedener anderer Umstände und bezüglicher Documente, anerkennt die Municipalität von Sonogno, daß die Familie Sonanini und Sonognini ursprünglich die gleiche sei und daher Bürger der Gemeinde Sonogno."

L. Ueber das Verhältniß, in welchem die Angehörigen der Familie Sonanini bisanher zu der Gemeinde Roveredo gestanden haben, finden sich in den Acten folgende Aufschlüsse:

a) In Folge neuer Abgaben, welche die Gemeinde Roveredo im Jahr 1812 von dem Johann Petrus Sonanini, dem Vater resp. Großvater der einzubürgernden Personen, eintrieb, und wogegen der Letztere beim Kleinen Rathe von Graubündten eine Beschwerde einreichte, kam unter Vermittlung des Letzteren am 3. November 1812 ein Vergleich zu Stande, worin die Gemeinde Roveredo erklärte, in Berücksichtigung des Umstandes, daß die Familie Sonanini schon seit mehr als 100 Jahren in der Gemeinde domiciliert sei, und in Anbetracht der von den obern Cantonsbehörden getroffenen Vorschriften über die Auflagen und Leistungen, welche den nicht-bürgerlichen Einwohnern (abitanti non vicini) auffallen, daß Petrus Sonanini unter dem Titel eines Fremden (forestiere) mit keinen andern Gemeindeabgaben belegt werden solle, als denen, welche im Jahr 1799 von den fremden Einwohnern (abitanti forestieri) erhoben worden seien. Seither haben die Sonanini die Fremdensteuer (foresteradico) stets bezahlt;

b) verschiedenen Mitgliedern der Familie stellte die Gemeinde Roveredo oder der Canton Graubündten zum Zwecke auswärtiger Niederlassung oder für Reisen die nöthigen Ausweisschriften aus. Carl Dominicus Sonanini, wohnhaft in Preußen, hat successiv mehrere Papiere erhalten, worin er als Angehöriger (attinente) bezeichnet wurde. Dominicus Joseph Sonanini wurde mehrmals in Ausweisschriften in derselben Weise qualificiert; im Jahr 1826 erhielt er einen Angehörigkeitsschein, worin sich folgender Schlußsatz findet: „Besagter unser Angehörige soll unter allen Zeiten und Umständen in unserer Gemeinde wieder Aufnahme finden, ohne jedoch weder die ökonomischen noch politischen Rechte eines eigentlichen Gemeindebürgers ansprechen zu können." Einen gleichlautenden Angehörigkeitsschein erhielt Petrus Antonius Sonanini im Jahr 1828, u. s. f.;

c) bei den verschiedenen Volkszählungen im Canton Graubündten wurde die Familie Sonanini in abweichender Weise in die Tabellen eingetragen. Bei der Zählung von 1835 erscheinen in der Rubrik „Gemeindebürger oder Gemeindeangehörige, die aber nicht Cantonsbürger sind," mehrere Personen der Familie Sonanini,

jedoch immer mit dem Zusatze: „nativo di qui, oriundo Ticinese.“ Die Tabellen von 1838 enthalten dreizehn Personen des Namens Sonanini, mit folgender Angabe der Heimat: „di Sonogno, cantone Ticino.“ Bei der Zählung von 1848 werden die Familien Sonanini mit zwanzig Personen aufgeführt, in der Rubrik: „Personen, welche weder Bürger noch Angehörige der Gemeinde, aber daselbst bleibend wohnhaft sind.“ Die Zählung von 1850 zählt 21 Personen des Namens Sonanini auf mit der Bezeichnung „Ticinesi“.

In rechtlicher Würdigung der vorliegenden thatsächlichen Verhältnisse zieht das Gericht Folgendes

in Erwägung:

1) Ueber die formelle Frage, ob die Familie Sonanini berechtigt sei, an dem Processe als Nebenintervenientin zu Gunsten des Cantons Tessin Theil zu nehmen, kann eine Entscheidung unterbleiben, da dieselbe bei der gegenwärtigen Sachlage des Processes ohne irgendwelche materielle Bedeutung ist.

2) Was die Hauptfrage anbelangt, so kann ein begründeter Zweifel daran nicht bestehen, daß wir es mit einem Fall wirklicher Heimatlosigkeit zu thun haben. Die Familie Sonanini wurde weder in Tessin noch in Graubündten als verbürgerrechtet anerkannt, und wenn sie auch im letztern Canton eine gewisse bevorzugte Stellung vor andern auswärtigen Niedergelassenen eingenommen zu haben scheint, so läßt sich jedenfalls nicht behaupten, daß sie daselbst je das wirkliche Bürgerrecht besessen und ausgeübt habe. Es liegt hier der im Bundesgesetze betreffend die Heimatlosigkeit Art. 1 und 2 vorgesehene Fall vor von Personen, die keinem Canton als Bürger angehören, aber bisher als Geduldete in einem Canton (Graubündten) anerkannt waren. Somit kann keinem Zweifel unterliegen, daß der Proceß nach den Bestimmungen des erwähnten Gesetzes zu beurtheilen ist.

3) In Heimatlosenprocessen ist für den Entscheid zunächst die Abstammung von Personen, welche in einem Canton bereits als Bürger anerkannt sind, maßgebend, und nur wenn dieses Verhältniß nicht vorliegt, sind vom Gerichte die übrigen im Gesetze angegebenen Momente für die Bürgerrechtszutheilung in Berücksichtigung zu ziehen (cit. Ges. Art. 11 und 12). Es ist daher zu prüfen, ob die vom Bundesrath angenommene Abstammung der Familie Sonanini aus dem Canton Tessin wirklich feststehe. Diese Abstammung kann nach in Fact. H. angeführten Thatsachen mit Grund nicht bestritten werden; denn danach erscheint die Herkunft des Pietro Sonanini, von welchem alle einzubürgernden Personen unbestrittener Maßen abstammen, aus dem tessinischen Verzasca-Thal durch zwei amtliche Urkunden als erwiesen. Die von Tessin vorgebrachte Einwendung, es beruhen die betreffenden urkundlichen Einträge auf einem Irrthum, entbehrt nicht

allein jeder Begründung, sondern im Gegentheil finden diese Einträge ihre vielfache Unterstützung in dem übrigen Material, welches durch die Untersuchung beigebracht worden ist.

4) Von Seite des Cantons Tessin wird der Abstammung des Pietro Sonanini aus dem Verzasca-Thal die rechtliche Bedeutung deshalb bestritten, weil dessen Enkel Johann Petrus sich ohne Mitwirkung der Tessinischen Behörden mit Maria Josepha Giboni verehlicht und daher diese Ehe für Tessin keine rechtliche Bedeutung habe; diese Einwendung ist unstichhaltig. Wenn im gegenwärtigen Jahrhundert von den Gesetzgebungen der Cantone die Rechtsgültigkeit der Ehen mehr und mehr von der Beobachtung gewisser Formen, namentlich von einer Mitwirkung der heimatlichen Behörden, abhängig gemacht worden ist, so war dagegen im vorigen Jahrhundert, wo die in Frage liegende Ehe abgeschlossen wurde, noch beinahe überall der Grundsatz des canonischen Rechtes maßgebend, daß jede kirchlich getraute Ehe rechtsgültig sei. Tessin hat auch nicht einmal versucht, den Beweis dafür zu erbringen, daß zur Rechtsgültigkeit der außer dem Canton abgeschlossenen Ehe eines Tessiners im Jahr 1797 die Mitwirkung der heimatlichen Behörde nothwendig gewesen sei; statt dessen liegt die Thatsache vor, daß die gegenwärtige Tessinische Gesetzgebung eine solche Vorschrift nicht enthält.

5) Ebenso wenig hat Tessin darzuthun vermocht, daß die Familie Sonanini das ihr nach der Abstammung zukommende Heimatrecht verloren habe. Der von ihm hiefür angerufenen Vorschrift des Gesetzes betreffend die Bürgerschaften vom 1. Juni 1835 (vgl. Fact. K) kann die gewünschte Bedeutung nicht beigemessen werden; denn die Androhung des Bürgerrechtsverlustes im Falle der Nichterfüllung war ihr nicht beigefügt, davon abgesehen, ob eine solche Androhung nach dem damaligen schweizerischen Staatsrechte zulässig gewesen und für die jetzt in Entscheidung liegende Angelegenheit maßgebend wäre. Ebenso wenig kann auf die Publication des Gemeinderathes Sonogno vom 2. Januar 1847 (Fact. K) Gewicht gelegt werden, theils weil offenbar keine Gemeinde befugt ist, mit einer administrativen Vorschrift die Androhung des Bürgerrechtsverlustes für den Fall der Nichtbefolgung zu verknüpfen, theils weil damals der Streit über die Heimatberechtigung der Familie Sonanini zwischen Graubündten und Tessin schon obwaltete und es nicht in der Gewalt der Gemeinde Sonogno liegen konnte, diesen Streit durch eine einfache Verwaltungsmaßregel zu Gunsten von Tessin zu entscheiden, theils weil die am 6. Februar 1847 an Roveredo abgegebene Erklärung der Gemeinde Sonogno die Wirksamkeit der Publication vom 2. Januar gl. J. zu Gunsten der Familie Sonanini wenigstens suspendirt hat.

6) Nach dem Gesagten ist die vom Bundesrath aufgestellte Rechtsfrage bejahend zu entscheiden und mithin der Canton Tessin zu ver-

pflichten, die Familie Sonanini einzubürgern. Zu prüfen bleibt aber noch, ob dem für den Fall eines solchen Entscheides von Tessin gestellten zweiten Rechtsbegehren um gleichzeitige Anerkennung des Angehörigkeitsrechtes der Familie Sonanini in Roveredo zu entsprechen sei; dieses Begehren ist unzweifelhaft unstatthaft. Die Aufgabe des Bundesgerichtes in Heimatlosenprocessen beschränkt sich darauf, die Cantone, welchen die Einbürgerungspflicht obliegt, zu ermitteln; sein Entscheid hat sich innerhalb dieser Schranke zu halten, und es ist nicht competent, über wirkliche oder vermeintliche Privatberechtigungen, welche die betreffenden Heimatlosen nach Ermittelung des Cantons, welcher sie einzubürgern pflichtig ist, gegenüber ihrer Aufenthaltsgemeinde glauben geltend zu machen können, einen Entscheid zu fällen. Hiezu kommt, daß im gegenwärtigen Processe das Gericht gar nicht diejenigen Parteien vor sich hat, welche bei dem eventuellen Rechtsbegehren betheiligt sind; denn die Familie Sonanini kann zwar, wenn ihre Nebenintervenientin als zulässig betrachtet wird, den Canton Tessin in der ihm zukommenden processualischen Stellung unterstützen, ist aber jedenfalls nicht befugt, ganz selbständige Rechtsbegehren zu stellen, und die Gemeinde Roveredo, gegen welche das Begehren sich richtet, ist beim Processe als Partei in keiner Weise betheiligt.

Aus diesen Gründen wird, in der Hauptsache mit Einmuth, rücksichtlich der Intervention der Familie Sonanini mit Mehrheit gegenüber einem Antrag, statt Erwägung 1 eine ausdrückliche Anerkennung des Interventionsrechtes in das Dispositiv aufzunehmen, erkannt:

1⁰ Es sei der Canton Tessin verpflichtet, die im Eingange des vorliegenden Urtheiles genannten 31 Angehörigen der Familie Sonanini einzubürgern.

2⁰ Sei das eventuelle Rechtsbegehren des Cantons Tessin um Anerkennung des Angehörigkeitsrechtes der Familie Sonanini in Roveredo abgewiesen.

3⁰ Habe der Canton Tessin an den Canton Graubündten eine processualische Entschädigung von Fr. 500 zu leisten.

4⁰ Seien die Kosten des Instructions- und Gerichtsverfahrens auf die Gerichtskasse zu nehmen.

5⁰ Sei dieses Urtheil dem Bundesrath und den Regierungen von Tessin und Graubündten schriftlich mitzutheilen.

Zürich, den 23. December 1865.

(Directe Mittheilung.)

---

18 Verlust des Bürgerrechts. (Neuenburg.)

Im Jahr 1725, am 8. Mai, ward Abraham Veillard, geboren zu Hauterive (Canton Neuenburg), als Gemeindebürger (communier) von

Enges und im Jahr 1740 als Genosse der Burgeoisie von Landeron aufgenommen. Dies geschah in Folge seines Uebertritts zur römisch-catholischen Confession.

Die articles généraux, welche bei Anlaß des Dynastiewechsels im Jahr 1707 das öffentliche Recht von Neuenburg feststellten, besagen in Art. 1. § 4: qu'aucune personne ne pourra s'habituer (niederlassen) dans un lieu de religion différente de la sienne: que si un protestant se veut faire catholique-Romain, qu'il aille demeure et s'établier dans une paroisse catholique-Romaine, comme les catholiques-Romains qui voudront se faire protestant, iront resider dans quelque paroisse protestante et que de part ni d'autre on ne puisse se débaucher ni s'enlever les enfans les uns aux autres pour les attirer à une autre réligion. Und im § 5: que dans tous les lieux protestans de cet état, toutes les charges on offices soyent entre les mains des Protestans; Et que dans la Châtellainie du Landeron les Charges ou Offices soyent entre les mains de Catholiques-Romains.

Seit dem Jahr 1814, als die Freiheit des Gottesdienstes im ganzen Gebiete von Neuenburg zur Geltung kam, that die Familie Veillard Schritte zu Anerkennung ihres alten Bürgerrechtes im Gebiet der Stadt, ausgehend von der unbezweifelten Thatsache, daß der Vater Peter Veillard als Bürger von Neuenburg sich im Jahre 1671 anerkannt findet.

Am 26. November 1861 wurde die Klage auf neue Anerkennung durch die Bürgergemeine Neuenburg von zwölf Gliedern der Familie Veillard eingeführt, aber mit Urtheil des Districtsgerichts vom 17. März 1865 und des Appellhofs vom 17. April gl. J. abgewiesen, von beiden mit ungefähr übereinstimmender Begründung:

Que depuis la réformation, jusqu'au commencement du 19me siècle, les communes et bourgeoisies avaient un caractère confessionnel, et que le principe de la séparation des deux confessions en territoire et en corporations distinctes, s'est établi d'une manière absolue; qu'il y avait ainsi incompatibilité dans la qualité de membre d'une confession religieuse et celle de membre d'une corporation dans laquelle une autre confession religieuse était dominante, et qu'un membre de l'une de ces corporations ne pouvait devenir membre de l'autre sans cesser d'appartenir à la première;

Que ces règles et ces principes sont confirmés par les articles généraux de 1707; qu'en particulier, le 4me de ces articles obligeait les personnes qui changeaient de religion à aller s'établir dans une paroisse de leur nouvelle religion;

Que cette obligation de quitter la commune d'origine privait ainsi du droit principal inhérent à ceux de communier, celui d'exiger d'être reçu en tout temps dans sa commune, et avait pour

conséquence nécessaire, à cette époque, la perte des droits et la radiation du rôle des communiers.

Considérant que plusieurs arrêtés de la bourgeoisie de Neuchâtel, les actes d'agrégation d'Abram Veillard à la commune d'Enges et à la bourgeoisie du Landeron, et les serments qu'il a dû prêter à la suite de ces agrégations, sont une confirmation des mêmes principes;

Considérant que, si sous l'empire de la charte de 1814 et des lois postérieurés à cette époque, le Neuchâtelois n'a pu, par le fait d'une abjuration, perdre ses droits de bourgeoisie et de commune, on ne peut pas donner à ces institutions un effet rétroactif, et renouer les liens qui pouvaient exister entre la bourgeoisie de Neuchâtel et Abram Veillard, mais légalement rompus un siècle auparavant.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel de la république et canton de Neuchâtel, VII. pp. 257 ss.)

---

19. Unverlierbarkeit der Burgerqualität bezw. Burgerguts-ansprüche. (Tessin.)

Giuseppe Bossi, Einwohner von Caneggio (Tessin), trat bei dem Districtsgericht von Mendrisio gegen das Burgergut von Bruzzella klagend auf und verlangte Anerkennung seiner Ansprüche als Burger daselbst. Dieses hielt ihm entgegen 1) daß wenn auch vielleicht in allerältester Zeit die Voreltern des Klägers Bürger zu Bruzzella mögen gewesen sein, doch nun seit längstem Gedenken weder er, seine Familie noch seine Ascendenten in Bruzzella niedergelassen waren noch an dem Burgernutzen Theil nahmen, auch auf der Burgerliste nicht erscheinen, vielmehr sie in Caneggio wohnen und da ihre Nutzungen ziehen und in Bruzzella keine Gebühren zahlen, so daß sie billigermaßen das Burgerrecht verloren haben, wie es auch allen vom Vorstand der Burgergemeine angedroht sei, welche außer dem Etter leben und nichts zum Unterhalt des Vicars und nichts sonst an die Burgergelder zahlen; namentlich aber 2) daß Siro Bossi, der väterliche Großvater des Klägers, am 16. Februar 1811 noch ganz ausdrücklich auf das Burgerrecht von Bruzzella für sich und seine Kinder und Nachkommen verzichtet habe und 3) die Wiedergewinnung nun verjährt sei, 4) endlich und hauptsächlich, daß den Kläger die Strafe der Ausschließung treffen müsse, welche bei Anlaß der Vereinigung der Burgerlisten der Vorstand im Jahr 1847 durch öffentliche Auskündigung allen denen angedroht habe, die aus irgend einem Grunde Ansprüche auf das Burgergut machen wollen.

Auf Grund dieser Einwendungen hatte am 19. April 1864 das Districtsgericht von Mendrisio auch wirklich den Kläger mit seinen Ansprüchen abgewiesen.

Die Appellationskammer dagegen, mit Urtheil vom 9. Juni 1866 hob diesen Spruch auf.

Sul primo e secondo punto di opposizione:

1. Le circostanze accennate sotte il N. 1 se bastano a primo tratto per istabilire delle presunzioni a favore dell'assunto del Patriziato di Bruzzella, queste presunzioni però devono cessare dall'essere tali quando intervengono fatti incontestabili che direttamente vi si oppongano.

2. Nell'istromento 16 febbrajo 1811 la qualità di patrizio di Bruzzella in Siro Bossi viene esplicitamente riconosciuta, sicchè questi ne fa cessione al Patriziato mediante corrispettivo, quali cose non ponno concepirsi disgiuntamente dal diritto di patrizio nel Bossi stesso.

3. Ritenuto il Siro Bossi come patrizio nel 16 febbrajo 1811, importa vedere se la rinuncia da lui fatta in detto giorno, doveva valere anche rispetto al di lui figlio Pietro.

4. La soluzione di tale quistione è subordinata all'altra — se cioè la qualità di patrizio era indispensabile nel 1811 per godere dello stato di cittadino — poichè nel caso affermativo ne deriva come necessario corollario che gli effetti della rinuncia devonsi restringere al rinunciante, e nel caso negativo dovrebbero estendersi anche ai figli a norma di quanto è disposto nel summentovato istromento.

5. Conviene la stessa parte del Patriziato che nel nostro Cantone nel secolo decorso, il Comune era assorbito dal Patriziato e che in questo venivano a compenetrarsi tutti i diritti inerenti alla cittadinanza.

6. Un tale concetto che sorge dalla storia non può dirsi variato, ma viene anzi raffermato dalla Costituzione del 1803 la quale all'art. 3, dopo aver indicato diversi altri requisiti per il diritto di cittadinanza, statuiva pure che, nei circoli ove eranvi dei Patriziati se non si era prima patrizio di una delle Comuni del Cantone, si dovesse pagare alla cassa dei poveri del suo domicilio un'annua somma, il che, fattane l'applicazione al caso in concreto equivale a dire che, esistendo a Bruzzella un Patriziato, i patrizi che vi appartenevano, esercitavano i diritti civici in forze del loro diritto di patrizio; che se anche col pagare una data somma alla cassa dei poveri si acquisivano i diritti civici, ciò avveniva perchè mediante detto pagamento si addiveniva comproprietario dei beni appartenenti al Patriziato come era disposto dall'art. 4 della costituzione istessa, il quale anzi, posto il caso che il forestiere ac-

quistasse la cittadinanza Ticinese, determinava la somma che egli doveva sborsare per l'acquisto della comproprietà dei beni del Patriziato del suo domicilio, il che suppone che alla cittadinanza avesse già dovuto precedere l'acquisto del Patriziato.

7. Le leggi del 1806 e 1819 e la Costituzione del 1814 sull' acquisto della cittadinanza, disponendo che nessun forestiere potesse acquisire la cittadinanza Ticinese se prima non avesse ottenuto il Patriziato, hanno con ciò attribuito alla qualità di patrizio un carattere esenzialmente civico.

8. Emerge da tutto ciò che nel 1811 per essere cittadino era indispensabile essere patrizio, e quindi, svestendosi di quest'ultima qualità si perdeva anche la qualità di cittadino.

9. Il diritto di cittadinanza come inerente ed identificato coll' individuo non può perdersi che per il fatto proprio e non per il fatto di altri, nemmeno del proprio genitore (leg. 2 digest. *de interdictis et relegatis: quæ vero non a patre sed a genere, a civitate, a rerum natura tribuerentur ea manere iis incolumnia*).

10. Quindi la rinuncia fatta nel 1811 al Patriziato di Bruzzella da Siro Bossi non può riflettere i diritti patriziali del di lui figlio Pietro il quale era già nato, e quindi già investito del carattere di cittadino Ticinese in forza della sua qualità di patrizio di Bruzzella.

11. Si è sostenuto dal Patriziato che il Bossi Pietro, sebbene maggiorenne, lungi dall'opporsi alla rinuncia dal padre e protestare contro la di lei validità, la accettò anzi implicitamente, non avendo mai lungo il corso della sua vita pretese nè chiesto di essere inscritto nell albo patriziale di Bruzzella, nè pagato l'estimo a tenore del N. 24 libro 1º dello Statuto di Mendrisio.

12. Ma trattandosi di diritti cui vanno congiunte le prerogative di cittadino, non bastano per indurne la rinuncia certi fatti od ommissioni che non contengono una determinata espressione od importanza, ma fa d'uopo d'un fatto od atto che incontrastabilmente, racchiuda la rinuncia istessa.

