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: 17 (1872)

Heft: 3: t

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: 23.01.2026

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

Rechtspflege.

---

1. Erbsantritt? (Thurgau).

Außeramtlich, jedoch zuverläßig schon im October 1863, amtlich aber erst am 4. bzw. 8. Januar 1865 empfieng Maria Müller geb. Fei in Roggweil (Thurgau) durch Vermittlung des Regierungsrathes des C. Thurgau die Mittheilung, daß ihr Mann im Militärspital zu Cincinnati am 11. Dec. 1862 gestorben sei, worauf sie sofort das beneficium inventarii verlangte und dann die Erbschaft ausschlug. Vermögen des Ehemannes fand sich im Canton nicht vor, auch keine Forderungen an Drittleute. — Ungeacht des Erbverzichts klagte der Schwager des Verstorbenen, Jacob Eker aus Baja in Ungarn, gegen die Witwe auf Bezalung von Fr. 7441. 84, die er laut 3 Schuldscheinen vom 1. August 1851, 8. Mai 1854 und 27. August 1855 dem Verstorbenen zu Handen seiner Schwiegereltern auf dem Mühlgeschäft zu Roggweil geliehen habe. Dieser Erbverzicht könne die Witwe von der Haftbarkeit nicht befreien, weil er nicht in der durch Erbgesetz (§ 113) vorgeschriebenen Frist erfolgt sei, und überdies der Witwe mehr als ein actus hereditarius nachgewiesen werden könne, welcher die Wirksamkeit des Verzichts vernichte. Auch diese Schuld speziell habe sie vor Friedensrichteramt am 17. October 1864 anerkannt und Zalung anerboten, aber dafür Stundung verlangt. Für beides wird der Beweis anerboten. — Endlich lasse sich gegen die Witwe als Erbin ihrer Eltern die Schuldpflicht ableiten, weil die Fr. 7441. 84 in das Mühlegeschäft derselben geflossen und sie also aus dem Schaden des Klägers bereichert würde, wenn sie diese Schuld der Eltern nicht tilge.

Die Beklagte bestreitet die völlig unerwiesene Verwendung der Summe für das Mühlegeschäft der Eltern und die Ableitung ihrer Schuldpflicht aus der ungehörigen Bereicherung vermöge Antritts der Erbschaft ihrer Eltern. Sie bestreitet auch die Thatsache, daß sie die Schuld zu übernehmen zugesagt habe, seit sie von dem Tode ihres Mannes Kenntniß hatte, welches zuverläßig erst mit der amtlichen Mittheilung erfolgt sei. Ein actus hereditarius sei nicht namhaft

gemacht und somit ein Beweis dafür unmöglich. Der § 113 des Erbgesetzes beziehe sich nur auf Erblasser, die im Canton verstarben.

Die beiden Instanzen, sowol das Bezirksgericht Arbon durch Spruch vom 13. März als das Obergericht durch Urtheil vom 28. April 1865, wiesen den Kläger ab, letzteres