13. Non iscaturisce necessariamente un tale concetto dai fatti come sopra accennati dal Patriziato 1.º perchè lo Statuto di Mendrisio non commina la perdita della qualità di patrizio a chi non sottostà alle taglie o ad altro peso, per cui da una tale ommissione si dovrebbe piuttosto e più ragionevolmente inferire il diritto nel Patriziato di chiedere il soddisfacimento degli obblighi tuttora in arretrato. 2.º Perchè non emerge la prova che, per sopperire alle esigenze patriziali, s'abbia ricorso alle private contribuzioni e non piuttosto attinto alla fonte del patrimonio patriziale.

14. Non vale a far ritenere diversamente la cosi detta Convenzione o Sindacato che non venne prodotto, per cui nè Giuseppe

Bossi fu in grado di discuterne la portata e conseguenze, nè al giusdicente è concesso di potervi con certezza appoggiare il proprio giudizio.

15. Il non aver chiesto la inscrizione nell'albo patriziale di Bruzzella non può aversi in conto di rinuncia al Patriziato istesse. 1.º Perchè esercitando il Pietro Bossi i diritti civici in Caneggio, non sussisteva, per tale rispetto, una ragione impellente a domandare la inscrizone nell'albo patriziale di Bruzzella. 2.º perchè non emerge che altra causa si verificasse, quale sarebbe una non esigua distribuzione di beni patriziali, che potesse indurlo ad innoltrare la domanda istessa.

16. Quindi dai fatti opposti dal Patrizialo di Bruzzella non può indursi la rinuncia di Pietro Bossi alla qualità di patrizio nel Comune istesso, ed una tale qualità venne conseguentemente trasmessa intatta al di lui figlio Giuseppe attuale attore.

17. Sulla prescrizone. — I diritti di cittadino sono imperscrittibili, ed una tale prerogativa, per le ragioni sovraespresse, deve estendersi, anche ai diritti di patrizio.

18. D'altronde non è trascorso il tempo richiesto per la prescrizione contro Giuseppe Bossi che, divenuto maggiorenne nel 1833, spiccava nel 1840 un libello, in cui addimandava al Patriziato di Bruzzella di essere riconosciuto patrizio.

19. Sulla perenzione. — Essendo in corso il libello del 1840 fatto intimare da Bossi Giuseppe al Patriziato di Bruzzella, le parti venivano poste nell'obbligo e nel diritto rispettivo di discutere regolarmente in giudizio sulla qualità o meno di patrizio di Bruzzella, in Giuseppe Bossi, nè poteva la Municipalità con un atto unilaterale sfuggire alle conseguenze di una tale situazione e togliere in mode diverso la vertenza.

20. Non esiste poi legge che accordi ad una Municipalità od Officio Patriciale il diritto di far cadere in perenzione la qualità di patrizio, emanando un'apposita grida.

(Repertorio di giurisprudenza patria, I. p. 265 ss.)

---

20. Burgergutstheilung. (Tessin.)

In den Jahren 1808 und 1809 verhandelten die Corporationsgenossen von Brontallo und von Menzonio (District Vallemaggia) über die Theilung ihres gemeinsamen Burgergutes und vereinigten sich durch Vertrag vom 11. April 1809 dahin, daß Brontallo zu 120 und Menzonio zu 190 Einheiten berechnet werde.

Diese Theilung gerieth aber, wie es scheint, in Stocken. Durch Vorstellung vom 14. Januar 1847 wendeten sich die in Brontallo wohnhaften

Genossen an den Staatsrath von Tessin und verlangten Anweisung an die Genossen von Menzonio behufs Feststellung eines neuen Theilungsfußes auf Grund der seit 1809 wesentlich veränderten Bevölkerungsverhältnisse. Der Staatsrath wies aber durch Decret vom 30. September gl. J. die Ansprecher an die competenten Gerichte.

Die Genossen von Menzonio hielten den Vertrag vom 11. April 1809 als ein zweiseitiges billiges Uebereinkommen fest, das ohne beidseitige Gegenabrede nicht könne aufgehoben werden und das auch seither bei verschiedenen Anlässen, namentlich bei Vertheilung von Erträgnissen von Burgergütern zur Grundlage angenommen geblieben sei.

Die Kläger dagegen legten dar, daß die bei dem Act vom 11. April 1809 leitende Voraussetzung die sofortige Ausführung der Theilung gewesen sei und wie man damals die Kopfzahl als den billigen Ausgangspunct angesehen habe, diese gleiche Ansicht auch heute wieder, da die Theilung wirklich endlich stattfinden solle, zur Geltung kommen sollte. Wenn in seitherigen Vertheilungen Brontallo verkürzt worden sei, so dürfe das nicht ihm auch jetzt wieder vorgreifen, uud überdies sei Vertheilung von Erträgnissen und Theilung von Eigenthum zweierlei, endlich seien die Jahres-Nutzungen, wie Heu, Streu, Holz u. s. w. auch nach dem jeweiligen Stand der Bevölkerung erfolgt.

Im Anschluß an diese Thatsachen und in Auslegung des Vertrags vom Jahr 1809 wiesen beide Instanzen und zwar das Districtsgericht von Vallemaggia mit Spruch vom 21. März 1859 und die Civilkammer des Appellationsgerichtes durch Urtheil vom 21. Dezember gl. J. die Beklagten mit ihren Einwendungen unter folgender Begründung ab:

Ritenuto che colla convenzione del 20 marzo 1808 non si pattui altro se non il principio di massima della divisione dei beni in Comune, senza stabilire base alcuna onde effettuarla;

Ritenuto che la transazione 11 aprile 1809 presenta due speciali principi; la divisione cioè dover seguire sulla base della popolazione *rispettiva delle due terre*, e secondariamente detta popolazione ritenersi fissate in anime 190 per Menzonio, ed in 120 per Brontallo;

Considerando non essersi in quell'atto statuito che la proporzione di anime allora fissata si dovesse sempre ritenere anche pel caso della ritardata divisione, e qualunque si fosse l'effettiva popolazione delle due terre; ciò prova, che la cifra delle anime allora assegnata era l'effettivo numero della popolazione in quel tempo, e che l'intenzione delle parti era quella d'addivenire subito alla divisione, e non protrarla a si lungo tempo;

Considerando non potere l'atto del 1809 riferisi alla posterità,

e che con esso non si potevano vincolare di tal guisa i diritti, e gl'interessi d'una popolazione che tutti gli anni si variave ed accresceva, dal momento che allora alla divisione non si è proceduto, or dunque contro il principio sancito mediante quella convenzione sta il fatto della accresciuta e variata popolazione, che ha diritto a partecipare a quel beni che sono complessivamente spettanti alla comune famiglia patriziale, ed è perciò dimostrato che quell'atto or si presenta ingiusto, contrario all'equità ed ai principi dell'ordine pubblico;

Considerando che e per la legge patriziale del 1835 e per quella del 1857 or vigente la divisione dei beni patriziali devesi eseguire per fuoco, vale a dire sulla base delle famiglie componenti il Patriziato; e che ora volendosi procedere alla divisione dei beni patriziali, la base devesi formare sulla popolazione attualmente esistente, poichè la divisione non avvenne in base a quella popolazione stata prima fissata, nè quindi segui l'esercizio del diritto convenuto colla più volte ripetuta transazione 11 aprile 1809, ed è mantenuta la condizione della divisione, per la quale si fissava in allora la popolazione;

Considerando che l'argomento di pretesa ricognizione ed esecuzione continua dell'atto 11 aprile 1809 basato ai riparti annui ordinarj e straordinarj divisi nella proporzione col suddetto atto convenuto, non regge:

a) Perchè altro è la divisione della proprietà, altro è quella dei redditi patriziali, fra cui devesi annoverare anche il prodotto delle alienazioni dei boschi, ritenuto non come sostanze, ma come frutto della proprietà patriziale;

b) Perchè se Brontallo s'accontentò di riparti non relativi alla effettiva popolazione ciò fu a suo danno, ma non si può trarne la deduzione di pregiudichevoli conseguenze a suo carico relativamente alla base con cui dividere i beni patriziali, ed i futuri godimenti dei frutti procedenti dai beni medesimi, ai quali beni la popolazione tutta ha diritto di partecipazione indipendentemente da ciò che può dipendere dalla amministrazione dei prodotti percetti o divisi;

c) Perchè circa il godimento dei beni a dividersi consistenti nel fienare, pascolare, boscare ecc. la popolazione vi partecipò tutta, e godetto in comune, senza riguardo a quanto erasi convenuto nel 1809.

Ritenuto per conseguenza che il fatto della continua esecuzione del sistema di divisione del 1809 non ha alcuna consistenza in causa, standogli di fronte l'altro fatto del godimento continuo esercitato da tutta la popolatione sui beni che formano la sostanza principale del Patriziato e quella appunto che devesi dividere;

Visto l'art. 359 e relativi del Codice Civile nonchè la legge patriziale 23 maggio 1857; —

(Repertorio di giurisprudenza patria, II. pp. 625 ss.)

---

21. Verschiedenheiten der Burgergutsansprüche innerhalb desselben Verbandes. (Tessin.)

Die Burgergemeinden Frasco und Sonogno im Canton Tessin, welche unter sich eine gemeinsame Genossenschaft bilden, verkauften an die Firma Scazziga und Bacilieri den Jahresertrag des Genossenwaldes. Vierundzwanzig Einwohner von Gerra Verzaska, Serafino Foletta und Cons., sprachen nun als Angehörige der genannten Burgergemeinden Antheil an dem unter die andern Genossen zu Gordola vertheilten Erlös an und wandten sich zu diesem Ende (mit Zuschrift vom 1. März 1854) an den Staatsrath von Tessin, wurden aber an die Gerichte gewiesen.

Sie stützten sich zu diesem Ende auf die Art. 5, 8 und 9 des cantonalen Organisationsgesetzes für die Burgermeinden vom 1. Juni 1835 und auf ihre Eigenschaft als Mitgenossen an dem Burgergut von Frasco und Sonogno.

Die betr. Artikel lauten:

5. Il riparto dei frutti procedenti da capitali, rendite, locazioni esimili spettanti al patriziato, deve essere regolato colle basi sulle quali vengono repartiti i pesi e le spese inerenti al detto patriziato. — Non si pregiudica ai diritti delle corporazioni cognosciute sotto il nome di terra, degagna o altro consimile titolo o denominazione nel godimento de beni propri.

8. La compartecipazione al reddito e godimento dei beni patriziali avra luogo al favore del patrizio che ha traslocato il suo domicilio fuori del comune al cui il patriziato appartiene o fuori del Cantone, perchè supporti tutte le annui imposte comunali o patriziali, ordinarie e straordinarie, incumbenti agli altri patrizi di quel comune in esso abitanti.

I patrizi domiciliati in altra comune hanno diritto d'intervenire all'assemblea del patriziato cui appartengono.

9. Se un patrizio non avra adempito ai pese suddetti non potra ripetere le quote non percette di reddito o godimento dei beni patriziali e non sarà obligato di pagare l'importo di pesi arretrati.

Durch Spruch vom 26. Juli 1858 wurde aber dieser Anspruch von dem Civilgericht von Locarno und in Bestätigung desselben durch Urtheil der Civilabtheilung des Appellhofes vom 16. November 1865 als unstatthaft erklärt mit folgender, theilweise das Factische genauer aufnehmenden interessanten Begründung:

Ritenuto che in questa posizione di atti sia il Tribunale chiamato a decidere:

1. Se i petenti siano a ritenersi o no patrizi di Frasco e Sonogno;

2. Se nel caso affermativo non ostante la loro speciale posizione abbiano o meno diritto al reclamato riparto e compartecipazione in quanto gli invocati articoli di legge non si *oppongano*, ma siano anzi favorevoli, e *vittoriosamente* applicabili al lor speciale assunto.

Udite le parti nelle verbali preliminari attitazioni, e lette ed esaminatein seguito le allegazioni scritte, non che tutti gli atti e documenti dimessi in questa causa che fu rassegnata a maturità di giudizio nel giorno 17 del maggio 1858;

Visto che la qualità di patrizi negli Istanti venga da loro sostenuta non all'appoggio di titolo di originarietà o discendenza dalle Comuni di Frasco e Sonogno, non in base a titolo di regolare acquisto, sibbene desumendo ed argomentando tale loro qualità dai fatti e da un qual dato possesso di stato;

Visto che i loro argomenti a questo riguardo si risolvono sostanzialmente in ciò che essi:

1. Sono come vicini di Frasco e Sonogno inscritti nel libro d'estimo di quel Comune;

2. Che in questa qualità sono stati proclamati da quel vicinato;

3. Che come tali hanno sempre pagato il fuoco comunale come ogni altro patrizio, e con ciò hanno sempre contribuito a sostenere con essi i fuochi comunali e patriziali;

4. Che di conseguenza furono anche ammessi come loro alla compartecipazione dell'unico riparto seguito del prezzo della vendita del cavo della trementina dai boschi patriziali;

Visto che questi loro asserti essendo stati combattuti come insussistenti ed in ogni caso inconcludenti dal convenuto Patriziato, siasi fatto luogo a prove relative, al quale assunto furono d'ambe le parti prodotti documenti, quinternetti e registri, e fatte assumere varie testimonianze;

Visto constare in linea di fatto principale da queste prove che l'estimo porta, insieme all'altra taglia ordinaria, un danaro di taglia per ciascuna famiglia di quel Comune sotto denominazione di danaro di vicinato, e che questo danaro si trova registrato anche al partito degli attuali pretendenti;

Visto che questo danaro comecchè pagato da ogni famiglia fosse anche chiamato denaro di fuoco;

Visto constare enche in genere dal libro delle risoluzioni e dal documento N. 27 della esistenza in Gordola e Gerra di famiglie riconosciute e chiamante *vicine forastiere* di Frasco e Sonogno;

Visto constare anche in genere dal libro delle risoluzioni in combinazione delle deposizioni testimoniali il fatto della vendita del cavo della trementina, non constare però del pari se ed a quanti de pretendenti sia stato accordato di partecipare alla divisione del prezzo di quella vendita.

Considerando in genere circa le quistioni di attinenza patriziale che se non è attendibile la massima accampata dalle parte convenuta della inammissibilità di tali pretese ove non abbiano per fondamento il titolo di originarietà o altro titolo acquisitivo scritto, abbenchè il preteso diritto si facesse discendere de epoca *immemorabile*, sia però importante la distinzione, dove questo diritto si volesse sorreggerlo con fatti ed induzioni, del caso di una pretesa ad un patriziato per origine, da quella in cui il pretendente che godesse già del suo patriziato originario voglia essere riconosciuto patrizio in altro Comune, avvagnacchè si possa ben presumere che un ticinese sia anche patrizio, e lo sia quindi di quel Comune di cui dati plausibili lo facciano supporre originario, mentre la presunzione sta contro il fatto che un cittadino goda del diritto di due Patriziati;

Considerando d'altronde che quando un diritto si vuol desumere dai fatti e dalle induzioni l'interpretazione voglia essere restrittiva;

Considerando altresi che quando i fatti e le argomentazioni di un preteso diritto si cavano da documenti ed ammissioni avversarie, vogliasi aver riguardo alla inscindibilità loro ed alla portata complessiva della valutazione di tali atti ed ammissioni;

Considerando coerentemente a questi principj che, sebbene alle partite di estimo dei pretendenti, sia usata a loro riguardo la parola *vicinato*, sia però la natura di questa vicinanza spiegata dal senso della parola di vicini forastieri che troviamo a pag. 82 e 86 del registro, e che si vede nel documento N. 27, come con tal nome di vicini forastieri chiamano più testimonj assunti gli Istanti di Gerra e Gordola;

Considerando che la differenza di questi vicini forastieri dai veri vicini si argomenti anche dalle liti tra loro vertite, come ne parlano il registro e documento superiormente citati;

Considerando che una tale distinzione regge maggiormente pella considerazione che gli attuali pretendenti non sono mai intervenuti alle assemblee patriziali di Frasco e Sonogno, comunque i Gerresi siano vicini e confinarj con Frasco, e quanto ai Gordolesi venissero più volte tenute in Gordola le dette assemblee;

Considerando che anche la circostanza di non figurare i pretendenti nei catologhi dei votanti è altro argomento della loro differenza di diritto vicinale in confronto dei veri vicini;

Considerando che tale distinzione si appalesi maggiormente

dai quinternetti, laddove sebbene gli Istanti figurino aggravati di un danaro di taglia di vicinato, che per essere pagata da tutte le famiglie veniva anche detta danaro del fuoco, quando però si imponeva qualche tassa di focatico propriamente detto non era caricata che sopra i veri vicini originarj, come si rileva dalla ispezione dei quinternetti N. 1 e 15 combinati coi relativi rendiconti a pag. 21 del registro N. 13 dove si vede che le tasse focatiche sommando a N. 63 per Frasco e N. 61 per Sonogno, non sono compresi che gli originarj, e che il complesso del numero dei danari di taglia fa dimostro che è in questa partita che fu compreso il danaro del vicinato.

Considerando che anche questo danaro non risulta esser sempre stato pagato, come si vede ai quinternetti deposti sotto i N. 17, 18 e 19 quali portando tre esazioni fatte da Frasco negli anni 1832, 34, 36, alternate con quelle fatte negli anni intermedj da Sonogno, escludono anche la giustificazione basata alla circostanza della pratica dei due comuni, di portare un anno per ciascuno nei proprj quinternetti i detti contribuenti, per cui possa essere effimera la mancanza di registrazione dei medesimi in qualche parziale quinternetto.

Considerando che anche da altre esazioni risulta che gli attuali attori non hanno pagato l'imposta focatica come gli originarj, il che appare segnatamente dai quinternetti N. 4 e N. 23, ciò, che, in combinazione anche del già detto, segnatamente in base ai N. 1 e N. 15, ci porta per coerenza a riguardare come un caso di errore il fatto riflettente un solo degli Istanti di cui parlano i deposti sotto le lettere A. B. C.

Ritenuto che da questa differenza di contributo si rileva come sia anchè inattendibile la pretesa degli Istanti di aver essi sopportati i pesi in proporzione dei bisogni anche straordinarj se si eccettui il poco aumento della taglia di alcuni anni sopra altri, al qual unico aggravio come tutti i contribuenti per taglia venivano essi assogettati pel danaro del vicinato.

Ritenuto che questa differenza di patrizii e vicini forastieri non sia una finzione del caso concreto, essendo fatto pratico in più comuni di questo Distretto, la cui differenza sostanziale sta nell' essere i primi i veri padroni della cosa patriziale, ed i secondi *con utenti*, segnatamente dei cosi detti beni comodi.

Ritenuto che a voler dire provata in senso lato l'usucapione, o si direbbe anche per possesso di stato, la qualità di veri patrizii di Frasco e Sonogno negli Istanti, urti una tale opinione col principio della restrittiva interpretazione, e perdano d'altronde della loro significanza i dati forniti dagli Istanti a questo scopo di fronte alla impresumibilità del possesso di due Patriziati, massime quando

quei dati e quelle presunzioni trovino altre spiegazioni che escludono l'assurdo nel tempo stesso che salvano i principj.

Ritenuto che questa impresumibilità prende maggior consistenza da ciò che si rende anche improbabile che Frasco e Sonogno possano avere aggregati tanti patrizj che verrebbero a costituire il quarto approssimativamente della totalità dei patrizj.

Considerando che queste conclusioni non urtino nè col danaro del vicinato che ben si spiega come una taglia di godimento, nè col fatto delle relative *Bubazioni;*

Considerando che tali conclusioni possono reggere anche col caso (fosse pur provato) dell'ammissione al riparto sul prezzo del cavo della trementina potendosi riguardare questo fatto come conseguenza del pagamento della taglia di godimento e come vero frutto della cosa a cui si ha diritto di tal godimento.

Considerando infine che trovano in queste conclusioni la loro spiegazione anche le risoluzioni dell'assemblea, nonchè l'atto stesso municipale deposto sotto la lettera *E.*

Ritenuto dalle premesse considerazioni potersi concludere che gli Istanti che pagano il danaro del vicinato vogliano esser riconosciuti per vicini forastieri di Frasco e Sonogno nel senso superiormente espresso, ma non potersi ritenere quali veri patrizii, per modo de esser ammessi al domandato scomparto del prezzo in quistione del bosco venduto.

(Repertorio di giurisprudenza patria, II. p. 241 ss.)

---

22. Sinn der Verbeiständung. (Luzern.)

Der Kaufbrief vom 17. September 1860, mit welchem die Witwe Wymann ihren Stiefsöhnen ihre Liegenschaft überträgt, war von sämmtlichen Betheiligten und auch vom Beistand der Mutter unterzeichnet. Nach demselben behielt die Verkäuferin dafür ein Guthaben, auf dessen Zahlung ihr die Uebernehmer einen Gültbrief von Fr. 2000, angegangen mit dem Tage des Kaufs, abtraten. Durch einen vom 24. Januar 1861 datierten Nachtrag des Kaufbriefes verrechneten die Söhne der Mutter Fr. 6800 für Baukosten des Vaters, und auf diese Gegenrechnung nahmen nun die Söhne wieder den Gültbrief von Fr. 2000 zurück und weigerten der Mutter die Herausgabe, als sie denselben verlangte. Die Mutter hatte zwar diesen Nachtrag nicht unterzeichnet, wohl aber der Beistand, und die Waisenbehörde hatte nach reiflicher Prüfung der Baukostenrechnung die Unterschrift dieses Beistandes genehmigt (25. September 1861).

Die erste Instanz fand die Weigerung der Söhne gerechtfertigt;

nicht so das Obergericht, welches am 28. September 1865 die Beklagten zur Herausgabe des Gültbriefs anhielt, in Betracht:

1) Daß in der Zusicherung der fraglichen Gült an die Klägerin im Kaufaufsatz vom 17. September 1860, der von sämmtlichen Litiganten unterzeichnet ist, ein gültiger Titel auf das Eigenthum an der streitigen Gült liegt;

2) daß ein Beweis dafür, es sei Klägerin persönlich mit dem eine neue Nebenverabredung enthaltenden Nachtrage einverstanden gewesen, oder auch nur um ihre Zustimmung angegangen worden, nicht erbracht, nicht einmal ernstlich versucht wurde, indem ihre Unterschrift, die unter der eigentlichen Kaufsverabredung vom 17. September 1860 steht, dem Nachtrag nicht beigesetzt ist, auch sonst nichts für deren Einwilligung resp. Bevollmächtigung des Beistandes vorliegt, vielmehr die quäst. Gült in der unterm 30. Juli 1863 gemeinderäthlich genehmigten Beistandsrechnung unter dem Guthaben der Klägerin aufgetragen ist;

4) daß volljährige unverheirathete Weibspersonen, welche nicht bevogtet sind, gemäß § 9 B.-G.-B.*) durchaus handlungsfähig sind und nur ihren Handlungen in rechtlichen Angelegenheiten — mit Ausnahme vor Behörde, wo sie sich im Sinne des § 72 Civilrechtsverfahren müssen vertreten lassen — gemäß § 176 B.-G.-B. die Berathung durch ihren Beistand vorhergehen resp. zu deren Gültigkeit in den Fällen des Abschn. II, cit. § 176 die Zustimmung des Beistandes und die Ermächtigung des Gemeinderathes noch hinzukommen muß;

5) daß mithin ein bloßer Beistand, selbst unter Ratification des heimatlichen Gemeinderaths, nicht an der Stelle seiner Clientin ohne deren Wissen und Wollen und deren Mitwirkung zu handeln berechtigt ist, indem sogar ein Vogt, der allerdings an der Stelle des Vögtlings zu handeln hat, den letztern nach zurückgelegtem 14. Alters-

---

*) Bürgerliches Gesetzbuch § 9. Die Rechte beider Geschlechter sind einander gleich, insofern das Gesetz nicht besondere Ausnahmen macht.

§ 176. (Nach dem Gesetz vom 14. Brachmonat 1839.) Der Beistand einer Weibsperson hat dieselbe in ihren rechtlichen Angelegenheiten zu berathen und in vorkommenden Fällen vor Behörde zu vertreten. Wo es um Handlungen zu thun ist, durch welche über das in der Depositalkasse liegende Vermögen einer solchen Weibsperson verfügt wird, sowie bei Veräußerung oder Verpfändung von Liegenschaften oder bei Erwerbung derselben durch einen belästigenden Vertrag, muß der Beistand, damit diese Handlungen gültig seien, seine Zustimmung ertheilen und zu solcher Zustimmung die Ermächtigung des Gemeinderathes oder bei Verweigerung dieser, der obern vormundschaftlichen Behörde erhalten haben.

jahr zu allen wichtigen Berathungen über seine Angelegenheiten wenigstens zuzuziehen und seine Ansichten zu vernehmen hat;

6) daß gemäß dem Angeführten die nachträgliche Nebenverabredung vom 23. Januar 1861, auf die sich die Beklagten zur Abweisung der Klage berufen, für die Klägerin nicht verbindlich ist, die Frage aber, ob deßwegen die Beklagten ihrerseits nicht mehr an den Kauf überhaupt, auch nicht mehr an die ursprüngliche, von ihnen unterzeichnete Hauptverabredung vom 17. September 1860 gebunden seien, eventuell nicht ans Recht gesetzt wurde.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins n. F. II, S. 250 f.)

---

23. Verbeiständung durch Betheiligte. (Baselstadt.)

Im Jahr 1865 eröffnete der Lehrer S. zu Basel einem Freunde und seinen Verwandten, daß in einer von ihm verwalteten Vormundschaft ein Deficit von ungefähr Fr. 15000 vorliege, das gedeckt werden müsse, wenn er nicht von Amt und Ehren kommen solle.

Diese Angegangenen sagten ihm ihre Hülfe zu gegen das Versprechen, er, der Lehrer S. bezw. seine Ehefrau, werden in das ihnen künftig von der Mutter der Ehefrau zufallende Vermögen nicht succediren, bis diese aus Gefälligkeit übernommene Ersatzleistung aus den Mitteln der Mutter werde getilgt sein. Dieses Gegenversprechen des Lehrers S. und seiner Ehefrau wurde in der Weise formuliert, daß die genannte Mutter Schuldscheine ausstellte für die Summen, die ein Jeder der Angegangenen zur Deckung des Deficits beitragen zu wollen erklärte. Diese Schuldscheine unterzeichneten auch der Lehrer S. und seine Ehefrau.

Neben der Ehefrau unterzeichnete „als Beistand" der Sohn derselben, der Ingenieur S.

Da die Rechnung über die Vormundschaft, in welcher das Deficit sich befand, noch nicht abzulegen war, so blieben einstweilen die Summen noch unbezahlt.

Wenige Wochen nachher starb der Lehrer S.

Mit seinem Hinscheid fiel der Hauptgrund weg, der die Angehörigen bestimmt hatte, das Deficit geheim zu halten. Die Unterschlagung ward jetzt ruchtbar und die Ehefrau und die Kinder des Verstorbenen erklärten den Erbverzicht.

Die Vormundschaftsbehörde verlangte nun den Ersatz des fehlenden von denjenigen, welche in der frühern Vormundschaftsrechnung neben den Aussteller unterzeichnet und, ohne zu prüfen, das Vorhandensein von Titeln bezeugt hatten, die in der Wirklichkeit schon längere Zeit gefehlt hatten.

Einer dieser Haftbaren, Notar S., war im Besitz eines der Schuldscheine der Mutter.

Nach langem Sträuben zahlte derselbe seinen Theil an das Deficit und belangte nun den Vormund der Witwe des Lehrers S., als Mitunterzeichnerin des Schuldscheins, den er in Händen hatte.

Dieser wendete neben Gründen, die hier unerörtert bleiben, hauptsächlich zweierlei ein:

1) der Schuldschein sei ohne gehörigen Beistand von der Ehefrau unterzeichnet worden;

2) die Zahlung, deren Ersatz Kläger verlange, habe er nicht aus demjenigen Grunde geleistet, aus welchem die Schuldnerin den Schein unterzeichnet habe, sondern in Folge eigener Verschuldung, weil er Titel als vorhanden erklärt habe, ohne über deren Vorhandensein sich ins Klare zu setzen, während der Schuldschein eine ganz andere Zahlung, nemlich eine freiwillige Uebernahme des Deficits voraussetze.

Der Kläger dagegen hielt die Unterschrift der Ehefrau und ihres freigewählten Beistandes als den Bestimmungen des Gesetzes über die Qualitäten des Beistandes für völlig entsprechend. Das Gesetz verlange nemlich „einen in Sachen ganz Unbetheiligten". Sei nun auch allerdings Betheiligung immer vorhanden, wenn der Sohn die Mutter bei einer Schuldunterschrift verbeiständе, so sei ja doch klar, daß diese Betheiligung in einem Falle, wie der vorliegende, den Sohn gerade bestimmen werde, die Mutter vor jeder Uebereilung zu warnen. Denn die Betheiligung sei Gegenbetheiligung, indem wenn die Mutter durch die Unterschrift sich verkürze oder schade, der Schaden auch des Sohnes, ihres dereinstigen Erben sei.

Und was den zweiten Gegengrund angehe, so sei der im Schuldschein vorausgesetzte Grund der Ersatzleistung in beiden Fällen, ob der Kläger freiwillig das Deficit übernehme oder gezwungen ersetze, ganz derselbe, die Absicht, einen Schaden zu vergüten, den der Lehrer S. aus Untreue verschuldet habe.

Beide Instanzen, das Civilgericht Basel durch Spruch vom 14. September 1867 und das Appellationsgericht durch Urtheil vom 21. November gl. J. verwarfen aber die Klage mit folgender Erörterung:

Die Thatsache, daß der Beistand der Schuldnerin betheiligt sei, wird von der Klagpartei zugegeben; aber zugleich wird von ihr darauf aufmerksam gemacht, wie sehr er an der Ausstellung ein solches Gegeninteresse habe, daß wohl Niemand habe gefunden werden können, der größere Veranlassung hatte, der Unterzeichnerin Gegenvorstellungen zu machen.

Diese Auffassung könnte einigen Schein haben, wenn einerseits nicht das Gesetz schon einen ganz unbetheiligten Beistand so ausdrücklich verlangte, anderseits die Lage der Sache diese Bestimmung nicht in ein besonderes Licht stellte.

Das Gesetz über Beistände ist offenbar von jeher hier sehr mangelhaft befolgt worden, wie dieß die Einleitungen zu den betreffenden Bestimmungen darthun. Das Ergebniß davon war für die Einen das Bedürfniß einer jeweilig erneuerten Einschärfung desselben, für die Andern das einer großen Willkürlichkeit in seiner Anwendung und darum endlich für die Redaction des Civilgesetzbuch-Entwurfes der Vorschlag für Aufhebung des Instituts.

Es ist nun klar, daß diese Aufhebung nicht schon in Sitten und Gebräuchen vollzogene Thatsache ist, ja es ist vielmehr sicher, daß dieselbe nicht ohne starken Widerspruch erfolgen würde, der jetzt schon laut genug geworden ist. Einer Aufhebung der Beistandschaft aber käme es gleich, wenn der Richter die Eigenschaften des Beistandes außer Acht ließe, wie ihm hier zugemuthet wird. Als erste Eigenschaft bezeichnet das Gesetz vom 28. Mai 1787 (siehe Rechtsquellen von Basel I. Nro. 584) in Sachen ganz uninteressiert zu sein. Gegenbetheiligung wird wie jede andere Betheiligung ausgeschlossen. Gerade dieser Fall zeigt am allereinleuchtendsten, wie selbst die Gegenbetheiligung nicht gemeint ist, weil hier die Gegenbetheiligung aus der Angehörigkeit fließt, die in noch viel höherm Maße zur Mitwirkung bei dem fragl. Acte antreiben mußte. Denn ist es Interesse des Sohnes, nicht das künftige Vermögen der Mutter verkümmert zu sehen, so ist es in noch viel höherem Maaße sein Interesse, gegenwärtig seinem Vater, seiner Familie und damit auch sich die Schmach zu ersparen, die den Vermögensruin und das Wegfallen einer Hülfsquelle, wie das Einkommen des Vaters, zu Folge haben mußte. Es müßte folglich das, was das Gesetz gerade für vorliegenden Fall am allerdeutlichsten verlangt, vom Richter vollständig ignoriert werden, wenn er der Unterschrift der Ehefrau resp. ihrem Verzicht ein rechtliches Gewicht beilegen wollte.

Abgesehen von obigem Grunde müßte aber auch der zweite Grund, den Beklagter eventuell entgegenstellte, durchschlagen, da die Zahlung, deren Erstattung Herr Dr. S. verlangt, von ihm gar nicht auf Grund dieses Titels erfolgt ist, sondern auf Grund des waisengerichtlichen Spruches. Vielmehr wußte der Zahler schon längst vor der Zahlung, daß der Titel von der Ausstellerin resp. ihrem Vogt werde angestritten werden. Zahlte er also dennoch, so zahlte er, weil er die Vogtsrechnung von Lehrer S. unterschrieben hatte. Dieser Grund ist es auch, auf den das Waisengericht ihn verfällt hat. —

(Directe Mittheilung.)

---

24. Verantwortlichkeit für das Fahrhabevermögen der Ehegatten. (Bern.)

Die Eheleute Morel bewohnten zusammen mit der Schwester der Ehefrau, einer gebornen Chapuis, vom Jahr 1842 an eine Wohnung und lebten in ungetheiltem Vermögen. Ungefähr nach eilf Jahren verließ der Ehemann seine Frau und arbeitete anderswo in seinem Berufe. Zwistigkeiten mit der Schwester führten endlich eine Aufhebung der Gemeinschaft herbei und durch Schiedsurtheil vom 5. März 1863 fiel an die Eheleute Morel die Hälfte der Fahrhabe.

Bald darauf verlangte die Ehefrau Morel auch Gütertrennung gegen ihren Mann. In der bezüglichen Verhandlung verlangte dieser Anrechnung dieser Hälfte auf das Guthaben der Ehefrau mit dem Betrag von Fr. 1800. Die Ehefrau erklärte, das falle in die Gütermasse und damit auch sein ganzer sonstiger Erwerb seit 1853.

Die beiden Instanzen, sowohl das Districtsgericht Pruntrut als der Appellations- und Cassationshof von Bern, letzterer durch Urtheil vom 5. August 1865, bestätigten den Antrag der Frau:

Considérant:

Que si le jugement arbitral du 5 mars 1863 spécialement invoqué par le sieur Morel porte que la moitié advenue à la femme dans les objets mobiliers dont s'agit est restée en sa possession, il ajoute que les objets et effets mobiliers sont restés en la possession et dans la maison des *epoux Morel:* qu'à l'époque de ce partage la maison habitée par la femme était celle du *domicile conjugal* des époux, et que c'est le mari qui a signé les actes de partage de 1863 en sa qualité du chef de la communauté et tant pour lui que pour sa femme.

Qu'il n'est ni posé en fait ni établi que la femme ait été marchande publique, autorisée de son mari, et que les 1800 francs dont on réclame le rapport à la masse aient passé dans son commerce, et qu'il n'est pas d'avantage prouvé qu'il y ait eu dol de la part de cette femme ou qu'elle ait profité de la fortune de la communauté et s'en soit enrichie (art. 1437 C. civ.);

Que le mari est seul administrateur des biens de la communauté (art. 1421 C. civ.) dont il peut même dans certains cas disposer à titre gratuit (art. 1422 C. civ.): que cette qualité d'administrateur légal est d'ordre public et que, malgré une dévolution de fait, par mandat tacite ou autre de la part du mari à sa femme, cette qualité ne disparaît pas légalement vis-à-vis du mari, lequel est toujours seigneur et maître des valeurs de la communauté et qui, tant qu'il ne prouve pas le dol de la part de sa femme ou la spéculation qui l'enrichit aux dépens de la communauté, reste responsable et ne peut s'en prendre qu'à lui seul s'il y a faute ou négligence;

Que quant aux mille francs reconnus par Morel comme provenant de ses économies, cette somme doit figurer à l'actif de la communauté, d'après l'art. 1401, puisque cette somme, comme créance, fait partie du mobilier ou de ce que le mari a acquis à ce titre durant la communauté.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, n. F. II, S. 176 ff.)

---

25. Folgen der Sicherstellung des Frauenguts und der Gütertrennung. (Bern.)

Das Berner Civilgesetz § 105 verfügt:

Ist der Ehemann, der zur Versicherung der Hälfte des Zugebrachten verfällt worden, nicht im Stande, diese Verpflichtung zu erfüllen, so soll der Frau ein Beistand bestellt und der Ehemann angewiesen werden, demselben den Belauf der Hälfte des Zugebrachten zu Handen der Frau eigenthümlich zu übergeben. Dieser Beistand soll das Gut der Frau so lange verwalten, bis der Ehemann dasselbe genügend versichert, dem Ehemann aber den Ertrag dieses Gutes verabfolgen lassen.

Ein Gesetz vom 26. Mai 1848 erklärt dies Recht als blos widerruflich, sofern auf andere Weise für die Sicherheit der Ehefrau gesorgt sei.

Nun hatte Frau Kohler geb. Yff in Büren durch Act vom 5. Februar 1864 eine solche Versicherung erhalten und mit demselben namentlich auch den Ladenfond.

Die Firma Bechert, Meyer & Comp. hatte in dieses Ladengeschäft Waaren geliefert und erließ nun am 19. Februar 1864 „an den Ehemann für sich und im Namen seiner Ehefrau" Zahlungsaufforderung dafür. Die erfolgte Pfändung hatte ein Insolvenz-Zeugniß des Ehemannes zur Folge. Gestützt hierauf und auf die Thatsache der güterrechtlichen Trennung der Ehefrau verlangten die Gläubiger Eröffnung des Concurses gegen die Ehefrau; ebenso auf eine Zahlungsaufforderung vom 19. Juni 1865 hin die Herren A. Lauterburg & Sohn, welche diese Aufforderung der Frau Kohler persönlich hatten insinuieren lassen.

Beide Begehren wies der Richter ab und auch nach erfolgter Beschwerde der Appellations- und Cassationshof durch Urtheil vom 17. Februar 1866 gegenüber der Auseinandersetzung, daß zufolge der Satz. 303 und 150 C. das einer Ehefrau herausgegebene Weibergut der Verwaltung des Ehemannes entzogen sei und von ihrem ordentlichen Beistand habe verwaltet werden müssen, und daß, da nunmehr die Geschlechtsvormundschaft weggefallen sei, die richtige Consequenz die sei, daß, wenigstens in Beziehung auf das abgetretene Vermögen,

die Ehefrau rechtsgültige Verpflichtungen eingehen und dafür bis zum Geltstag betrieben werden könne. Jedenfalls handle es sich im vorliegenden Falle um nichts Anderes als um Forderungen, welche von der Verwaltung des herausgegebenen Vermögens herrühren, denn unter demselben befinde sich der Ladenfond des Handelsgeschäfts, und die Verwaltung eines solchen bestehe eben im Ankauf und Verkauf von Waaren. Zudem seien die angehobenen Betreibungsvorkehren in volle Rechtskraft erwachsen und dem Richter stehe die Befugniß nicht zu, den Fortgang des Vollziehungsverfahrens zu sistieren.

Dem Urtheil lagen folgende Erwägungen zu Grunde:

1. Daß eine Ehefrau während der Dauer der Ehe und bevor der Ehemann durch seinen Geltstag vermögensrechtlich von ihr getrennt worden ist, nicht zum Geltstag getrieben werden kann, indem ihr Vermögen, mit alleiniger Ausnahme des vorbehaltenen Gutes, nach Satz. 88 C. auf den Ehemann übergeht, welcher dagegen auch einzig für ihre Schulden haftet, die nicht ihr vorbehaltenes Gut betreffen;

2. daß selbst in Betreff des vorbehaltenen Gutes das Recht der Gläubiger der Ehefrau nicht weiter geht, als auf Herausgabe dieses Guts, Satz. 92 C.;

3. daß nun im vorliegenden Falle von vorbehaltenem Gute nicht die Rede ist, und der Ehemann Kohler nicht vergeltstagt, also auch von seiner Frau nicht güterrechtlich getrennt ist im Sinne der Satz. 106 C.;

4. daß die an Frau Kohler geschehene Vermögensherausgabe für den Werth der Hälfte des von ihr Zugebrachten keine Trennung des Vermögens im angegebenen Sinne der Satz. 106 C. zur Folge hatte, sondern lediglich Sicherstellung der Rechte der Ehefrau durch Einräumung eines blos widerruflichen Eigenthumsrechts an den ihr herausgegebenen Gegenständen, Satz. 105 C. und § 1 des Gesetzes vom 26. Mai 1848;

5. daß in Hinsicht auf solches Vermögen den Gläubigern blos die ihnen im § 2 des angeführten Gesetzes vom 26. Mai 1848 eingeräumten Rechte zustehen, keineswegs aber dasjenige, den Geltstag der Frau Kohler zu verlangen.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, n. F. II, S. 417 f.)

---

26. Verhältniß des Vormundes der Fallitenfrau nach Rückruf des Concurses. (Baselstadt.)

Das Proceßgesetz der Stadt Basel sagt (§ 288 neuere Ausg.): wenn nach ausgebrochenem Concurse und beendigter Auskündung, aber vor der Versteigerung der in einer Masse gehörenden Liegenschaften oder

Fahrnisse alle Creditoren, welche sich angemeldet haben, freiwillig die schriftliche Erklärung geben, daß sie ihre Anforderung wieder zurückziehen wollen, so kann nur durch Beschluß des Gerichts bei vorhandenen erheblichen Gründen und wenn die Gerichtsämter keine Begünstigung einzelner Gläubiger noch sonstige Unordnungen wahrgenommen haben, der Gemeinschuldner in die freie Verfügung über sein gesammtes Vermögen wieder eingesetzt werden.

Mit einer solchen Einsetzung ist jedoch die Rehabilitation noch nicht verbunden."

Nun war gegen Victor Haller, Vater, der Concurs durch Gerichtsbeschluß unter der obigen Voraussetzung wieder zurückgerufen worden. Auf Grund dieses Beschlusses verlangte Haller von dem Vogt der Ehefrau auch die Rückgabe des in seiner Hand befindlichen Frauenvermögens. Derselbe bestritt aus Auftrag der betreffenden Zunft (Vormundschaftsbehörde) dessen Recht hiezu.

Das Waisengericht von Basel wies Haller durch Spruch vom 4. October 1866 ab:

da die vom Civilgerichte ausgesprochene Zurückziehung des Concurses ausdrücklich den Vorbehalt gemacht hat, daß die Rehabilitation nicht ertheilt werde, ein Nichtrehabilitierter aber keine Vogtei, also auch die über das Frauenvermögen nicht übernehmen kann.