in Betracht

daß eine Schuldpflicht der Appellatin aus dem Grunde ihres angeblichen Antrittes einer Erbschaft ihres verstorbenen Mannes im Sinne der §§ 113 bis 115 des Erbgesetzes nicht angenommen werden kann. Denn vorerst wird ein ausdrücklicher eigentlicher Erbschaftsantritt, der in dem Versprechen der Zahlung der streitigen Forderung noch keineswegs liegen würde, nicht behauptet, und concludente Thatsachen, wornach die Appellatin sich als wirkliche Erbin gerirt und betrachtet hätte, sind speciell nicht angeführt und nicht zum Beweise verstellt. Ein Erbschaftsantritt, sei es ausdrücklich oder durch concludente Handlungen oder stillschweigend in Folge unterlassener Ausschlagung (§ 115), kann in vorliegendem Falle überhaupt nur von dem Zeitpunkte an in Frage kommen, in welchem der Appellatin der Tod ihres Mannes in zuverläßiger Weise zur Kenntniß kam. Aber abgesehen davon, wann letzteres geschehen sei (ob schon vor der Zustellung des Pensionstitels Anfangs Jänner d. J. oder nicht?), so mangelt hier gemäß bestehender Gerichtspraxis schon die erste Voraussetzung für die Möglichkeit der Annahme eines stillschweigenden Erbschaftsantrittes, nämlich das Vorhandensein einer wirklichen Verlassenschaft, weshalb die Appellatin keine Veranlassung hatte, eine Erbschaft auszuschlagen. Der Erblasser, ihr Ehemann, ist in Amerika verstorben, und ein Beweis ist dafür weder geleistet noch nur angetragen, daß derselbe hier eine Erbschaft hinterlassen habe. Es ist kein einziges Vermögensobject als dessen Nachlaß speciell bezeichnet worden; allfällige Forderungsansprüche desselben an herwärtige Drittpersonen, etwa an die Schwiegereltern, sodaß die Appellatin als Erbin dieselben hätte geltend machen können, sind in keiner Weise auch nur wahrscheinlich gemacht und auch nicht durch Beweisanträge unterstützt worden;

daß die Forderungsansprache auch aus dem Titel der grundlosen Bereicherung der Appellatin der Begründung ermangelt, indem schon für die Unterlage eines solchen Forderungstitels (für den Uebergang des fraglichen Anleihens in den Besitz der Eltern und hinwieder bei deren Ableben durch ihre Verlassenschaft in den Besitz der Appellatin durch deren Beerbung) jeder Beweis fehlt und auch nicht angetragen ist, daher auch nicht weiter in Frage kommen kann, ob eine daherige Schuldpflicht der Eltern gegenüber dem Appellanten selbst dadurch entstanden wäre, daß jene vom verstorbenen Ehemann der Appellatin seiner Zeit die streitige Summe erhalten hätten und deshalb die Appellatin als Erbin ihrer Eltern ersatzpflichtig sei, und indem die

Appellatin, soweit sie als Erbe ihres Mannes belangt werden will, für diese Anleihen an denselben aus dem Grunde der Bereicherung überhaupt noch keineswegs ersatzpflichtig wäre, wenn die Summe von dem Manne an die Eltern auch wirklich übergeben worden wäre;

daß der Forderungstitel der Selbstschuldnerschaft der Appellatin dagegen allerdings Erheblichkeit besitzt, sofern diese nicht in der Eigenschaft als Ehefrau eine Anerkennung der Schuld ausgesprochen, sondern als selbständige Person im guten Glauben, daß ihr Mann todt sei, eine neue Schuldverpflichtung auf eigene Rechnung an der Stelle des Ehemannes übernommen hat, — also nicht in der bloßen Meinung, daß sie als Ehefrau des als verstorben vorausgesetzten Mannes schon eo ipso zahlungspflichtig sei, worin noch keine vertragsmäßige Constituirung einer neuen Schuld, keine Novation des früheren Verhältnisses zwischen dem Appellanten und dem verstorbenen Ehemann liegen würde — und daß somit, da dem Beweisantrage des Appellanten der Sinn beigelegt werden muß, daß die Apellatin vertragsmäßig eine solche neue Schuldverpflichtung eingegangen sei und hierzu weder schriftliche Form noch Verbeiständung der Appellatin erforderlich war, der hiefür angetragene Beweis zur Anwendung kommen muß.

(Directe Mittheilung.)

---

2. 3. Haftbarkeit der Frau für Schulden des Mannes. Stillschweigender Erbverzicht (Thurgau).

Am 2. Mai 1836 hielt Witwe Strüber mit dem Schreiner Germann in Thrön Abrechnung, kraft welcher dem letzteren ein Saldo von Fl. 400 (Fr. 848. 48) zu Last geschrieben ward. Diese Abrechnung unterschrieb Germann. Am 28. Mai 1845 und im Juni 1855 eröffneten die Rechtsnachfolger der Creditorin, Fabrikant Nägeli in Amriswil und Joh. Nägeli in Buchreuti gegen den Schuldner Betreibung, das zweite Mal bis zur Schatzung, verfolgten aber die Sache nicht weiter, da Germann ohne alles Vermögen war. Im Jahr 1850 starb Germann.