Ebenso, aber mit Aufhebung der waisengerichtlichen Erwägungen, das Appellationsgericht durch Urtheil vom 15. und 22. November gl. Jahrs:

In Betracht,

daß mit Ausbruch des Concurses für sämmtliche Creditoren der Anspruch auf Ausweisung ihrer Forderungen nach Verhältniß der Masse in gegenwärtigem Concursverfahren erwachsen ist;

daß daher eine Einstellung dieses Verfahrens und eine Wiedereinsetzung des Schuldners in die freie Verfügung über sein Vermögen nach § 288 Civ.-Pr.-Ordn. nur durch die einstimmige Zurückziehung der Anmeldungen sämmtlicher Creditoren — zu welchen im Fall einer angemeldeten Weibergutsforderung auch der Vogt der Frau gehört — durch Beschluß des Gerichts zu Stande kommen kann;

daß aber solche Erklärungen nach den Regeln des Verzichts einer stricten Auslegung bedürfen und daher in ihrer Wirkung dem Wortlaut des genannten Gesetzes nach nur auf das gegenwärtige Vermögen des Gemeinschuldners, resp. auf die damalige Masse zu erstrecken sei;

daß daher, wenn zu einer solchen Concurseinstellung wie im vorliegenden Fall auch der Vogt der Ehefrau mitgewirkt hat, seine desfallsige Erklärung auf das der Ehefrau künftig etwa anfallende Vermögen nicht ausgedehnt werden darf, sondern in Ermangelung einer mittlerweiligen Rehabilitation des Mannes, solches Vermögen als Weibergut zu behandeln ist und unter vögtliche Verwaltung gehört

daß dieses um so mehr auch von dem Falle gilt, wo in Ermanglung einer dermaligen Weibergutsforderung die Concurseinstellung ohne Mitwirkung des Vogts der Frau zu Stande gekommen ist;

und wenn nach § 279 Civ.-Pr.-Ordn. in dem analogen Falle eines zu Stande gekommenen Accommodements auch das nicht ausgeschlossen ist, daß die Weibergutsforderung an den Vogt der Frau als privilegierte Gläubigerin ausgewiesen, das übrige Vermögen des Schuldners dagegen durch Beschluß der Handschuldgläubiger demselben wieder zur freien Verfügung überlassen werden kann, aus Allem diesem sich ergiebt, daß mit Wiedereinsetzung des Gemeinschuldners in die freie Verfügung über sein Vermögen, der Fortbestand der bei Ausbruch des Concurses der Frau geordneten Vormundschaft bis zu einer etwaigen Rehabilitation des Mannes nicht nur rechtlich vereinbar, sondern auch im Interesse der Frau und der Familie geboten und daher als Regel festzuhalten ist;

daß dagegen im einzelnen Fall die Genehmigung gewisser Verfügungen des Vogts im Sinne einer Ueberlassung von Vermögen der Frau an den Ehemann der Erwägung der Aufsichtsbehörde anheimgestellt bleibt, in welcher Beziehung der Kläger zugestanden hätte, unabhängig von seinem Begehren um Entvögtigung der Ehefrau einen eventuellen selbständigen Antrag bei der Zunft resp. vor erster Instanz zu stellen.

(Directe Mittheilung.)

---

27. Rechtsfolgen des absoluten Territorialsystems in Vormundschaftssachen. (Baselstadt.)

Am 6. November 1858 starb in Basel der daselbst niedergelassene Joseph Häfelin von Gossau und Oberbüren (Canton St. Gallen) mit Hinterlassung einer Witwe und von sechs Kindern. In einem unterm 1. August 1855 notarialisch errichteten Testament hatte er die Bestimmung getroffen:

„Er hinterlasse unter Anwendung der §§ 93, 94, 96, 219 und 220 „des St. Gallischen Erbfolgegesetzes vom 9. December 1808 seiner „Ehegattin Frau Anna Häfelin, geb. Möhr, einen Viertheil seines „Gesammtvermögens zum Voraus; nebstdem solle der nach § 96 seiner „Gattin gebührende Kindestheil ihr ungeschmälert zufallen."

Das Uebrige fiel den Kindern als Notherben zu. Eine Erbtheilung fand jedoch nicht Statt, und weder der Frau noch den damals sämmtlich noch minderjährigen Kindern wurden von der Heimatsbehörde Vögte geordnet, obschon letztere von den Verhältnissen Kenntniß erhielt. Die Witwe blieb in ungetheiltem Besitz des ganzen Vermögens, in welchem sich auch die Liegenschaft Nro. 14 am Nadelberg

befand, und verfügte in der Weise frei über dasselbe, daß sie selbst durch notarischen Act vom 15. Mai 1861 mit ihrem „erbetenen Beistand" Johannes Herzog, Notar, „die ihr eigenthümliche Liegenschaft" Nro. 14 auf dem Nadelberg in zweiter Hypothek für einen Credit von Fr. 30,000 verpfändete, den die Herren Oswald Gebr. & Comp. der Firma Ed. Theiler & Co., deren Commanditärin Witwe Häfelin war, eröffneten. Von dem Miteigenthum der Kinder an diesem Hause war dabei nicht die Rede. Als aber zwei Jahre darauf dieser Credit gekündigt wurde und Ed. Theiler & Co. sich genöthigt sahen, einen Ersatz dafür zu suchen, fanden sie die Basler-Handelsbank bereit, ihnen gegen Verpfändung fraglicher Liegenschaft einen Credit bis auf Fr. 40,000 zu eröffnen, und die unterm 14. December 1863 durch Herrn Dr. Schaub als Notar ausgefertigte Verpfändungsurkunde wurde nun nicht nur von Frau Häfelin, sondern auch von Adolf Herzog, Namens und als erbetener Vormund der minderjährigen Kinder von Frau Häfelin unterzeichnet, wie auch ausdrücklich darin erklärt wurde, daß die Liegenschaft gemeinschaftliches unvertheiltes Eigenthum von Frau Witwe Häfelin und ihren Kindern sei. Der Ausfertigung dieses Actes waren lange Verhandlungen des Notars Dr. Schaub mit den St. Gallischen Behörden über eine Vogtsbestellung vorausgegangen, deren Resultat im Protocoll des St. Galler Regierungsrathes vom 11. December 1863 enthalten ist, dahin lautend: „auf das Gesuch um Ertheilung der Einwilligung zur Aufnahme einer Hypothek auf die gemeinschaftliche Liegenschaft und um Bestellung eines Vormundes für die minderjährigen Kinder zu diesem Zwecke werde in Betracht, daß keine Gründe vorliegen, dem Gesuche nicht zu entsprechen, beschlossen, es sei die nachgesuchte Zustimmung zur Bestellung eines Vormundes für die minderjährigen Kinder Häfelin in Basel durch die dortige zuständige Behörde ertheilt."

In der Folge gieng das Geschäft Ed. Theiler & Comp. auf Jacob Spahn von Schaffhausen, Ehemann der ältesten Tochter Häfelin, als einzigen Inhaber unter der Firma J. Spahn & Comp. über, und am 10. November 1866 gerieth Spahn in Concurs und zog auch die Commanditärin Frau Häfelin in denselben hinein; auch sie mußte sich im Januar 1867 insolvent erklären. Frau Spahn erhielt nun von der Heimatsbehörde ihres Mannes, Schaffhausen, einen Vogt in der Person von Joh. Bader-Schäfer, und auch die St. Gallischen Behörden sahen sich jetzt auf Andringen der Baslerischen veranlaßt, für die übrigen Kinder Häfelin zur Wahrung ihrer Interessen einen Vogt aufzustellen in der Person von Ferd. Baumgartner.

Diese beiden Vögte Namens der von ihnen vertretenen Kinder Häfelin sowie der inzwischen mehrjährig gewordene Florian Häfelin fochten nun die Verpfändung des Antheils der Kinder an der Liegenschaft Nro. 14 Nadelberg, als ungültig an, weil Herr Adolf Herzog

ganz unberufen sich als Vormund der Kinder geriert habe und nicht befugt gewesen sei, die Rechte der Kinder auf diese Weise zu schmälern, ihr Miteigenthum an der Liegenschaft also durch die fragliche Creditobligation zu Gunsten der Handelsbank nicht habe belastet werden können. Sie berechnen ihren Anspruch folgendermaßen: die Liegenschaftscollocation ergab einen Reinerlös von Fr. 8513. 05 über die erste Hypothek, Zinsen und Kosten hinaus; von dieser Summe, welche die Gerichtsämter in der Liegenschafts-Collocation vollständig der Handelsbank als zweiter Hypothekar-Creditorin zugewiesen haben, gebühren aber den Kindern Häfelin laut einer dermalen nicht in Betracht kommenden Berechnung $^{33}/_{56}$ oder Fr. 5016. 61.

Diese Summe von Fr. 5016. 61 wurde gegen die Handelsbank eingeklagt, weil ihr durch die Collocation der ganze Erlös zugewiesen worden sei, während sie höchstens für $^{23}/_{56}$ oder den Antheil der Witwe an der Liegenschaft resp. deren Erlös, ein Pfandrecht ansprechen könne.

Beklagte, die Basler Handelsbank, trug auf Abweisung der Klage an, weil nach Analogie des Grundbuchgesetzes vom 16. April 1860, §§ 11 und 32, womit auch schon die Gesetze und Verordnungen über das Hypothekenbuch (1808) und die Collocations-Ordnung § 8 (1852) übereinstimmen, eine Verpfändung wegen falscher Angaben und Unterschriften nicht könne unkräftig werden, falls nicht böser Glaube auf Seiten des Gläubigers im Zeitpunkt der Errichtung des Pfandtitels nachgewiesen sei, — eine Bedingung, welche im vorliegenden Fall selbst klägerischer Seits nicht behauptet werde. Die Kläger könnten daher das Pfandrecht nicht anfechten, sondern höchstens eine Entschädigungsklage gegen den instrumentierenden Notar oder den Herrn Ad. Herzog als unbefugt sich einmischenden negotiorum gestor oder beide zusammen erheben. Eventuell für den Fall des Unterliegens verlangt Beklagte Verfällung ihrer Litisdenunciaten, Notar Dr. Schaub und Adolf Herzog.

Die beiden Litisdenunciaten unterstützen die Ausführung der Beklagten und machen zu ihren eigenen Gunsten geltend, daß die Kinder ökonomisch durch die Verpfändung nicht geschädigt worden seien, vielmehr auch ihre Lage durch den Credit der Handelsbank gebessert worden sei. Eventuell machen sie Ausstellungen gegen den Betrag der geforderten Summen. Für den Fall der Verurtheilung behalten sich beid gegenseitig den Regreß auf einander vor.

Das Civilgericht Basel durch Spruch vom 3. September 1867 in Würdigung dieser verschiedenen Thatsachen und der Rechtsgründe wies aber dies Begehren der Kläger ab, unter folgender Auseinandersetzung seiner Gründe:

Es kann der Ansicht der Beklagten nicht beigepflichtet werden, daß die fragliche Obligation, weil sie in das Hypothekenbuch eingetragen und ein an ihr haftender Mangel von der Creditorin nicht

verschuldet sei, unanfechtbar geworden sei. Denn die §§ 11 und 32 des Grundbuchgesetzes finden jedesfalls schon darum keine directe Anwendung, weil für diejenige Section, in welcher sich die belastete Liegenschaft befindet, das Grundbuch noch nicht zur Verification aufgelegt und genehmigt worden ist.

Eine analoge Anwendung dieser §§ auf die vor dem Grundbuch entstandenen Hypothecarverhältnisse findet aber in unserer frühern Gesetzgebung keinen Anhaltspunct. Vielmehr weist der § 360 der Gerichts-Ordnung, welcher Verpfändungen von Frauen- oder Kinderliegenschaften durch den Mann oder die Eltern ohne den Willen der Eigenthümer für nichtig und kraftlos erklärt, sowie die Vogtsordnung D 4, (wonach „eine vom Vater etwa vorgenommene unbefugte Verkaufung oder Verpfändung eines zum Kindesvermögen gehörenden liegenden Gutes zu allen Zeiten als ungültig, null und nichtig angesehen und gehalten werden solle") welche Bestimmungen durch die spätere Hypothekenbuchgesetzgebung nicht aufgehoben wurden, — darauf hin, daß es nicht im Sinn und Geist unserer bisherigen Hypothecargesetzgebung liegt, eine Pfandurkunde und ein Pfandrecht schon deßhalb als unanfechtbar zu erklären, weil den formellen Erfordernissen hinsichtlich Eintragung in das Hypothekenbuch genügt ist. Und wenn dort eigenmächtige Verpfändungen von Kindergut durch die Eltern als null und nichtig bezeichnet werden, so muß dasselbe noch viel eher angenommen werden, falls eine Verpfändung durch einen unberufenen Dritten unter Anmaßung des Titels Vormund vollzogen wäre. Daran ändert auch § 8 der Collocations-Ordnung nichts, welcher blos vorschreibt, daß die im Hypothekenbuch eingetragenen Obligationen collociert, mithin von den Gerichtsämtern formell als gültig behandelt werden sollen, unbeschadet einer etwanigen Anfechtung durch Benachtheiligte wegen materieller Ungültigkeit.

Es müßte daher aus dieser Rücksicht dem klägerischen Begehren entsprochen werden, wenn die von Seiten der Kläger zu Grunde gelegte Annahme richtig wäre, daß der als Vogt für die Kinder Häfelin auftretende und die Pfandurkunde unterzeichnende heutige Litisdenunciat Herzog wirklich ganz unberufener Maaßen oder entgegen einem bestimmten Gesetze diesen Act vollzogen habe. Dieser Anschauung kann aber nicht beigetreten werden. Es ist unbestritten, daß die St. Gallischen Behörden, obschon sie von dem Tode des Vaters Häfelin Kenntniß erhielten, nichts thaten, um die Interessen der Kinder zu wahren. Die Basler Vormundschaftsbehörden ihrerseits waren ihrer ganzen Verfassung und Einrichtung nach nicht in der Lage, zu einer Vogtsernennung zu schreiten. Daß man sich daher im gegebenen Falle, wo es sich um eine Verfügung über Kindergut handelte, nach einem Vertreter umsah, der die Stelle eines ordentlichen Vogtes einnehmen könne, ist natürlich, und daß A. Herzog auf den Wunsch der

nächsten Anverwandten der Kinder und ihrer Mutter, sich dieser Aufgabe unterzog, kann ihm um so weniger zum Vorwurf gemacht werden, als der letzte Schritt, wirklich Vogt in bester Form Rechtens zu werden: die Bestätigung durch eine Vormundschaftsbehörde, ihm durch die Weigerung St. Gallens und die Incompetenz der Basler Behörden abgeschnitten war. Man kann darum nicht von unberufener Einmischung eines Dritten reden und noch weniger die Nichtigkeit der Verpfändung aus dem Mangel eines rechtsgültig bestellten Vogts begründen. Dieß wäre nur dann richtig, wenn eine Vormundschaftsbehörde vorhanden gewesen wäre, die zugleich den Willen und die Befugniß gehabt hätte, die Vogtsernennung zu vollziehen, und mit deren Umgehung A. Herzog sich zum Vogt aufgeworfen hätte. Dies ist aber um so weniger der Fall, als vielmehr St. Gallen, von der beabsichtigten Verpfändung in Kenntniß gesetzt, selbst erklärt hat, es habe keinen Anstand gegen Ernennung eines Vogtes durch die Basler Behörde zu diesem Zwecke, und Herzog ohne Zweifel die förmliche Ernennung von Basel aus erhalten hätte, wenn er sich an eine hiefür zuständige Behörde hätte wenden können. Wenn man also festhalten muß, daß im gegebenen Fall, wo keine Vormundschaftsbehörde sich der Sache annahm, die Vogtsernennung, die nun einmal nöthig erschien, so vollständig erfolgte, als sie überhaupt unter den vorhandenen factischen Verhältnissen möglich war, d. h. durch Wahl eines Vogtes Seitens der nächsten Anverwandten; daß die Bestätigung desselben durch eine Vogtsbehörde nicht in Folge von dolus oder Nachlässigkeit des Vogts, sondern in Folge Weigerung derjenigen Behörde, die das Interesse der Kinder als ihrer Angehörigen zu vertreten hatte, unterblieb, und daß endlich von competenter St. Gallischer Seite kein Einspruch gegen die beabsichtigte Verpfändung erfolgte, obschon man davon wußte, und deren Folge wohl zu beurtheilen im Stande war, so ergiebt sich hieraus die Unanfechtbarkeit der fraglichen Verpfändung als eines durch einen rechtlich zulässigen Vertreter abgeschlossenen Actes gegenüber der Beklagten.

Des Weitern handelt es sich dann allerdings darum, ob A. Herzog bei dieser Verpfändung seiner Vogtspflicht gehörig nachgekommen sei, d. h. ob er den erforderlichen Fleiß in Wahrung des Interesses der Vogtskinder angewendet habe, oder ob wegen Saumsal in Wahrung dieses Interesses ihm eine Schadenersatzpflicht obliege. Diese Frage liegt außerhalb des dermaligen Klagantrages; sie könnte heute nur entschieden werden, wenn der Litisdenunciat der Beklagten, A. Herzog, von den Klägern mit einer Entschädigungsforderung direct belangt wäre. Da dies nicht der Fall ist und auch klägerischerseits nicht in dieser Richtung verhandelt und das den Klägern in dieser Hinsicht vielleicht zu Gebote stehende Material nicht zu den Acten gebracht ist,

so sieht sich das Gericht nicht befugt, hierüber jetzt schon seinen Entscheid zu fassen.

(Directe Mittheilung.)

---

28. Umfang der Theilungspflicht. (Bern.)

In dem Civilgesetz von Bern finden sich folgende Bestimmungen:

Satz 518. Hinterläßt eine Mutter Kinder aus verschiedenen Ehen, so sind — ihre sämmtlichen Kinder Notherben für das Vermögen, welches sie seit der letzten Theilung erworben (527) mit Ausnahme des in der Satz. 523 bestimmten Erbfalles.

Satz. 523. Hinterläßt ein Ehemann eine Ehefrau und nur Kinder, die er mit derselben erzeugt, so ist seine Ehefrau sein Notherbe, jedoch mit Vorbehalt des Theilungsrechtes, wenn sie in eine fernere Ehe tritt (528.)

Satz. 528. Die Theilung des elterlichen Vermögens wird fällig 1) wenn die Mutter zu einer fernern Ehe schreitet. —

Auf diese Bestimmungen gründete der Appellations- und Cassationshof von Bern einen Schiedspruch vom 12. Mai 1865 in folgendem Rechtsfall.

Die Witwe des Bendicht Walther wollte zu einer dritten Ehe schreiten.

Aus ihrer ersten Ehe mit Johann Walther war ihr eine Tochter Anna Maria geboren worden. Mit dieser hatte sie vor Eintritt in die zweite Ehe auf Grund der Satzung 528 gehörig getheilt.

Aus der Ehe mit ihrem zweiten Manne giengen keine Kinder hervor. Nach seinem Todte beerbte sie ihn und später ihre eigene Mutter.

Nun entstand bei ihrer Verlobung mit dem dritten Manne J. Brönnimann die Frage, ob die Tochter erster Ehe Anspruch auf neue Theilung mit der Mutter habe und bejahenden Falles, ob die Tochter auch das Vermögen des zweiten Ehegatten in Theilung ziehen dürfe?

Beide Fragen bejahte der erwähnte Schiedspruch

in Betracht

1) daß für die Beurtheilung der im Compromiß aufgestellten Streitfragen die Satz. 518 und 528 C. Regel machen;

2) daß sich aus Satz. 518 ergiebt, daß dasjenige Vermögen, welches die Mutter seit der Theilung erworben, und zwar, da das Gesetz keinen Unterschied und keine Ausnahme bezüglich dieses Vermögens macht, sowohl das von ihrem zweiten Ehemanne erheirathete (wenn aus zweiter Ehe keine Kinder vorhanden sind) als das ihr von der Mutter zugefallene elterliche Vermögen, dem Kinde aus erster Ehe notherbrechtlich verfangen ist, und dasselbe daher die Mutter neuerdings zur Theilung anhalten kann, wenn auf diesen neuen Vermögens-

erwerb eine Thatsache eintritt, welche die Mutter theilungspflichtig macht;

3) daß, nach Satz. 528 C. die fernere Verheirathung der Mutter eine solche Thatsache ist, und diese Theilungspflicht der Mutter bei jeder weitern Wiederverheirathung eintritt, da das Gesetz von der fernern Ehe spricht und die Theilung den Zweck hat, die Mutter, die sich unter die Gewalt des fernern Ehemanns begiebt, gegenüber den Kindern aus früherer Ehe von der notherbrechtlichen Verfangenheit frei zu machen, beziehungsweise diese letztern für ihre Ansprüche auf das dannzumal vorhandene elterliche Vermögen abzufinden;

4) daß diese Theilungspflicht der Mutter bei ihrer dritten Verheirathung in dem Fall, wenn Kinder aus zweiter Ehe vorhanden sind, nicht bestritten ist, da für diese Kinder zweiter Ehe die Theilung des Vermögens der Eltern durch den Tod ihres Vaters und die Verheirathung ihrer Mutter nach Satz. 523, welche auf Satz 528 hinweist, fällig wird, nun aber der Umstand, daß aus zweiter Ehe keine Kinder vorhanden sind, das Verhältniß nicht ändert, indem das Kind aus erster Ehe sein Theilungsrecht nicht aus dem Vorhandensein von Kindern zweiter Ehe ableitet, sondern (wie auch die Kinder zweiter Ehe) aus der Wiederverheirathung der Mutter und aus seinen notherbrechtlichen Ansprüchen — Ansprüche, welche sich auf Satz. 518, wie die der Kinder zweiter Ehe auf Satz. 523 C. stützen — auf deren Vermögen;

5) daß endlich der Ausdruck „elterliches Vermögen" in Satz. 528 C. nicht nothwendig voraussetzt, daß väterliches und mütterliches Vermögen zur Theilung gelangen müsse, da auch da, wo die Mutter von ihrem Manne gar nichts ererbt hat, oder wo sie nach dem Tode desselben Vermögen ererbt hat, oder die Ehe geschieden worden, oder der Ehemann vergeltstagt ist, im Fall der zweiten Heirat der Theilungsfall nach Satz. 528 C. unbestrittenermaßen vorhanden ist, obgleich in diesen Fällen ihr ausschließliches Vermögen in die Theilung fällt.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins n. F. II, S. 53 ff.)

---

29. Theilung einer Familienstiftung „Familienkiste." (Bern.)

Durch Testament vom 23. August 1828 und Nachträge vom 2. October 1833 und 2. Juni 1836 hatte Ulrich Schmocker zu Unterseen eine Summe von 12,000 Pfd. vermächtnißweise ausgesetzt, um aus dem Ertrag einen männlichen Angehörigen des Stammes Schmocker „in eine Lehre thun" zu können.

Am 11. Juli 1836 starb der Testator und das Legat fiel unter gesonderte Verwaltung.