Die Frau, die inzwischen ins Armenhaus gekommen war, gelangte nun zu einer erheblichen Erbschaft, worauf die beiden Inhaber der Abrechnung auf Zalung ihrer Fr. 848. 48 drangen. Die Armenpflegschaft Bischoffzell bestritt für die Witwe das Klagerecht: „die Abrechnung sei keine Schuldanerkennung; die spätern Rechtsbote bessern die Rechtslage nicht und unterbrechen, da sie nicht fortgesetzt worden, die eingetretene Verjährung nicht; nach dem cantonalen Personenrecht § 92 sei die Ehefrau für Schulden des Mannes nur mit dem in die Ehe gebrachten Vermögen haftbar, aber nicht mit dieser späten Erbschaft; beim Tode des Mannes sei kein Vermögen vorhanden gewe-

sen und auch im Gegenfall wäre sie nicht Erbin davon, sondern die Kinder.

Die Gläubiger erwiderten, die Rechtsbote unterbrechen allerdings die Verjährung; weiter geführt seien sie nicht worden, weil kein Vermögen vorlag; die Beklagte bestreite die Forderung an sich nicht und die Armenpflegschaft Bischoffzell könne dieß nicht an ihrer Stelle thun; eine Theilung des Nachlasses habe allerdings nicht stattgefunden, aber auch kein Verzicht, folglich habe die Witwe stillschweigend angetreten.

Das Bezirksgericht Bischoffzell (Thurgau) schützte die Forderung (24. Juni 1865)

in Erwägung,

daß wenn in Frage kommen könnte, ob der vorliegenden Urkunde hinsichtlich der Beweisfähigkeit die gleiche Bedeutung wie einem Schuldschein zukomme, jeder Zweifel über die Richtigkeit der Forderung dahinfällt durch die im Jahre 1845 angehobene Betreibung, gegen welche kein Rechtsvorschlag gemacht wurde, und durch die im Jahr 1855 aufgenommene Pfandschatzung, in welchen Momenten ohne Frage die Anerkennung der Schuld gefunden werden muß, bei welcher abgesehen von der Rücksicht auf ihren urkundlichen Charakter, von der Verjährung in Folge stattgefundener Unterbrechung keine Rede sein kann; —

daß die Einrede der Beklagten, — sie hafte nicht für die Schulden des verstorbenen Mannes, als grundlos dahin fällt, da es sich um eine (während der Ehe entstandene) eheliche Schuld handelt, von deren Haftbarkeit die Frau durch den Tod des Mannes nicht befreit wird.

Das Obergericht des C. Thurgau dagegen wies die Kläger ab (28. Sept. 1865)

in Erwägung,

daß die Einrede der Verjährung gegenüber dieser vom Schuldner unterschriebenen Abrechnung, welche als eine förmliche Schuldurkunde zu qualificiren ist, nicht zur Anwendung kommen kann, überdieß auch dadurch ausgeschlossen wird, daß wiederholt, innert der Verjährungsfrist, für die Forderung Rechtstrieb angehoben und vom Schuldner nicht bestritten wurde, wodurch jedenfalls eine Unterbrechung der Verjährung eingetreten wäre;

daß nach § 92 des Personenrechtes die Appellantin für diese eheliche Schuld nur mit ihrem in die Ehe eingebrachten, nicht aber mit später erworbenem Vermögen haftbar ist, daß aber das Vorhandensein von solchem eingebrachtem Vermögen in ihrem Besitze von den Appellaten nicht behauptet oder nachgewiesen werden kann;

daß auch eine Anerkennung bieser Schuld seitens der Appellantin auf ihre eigene Rechnung nicht vorliegt und die Armenpflegschaft zur