Am 6. Mai 1837 erließ der große Rath von Bern ein Gesetz, wodurch die Bestimmungen des alten Rechts vom 8., 13. und 22. April, 18. und 21. November 1740 über Familienstiftungen als mit der Verfassung unvereinbar erklärt, einstweilen zwar Stiftungen unter dem Betrag von zweimalhunderttausend Bernpfunden als gemeinschaftliches Vermögen aller Zweige eines Geschlechts, das denselben Namen und dasselbe Wappen führt, unter den Schutz der Gesetze nimmt und für spätere Stiftungen ähnlicher Art die Bewilligung der obersten Landesbehörde vorbehält, vom Erlaß des Gesetzes ab aber jeder „Miteigenthümer" an dem Vermögen einer Familienkiste das Recht erhält, aus der Gemeinschaft zu treten und den ihm gebührenden Antheil herauszuverlangen.

Diesen Antheil traten später zwei Angehörige der Familie Schmocker an Dritte (Nichtgenossen) ab. Einer der Cedenten starb im Jahr 1858, der andere 1859. Am 26. October beschlossen die sämmtlichen Mitglieder der Familienkiste deren Theilung. Von den Cessionaren war der eine nicht erschienen, der andere aber als nicht berechtigt durch einstimmigen Beschluß der Familiengenossen von der Versammlung und dem Stimmrecht ausgeschlossen.

Nun verwahrten sich die Ausgeschlossenen ihre Rechte, bis über ihre Ansprüche entschieden sein werde.

Ein Carl Schmocker verlangte den Betrag sämmtlicher Interessen des Gutes der 12,000 Pfund für seinen Sohn, der seit 28. März 1861 die Secundarschule zu Unterseen besuchte, bis zu Vollendung seines 22. Altersjahres.

Diese Ansprüche wurden compromißweise vor den Appellations- und Cassationshof von Bern gebracht, welcher seinen Schiedspruch am 11. October 1862 dahin erließ:

I. daß die Auftheilung des fraglichen Legatgutes von den Betheiligten am 26. October 1861 grundsätzlich beschlossen wurde, mithin der Theilungsfall auf diesen Tag eintritt;

daß somit bloß diejenigen Nachkommen des Mannsstammes Schmocker erbberechtigt sein können, welche beim Eintritte des Theilungsfalles entweder am Leben oder bereits gezeugt waren (Satz. 10 C.), vorausgesetzt, daß sie innerhalb zehn Monaten, vom 26. October 1861 hinweg zu rechnen, lebendig und lebensfähig zur Welt kommen;

daß in Bezug auf die Benutzung des Legatgutes für die Zeit vor dem 26. October 1861 die Bestimmungen des Testators einzig Regel machen und zur Anwendung kommen können.

Auf Grund dieser Auffassung wurde die Berechtigung der Personen des Mannsstammes Schmocker von Unterseen zur Vertheilung des Legats von 12,000 Pfd. anerkannt (unter Vorbehalt von Drittmannsrechten), und zwar so, daß als Datum, an welchem der Theilungsfall eingetreten, der 26. October 1861 angenommen und alle an

diesem Tage lebenden oder 10 Monate nach demselben lebend und lebensfähig zur Welt gekommenen Nachkommen des Mannsstammes Schmocker als nach Köpfen zu gleichen Antheilen berechtigt erklärt wurden; ebenso soll es mit dem aus den Zinserträgnissen der Stiftung seither vorgeschlagenen Vermögen, jedoch unter Vorbehalt der nachfolgenden Dispositionen betreffend Carl Schmocker, gehalten sein.

II. In Betrachtung:

1) daß Carl Schmocker seinen Sohn Carl seit dem 28. März 1861 in die Secundarschule von Unterseen geschickt hat;

2) daß er deshalb das Schulgeld bezahlen mußte und sonstige Auslagen hatte;

3) daß er das Zinserträgniß wiederholt reclamierte;

4) daß jedoch die Bestimmungen in der letzten Willensverordnung bezüglich der Verwaltung der Zinse nur bis auf den Zeitpunkt des Theilungsfalles Anwendung finden können;

wurde dem Carl Schmocker das Zinserträgniß der 12,000 Pfund für die Zeit vom 28. März bis 26. October 1861 zugesprochen; für eine längere Zeit dagegen nicht.

III. In Betrachtung:

1) daß vor dem Theilungsfalle das Stiftungsgut als Gesammteigenthum des Mannsstammes Schmocker zu betrachten war;

2) daß dieses Gesammteigenthum erst mit dem Theilungsfalle den Character von Miteigenthum annahm;

3) daß nach der Idee des Gesammteigenthums die Rechte der einzelnen Berechtigten mit ihrem Tode auf die Gesammtheit übergiengen;

4) daß somit vor dem Theilungsfalle denselben nicht ideelle Theile ustanden; —

wurden die vor Eintritt des Theilungsfalles ergangenen Abtretungen von Antheilen an der Familienkiste als für die Theilungscontrahenten unverbindlich erklärt, die beiden Cessionare somit mit ihren Ansprüchen abgewiesen.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins n. F. I, S. 186 f.)

---

30. Beneficium Inventarii. Locale Entwicklung des gemeinrechtlichen Instituts (Basellandschaft.)

Die in Baselland als Civilgesetz geltende Landesordnung vom Jahr 1813 enthält in ihrem § 204 folgende Bestimmung:

„Was die Auskündigung eines Verstorbenen betrifft, dessen Masse nicht in ein Falliment gerathen, so heißen solche auch freiwillige Auskündungen.

Da aber dadurch rechtmäßige Schulden nicht getilgt werden, so wird den Erben gestattet, sich um eine peremtorische Frist, d. i. um die Bewilligung bei E. E. Rath zu melden, den Verstorbenen bei Strafe der Ausschließung für die, so ihre Anforderung nicht eingeben, auskünden zu lassen."

Der Sinn dieser Stelle kam, so einfach er aus dem Wortlaut hervorzugehen scheint, in folgendem Falle zur Streit-Erörterung.

In der Erbschaft der Witwe Buser in der Weid bei Zyfen fand sich eine Handschrift auf Hans Jacob Tschopp, Schuhmachersjoggi daselbst, im Betrag von Fr. 150, d. d. 12. Januar 1852, verzinst vom Schuldner bis 13. Juni 1861. Nach dem Tode der Witwe Buser gelangte dieser Titel an Mathias und Johannes Müller von Eptingen und später an den ersten allein, für welchen dessen jetziger Vogt, Mathias Schmutz bei Eptingen, die Einforderung dem Geschäftsmann Rolle in Lausen auftrug.

Der Schuldner war nemlich im Frühjahr 1862 gestorben und durch Amtsblatt vom 12. März gl. J. mit Bewilligung des Regierungsrathes vom 6. März sub beneficio inventarii ausgekündet worden. Die Auskündung ruft alle diejenigen auf, welche wegen Schulden, Bürgschaften oder irgend etwas Anderm rechtmäßige Anforderungen zu machen haben, solche innert den nächsten sechs Wochen vom 15. März 1863 an bei Strafe der Ausschließung bei der Bezirksschreiberei Liestal anzumelden.

Hinsichtlich der oberwähnten Forderung des Mathias Müller erfolgte in dieser Frist bei der Bezirksschreiberei keine Anmeldung.

Nach Abschluß des Inventars gelangte nach Bescheinigung der Amtsstelle an die Erben des ausgekündeten Tschopp noch ein nicht ganz unbeträchtlicher Vermögensüberschuß.

Am 6. Februar 1865 erhob der Beauftragte des Creditors Betreibung gegen diesen Erben auf Ausbezahlung der Forderung von Fr. 150. — Der Beklagte stellte aber die Forderung „unkannt". Nach üblichen Präliminarien ist am 12. Januar 1866 durch Bezirksgericht Liestal Beklagter zur Bezahlung der geforderten Summe sammt Zinsen und Kosten verfällt worden.

Am 18. gl. Monats wurde die Appellation gegen dieses Urtheil vom Beklagten eingelegt.

Derselbe beruft sich auf § 204 der Landesordnung, wonach die Auskündungen sub beneficio inventarii peremtorisch wirken, und auf den mit dem Gesetz übereinstimmenden Wortlaut der Auskündung des Schuldners, wodurch diese Forderung nicht mehr eingeklagt werden könne.

Der Kläger und mit ihm das Bezirksgericht Liestal anerkennt, daß Kläger sich nicht mehr gültig zur Masse anmelden könne, unterscheidet aber von der Zulässigkeit der Anmeldung die Rechtsgültigkeit

der Forderung selbst, welche nicht getilgt sei, somit zur Folge habe, daß der Erbe immer noch hafte, soweit aus der Erbsmasse Etwas an ihn gelangt sei.

Die zweite Instanz, das Obergericht von Baselland, entschied am 6. Juli 1866 im umgekehrten Sinn*).

---

*) Die Gründe dieses Spruches entwickelt ein ihm zu Grunde liegendes Gutachten. Dasselbe sagt hinsichtlich des Ganges, den das beneficium inventarii in Basel genommen, Folgendes:

Der Sinn dieser Einrichtung ist ursprünglich sehr einfach. Bekanntlich haftet ein Erbe, wenn er einmal angetreten hat, für alle Schulden des Erblassers. Er haftet auch, wenn er mehr Schulden als Güter erbt. Er haftet mit seinem eigenen Vermögen.

Das beneficium inventarii soll nun diese Haftung unschädlich machen. Darum heißt sie beneficium, Rechtswohlthat. Er soll nie mehr zahlen müssen, als er empfangen hat.

Wie aber der Erbe eine Gefahr läuft, so laufen eine andere die Gläubiger und Legatare eines Erblassers. Der Erbe kann vom Vermögen des Erblassers unbemerkt Vieles unterschlagen und damit haftet er nur für eine kleinere Summe, als er wirklich empfangen hat.

Diese Gefahren sollen nun ausgeglichen werden. Der Erbe muß, wenn er gegen die Gläubiger und Legatare geschützt sein will, ungesäumt nach dem Tode des Erblassers ein Inventar über alle vorhandenen Güter des Erblassers errichten und zwar unter Mitwirkung einer öffentlichen Person und von Zeugen, auch von Gläubigern und Legataren, und muß schließlich auf sein Gewissen bezeugen, daß das Inventar das ganze Vermögen enthalte. — So ist die Gefahr der Gläubiger beseitigt.

Hat der Erbe das gethan, so haftet er dann aber auch nur für den Ueberschuß des Gutes über die Schulden hinaus.

Das war also der doppelte Gedanke:

1. Schutz des Erben, daß er nicht mehr zahlen müsse, als er empfing;
2. Schutz der Gläubiger und Legatare, daß sie nicht weniger empfangen, als der Schuldner hinterließ.

In deutschen Landen wurde diese Behandlungsweise der Erbsschulden festgehalten, ja im Allgemeinen war man der Haftpflicht der Erben eher entgegen. Vgl. Mittermaier Grundsätze § 467, wo auch die Quellen angegeben sind.

Wie sich die Sache bei uns machte, ersehen wir aus:

1. dem Gesetz vom 24. September 1648 (Rechtsquellen von Basel; Band I, S. 560 f.);

2. der Gerichtsordnung von 1719 (Rechtsquellen u. s. w. Band I, S. 890 f.);
3. der Landesordnung von 1757 (Rechtsquellen u. s. w. Band II, S. 360 f.);
4. der Landesordnung vom 1813 §. 204.

I. Die erste umfassende Bestimmung über den Erbverzicht und das beneficium und über deren Voraussetzungen und Folgen enthält das Gesetz vom 24. September 1648.

Zwei Punkte sind hier besonders erheblich.

1. Die Erweiterung des Inventarbegriffs und
2. die Ausdrücke über den Sinn des beneficium.

ad 1. Das alte Recht redet von einem Inventar, das der Erbe aufnimmt. Er soll wohl eine öffentliche Person zuziehen und sogar Creditoren und Legataren eine Mitwirkung dabei gewähren. Aber woher weiß er, wer die Creditoren seien? Dazu bietet das Inventar ihm keine Mittel. Findet er sie nicht in den Scripturen der Erbschaft oder melden sie sich nicht selbst, so weiß er sie nicht. Das Haben ist vollständig, aber nicht das Soll. Das Inventar entbehrt eines rechten Abschlusses. Darum ordnet nun das Gesetz von 1648 an, daß die Gerichtsschreiberei nicht nur alle vorhandenen Hab und Güter aufschreibe, sondern auch,

„der Gegenschulden halber Zedul in alle Zünft und Gesell-
„schaften verfertigen lasse."

Gegenschulden sind Ansprachen an den Erblasser. Und die „Zünft und Gesellschaften" sind die Orte, wo die Bürger täglich sich zusammen zu finden pflegen.

Wenn man darum Etwas bekannt machen wollte, so geschah dies durch Anschläge am Rathhaus, am Rheinthor, auf den Zünften und Gesellschaften. Und so fordert das Gesetz von 1648 auch die Creditoren durch Anschlagzettel auf, sich mit ihren „Gegenschulden", mit ihren Ansprüchen an den Verstorbenen bei der Gerichtsschreiberei zu melden.

ad 2. Die Ausdrücke über den Sinn des beneficium inventarii sind in diesem Gesetz theils positiv, theils gegensätzlich oder negativ gewählt. Es ist nicht nur gesagt, was geschehen solle, wenn das beneficium ergriffen wird, sondern auch was geschehe, wenn es nicht ergriffen wird.

Zuerst — in dem Abschnitt vom Erbverzicht — wird gesagt, was geschieht, wenn das beneficium nicht ergriffen wird. Dann tritt der Erbe „ohne Mittel" an oder er verzichtet. Eines von beiden. Als Folge des Antretens wird angegeben, daß er „den Schuldgläubigern und andern Ansprechenden umb ihre völlige Prätension und Forderung Red und Anwort zu geben pflichtig und verbunden sein — soll."

Dann ist aber noch eine dritte Möglichkeit vorhanden. Und von dieser spricht in dem gleichen Gesetz der Abschnitt vom Inventar. Da

ist gesagt, daß wenn nach Aufnahme des Inventars ein Erb — antreten zu wollen erklärt, derselbige — „alsdann der Schulden halber, so man außer dem Erb zu bezahlen pflichtig, ein mehrers nicht, dann in angeregtem Inventario begriffen, obgleich nachgehends sich andere Schulden herfürthun wurden, Red und Antwort zu geben schuldig sein, sondern bei seinem Inventario geschützt werden" solle.

Dies kann nun zweierlei heißen.

Es kann heißen, der Erbe, welcher sub beneficio inventarii angetreten, hafte mit mehr Vermögen, als im Inventar begriffen, also mit dem Seinen nicht.

Es kann aber auch heißen, der Erbe, welcher sub beneficio inventarii angetreten habe, hafte für mehr Schulden nicht, als im Inventar angegeben seien.

Für die erste Auslegung spricht die ursprüngliche Absicht und der im gemeinen Recht verstandene Sinn dieser Einrichtung und auch der Gegensatz mit dem Schluß des vorangehenden Abschnittes, daß wer „ohne Mittel" angetreten, den Schuldgläubigern — umb ihr völlige Prätension und Ansprach, Red und Antwort zu geben schuldig sein soll.

Für die zweite Auslegung spricht der Gegensatz, der in den Worten ausgesprochen wird: „obgleich nachgehends sich andere Schulden herfürthun wurden."

Wie die Sache damals verstanden wurde, wissen wir nicht und haben dafür bisher keine Haltpunkte.

II. Die zweite Bestimmung, die uns leitet, ist die Gerichtsordnung für die Stadt von 1719, in welche dieses Gesetz von 1648 großentheils wörtlich übergieng.

Aber doch sind einige Abweichungen bei dieser Uebertragung eingetreten und zwar sehr wesentliche.

Die schon erwähnte Aufgabe der Gerichtsschreiberei, in die Zünfte und Gesellschaften Zedul zu schicken, wird auch hier ausgesprochen, aber folgendermaßen:

„daß der Gerichtsschreiber auf das Förderlichste immer möglich „Zedul in alle Ehrenzünfte, Gesellschaften und sonsten, ausfer„tigen lasse, daß jenige, die an solche Verlassenschaft Ansprach haben, „innert den nächsten sechs Wochen in solcher Gerichtsschrei„berei bei Verlust ihrer Prätension und Ansprach sich „geflissentlich angeben und specifice zeigen, was und wie viel „sie zu fordern haben."

Es ist also hier wieder von den „Gegenschulden" oder „den Prätensionen und Ansprachen" die Rede, um die der Erbe Red und Antwort zu geben habe. Es wird aber hier von „Verlust dieser Prätension und Ansprach" geredet und kann kaum etwas Anderes darunter verstanden sein, als Tilgung der Ansprache. An ähnliche Folgen

von Versäumnissen war man gewöhnt bei andern, damals hochgehaltenen „Ansprachen", namentlich beim Zugrecht, welches auch verloren gieng, wenn man in einer gewissen Frist es nicht anmeldete.

Es kommt aber noch hinzu, daß dann in Wiederholung der ältern Sätze über die Folgen des Antritts ebenfalls ein verstärkender Zusatz eintritt. Nach dem Satz, daß der Erbe bei dem Inventar solle geschützt werden, heißt es nemlich weiter:

„Wann aber dem einen oder andern Creditoren, so mit den „Unsrigen nicht concurriert, wegen weiter Entfernüß die Auskün„dung nicht wissent gemacht worden und solches erwiesen werden „könnte, solle einem solchen Creditoren der Regreß an den Erben, „wann nemlichem nach Bezahlung derer Schulden, so sich angegeben, „von der Erbschaft noch etwas vorschiessen thäte, vergonnt sein."

Es wird in diesem Zusatz ein Vorbehalt getroffen, wonach unter Umständen auch derjenige Erbe, welcher sub beneficio angetreten hat und also bei dem Inventario geschützt werden soll, dennoch für Etwas haften soll, was nicht angemeldet worden war, aber mit mehr nicht, als er vom Erblasser nach Zahlung seiner Schulden empfangen hat. Es ist also hier gerade die Frage entschieden, die im Jahr 1648 ungewiß gelassen wurde, nemlich, daß wirklich unter dem „Schutz bei dem Inventar" verstanden sei, der Erbe müsse nie mit dem Seinen haften. Aber dieser Vorbehalt ist an ganz genaue Bedingungen geknüpft, nemlich diejenige, daß „dem Creditor die Auskündung wegen weiter Entfernüß nicht wissend gemacht werde und auch das erst noch nur dann, wenn ein solcher Creditor „mit den unsern nicht concurriert." Was bedeuten nun diese Beschränkungen?

Das erkennen wir durch Erinnerung an die früher geltenden Sätze über die Rechte der Gläubiger im Concurs.

Bekanntlich erhielten die Auswärtigen darin nicht pro rata ihren Antheil, sondern allein was übrig blieb, nachdem die einheimischen Gläubiger völlig befriedigt waren. Das hieß man: „die Auswärtigen concurrieren nicht." Es gab aber einzelne befreundete Städte und Gebiete, deren Angehörige ausnahmsweise gleiche Rechte mit den Einheimischen hatten (concurrierten). Solche Ausnahmen bestanden durch besondere Concordate. Durch diese wurde dann auch verabredet, daß man ihnen die Auskündungen auch zuschicke, gerade wie zu Basel in die Zünfte. Außer diesen „concurrierenden" Creditoren gab es auch solche, die ohne Auskündung, vielleicht durch Scripturen oder sonstwie bekannt wurden, ohne daß leicht eine Anzeige an sie gelangen konnte oder nur mit unverhältnißmäßiger Auslage (gerade bei kleineren Forderungsposten).

In Bezug auf dieses bestimmt nun die Gerichtsordnung:

Im Allgemeinen hat der Erbe, der das beneficium genießt, auf

solche Ansprachen, die nicht in sechs Wochen von der Auskündung an in der Gerichtsschreiberei angemeldet worden sind, einem später auftretenden Creditor keine Rede noch Antwort zu geben.

Er hat auch keine Rede und Antwort zu geben dem Auswärtigen, welcher die Auskündung vernehmen konnte, weil er einem Gebiet angehört, in das die Auskündungen geschickt werden („wenn er concurriert").

Nur in dem einzigen Fall ist die unangemeldete Forderung nach den sechs Wochen noch zulässig, wenn sie einem Gläubiger gehört, dem die Auskündung „wegen großer Entfernüß" nicht konnte wissend gemacht werden.

Aber, fährt die Gerichtsordnung fort, auch in diesem einzigen Fall haftet der Erbe diesem verspäteten Gläubiger nicht mit seinem sonstigen Vermögen, sondern nur in soweit, als nach Bezahlung der Erbschulden noch Etwas an ihn gelangt ist und für und um mehr nicht.

Was nun das Gesetz von 1648 unbeantwortet läßt, ist hier nach beiderlei Seiten beantwortet. 1) Der Erbe, der das beneficium genießt, haftet für später gemeldete Forderungen nie für mehr, als an ihn gelangte, nie mit dem Seinen. 2) Der Erbe, der das beneficium genießt, haftet aber selbst in diesem beschränkten Maaß nie anders, als wo dem auswärtigen Gläubiger die Auskündung nicht bekannt werden konnte.

III. Die dritte Bestimmung schöpfen wir nun aus der vom Notar Schweighauser verfaßten Landesordnung von 1757.

Dieselbe beruht in vielen Hinsichten auf den Anschauungen unserer Gerichtsordnung von 1719. Sie hätte auch in dieser Hinsicht wohl am besten diese Satzungen über Erbverzicht und beneficium aufgenommen. Es geschah aber nicht.

Vielmehr spricht dieselbe von dem beneficium inventarii direct nirgends, sondern nur beiläufig im Titel vom Erbverzicht (I. Titel 25), wo dem Erben aufgegeben wird, „wenn er sich um Viele der Schulden willen zu sofortigem Antritt der Erbschaft nicht entschließen könne," sagt sie:

Ein solcher Erbe solle auf das schleinigste ein Inventar der Verlassenschaft errichten und „indessen" den Verstorbenen auskünden zu lassen.

Mehr ist an dieser Stelle nicht gesagt.

Die Ergänzung dieser Lücke ist zu suchen in dem Abschnitt über Auskündungen (Abthl. II, Tit. 17), wo aber auch wieder genau genommen diese Art der Auskündungen (wegen ergriffenem beneficium) nicht erwähnt wird.