Erhebung des Rechtsvorschlages gegen den im April dieses Jahres auf die Appellantin für diese Forderung angehobenen Rechtstrieb nach Inhalt der von der Appellantin ertheilten Generalvollmacht an sie (welche alle rechtlichen Schritte zur Wahrung der ihr angefallenen Erbschaft genehmigt) als befugt erachtet werden muß;

daß somit nur in Frage kommen kann, ob Appellantin aus dem Grunde des Erbschaftsantrittes für die Schuld ihres verstorbenen Ehemannes als haftbar erachtet werden könne, welche Frage nun aber verneint werden muß, mit Rücksicht darauf: Appellantin ist allerdings als gesetzliche Erbin ihres Ehemannes aufzufassen, allein nach bestehender Praxis wird für einen stillschweigenden Erbschafsantritt durch concludente Handlungen, beziehungsweise für die Nothwendigkeit der förmlichen Ausschlagung der Erbschaft, wenn sie nicht angetreten und nicht die Haftbarkeit als Erbe übernommen werden will, vorausgesetzt, daß auch eine wirkliche Verlassenschaft vorhanden gewesen sei und von den Erben hätte zu Handen genommen werden können, was hier nicht der Fall war, denn die Appellaten geben selbst zu, daß die früheren Betreibungen in Ermanglung von Vermögen bei den Eheleuten Germann nicht habe durchgeführt werden können. Die Schatzung vom Jahr 1855 lautet auch auf Schreiner Germann im Armenhaus und sagt, daß nur weniges Schreinerwerkzeug ohne alle weitere Fahrhabe vorhanden sei. Von den Appellaten ist auch unbestritten, daß Appellantin seit vielen Jahren im Armenhaus sich befunden habe, und Verlassenschaftsvermögen kann keines von ihnen bezeichnet werden.

(Directe Mittheilung.)

---

4. Mutteranspruch auf Nutznießung des Kindererbguts (Solothurn).

Urs Victor Bürgi, Josephs, des Altstatthalters von Kestenholz (C. Solothurn) hinterließ bei seinem Tode (27. Mai 1855) seine Witwe Ottilia geb. Studer und drei Kinder Maria Anna, Urs Joseph und Urs Victor. Dieser letztere starb vier Jahre nach seinem Vater (20. März 1859); und bald hernach trat die Mutter in zweite Ehe mit Diethelm Mäder in Wolfwil.

Vom Vater erbten die Kinder	Fr.	98,542. 06
Von ihrem Bruder U. V. Bürgi	=	24,635. 76
Von Urs Joseph Bürgi	=	88,335. 67
	Fr.	211,513. 49

Durch eine Willensverordnung vom 24. Januar 1853 hatte Urs Victor Bürgi verfügt, daß der Witwe die Hälfte der Nutznießung entzogen bleiben solle, sie möge heiraten oder nicht; ferner solle

die Waisenbehörde den Kindern für Verwaltung des Vermögens einen Beistand bestellen. Aus dem Vermögen der Tochter zalte der Beistand Beiträge für die Auslagen derselben. Ebenso anerbot er Beiträge für den kleinen Knaben an Unterhalt und Kleidung. Diese letzteren Anerbieten wurden aber von dem Stiefvater nicht angenommen; sondern die Mutter verlangte die ganze Nutznießung.

Selbst die elterliche Gewalt wurde durch Beschluß der Gemeinde Kestenholz vom 2. Mai 1860 der Mutter entzogen, von der Regierung von Solothurn aber im Recursweg wieder eingeräumt (20. Juni gl. J.).

Gestützt auf das Solothurner Civilgesetz § 269 legte der zweite Ehemann auf Zalung der ganzen Nutznießung Klage ein.

Der Vormund der Kinder bestreitet diesen Antrag, soweit er das durch obergerichtlichen Spruch vom 13. Sept. 1861 geregelte Schleißrecht übersteigt, und beruft sich dafür auf das Testament des Vaters, das seiner Zeit in den gesetzlichen 30 Tagen nicht angefochten worden sei.

Das Obergericht sprach dem Kläger das volle Nießbrauchrecht zu (9. Januar 1864)

In Betracht nach § 269 C.G. die Eltern das Nutznießungsrecht an dem Vermögen der unter der elterlichen Gewalt stehenden Kinder haben (die Verwaltung ist hierorts nicht in Frage) mit der einzigen Ausnahme desjenigen Vermögens, welches den Kindern unter der ausdrücklichen Bedingung vermacht oder geschenkt worden ist, daß die Eltern keinen Genuß davon haben sollen (§ 270 C.G.), was hier nicht der Fall ist, in welchem Falle dann gleichwohl den Eltern gewisse beschränkte, durch die §§ 271 und 274 geregelte Rechte an solchem Vermögen zustehen;

In Betracht die elterliche Gewalt über die Kinder Bürgi nach § 253 C.G. der Mutter Ottilia geb. Studer, der klägerischen Ehefrau zusteht, und ihr dieselbe nie nach § 257 C.G. entzogen worden ist;

In Betracht aber auch durch Testament nur vermögensrechtliche Dispositionen (über Eigenthum oder Verwaltung) getroffen werden können, keineswegs aber Verfügungen über die gesetzlich festgestellte elterliche Gewalt, welche nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten in sich schließt (§§ 250 und 252 C.G.), die Nutznießung am Vermögen der Kinder aber ein Ausfluß der elterlichen Gewalt ist, und die Eltern gerade mit in Stand setzen soll, ihre elterlichen Pflichten gegen die Kinder zu erfüllen, mithin im vorliegenden Falle es durchaus ohne Bedeutung ist, wenn das Testament des U. Victor Bürgi von der klägerischen Ehefrau nicht angegriffen wurde, da sie der bezüglich der elterlichen Gewalt ihr gesetzlich auferlegten Pflichten sich nicht begeben kann;

In Betracht auch abgesehen hievon die Bestimmung des Testamentes, daß der Ehefrau die Hälfte der Nutznießung entzogen sein soll, sich nur auf § 571 C.G. beziehen kann, welcher hinwieder nur

von der in §§ 510—521 C.G. besprochenen Nutznietzung (dem erbrechtlichen Schleißrechte) handelt; und im übrigen die testamentlichen Verfügungen jedenfalls für die vom Onkel und Bruder den Kindern Bürgi angefallenen Vermögenstheile (abgesehen von der Möglichkeit der Entziehung der elterlichen Gewalt durch Testament im Allgemeinen) keine Vorschrift bilden können;

In Betracht somit die Berechtigung der klägerischen Ehefrau auf die Nutznießung an dem sämmtlichen Vermögen ihrer Kinder Urs Josef und Maria Anna Bürgi (soweit sie nicht bereits nach dem obergerichtlichen Urtheile vom 13. September 1861 schleißberechtigt ist) seit dem Tode ihres ersten Ehemanns Bürgi (27. Mai 1855) auf so lange die elterliche Gewalt derselben dauert, sich als nachgewiesen herausstellt.

(Directe Mittheilung.)

---

5. Collation der Ehesteuer (Bern).

Im Besitz des Friedrich Hofer befand sich ein Revers seiner Mutter Bertha Hofer geb. Hanhardt vom 9. März 1868, wodurch sie erklärt, sie werde ihrem minderjährigen Sohn, dato unter Vormundschaft des Notar J. Jacob zu Lotzwil, und der Vormundschaftsbehörde gedachten Orts allen Schaden und Nachtheil ersetzen, der ihnen aus der Verlassenschaftsbereinigung ihres im Mai 1866 verstorbenen Ehemannes Friedrich Hofer „und deren Verpflichtung“ entstehen konnte und daß sie gegen daherige Ansprachen solche vertreten werde.

Im Februar 1867 war auch der Großvater dieses minderjährigen Sohnes Friedrich gestorben, an dessen Verlassenschaft der Letztere nun zu Theil gieng. Die Miterben verrechneten ihm aber in seinem Theil das an seinen verstorbenen Vater gelangte Heiratgut (Ehesteuer) im Betrag von Fr. 500. — (Erbtheilung vom 11. April 1868).