Aber es ist von den Auskündigungen überhaupt hier gesagt:

„Wenn nun eine solche Auskündung ergangen, so wird mänig-

„lich gewarnt, daß sich Niemand mit der Angebung versäume, son„dern innert der bestimmten Zeit von dem Dato der Auskündungs„zielen an sich gebührend angebe, massen nach verflossenem Termn „die Bücher geschlossen sein, und Niemand mehr angehört werden „solle, er könne denn vor behörigem Richter recht„mäßige Entschuldigung seiner Verzögerung halten „und ein Urtheil auswirken, daß er annoch anzu„nehmen sei."

Also nicht, wie in der Gerichtsordnung, bestimmt begrenzte Ausnahmen, sondern offene Hand für den Richter, wie er es halten wolle. Dieser Richter konnte die besondern Umstände des Falles erwägen und dabei sollte es dann bleiben.

Ein merkwürdiger Zufall lehrt uns einen Fall kennen, in dem gerade wir dieselbe Frage verhandelt finden, die heute das Obergericht wieder beschäftigt und wir wissen auch, wie der Richter auf Grund obiger Bestimmung urtheilte.

Der Fall ist folgender:

Die Erben des H. Thommen von Arisdorf hatten diesen sub beneficio auskünden lassen. Einer seiner Creditoren, B. Strübin von Liestal, hatte sich für eine Forderung von 48 Pfund zu melden versäumt. Da die Erben seine Nachforderung zu zahlen weigerten, ging derselbe den Richter (das Gericht zu Arisdorf) an, der ihn aber mit seinem Begehren abwies.

Der Fall war der Summe nach nicht appellabel. Der Abgewiesene ließ sich dies aber nicht anfechten und brachte nichts destoweniger die Sache an den Rath zu Basel, der mit Untersuchung derselben seine Landcommission beauftragte. Diese brachte darüber ein Bedenken ein, das dahin gieng: „Obschon die Summe nicht appellable, so finde man billig, daß wegen übel verstandener obiger Stelle (von Auskündungen) dem sinkenden Recht beigesprungen werde und,

weil kein Erbe aus einer Verlassenschaft Vortheil ziehen könne, bis die Schulden bezahlt seien, indem das beneficium inventarii die Erben nur vor Verlust verwahre und die Creditoren, so sich nicht angeben, nur von der Collocation, nicht aber von ihrem „gänzlichen Recht" ausgeschlossen sein sollen, welches auch der Sinn der Landesordnung sei,

und endlich, weil auch dieser Schuldner unter verschiedenen Namen Schneider und Weber beschrieben sei, welches Anlaß zu Irrungen gebe,

so werde einhellig angerathen, der Erbe des Herrn Thommen zu Bezahlung des eingeklagten Capitals von 45 Pfund sammt Interessen anhalten zu lassen."

Auch der Rath erkannte (am 14. September 1782), es solle durch-

aus nach dem Beschuß dieses Bedenkens verfahren werden. (Rechtsquellen von Basel. Band II. Note auf Seite 361.)

Wollte man also von einer richterlichen Praxis reden und könnte dieselbe aus einem Spruch abgenommen werden, so wäre aus diesem Fall zu entnehmen, daß der Richter die Präclusivnatur der Auskündung festhielt.

Das ist aber allerdings leicht möglich, daß wenn der Rath mit einem ganz unzulässigen Vorgehen diesen Spruch aufhob, in ähnlichen Fällen die Gerichte kaum wagen durften, durch Aufrechterhaltung dieser ihrer Auslegung ihm entgegenzutreten.

IV. Die vierte Bestimmung und diejenige, welche hier zunächst entscheidet, ist der § 204 der Landesordnung von 1813.

Eine Praxis, welche sich vor 1813 an die alte Fassung der Landesordnung angeschlossen haben mochte, kann darum natürlich zu dessen Auslegung nicht weiter verwendet werden. Wir müssen also auf selbstständige Weise dessen Sinn zu ermitteln trachten.

B. Rechtliche Erörterung des Art 204 der Landesordnung.

Derselbe lautet:

„Was die Auskündung eines Verstorbenen betrifft, dessen Masse „nicht in ein Falliment gerathen, so hießen solche auch freiwillige „Auskündungen.

„Da aber dadurch rechtmäßige Schulden nicht getilgt wer„den, so wird den Erben gestattet, sich um eine peremtorische „Frist, daß ist nun die Bewilligung bei E. E. Rath zu melden, „den Verstorbenen bei Strafe der Ausschließung für die, „so ihre Anforderung nicht eingeben, auskünden zu lassen."

Der Sinn dieser Fassuug scheint nun vollkommen unzweideutig.

Es ist bekannt, daß Niemand seine Erblasser gerne „unter dem Boden fallit macht." Es ist aber ebenso bekannt, daß jeder Erbe gern wüßte, woran er mit dem Erbgut ist. Beides zusammen hat die freiwilligen Auskündungen hervorgebracht, wodurch der Erbe hofft und trachtet, einerseits die Lasten der Erbschaft zu erfahren, und anderseits dem Verstorbenen eine Makel zu ersparen. Diese Makel wird nämlich auf ihn gewälzt, wo man bemerkt, daß der Erbe eine mißliche Vermögenslage fürchtet und deßhalb Alles thut, um mit Sicherheit den Stand der Masse kennen zu lernen. Das allein sichere Mittel ist das beneficium inventarii. Dasselbe unterscheidet sich von der sog. „freiwilligen" Auskündnng dadurch, daß diese eine Halbheit bleibt, eine einfache Verwaltungsmaßregel, um möglichst bald zu Bereinigung der Masse zu kommen. Freiwillig heißt diese Auskündung also, nicht weil dem Erben nicht auch frei stände, das beneficium zu ergreifen, sondern darum, weil diejenigen, welche sich melden, dieses nicht thun müssen, sondern „freiwillig" thun. Solche Wendungen sind nicht selten in der Sprache. Eine „freundliche Bitte"

ist nicht die Bitte eines Freundlichen, sondern an einen Freundlichen; eine „gefälligste“ Anfrage ist nicht die Anfrage eines Gefälligen, sondern an einen Gefälligen; ebenso ist eine „freiwillige Auskündung“ nicht die Auskündung von Seite eines solchen, der die Wahl dazu hat, sondern an einen solchen, der die Wahl hat, sich zu melden oder nicht, ohne daß er bei der Nichtanmeldung etwas verliert.

Die Landesordnung führt nun als Thatsache an, daß Verstorbene, deren Masse nicht in ein Fallitment gerathen, gewöhnlich „freiwillig“ ausgekündet werden. Sie tadelt diesen Weg nicht und mahnt davon nicht ab. In der That bestehen ja heute in der Landschaft diese „freiwilligen“ Auskündungen noch immer.

Aber sie sagt: da nun durch solche Auskündungen rechtmäßige Schulden nicht getilgt werden, so werde den Erben gestattet, „peremtorische Fristen“ bei dem Rathe zu begehren.

Was heißt eine „peremtorische“ Frist? Eine Frist mit Tilgungskraft oder mit Strafe der Ausschließung.

Und was wird als Zweck des Begehrens an den Rath bezeichnet? Eben das, was man nicht erreichen kann mit der freiwilligen Auskündung, nämlich daß rechtmäßige Schulden sollen, auch rechtmäßig, getilgt werden. Rechtmäßig werden aber eben Schulden außer der Zahlung nur getilgt durch Ablauf von Fristen, die zu ihrer Einforderung gesetzt sind. Und solche Fristen sind hinwiederum nur rechtmäßige, wenn der Rath zu ihrer Aufstellung die Ermächtigung ertheilt, oder wenn sie das Gesetz vorausbestimmt. Das Gesetz bestimmt sie bei der Verjährung (Landesordnung Th. II, Tit. 21); der kleine Rath ertheilt die Ermächtigung zur Anwendung da, wo in kürzerer Zeit die Fristen sollen peremtorische Kraft üben.

So ist nun offenbar der einfache Sinn der Bestimmung des § 204 folgender:

Die Auskündungen eines Verstorbenen können mit einem Fallitment verbunden sein.

Sie können auch „freiwillige“ sein. Sind sie das, so haben sie keine peremtorische Kraft, tilgen rechtmäßige Schulden nicht.

Sie können aber auch vom Rath bewilligt werden. In diesem Falle tilgen sie auch rechtmäßige Schulden, weil der Rath peremtorische Fristen bewilligt hat. Diese Frist ist peremtorisch, weil sie bei Strafe der Ausschließung für die oder vielmehr gegen die erfolgt, so ihre Anforderungen nicht eingeben.

Was nun der klare unzweideutige Wortsinn der Landesordnung mit sich bringt, das ist auch nicht nur formell, sondern wirklich recht.

Man muß, um davon sich zu überzeugen, wieder auf den einfachen, ursprünglichen Gedanken, der in dieser Sache leitete, zurückgehen.

Der ursprüngliche Gedanke des beneficium war, nach dem Oben-

gesagten, daß der Erbe nicht mit seinem Vermögen für Schulden des Erblassers haften solle, daß er aber auch nicht aus dem Vermögen des Erblassers etwas ziehen dürfe, so lange noch Schulden vorhanden sind. Diese beiden Sätze sind auf's engste verbunden und bedingen sich gegenseitig.

Aber nicht nur den letzten hat das hiesige Recht aufgegeben, sondern auch den ersten.

Wird das beneficium inventarii ergriffen und die Ermittelung des Vermögensstandes ergiebt eine Ueberschuldung, so ist es wohl häufig, daß der Erbe verzichtet; es ist aber nicht Regel. Sehr häufig tritt der Erbe an. Warum? Weil er die Ehre des Verstorbenen schonen will; weil er die vorhandenen Schulden decken will.

Was heißt das nun, er trete an? heißt es, er zahle aus den vorhandenen Activen, soweit sie reichen und zwar pro rata? Dann würde allerdings eine Collocation erfolgen müssen. Nein, es heißt einfach, er übernehme die angemeldeten, rechtmäßigen Schulden ganz und ezahl sie, wo nöthig, aus dem Seinen. Dies ist unzweifelhaft der Sinn des Antritts nach unsern Anschauungen. Der Erbe ist bei dem Antritt behaftet. Die rechtmäßigen Creditoren, die sich gemeldet haben, können gegen ihn mit Erfolg klagen.

Ist aber dem so, warum wird denn ein Erbe überhaupt das beneficium verlangen? Will er ja die Schulden doch bezahlen, so wird er ja das ohne beneficium auch können? Er thut es, weil er das mit in Rechnung nimmt, daß er die Schulden, die nicht angemeldet sind, nicht zu fürchten braucht; er hat sichere Rechnung.

Was ist nun der Erfolg?

Er übernimmt die Masse, vielleicht in der Hoffnung, daß er eine Liegenschaft oder einen dubiosen Posten, der niedriger angesetzt ist, höher verwerthen könne. Kann er das, so ist er ohne Schulden durchgekommen; kann er nicht, so muß er eben aus dem Seinen haften.

Wird er aber diesen Sprung wagen, wenn er denkt, auch wenn er diesen Gewinn gemacht habe und es erzeige sich hinterher eine neue Forderung, so werde er das gute Loos, das ihm gefallen ist, wieder fahren lassen müssen?

Nein, er wird dann lieber verzichten.

Ist es nun wünschenswerth, daß diese gutwilligen Erben abgeschreckt werden? Ist es zu wünschen, daß die Zahl der Erbsverzichte vermehrt werde?

Will man aber das nicht, so muß man auch die versäumten Anmeldungen nicht hinterher doch gelten lassen, zur Hinterthür hinein nicht führen, wem die Vorderthür verschlossen ist.

(Directe Mittheilung.)

32. Beneficium inventarii ohne die Wirkung der Einstellung von Betreibungen. (Solothurn).

Am 21. Januar 1864 zog Ulrich Rastörfer für Fr. 700 pr. 21. April 1864 einen Wechsel auf die Solothurnische Bank, welcher durch Blancoindossement des Trassanten an Gustav Schaad in Biberist (Canton Solothurn), von diesem an X. Carli und hinwieder von diesem an die genannte Bank zurückgieng. Am 22. April gl. J. wurde von der Bank dieser Wechsel protestiert und darauf gegen Schaad der Regreß erhoben, von diesem weiter zurück auf den Trassanten Rastörfer gegriffen.

Nun war aber inzwischen Letzterer gestorben und am 2. April über ihn im Amtsblatt das öffentliche Güterverzeichniß ausgekündet worden, mit Eröffnung einer Meldungsfrist von zwei Monaten, also bis 2. Juni gl. J.

Als nun auf Grund des Regresses Schaad am 14. Mai gl. J. gegen die Erben des Rastörfer die Betreibung anhob, wurde das Recht hiezu bestritten (unkannt gestellt), weil nach §§ 442. 498 des Civilgesetzes für die zweite Meldungsfrist Rechtsstillstand zu Gunsten der Erben eintrete, namentlich aber auch, weil Kläger den Originalprotest nicht einlege.

Der Regreßnehmer bestritt die Statthaftigkeit dieser Gegengründe.

Wirklich wies auch am 1. Juni 1864 das erstinstanzliche Gericht (Bucheggberg-Kriegstetten) die Verlassenschaft mit dieser Einwendung ab, das Obergericht fand die zweite Einwendung gerechtfertigt —

In Betracht zwar allerdings in der Regel bei öffentlichen Güterverzeichnissen nach § 498 C.-G., welcher den 1. Januar 1843 in Wirksamkeit getreten ist, in Beziehung auf Betreibungen der im § 442 C.-G. angegebene Sillstand eintritt;

In Betracht es aber nach § 105 der Wechselordnung, welche mit 1. Juli 1857 in Kraft getreten ist, bei der Wechselexecution und im Wechselproceß weder Rechtsstillstände noch Gerichtsferien gibt;

In Betracht ferner jedoch nach § 55 der Wechselordnung der Regreßpflichtige, als welcher allerdings Rastörfer erscheint, wechselrechtlich verpflichtet ist, spätestens am ersten Werktage nach geschehener Aufforderung dem Regreßnehmer Zahlung zu leisten, wogegen dieser aber den Wechsel nnd den Protest nebst einer quittierten Retourrechnung auszuliefern hat, folglich im Besitze des Wechsels und Protestes und in der Verfassung sich befinden muß, dieselben ausliefern zu können;

In Betracht nun aber der Regreßnehmer, Appellat, nur im Besitze einer zum Bericht ausgefertigten, vom 1. Juni 1864 datierten, notarialischen Abschrift des Protestes vom 22. April 1864 sich befindet,

und folglich, wenn man auch zugeben wollte, daß eine solche Abschrift dem Originalprotest (§ 46 Wechselordnung), beziehungsweise der Expedition oder einem Duplicate derselben gleichzusetzen sei, der Regreßnehmer zur Zeit der Zahlungsaufforderung resp. am Zahlungsverfalltage, welche offenbar der Betreibung vom 14. Mai 1864 vorangiengen, jedenfalls sich nicht im Besitze des Protestes befand, da die Parteien darüber einig gehen, daß zu jener Zeit die Originalprotesturkunde bereits vermißt wurde;

In Betracht unter diesen Umständen die Zahlungsverweigerung wechselrechtlich vollkommen gerechtfertigt war.

(Directe Mittheilung.)

---

33. Bedeutung des Ausdrucks „Ascendent". (Tessin).

Am 21. April 1849 starb zu Mendrisio ein gewisser Alexander Soldati unter Hinterlassung einer Witwe, einer Tochter erster Ehe, Antonietta, und zweier Söhne zweiter Ehe: August und Peter.

In seinem Testament vom 26. März 1849 hatte er die Tochter auf den Pflichttheil gesetzt und das übrige Vermögen seinen Söhnen August und Peter gegeben, mit Substitution des Einen auf Vorabsterben des Andern.

Nun starben diese beiden Söhne nach einander noch im selben Jahre 1849, der eine am 20. September, der Andere am 20. October, und ihre Erbschaft sprachen jetzt einerseits der Großvater väterlicherseits zu 3/4 an, anderseits ausschließlich die Mutter der verstorbenen Kinder, Antonietta, geborne Bolzani, an, beide unter Berufung auf Art. 452 des Tessiner Civilgesetzes, welches sagt:

Se il defunto non ha lasciato ne figli ne altri discendenti, la successione si devolve per tre quarti agli ascendenti della linea paterna e per un quarto agli ascendenti della linea materna.

L'ascendente che si trova nel grado piu prossimo conseguisce la parte assegnata alla sua linea, ad esclusione di tutti gli altri. Gli ascendenti del medesimo grado e nella medesima linea succedono per capi*).

Auf diese Bestimmung berief sich die Mutter, mit Hinweisung auf Art. 334, welcher Vater und Mutter von den Ascendenten trennen**) und, wie es dem Sinne nach selbst Art. 452 thue, indem er die nächsten am Blut die nächsten am Gut sein lasse.

---

*) Durch Gesetz vom 31. Mai 1856 ist seither die Theilung zu Hälften eingeführt, wie im französischen Recht.

**) Eredi necessari sono: — § 2. Il padre e la madre e gli altri ascendenti paterni legitimi.

Das erstinstanzliche Gericht, das Districtsgericht von Mendrisio, folgte in seinem Spruch vom 20. November 1849 auch wirklich den Schlüssen der Mutter.

Nicht so das Appellationsgericht in seinem Urtheil vom 13. September 1850:

Considerando che la denominazione di ascendente ricevuta nel senso naturale e comune comprende padre e madre, e come tale è ritenuta dalla legge, e chiaramente appare dalle parole usate negli articoli 451 e 455, e meglio ancore da quanto è disposto dal precedente articolo 434*), il quale escluderebbe dalla successione legittima il padre e la madre, se questi non dovessero essere compresi fra gli ascendenti;

Considerando che a questa chiara ed ovvia intelligenza della legge non osta il disposto dell'art. 334, il quale dichiara eredi necessari il padre e la madre, e quelle altre persone alle quali dalla legge è assegnata una porzione dell'eredità, perchè appunto questa porzione è la legittima, cioè la metà parte di quello, che sarebbe loro pervenuto nella successione intestate, e che viene stabilito in seguito al titolo della successione legittima.

(Repertorio di gurisprudenza patria, I, p. 457 ss.)

---

34. Vorzugsrecht des jüngsten Sohnes auf des Vaters Seßhaus. (Bern.)

Bekanntlich hat das Berner Recht in seiner Satzung 545 des Civilgesetzbuches das in der Schweiz**) auch sonst gangbare Vorrecht des jüngsten Sohnes auf des Vaters „Säßhaus" oder „Herberg" aufrechterhalten.

Als im Jahr 1864 J. U. Christen starb, war sein jüngster Sohn, Johann Niclaus, schon ihm vorangegangen und hatte vier noch minderjährige Kinder hinterlassen. Der jüngste Sohn war also jetzt der

---

*) § 451. Al padre, alla madra ed a qualunque altro ascendente succedono i figli e i loro discendenti etc.

§ 454. Se vi sono ascendenti della sola linea paterna e vi sono fratelli e sorelle etc.

§ 434. La legge chiama alla successione legittima 1.° i discendenti, 2.° gli ascendenti, 3.° i collaterali etc.

**) Zürich (erst im Stadterbrecht 1786. Bluntschli II, § 52); Basel (Rechtsq. II, 88. 107); Luzern (Entlibuch, Rotenburg. Segesser II, 528 n. 3); Waadt (mit Unterscheidung von Stadt und Land, Lehen und Eigen. Coutumier du pays de Vaud. P. II. t. 29. l. 3.)

vorletzte, Johann Jacob. Dieser erhob den Anspruch auf das Vorrecht, Haus und Hof des Vaters um eine billige Schatzung an sich zu ziehen. Die Geschwister und die Schwiegersöhne widersetzten sich dieser Auslegung des Gesetzes.

Auch der Appellations- und Cassationshof durch Spruch vom 24. August 1865:

in Betrachtung:

1) daß das Vorrecht des jüngsten Sohnes in Satz. 545 C., weil es eine singuläre Rechtsbestimmung enthält, nicht ausdehnend interpretiert werden darf, sondern diese Satzung ihrer strengen Wortbedeutung nach auszulegen ist;

2. daß für die Frage, ob und wer nach dieser Satzung als jüngster Sohn des Erblassers legitimiert sei, der Zeitpunkt des Erbanfalles Regel macht;

3. daß im vorliegenden Falle bei dem Kläger Johann Jacob Christen diese Legitimation nicht vorhanden ist, indem die Söhne des verstorbenen Niclaus Christen nach Satz. 529 P. an der Stelle ihres Vaters eintreten, dieser Letztere also durch seine Söhne zu Theil geht, und demgemäß für die Miterben, bez. für den Kläger Johann Jacob Christen, vorhanden ist, so daß folgeweise, so wenig wie dessen Vermögensrechte überhaupt, die Befugniß der Satz. 545 C. auf den Kläger übergegangen ist;

4. daß die historische Entwicklung des Instituts mit dieser Auffassung übereinstimmt, indem nach der Gerichtssatzung (Satz. 16 fol. 157) beim Vorabsterben des jüngsten Sohnes dessen Kinder das Vorrecht ausüben konnten und daraus, daß ihnen nach der heutigen Gesetzgebung diese Befugniß entzogen ist, nicht folgt, daß nunmehr ein Anderer dieselbe beanspruchen könne, zumal wenn das Gesetz dieses Andern für diesen Fall nicht erwähnt.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. n. F. II, S. 205 ff.)

---

35. Erbrecht im Conflict mit Concurs. (Appenzell a/Rh.)

Ueber J. A. in Waldstatt brach Ende 1864 der Concurs aus. Die Activa ergaben bei einer ersten Ausrechnung Fr. 240756. 35, die Passiva Fr. 95445. 27. Nachher erfanden sich aber mehrere Activposten, z. B. innerrhodische Capitalbriefe als ganz werthlos oder doch nur 30 % des Anschlags werth, Ausstände im Betrag von Fr. 35000 zu ⅔ unerbringlich, viele Passivposten zu niedrig angeschlagen, im Ganzen um wenigstens Fr. 50000, so daß spätere Berechnungen das Passiv auf Fr. 5093. 31, noch spätere auf Fr. 6103. 97 brachten.

Die Liegenschaften waren nun nach Art. 7 des Gesetzes über das

Concursverfahren vom 29. April 1860 und 28. April 1861 an eine Gant zu bringen gewiesen; eine Verwerthung aus freier Hand verlangt die Zustimmung des Falliten.

Verhandlungen der Ausfallscommission und des ihr beigeordneten Curators mit zwei Tochtermännern des Falliten führten zu einem Vertrag, wonach letztere den ganzen Massastatus gegen Vollzahlung der Creditoren ohne Weiteres übernehmen sollten, welchem Abkommen der Fallit beitrat.

Gegen diesen Vertrag erhoben ein Sohn in Herisau und ein dritter Tochtermann in Waldstatt durch „landammannamtliche Gewalt" Protest, welchen h. Standescommission aufrechterhielt. So gelangte die Frage an die Gerichte.

Die Einwendungen stützten sich auf die Behauptungen: a) der wirkliche Werth der Activen überschreite den wirklichen Werth der Passiven; b) dadurch seien sie, die Erben, in ihren Rechten geschädigt, und zwar mit Kenntniß der Gegenpartei, so daß sich die Sache als Betrugsversuch qualificiere. Die Stelle des Erbgesetzes, auf welche die Einwendungen sich beriefen, lautet: (Art. 18) „Solche Schenkungen unter Lebenden oder Verträge, welche in der Absicht unternommen werden, das Erbgesetz zu umgehen und einem Erben in seinem gesetzlichen Erbrecht verhältnißmäßig erheblicher Maßen zu verkürzen, sind unzulässig."

Mit genauer Verfolgung dieser Anklagen vertraten die Vertragsparteien die Richtigkeit der Ansätze, ausgenommen derjenigen auf Passivposten n. 14.

Der kleine Rath hinter der Sitter (erster Instanz) hielt die Protestation wirklich aufrecht; das Obergericht von Appenzell A.Rh. verwarf sie durch Spruch vom 16. April 1866

in Erwägung:

a) daß rechtlich ausgewiesen vorliegt, es habe sich Hr. Jacob A. in Waldstatt Ende Januar 1864 in Concurs erklärt;

b) daß beim Eintritt eines Concurses der Concursant auf sein Vermögensrecht zu verzichten und es in dieser Weise seinen Gläubigern zu überlassen hat, d. h. der Gesammtbesitz desselben als Eigenthum an seine Creditoren übergeht;

c) daß hieraus die natürliche Rechtsfolge abzuleiten ist, es müsse der Creditorschaft das Recht zugestanden werden, in der Art und Weise über das ihr zugefallene Gut zu verfügen, wie sie es in ihrem Interesse am entsprechendsten erachtet, es sei denn — im Falle einer Verwerthung aus freier Hand — daß diese Vorlehnungen mit dem Willen des Concursanten, welcher mit seinen Gläubigern sachbezüglich und nach der nunmehrigen Sachlage als der alleinige Interessent erscheint, einig gehen;

d) daß nun die Creditorschaft es als in ihrem Interesse erachtet

hat, mit Vertrag aus freier Hand und durch Abtretung des Gesammtmassagutes die Austragung der Massaangelegenheit zu realisieren, — ein Vorgehen, zu dessen Rechtsbeständigkeit laut Art. 7 des Concursverfahrens einzig die Zustimmung des Concursanten gefordert wird, und eine Bedingung, der, rechtlich nachgewiesen, ein Genüge geleistet ist;

e) daß überhaupt und nach allgemeinem Rechte die Klage auf Verletzung bestehender Erbschaftsrechte, welche hauptsächlich den Anhaltspunct zur Auflösung der Cession bilden soll, als eine völlig grundlose erscheint, zumal nicht die mindeste Gewähr auch nur für einen Rappen Ueberschuß vorliegt, und daß die Zumuthung, als sei die Creditorschaft pflichtig, das Verfahren der öffentlichen Versteigerung einzuschlagen und damit folgerichtig das Resultat zu riskieren, während sie durch das getroffene Arrangement für vollständige Befriedigung geborgen ist, mit dem natürlichen Rechte geradezu im Widerspruche steht und jeglicher rechtlichen Haltbarkeit entbehrt;

f) daß das Resultat der Strafklage ein schwebendes und immerhin der Art ist, daß dasselbe mit der heute zu lösenden Civilklage in keiner Weise zusammenhängt und daher auf diese keinen Einfluß üben kann, da durch dieselbe der Creditorschaft keinerlei Dolus oder sonst rechtswidriges Vorgehen zur Last fällt.

(Directe Mittheilung.)

---

36. Erbrecht in ein Patronatrecht. (Tessin.)

Am 27. März 1806 unterzeichnete Antonio Quadri gen. Vigotti von Maglioso „Namens seiner Brüder Johann Baptist, Dr. Augustin und Ambrosius Quadri“ eine Erklärung, dahin gehend, daß

„essendo per insorgere delle quistioni sul possesso dell' oratorio di S. Giuseppe, per conservare la buona armonia fra le due famiglie Quadri e Lepori, si addiveniva agli appuntamenti di cui a detta scritta tra li cittadini fratelli Quadri *per una parte* ed il cittadino giudice Lorenzo Lepori *per l'altra* e la di lui moglie D. Catterina nata Quadri“ —

den genannten Lorenz Lepori und seiner Ehefrau gestattet sei, von ihrer Gartenseite her einen Eingang in diese Capelle zu brechen und einen Bau für ihre Angehörigen da anzubringen,

„senza pero il menomo pregiudizio del diritto di giuspatronato competente esclusivamente ai fratelli Quadri sopra detto oratorio.“

Dann steht in derselben Erklärung (Art. 4.):

„venendo a mancare la discendenza mascolina dei cittadini fratelli Quadri prima della discendenza mascolina dell'attuale casa Lepori in testa giudice D. Lepori Q. m. Natale, il giuspatronato dell'oratorio abbia a passare nella linea mascolina della discendenza della cittadina D. Catterina Quadri ammogliata Lepori."

Am Schluß der Erklärung steht:

„e per essere le *suddette parti* coerenti a se medesime si sono sottoscritte di proprio pugno."

Unterzeichnet ist aber Niemand, als Antonio Quadri, nicht einmal L. Lepori.

Auf diese Erklärung gestützt sprach G. F. Lepori von Lugano am 12. December 1859 das Patronatrecht auf diese Capelle gegenüber Dominik, Johann und Ambrosius Quadri an, welche sich als Besitzer desselben geltend machten.

Das Civilgericht von Lugano, vor welches mit Klage vom 3. Mai 1861 Lepori gelangte, entschied durch Spruch vom 6. December 1862, und der Civilkammer des Appellationsgerichts, ihm in den Motiven folgend, durch Urtheil vom 1. Mai 1863, gegen Lepori, in Betracht:

1. Dagli atti di causa e specialmente dalla scritta vescovile 5 ottobre 1839 in mancanza della fondiaria ossia codicillo 14 luglio 1682 emerge che il beneficio di juspatronato ed ogni relativo diritto compete alla famiglia Quadri nella linea maschile del fu D. Sebastiano Quadri escluse quelle di altro cognome nelle quali sieno entrate per matrimonio delle donzelle Quadri.

2. Dalla fondazione del suddetto beneficio in avanti il giuspatronato in discorso ed ogni relativo diritto, compresa l'amministrazione della dote beneficiaria, fu sempre esercitato esclusivamente dai signori Quadri, dai quali soli fu sempre regolarmente corrisposta la elemosina delle messe ed adempito ogni altro onere imposto dalla fondiaria, come rilevasi dal succitato rescritto vescovile.

3. Il sig. Lepori straniero affatto al beneficio di cui sopra facevasi nel 1839 a dimandare per la prima volta di partecipare al giuspatronato, per cui si dava luogo ad un formale contradditorio tra esso ed i patroni fratelli Quadri avanti la superiore autorità ecclesiastica di allora, cioè Mons. Vescovo della Diocesi di Como, il quale recatosi personalmente ad Agno ed a Serocca ed osservati minutamente i documenti e specialmente la fondiaria esistente presso il Prevosto d'Agno proferiva in seguito il suo giudizio consegnato nel summenzionato rescritto vescovile 5 ottobre 1839, con cui venivano dichiarate insussistenti e fuori di luogo le pretese del sig. Lepori.

4. In onta alla cosa giudicata il sig. Lepori si è fatto in oggi a rinnovare le stesse pretese appoggiandosi ad un documento di cui

non ha provato di aver fatto uso quale si è la da lui qualificata convenzione 27 marzo 1806.

— 8. Malgrado il preambolo e la chiusa della suddetta scrittura dai quali si rileva che le parti addivenivano ad una transazione per togliere questioni che erano per insorgere e quindi ad una convenzione essenzialmente bilaterale e che era intenzione delle parti di sottoscriversi di proprio pugno, pure la ripetuta scritta non appare firmata che dal solo avv. Antonio Quadri assertosi incaricato anche da'suoi fratelli e non vi si vede alcuna firma per parte degli altri contraenti conjugi Lepori.

9. La scrittura in discorso per il fatto della incompleta firma e difetto di mandato per parte dei tre fratelli Quadri nella persona del solo firmato avv. Antonio, resta colpita da nullità, dovendosi ritenere come progetto di convenzione rimasto senza effetto per opposizione degli altri fratelli Quadri o perchè non accettato dai conjugi Lepori.

10. Quand'anche la suddetta scrittura si potesse ritenere valida ed efficace nella forma, sarebbe sempre nulla nella sostanza ed inetta a sorreggere l'odierna pretesa dell'attore, poichè pei principi tanto del canonico, che del civile diritto, non è permesso ad un solo dei patroni e neppure a tutti, congiuntemente ai patroni *pro tempore* e neppure all'autorità ecclesiastica, il disporre del giuspatronato gentilizio, od altrimenti variare le norme di successione stabilite dall'atto di fondazione, essendo li patroni equiparati a semplici eredi fiduciari, cui non è dato pregiudicare in alcunche ai diritti degli altri chiamati nati e nascituri.

11. Per l'indole propria ed essenziale del giuspatronato laicale, famigliare o agnatizio non hanno diritto di succedervi nè le femmine nè i maschi discendenti dalle medesime, tanto più in concreto che il fondatore ha parlato della linea mascolina della famiglia Quadri ed esplicitamente escluse dal giuspatronato non solo le famiglie Quadri che non sieno della linea contemplata, ma le famiglie d'altro cognome nelle quali sieno entrate per matrimonio delle donzelle Quadri appartenenti alla linea chiamata, come già ebbe a riconoscere l'autorità ecclesiastica.

12. Quand'anche avesse forza la scritta 27 marzo 1806 il sig. Lepori non potrebbe vantar alcun diritto pel noto beneficio, se non se nell'eventualità dell'estinzione della linea maschile Quadri, il che è per altro lontano al presente dal verificarsi.

. . . . . .

13. Le lettere vescovili 21 agosto 1843 e 6 maggio 1850 non possono neppur esse servire di fondamento ai diritti pretesi dal sig. Lepori sia perchè tali lettere partono dalla supposizione che la scritta 27 marzo 1806 sia un atto attendibile ed efficace, sia ancora

perchè troppo apertamente urtano col rescritto vescovile del 5 ottobre 1839 avente forza di cosa giudicata.

14. Inoltre la lettera 6 maggio 1850 non è che un progetto di convenzione da sottoporsi alle parti per la loro accettazione a mezzo del Preposto d'Agno, la quale accettazione punto non ebbe luogo.

(Repertorio di giurisprudenza patria I. p. 473 ss.)

---

37. Uebertragung der Testierbefugniß. (Bern.)

Durch Testament homologiert am 19. März 1853, setzte N. Sommer den Ulrich Kupferschmied zu seinem Erben für das ganze Vermögen ein.

Nach dem kurz auf das Testament erfolgten Tode des Erblassers nutzte dessen hinterlassene Ehefrau, Elisabeth geb. Kupferschmidt, dieses Vermögen auf Grund der zwischen ihr und dem verstorbenen Ehemann N. S. abgeschlossenen Eheverkommniß fünf Jahre lang. Dann starb auch sie und Ulrich Kupferschmied nahm die Hinterlassenschaft in Besitz.

Es fand sich, daß in diesem Eheverkommniß die Ehefrau dem Ehemann die Berechtigung eingeräumt hatte, auf ihr beidseitiges Absterben über ihr beidseitiges Vermögen in einem Testament nach Belieben verfügen zu können.

Diese Verfügung und demnach das auf sie gestützte Testament des Sommer focht jetzt Andreas Kupferschmied, einer der Brüder der verstorbenen Witwe, an. Letzterer verlangte nun dem Inhaber gegenüber, als bei Mangel eines Testamentes Intestaterbe an der Witwe, seinen entsprechenden Antheil an dem Vermögen.

Der Appellations- und Cassationshof von Bern entschied durch Urtheil vom 31. October 1862 zu Gunsten des Klägers Andreas Kupferschmied,

in Betrachtung:

1) daß nach dem Sinne und Wortlaut der Satz. 551 und 552 C., wie nach der Natur der Sache, das Recht zu testieren unübertragbar ist, die Testierfähigkeit einer Person sich also nnr auf eigenes Vermögen, d. h. über ihre eigene dereinstige Verlassenschaft erstrecken kann, nicht aber über das Vermögen oder Sachen Dritter, so daß die Bestimmung in der zwischen den Eheleuten Sommer abgeschlossenen Eheverkommniß vom 23. Mai 1848, laut welcher die Ehefrau dem Ehemann die Befugniß einräumte, auch über ihr eigenes Vermögen zu testieren, von Anfang an eine ungültige war;

2) daß gegenüber dieser Eheverkommniß dem Kläger Andreas Kupferschmied kein Rechtsmittel zustand, mithin von einer Ersitzung nicht die Rede sein kann;

3) daß es ebensowenig der Fall war, hier wo kein eigenes Testament der Elisabeth Sommer geb. Kupferschmied vorlag, eine Testamentsabsetzungsklage anzubringen, zudem das von Simon Sommer errichtete Testament nach dem Tode der Frau Sommer gar nicht homologiert wurde, so daß auch die in Satz. 614 vorgesehene Ersitzungsfrist*) hier nicht zur Anwendung kommen kann.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins n. F. I, S. 171 f.)

---

38. Enterbung. (Zürich.)

Das privatrechtliche Gesetz von Zürich führt in § 2100 u. A. als Enterbungsgrund gegenüber Pflichttheilberechtigten an, wenn der Erbe dem Erblasser in großer Noth auf lieblose Weise im Stiche gelassen oder sonst auf grobe Weise die dem Erblasser gebührende verwandtschaftlichen Rücksichten verletzt oder beharrlich mißachtet hat.

Das Testament des U. Pfister vom 23. Januar 1864 gab Veranlassung zur Erörterung der Frage, ob dieser Fall eingetreten sei? Er hatte nemlich vermöge desselben die uneheliche Tochter seiner Ehefrau zur Gesammterbin eingesetzt und seine Geschwister gänzlich enterbt, „weil dieselben ihn seit Jahren nicht wie einen Bruder behandelt, alle verwandtschaftlichen Rücksichten mißachtet, mit ihm Proceß geführt, ihn als einen liederlichen Menschen verschrieen und ihn als einen Verschwender haben bevogten wollen."

Nach zürcherischen Erbrecht ist nun der Pflichttheil der Geschwister zwei Drittheile der reinen Verlassenschaft. Bis zu diesem Betrag fochten die Geschwister des Pfister das erwähnte Testament als unbegründet an, theils indem sie einzelne die erwähnten Gründe als factisch unrichtig bezeichneten, theils ihre rechtliche Tragweite bestritten.

Anerkannt war, daß sie mit dem Erblasser Proceß geführt und ihn als einen Verschwender haben bevogten lassen wollen. Ebenso daß sie bei diesem Anlaß ihn vor Gericht als liederlich bezeichneten. Auch war anerkannt, daß in einer Krankheit Conrad Pfister, einer der Brüder, ihn nur einmal besuchte, als er nach erlittener Mishandlung durch einen seiner Knechte krank darniederlag. Thatsache war, daß die eine Schwester, welche nach dem Tode der ersten Frau dem Verstorbenen den Haushalt besorgt hatte, ihn im Unfrieden verließ und nach ihrer Heirat nahe bei seinem Gasthof eine Wirthschaft eröffnete, auch als der Verstorbene seine Dienstmagd geheiratet hatte, ihre Mitfreude nicht bezeugte. Thatsache war jedoch ebenfalls, daß der Erblasser wegen im Trunk begangener Vergehen mehrfach polizeilich

---

*) „Ersitzung" heißt in der berner Rechtssprache Verjährung und „Verjährung" Ersitzung.

bestraft wurde, daß der kleine Vermögensvorschlag, den die Prüfung seiner Verhältnisse bei Anlaß des Bevogtungsprocesses ergab, großentheils dem zufälligen Steigen des Werthes der Liegenschaften zuzuschreiben und vielleicht auch nicht ganz zuverlässig war.

Die erste Instanz, in Folge der ersterwähnten Thatsachen, bestätigte in der That die Enterbung.

Das Obergericht von Zürich dagegen entschied durch Urtheil vom 17. März 1866 zu Gunsten der Geschwister, vorzüglich von folgenden Gesichtspunkten ausgehend, daß:

a) schon daraus, daß das sittliche Verhältniß der Zusammengehörigkeit der Familie im weiteren Sinne im positiven Rechte das Pflichttheilsrecht und die darin liegende Beschränkung des Erblassers bezüglich der Disposition über sein Vermögen für die Zeit nach seinem Tode in so ausgedehntem Umfange hervorzubringen vermochte, folgt, daß wo das Gesetz die Dispositionsbefugniß des Erblassers auf Kosten der Rechte des Notherben ausnahmsweise wieder erweitert, die diesfälligen Bestimmungen in beschränkendem Sinne aufzufassen sind, d. h.

b) mit Bezug auf die nur allgemein aufgestellten Enterbungsgründe als Wille des Gesetzgebers anzunehmen ist, daß die allgemeine Rechtsregel möglichst gewahrt bleibe, insbesondere hinsichtlich des in concreto in Frage kommenden Enterbungsgrundes nicht so leicht das Vorhandensein einer groben Impietät von Seite des pflichttheilsberechtigten Erben gegenüber dem Erblasser angenommen werde;

c) die besondern Verhältnisse und Anschauungen eines Erblassers bei der Frage, ob in dem Verhalten des Erben gegen ihn eine grobe Impietät liege, insofern in Betracht kommen, als in der Außerachtlassung derselben von Seite des Erben eine grobe Verletzung der verwandtschaftlichen Rücksichten gefunden werden muß, dagegen es dem Wesen des Pflichttheilsrechtes, beziehungsweise der Beschränkung der Testierfreiheit geradezu widersprechen würde, wenn das Gefühl, beziehungsweise das willkürliche Ermessen des Erblassers selbst dafür, ob dem Erben grobe Impietät zur Last falle, als maßgebend angesehen würde;

d) endlich zu unterscheiden ist zwischen dem Thun und Unterlassen eines Erben verbunden mit der Absicht, den Erblasser zu beleidigen, und dem Thun oder Unterlassen eines solchen ohne diese Absicht, und diesfalls einleuchtet, daß wie nicht schon jede absichtliche Beleidigung als grobe Impietät angesehen werden darf, solche noch weniger leicht zu finden ist in dem Verhalten eines Erben, welches bloß als Außerachtlassung der verwandt-

schaftlichen Rücksichten, ohne daß dabei böser Wille obgewaltet, erscheint. —

(Gwalter Zeitschrift für Kunde und Fortbildung der zürcherischen Rechtspflege, XVII, S. 63 f.)

---

39. Rechtliche Natur des Anspruchs auf eine testamentarisch zugewandte Liegenschaft. (Tessin.)

Dem Priester Dominicus Bordonzotti von Barico (Gem. Croglio, Tessin) wurde im Testamente seines Vaters vom 7. October 1854 unter Einrechnung des Pflichttheils der dritte Theil des väterlichen Vermögens zugewendet mit der Clausel, daß er über denjenigen Theil, der bei der Ordination ihm ausgesetzt worden sei (costituito per la suo promozione agli ordini sacri) nur soweit verfügen könne, daß ihm der Pflichttheil unverkürzt bleibe (di non poter consumare ne disporre — se non fino alla concorrenza della legittima spettantegli.)

In einer weitern einstweiligen Verfügung vom 15. November 1855 wurden sämmtliche Liegenschaften des Vermögens vom gleichen Testator Philipp Bordonzotti unter die Söhne Carl und Peter vertheilt, einschließlich derjenigen, von welchen ihrem Bruder Dominicus der Niesbrauch zugewendet worden war, und mit Vorbehalt seines unverkürzten Anspruchs auf den Pflichttheil, „als worüber die Brüder sich zu verständigen haben sollen.“ Diese Verfügung entsprach der früher bei der ersten Zuwendung erfolgten Bestimmung, welche gerade die Vertheilung der Liegenschaften unter den Brüdern Dominicus, Peter und Carl vorsah und für diesen Fall bereits damals anordnete, daß dieses bei der Ordination dem Dominicus zugewieseue Gut alsdann auf seinen Theil gebracht und das Weitere darüber letztwilligem Entscheid anheimgestellt bleiben solle.