Im Juni 1869 fiel die Mutter Bertha Hofer in Geltstag. Hier meldete sich der Vormund des Sohnes Friedrich um Vergutung dieser Fr. 500, welche die Mutter als Passiv mit den Activen der Verlassenschaft ihres Ehemannes Friederich Hofer übernommen und nach ihrem Revers vertreten zu wollen versprochen habe.

Die Geltstagsbehörde willfahrte diesem Antrag des Vormundes („wies die Ansprache fruchtbar an“).

Die Concursitin widersprach diesem Bescheid. „Mit der Erbschaft des verstorbenen Ehemannes habe sie nicht die Verpflichtung zu Vergutung der von ihr bezogenen Ehesteuer übernommen. — Und wenn die Miterben sie dem Sohne verrechnet haben, sei dies nicht deshalb geschehen, weil sie, die Witwe, die Erbschaft des Verstorbenen angetreten habe.

Der Vormund setzte ihr die Gründe entgegen, die er für seine Ansprache geltend gemacht und welche auch die Geltstagsbehörde anerkannt hatte. Er berief sich dabei auf die Concursitin selbst, welche früher dem Sohne die Ehesteuer freiwillig vergüten und ihn dafür auf ein vorläufig unkündbares ihr erbweise angefallenes Schleißcapital von Fr. 642. 25 anweisen wollte, später freilich dieses Anerbieten zurückzog. — Die Concursitin bestritt die Deutung, die der Vormund ihrem Anerbieten gegeben hatte.

Das Gericht erster Instanz, das Richteramt Bern, hieß die Anschauung der Geltstagsbehörde gut,

In Betrachtung

daß die Verpflichtung, die dem Ehemanne der Klägerin, Fr. Hofer, s. Z. von Seiten seines Vaters Gottl. Hofer ausgerichtete Ehesteuer von Fr. 500 bei der Theilung des Nachlasses des Letztern einzuschießen, ursprünglich dem genannten Fr. Hofer oblag;

daß nun aber, weil der Ehemann der Klägerin, Fr. Hofer, vor seinem Vater Gottlieb Hofer abstarb, dessen Sohn Fr. Hofer sich an seines Vaters Stelle von den übrigen Miterben des Gottlieb Hofer diese Ehesteuer abrechnen lassen mußte, obschon er selbst dafür keinen Gegenwerth erhalten hatte;

daß die Klägerin beim Absterben ihres Ehemannes Fr. Hofer dessen Erbschaft unbedingt angetreten und die daherigen Aktiven behändigt hat;

daß sie damit aber auch in alle Verbindlichkeiten eingetreten ist, welche auf der Verlassenschaft des Fr. Hofer hafteten;

daß zu diesen Verbindlichkeiten auch diejenige gehörte, bei der Theilung der väterlichen Verlassenschaft die empfangene Ehesteuer einzuschießen;

daß die Klägerin demzufolge den Sohn Fr. Hofer, den sie bezüglich dieser Verpflichtung nach den gesetzlichen Bestimmungen gegenüber den anderweitigen Erben des Vaters resp. Großvaters Gottlieb Hofer vertreten und an ihrer Stelle die Schuld abtragen mußte, von daher schadlos zu halten hat;

daß auch der von der Klägerin am 9. Merz 1868 zu Gunsten der Vormundschaftsbehörde von Lotzwyl und des Sohnes Fr. Hofer ausgestellte Revers nur den Sinn haben kann, daß sie gegen Behändigung der Aktiven alle auf der Verlassenschaft ihres Ehemannes haftenden Verbindlichkeiten, somit auch die Verpflichtung zum Einschuß der Ehesteuer resp. zur Vertretung der von daher gegen den Sohn Friedrich gerichteten Ansprüche übernehme;

daß endlich hieran um so weniger gezweifelt werden kann, als sich aus der bei den Akten liegenden Correspondenz deutlich ergibt, daß Frau Hofer früher Willens war, ihrem Sohne Friedrich die ihm durch Anrechnung der Ehesteuer verloren gegangenen Fr. 500 zu vergüten.