Am 9. März 1857 richtete nun Dominicus an seine Brüder die Aufforderung (monitorio), sein ausschließliches und unbedingtes Eigenthumsrecht an diesem Grundstück anzuerkennen. Am 17. gl. M. stellte dieser Aufforderung der Bruder Peter eine motivirte Gegenerklärung aus, worüber das ganze Rechtsverhältniß in Streit gerieth, der durch Spruch des Districtsgerichts von Lugano vom 13. April 1858 und von der Civilkammer des Appellationsgerichtes am 17. Juni gl. J. entschieden wurde:

Ritenuto che il punto di quistione a decidersi sta nel vedere se si possa considerare il convenuto Bordonzotti D. Domenico per assoluto proprietario degli stabili ad esso costituiti a titolo di patrimonio ecclesiastico dal defunto di lui avo Pietro Bordonzotti con istromento 13 novembre 1823;

Ritenuto che lo stesso Pietro Bordonzotti ha però dichiarato sia nel libello contradditorio, sia nel corso della causa, che la sua opposizione era circoscritta a quella formola del monitorio con cui veniva millantata l'assoluta ed esclusiva proprietà degli stabili in esso indicati, non contrastando al fratello D. Domenico il diritto di godere li beni componenti il suo patrimonio ecclesiastico, e rimettendogli anzi in godimento la quota da lui posseduta;

Ritenuto che l'ora defunto Pietro Bordonzotti avo dei piatenti mediante istromento 13 novembre 1823 assegnava al di lui abbiatico D. Domenico in proprio titolo di patrimonio perpetuo li stabili nel medesimo atto dinotati, ed accennati nel monitorio, sotto la condizione che ottenendo il detto chierico in questo od in estero Stato qualche beneficio ecclesiastico dell'eguale valore o reddito od anche maggiore, si avesse a considerare l'attuale costituzione di patrimonio come non fatta e di nessuna forza e vigore, e li beni stessi liberi da tale vincolo restar dovessero a libera disposition di esso costituente;

Ritenuto pure che nel detto istromento leggesi anche *che venendo esso abbiatico dopo i giorni dell'avo e del padre a divisione cogli altri fratelli, in allora li fondi datigli in patrimonio siano e restar debbano per sua porzione parte, salvo le disposizioni testamentarie al caso;*

Ritenuto che nel ripetuto istromento di costituzione del detto patrimonio non si riscontra alcuna clausola espressa traslativa del dominio dei beni assegnati a favore dell'inallora chierico promovendo;

Ritenuto che a norma di quanto è stabilito dal Sacro Concilio di Trento niuno può essere promosso ai Sacri Ordini se non consta in prevenzione che sia investito di qualche ecclesiastico beneficio, il cui reddito sia sufficiente a quanto è necessario per vivere onestamente, ed in difetto d'un beneficio ecclesiastico che sia provisto d'un patrimonio, li cui proventi bastino ad *honestum vitæ subsidium*;

Ritenuto che pel tenore della recitata disposizione ne consegue che non è d'essenza che il patrimonio sia costituito in assoluta proprietà, ma bensì coll'assegno della di lui rendita;

Ritenuto che se li beni costituiti a titolo di patrimonio si dovessero considerare di assoluta ragione e proprietà del promovendo sarebbe stata inutile la condizione apposta dal Concilio di Trento che non possa l'investito alienarli, nè obbligarli e rinunciarli, senza la previa surroga d'un beneficio ecclesiastico sufficiente o di altri beni, ciò che dimostra all'evidenza che l'assegnante colla costituzione del patrimonio non trasferisce la proprietà di questo ma soltanto il reddito dei frutti da esso derivanti;

Ritenuto che sebbene nel succitato istromento 13 novembre 1823 si riscontra la clausola che nel caso di divisione coi propri fratelli li beni assegnati a titolo di patrimonio siano e restar debbano per propria parte dell'investito, essendo però vincolata alla disposizione testamentaria, si devono commisurare gli effetti di quella dal tenore di quanto poteva venir disposto per atto d'ultima volontà rispetto ai beni medesimi posteriormente all'assegno; sicchè una tale clausola non può considerarsi ed aversi come involvente condizione di conferto dominio, ma un futuro conferimento nel solo caso di successione intestata;

Ritenuto che la generica espressione: *salvo le disposizioni testamentarie al caso*, è riferibile non solo al costituente Pietro Bordonzotti, ma ben anco all'unico di lui figlio Filippo che gli doveva succedere come di lui necessario erede;

Ritenuto che se Pietro Bordonzotti avo non fece alcun testamento, il diritto a lui competente passò nel suo figlio Filippo, il quale per essere subingresso nella patria potestà aveva la facoltà ed autorità di regolare la di lui successione, e che di conseguenza le di lui disposizioni testamentarie devono essere mandate ad esecuzione ed avere l'istessa forza e vigore come se fossero state fatte dall'avo;

Ritenuto che la divisione a cui accenna il costituente non poteva aver luogo che dopo la morte del proprio figlio Filippo (padre dell'attore e del convenuto), quindi la disposizione testamentaria sarebbe riferibile più a quest'ultimo che al primo.

Ritenuto che quand'anche nella più sinistra ipotesi li beni descritti nel surriferito istromento si volessero considerare passati in assoluto dominio del Sacerdote D. Domenico per l'apposta clausola, fino a tanto che non sia seguita la divisione e constatato l'ammontare della di lui virile paterna, la proprietà rimane in sospeso, e quindi nissun dominio si verifica attualmente in esso lui;

Ritenuto che Filippo Bordonzotti con suo testamento 7 ottobre 1854, colla morte confermato, ha istituito il prefato di lui figlio D. Domenico erede nella legittima ed usufruttuario in parti eguali coi fratelli, sotto la condizione però di non consumare o disporre del patrimonio se non fino alla concorrenza della legittima stessa;

Ritenuto che mediante la succitata disposizione testamentaria sarebbe stata annichilata e resa di nissun effetto la dichiarazione contenuta nel titolo patrimoniale risguardante il dominico e proprietà dei beni in esso enunciati, per essersi verificato il caso previsto relativamente alle disposizioni testamentarie riservate;

Ritenuto che essendo stato il Sacerdote Bordonzotti istituito

erede nella sola legittima, questa non gli può conferire un diritto di proprietà esclusiva sopra li beni patrimoniali, fino a che non sia seguito lo stralcio della medesima quota dall'asse ereditario mediante formale divisione coi propri fratelli;

Ritenuto che la disposizione testamentaria 13 novembre 1855 con assegna dei piedi non può tener luogo d'una formale e legale divisione a fronte del Sacerdote Bordonzotti, non potendo questa far stato per esso convenuto, risguardando le sole persone degli altri due fratelli, e perchè riferibile in ogni caso al solo attivo e non ai passivi di cui può essere affetta la sostanza abbandonata dal padre Filippo;

Ritenuto che appare anzi da detto Istromento che non ostante l'assegna fatta ai due figli Pietro e Carlo volle l'assegnante che fossero salve le ragioni d'usufrutto e di legittima spettante all'altro figlio e rispettivo fratello, col quale dovevano i primi intendersi;

Ritenuto perchè possa dirsi avvenuta la divisione coi fratelli a sensi dell'istromento 13 novembre 1823 è necessario un concerto del Domenico cogli altri due intorno al valore ed esistenza degli enti ereditarii ed ai passivi dell'asse, per quindi statuire l'ammontare della di lui legittima, se questa sia capace di coprire il valore totale dei beni ad esse costituiti a titolo di patrimonio;

Ritenuto d'altronde che essendo stato istituito erede nella sola legittima la vantata proprietà è ancora affetta di eventualità pel disposto dell'art. 340 del Codice Civile, sotto il cui impero ebbe luogo la disposizione testamentaria 7 ottobre 1854, il cui beneficio potrebbe esser invocato dai due fratelli come eredi universali nè caso di divisione;

Ritenuto che nè anche coll'appoggio dell'*uti possidetis* si può il Sacerdote Bordonzotti tenere i detti beni in assoluta proprietà, dacchè egli non ne fu mai all' effettivo possesso, e non ne percepì alcun reddito o frutto pendente la vita del padre, come evincesi dal testamento 7 ottobre 1854, ove gli venne proibito di promovere quistione di sorta, nè domanda di ripetizione o d'indennizzo contro i fratelli in dipendenza del godimento, fino a tal epoca avuto e che si potesse avere ancora sino alla morte di esso testatore, dei fondi a lui costituiti in patrimonio;

Ritenuto che non potendosi attualmente considerare il Sacerdote D. Domenico Bordonzotti per assoluto proprietario dei beni costituitigli a titolo patrimoniale, onde esser promosso al Sacerdozio, dal fu di lui avo Pietro, ma solo come investito del sem-

plice loro godimento, trovasi per ciò infondaia la pretesa da lui accampata nel monitorio.

(Repertorio di giurisprudenza patria, III. p. 225 ss.)

---

40. Erbrechtliche Substitution im römischen oder französischen Sinne? (St. Gallen).

Am 11. September 1852 errichtete G. J. R. ein Testament, in dessen Eingang er sagt: „er errichte es aus Dankbarkeit und Erkenntlichkeit gegen seine Ehefrau S. geb. G.“ Dann in Art. 2 fährt er fort: „Als Vater dreier Kinder benutze ich das mir durch § 94. lit. c. des Erbgesetzes zugesicherte Recht, über einen Viertheil meines Vermögens durch Vermächtniß verfügen zu können, dahin, daß ich meiner Ehefrau von dem Vermögen den vierten Theil als Leibgeding testiere und daß nach ihrem einstigen sel Ableben dieser Viertheil richtig und allein meinen mit derselben erzeugten Kindern (nemlich den zwei Söhnen J. J. und C. L.) zufallen soll.“

Am 26. März 1862 starb diese Ehefrau.

Am 13. August 1864 folgte ihr der Testator. Die zwei Söhne behaupteten einen Anspruch auf den ihnen zugedachten Viertheil; die Tochter erster Ehe, ihre Stiefschwester, bestritt denselben und erklärte das Legat als dahingefallen, da die Legatarin das Legat nicht erlebt habe.

In der That verwarfen auch beide Instanzen den Anspruch der Söhne, die zweite, das Cassationsgericht von St. Gallen, durch Urtheil vom 4. Mai 1865, mit folgenden Erwägungen:

Nach dem Wortlaut des Testaments setzte der Testator seine Ehefrau in den Fruchtgenuß des Viertheils seines Vermögens als Vermächtnißnehmerin ein, allerdings mit der Auflage, das Eigenthum dieses Viertheils nach ihrem dereinstigen Ableben den beiden Söhnen zu überlassen. Die Ehefrau war hier directe als Vermächtnißnehmerin eingesetzt, die beiden Söhne fideicommissarie, und es lag also eine sogenannte fideicommissarische oder Fiduziär-Substitution im Sinne des Art. 108 a des Erbgesetzes vor. Nur eine sogenannte; weil diese Art Erb- oder Vermächtnißeinsetzung bisweilen, z. B. in der L. 57 in fin. D. ad S. C. Trebell. auch eine Substitution, und zwar eine fideicommissarische genannt wird. Allein streng genommen und im eigentlichen Sinne ist dieses keine Substitution. Da nun in Folge des Ablebens der Ehefrau vor dem Testator jene das Vermächtniß nicht erwarb, so konnte sie das Nichterworbene den ihr fideicommissarie substituirten Vermächtnißnehmern auch nicht hinterlassen. Die Einwendung, daß im Art. 108 a nicht ausdrücklich gesagt sei, daß der Substituirte nur dann erben könne, wenn der Haupterbe den Erblasser

überlebe, ist nicht stichhaltig, da sich solches bei einer fideicommissarischen Erbschaft, von welcher dieser Art. 108 a handelt, von selbst versteht. Der Nacherbe kann von dem Fideicommissar ebenso ein Inventar verlangen, wie Letzterer das Erbe sub beneficio inventarii antreten muß. Von einer Vulgarsubstitution, d. h. von einer solchen Substitution, wornach ein anderer Legatar auf den Fall, daß der erste nicht Vermächtnißnehmer werden könne oder wolle, direct eingesetzt erscheint, ist im Testamente expressis verbis nicht gesprochen und was der Testator angeblich gemeint oder beabsichtigt habe, darf im Rechte nicht entscheiden. Eine solche Absicht ist aber auch um so unwahrscheinlicher, als der die Ehefrau mehr als zwei Jahre überlebende Testator die beiden Söhne testamentarisch hätte begünstigen können, solches aber nicht gethan, sondern für besser gefunden hat, den Nachlaß seinen drei Kindern gleichmäßig zukommen zu lassen.

(Directe Mittheilung.)

---

41. Frist zu Einwendungen gegen ein Testament. (Baselstadt.)

Nach alter Uebung wird zu Basel nach Eröffnung von Testamenten durch die Gerichtsämter jeweilen öffentlich erklärt: „Einwendungen gegen diese Verfügungen seien in der Frist von zehn Tagen anzubringen, widrigenfalls das Testament in Rechtskraft erwachse."

Die Gerichtsordnung von 1719 sagt blos (§ 576): „Auf daß man aber wissen möge, welche Personen zu Erben eingesetzt und wie es der Testator sonsten nach seinem Tode gehalten haben wolle, soll alsbald nach dessen Beerdigung das Testament oder andere dergleichen Verordnung den Stadt-Gerichts-Aemptern überliefert, von diesen den nächsten Erben ab intestato zu der Eröffnung verkündet, darauff die Publication vorgenommen, und dann ferners, wie von Alters hero üblich gewesen, damit verfahren; auch wann von Niemand kein Einred geschieht, die Erben in die Güttere eingesetzt; da aber von Jemand dergleichen beschehe, deme ein kurzer Termin zu Einbringung seiner Einred angesetzt, und wann etliche um den Posseß streiten, die Erbschaft sequestriert werden. Wer dann in possessorio oblieget, gegen den mag der andere in petitorio klagen."

Nun war in dem am 15. Mai 1866 publicierten gemeinschaftlichen Testament der Eheleute Ecklin-von Mechel der Kläger als Neffe der Testiererin neben mehrern andern Geschwisterkindern derselben zu 1/16tel als Erbe eingesetzt. Ein Beizedel der Frau Ecklin d. d. 2. September 1864 hatte dazu die weitere Verfügung getroffen, daß dieser Erbtheil des Klägers bei dessen Tod einzig seinen drei Kindern erster Ehe mit Ausschluß der Frau zweiter Ehe zufallen solle.

Dieser Beizedel ermangelte der gesetzlichen Erfordernisse nach Form und Inhalt, indem er nicht eigenhändig von der Testatorin geschrieben war und eine Erbseinsetzung modificierte. Da indeß innerhalb der bei Eröffnung des Testaments für Einsprachen angesetzten zehntägigen Frist keine Einwendung gegen den letzten Willen erhoben wurde, so schritt die Gerichtsschreiberei zur Liquidation der Erbschaft. Bei der Vertheilung an die Erben verlangten nun die Gerichtsämter als Vertreter des am 14 Juli 1866 in Concurs gerathenen Sohnes des Klägers, des R. Steffan-Falkner, vom Kläger Caution für den Drittel seines Erbtheils, gestützt darauf, daß dieser ganze Erbtheil gemäß dem innert der zehntägigen Frist unangefochten gebliebenen, folglich rechtsgültig gewordenen Beizedel, den drei Kindern erster Ehe des Klägers als fideicommissarische Erbschaft (Ger.-Ordg. § 584 ff.) verfangen, der Vater daher gemäß Ger.-Ordg. § 585 auf Begehren der Fideicommissarien, also im vorliegenden Fall der Gerichtsämter Namens des falliten Sohnes, zu Caution für ungeschmälertes Gelangen der Erbschaft an dieselben verpflichtet sei. Kläger sah sich zur Leistung der Caution genöthigt, weil sonst die Gerichtsämter einen Drittheil seines Erbtheils zurückbehalten hätten. Er klagt nun heute auf Rückgabe der zu Caution deponierten Obligation unter folgender Begründung:

1. Hätte der Beizedel von Amtswegen unberücksichtigt bleiben sollen, da er nicht blos anfechtbar, sondern absolut nichtig gewesen sei.

2. Habe Kläger während der zehntägigen Frist gar keinen Grund zur Bestreitung des Beizedels gehabt, da in dieser Frist weder der erst später fallit gewordene Sohn noch die zwei andern Kinder die Caution verlangt, somit darauf verzichtet hätten, und die Gerichtsämter nachträglich diesen Verzicht nicht rückgängig machen könnten.

3. Nach § 576 der Gerichtsordnung habe die Versäumniß der für Einwendungen gesetzten Frist, auch wenn eine solche wollte angenommen werden, nicht die Folge der Unanfechtbarkeit der letztwilligen Verfügung, sondern blos die, daß der vorläufige Besitz zu Gunsten der Testamentserben reguliert werde.

4. Der Beizedel selbst berechtige seinem materiellen Inhalt nach nicht zu Cautionsforderung, da sein Zweck nicht Einsetzung der Kinder zu Nacherben, sondern Ausschluß der zweiten Ehefrau des Klägers von dem Erbtheil gewesen sei.

Die Beklagten anworteten dagegen ad 1, sie halten sich nach § 576 der Gerichtsordnung und allgemeinen Grundsätzen nicht für berechtigt, die Verfügung eines Testators von Amtswegen nicht zu achten, wenn keiner der Betheiligten einen Einspruch laut werden lasse;

ad 2. Stillschweigen der Cautionsberechtigten während der zehntägigen Frist sei noch kein Verzicht auf die Caution, um so weniger,

da das Gesetz sie nicht zum Begehren der Caution in dieser Frist verpflichte;

ad 3. Gerichtsordnung § 576 könne nicht im Sinne des Klägers ausgelegt werden, indem der ausgesprochene Zweck dieser Stelle, Constatierung des Erben und Möglichkeit der Uebertragung der Verlassenschaft auf ihn, dadurch nicht erreicht würde, vielmehr sonst während der ordentlichen Verjährungsfrist von zwanzig Jahren kein Erbe oder Legatar wüßte, ob er Eigenthümer geworden sei oder nicht und vor Ablauf dieser Zeit kein Grundbucheintrag stattfinden könnte;

ad 4. der Wortlaut der Verfügung sei an sich klar; auf das leitende Motiv der Testiererin komme nichts an.

Das Civilgericht von Basel verwarf aber theilweise diese Anschauungen und erachtete den Beizedel als unstatthaft.

Sein Spruch vom 9. April 1867 sagt hierüber:

ad 1. Die Gerichtsordnung hat den gemeinrechtlichen Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nicht aufgenommen, wie dies aus den §§ 599—611 deutlich hervorgeht, wo beiderlei Fälle gleichmäßiger Behandlung unterstellt werden. Und zwar ist die den Gerichtsämtern laut Gesetz einzig obliegende Thätigkeit bei Einlieferung von Testamenten deren Publication, nicht aber deren Prüfung und Anerkennung resp. Cassierung, wozu sie in manchen Fällen von „Ohnkräftigkeit" des Testaments (z. B. § 604) gar nicht befähigt wären. Wenn aber die Gerichtsordnung, so viele Fälle von Kraftlosigkeit eines Testaments sie auch aufführt, doch das Erforderniß der Publication ganz unbedingt und allgemein aufstellt und selbst für die Fälle, wo schon die äußere Form des Testaments dessen Ungültigkeit bewirkt (z. B. § 602), kein Wort der Ermächtigung an die Gerichtsämter enthält, von sich aus das Testament zu verwerfen, so ist daraus zu entnehmen, daß das Gesetz es völlig dem Willen der bei einem Testament Betheiligten überlassen wollte, ob sie auf dessen Kraftloserklärung dringen würden; und in der That besteht kein öffentliches Interesse, den Spielraum der Privatwillkür hierin zu beschränken oder auszuschließen;

ad 2. die Gerichtsordnung setzt in § 585 den Nacherben keine Frist für ihr Cautionsbegehren, und es wäre vollends ganz ungerechtfertigt, die für Einwendungen gegen letztwillige Verfügungen übliche zehntägige Frist auf ein solches Begehren anzuwenden, da dasselbe ja gerade die Anerkennung der betreffenden letztwilligen Verfügung in sich schließt;

ad 3. der § 576 der Gerichtsordnung so wenig als der § 48 des Verjährungsgesetzes vom 7. Dezember 1852 nöthigen zu der Annahme, daß Versäumniß der üblichen zehntägigen Frist die letztwillige Verfügung unanfechtbar mache. Vielmehr kann der Sinn dieser Stellen ebenso gut der sein, daß durch Ablauf dieser Frist die Gerichtsschrei-

berei resp. ein allfälliger Testamentsexecutor nunmehr zur Ablieferung der Erbschaft an den Testamentserben und Ausweisung der Legate, oder der Erbe selbst zur Entrichtung der Vermächtnisse berechtigt sei, ohne später dafür verantwortlich gemacht werden zu können, daß die Ausführung des Testaments auf unbefugte Weise geschehen sei. Dadurch ist nicht ausgeschlossen, daß der Erbe resp. die Legatare selbst noch späterhin, soweit das in ihren Besitz gelangte reicht, rückerstattungspflichtig werden können, falls ein besserer Berechtigter auftritt. Diese Auslegung rechtfertigt sich schon dadurch, daß im Grunde nicht abzusehen ist, warum gerade für Erbsansprüche die ordentliche Verjährungsfrist ausgeschlossen sein und ein Erbe auf Grund eines noch so mangelhaften Testaments geschützt werden sollte, da doch nicht wie in den andern im § 48 des Verjährungsgesetzes erwähnten Fällen eine öffentliche Aufforderung zur Erhebung von Einwendungen ergangen ist. Indem erscheint diese Interpretation um so annehmbarer, je unbedingter man die Aufgabe der Gerichtsämter dahin feststellt, alle letztwilligen Verfügungen ohne Ausnahme zu publicieren. Auch das Grundbuchprincip wird durch diese Interpretation nicht geschwächt, da der § 11 des Grundbuchgesetzes selbst Aenderung von Grundbucheinträgen in Folge unrichtiger Angaben als möglich voraussieht, somit demjenigen, welchem auf Grund eines später als kraftlos sich ergebenden Testaments im Grundbuch Eigenthum zugeschrieben worden ist, durch die nun nöthig werdende Aenderung des Eintrags kein Unrecht geschieht, im Uebrigen aber selbstverständlich derjenige, welcher von dem im Grundbuch als Eigenthümer eingetragenen Testamentserben eine Erbliegenschaft in guten Treuen erworben hat, auch gegenüber einem später das Testament umstürzenden Intestaterben nach § 13 des Grundbuchgesetzes geschützt würde;

ad 4. Dieser Punkt ist durch Entscheidung 3 irrelevant geworden.

(Directe Mittheilung.)