Die zweite Instanz, der Appellations- und Cassationshof des C. Bern, trat aber auf die Seite der Concursitin, mit Spruch vom 10. Nov. 1870 in Betrachtung

1) Daß, wenn der verstorbene Friedrich Hofer seinen Vater Gottlieb Hofer überlebt hätte, er verpflichtet gewesen wäre, die ihm ausgerichtete Ehesteuer von Fr. 500 bei der Theilung des Nachlasses des Letztern einzuschießen;

2) daß der heutige Beklagte Friedrich Hofer, welcher am Platze seines Vaters gl. Namens zu Theil gieng, sich diese Ehesteuer von Fr. 500, nach Satz 534 C. anrechnen lassen mußte;

3) daß er nicht als Erbe seines Vaters, sondern, abgesehen von diesem Erbfall, infolge des Einstandrechts an der Erbschaft seines Großvaters Theil nahm;

4) daß die Pflicht zur Einschießung daher auf seiner Erbsquote und nicht auf der elterlichen Verlassenschaft haftet;

5) daß andererseits die Klägerin Bertha Hofer beim Absterben ihres Ehemannes Friedrich dessen Erbschaft angetreten hat und infolge dessen allerdings die fragliche Ehesteuer, als Bestandtheil derselben, auf sie übergieng, sofern der Werth noch vorhanden war;

6) daß aber dieses Vermögen — einschließlich die fraglichen Fr. 500 — nur zurückzuerstatten ist, wenn sie zu einer fernern Ehe schreitet oder stirbt (S. 528 C.).

7) daß insbesondere dasselbe durch den Geltstag der Klägerin nicht fällig geworden ist;

8) daß übrigens nicht nachgewiesen ist, daß der Werth dieser Ehesteuer als Vermögensobject in der Verlassenschaft des sel. Fried. Hofer noch vorhanden gewesen;

9) daß somit die Beerbung des verstorbenen Friedrich Hofer durch dessen Witwe dem Sohn Friedrich Hofer kein Recht zur Rückforderung jener Summe gegenüber seiner Mutter gibt;

10) daß der von der Klägerin ausgestellte Revers im vorliegenden Falle nicht anwendbar ist, weil, wo kein Rechtsanspruch vorhanden ist, auch kein Schaden erwachsen kann;

11) daß endlich die wegen Herausgabe dieser Ehesteuer gepflogenen Unterhandlungen nicht zum Abschluß gelangt sind und eine Anerkennung von Seite der Frau Hofer daraus nicht gefolgert werden kann.

(Zeitschr. des Bernischen Juristen-Vereins. Bd. VI. n. 7.)

---

6. Gemeinsames Testament. Gegenstand der Vererbung des Letztlebenden (Baselstadt).

Am 7. Dezember 1840 unterzeichneten die Eheleute Anton Fuchs und Apollonia geb. Grüninger ein Testament, worin gesagt ist:

„Viertens soll unser jeweilen besitzendes Vermögen, ohne Ausnahme, von nun an als ein gemeinschaftliches Gut anerkannt sein und bei dem Absterben des erstern von uns testirenden Ehegatten dasselbe ganz und ohngeschmälert dem Ueberlebenden zur beliebigen, freien, ohnverbürgten und lebenslänglichen Benützung überlassen bleiben; nach des Letztern Absterben soll alsdann das annoch vorhandene gemeinschaftliche Vermögen in zwei gleiche Theile abgetheilt werden, worüber wir beide Theile (Testierer) auf unser beidseitiges Absterben hin und für den ein jedes betreffenden halben Antheil folgende weitere Verfügung treffen, nämlich:

„Fünftens ernenne und berufe ich, der Mittestierer, Joseph Anton Fuchs für den mir gebührenden halben Antheil unserer gemeinschaftlich besitzenden und alsdann noch vorhandenen Verlassenschaft, zu meinen Haupt- und Testamentserben, meine gel. Geschwisterte..... zu gleichen Theilen....

„Sechstens ernenne und berufe ich die Mittestiererin Apollonia Grüninger ebenfalls für den mir gebührenden halben Antheil unserer gemeinschaftlich besitzenden und alsdann noch vorhandenen gesammten Verlassenschaft zu meinen wahren und ohngezweifelten Testaments-Haupterben meine gel. Geschwisterte..... zu gleichen Theilen.....

„Siebentens ist unser, der Testierer, fernerer Wille, daß falls seiner Zeit das von uns überlebende Ehegemächt aus dem Witwenstand treten und eine zweite Ehe eingehen würde, die Erben der zuerst mit Tod abgegangenen berechtigt sein sollen, vor Eingehung dieser zweiten Ehe ein richtiges Inventarium des vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögens auf gemeinschaftliche Kosten aufnehmen zu lassen und für den Rückfall des sie treffenden, dem Ueberlebenden lebenslänglich nutznießlich verbleibenden und in diesem Wiederverehlichungsfall nicht zu schmälernden, halben Vermögens-Antheil genügende Caution zu begehren."

In einem Beizedel vom 11. April 1847 ist Folgendes verfügt:

„Ich verordne hiemit und befehle, daß nach meinem Tod und nach meiner l. Frauen Tod; nachdem unser hinterlassenes Gut in zwei gleiche Theile getheilt und die Erben meiner l. Frau ein Theil davon gezogen, meine Erben, ehe sie ihr Theil unter sich theilen, davon als Legat ausweisen sollen 3000, schreibe dreitausend Schweizer-Franken, an Friedrich Hersperger von Basel. Dieses mein unbedingter Wille und Befehl. Dieses mit Wissen und Willen meiner lieben Frau."

(sig.) Jo. Anton Fuchs, Ap. Fuchs.

Am 5. Dezember 1848 starb der Ehegatte Anton Fuchs. Auf Grund der Thatsache, daß er Ausländer und ebenso ein Theil der Erben Ausländer waren, wurde zufolge Verordnung vom 31. Dezember 1805 (bestätigt durch Gesetz vom 2. October 1849, Nr. 184) durch

die Gerichtschreiberei inventirt und dem Inventar eine ungefähre Schatzung beigefügt. Zu dieser Schatzung wurden die Kläger nicht beigezogen.

Diese erkundigten sich später (im Dezember 1851) über das Testament und wünschten Abschriften. Die Witwe, in einem einläßlichen Schreiben vom 20. Januar 1852 erklärte ihnen den Hergang der Inventurverhandlung und wies ihnen daraus nach, daß eine Erhebung der erforderlichen Actenstücke ziemlich kostspielig werden könnte, wogegen sie ihnen den wesentlichen Inhalt des Testamentes auseinandersetzen wolle. In diesem Sinne schreibt sie (Einlage 3 der Klage):

„Wir beide Ehegatten haben ein gemeinschaftliches Testament verfertigen lassen, im Jahre 1840, also schon 8 Jahre vor Antons Tode. Jedes von uns beiden hatte das Ueberlebende zum Erben des Vorhandenen lebenslänglich eingesetzt, nach dem Tode des Zweiten wird das Vermögen in zwei gleiche Theile getheilt, wovon ein Theil auf meine Geschwisterte und das andere auf die meines sel. Mannes fällt. . . .“

In einem Beizedel von Witwe Fuchs vom 20 März 1862 findet sich folgende Stelle:

„Es gehört also den Erben meines Mannes die Hälfte des Vermögens, welches im Inventarium mit der Summe von Fr. 43,469. 42 alte Währung beschrieben ist. . . .“

Am 16. Februar 1868 starb die Witwe Fuchs. Als Vollzieher des Testaments hatte sie Herrn Notar Heitz ernannt.

Derselbe gieng von der Ansicht aus, es komme an des Mannes Erben die Hälfte des im Inventar vom 2. Januar 1849 verzeichneten Vermögens mit Fr. 21,734. 71 a. W. oder Fr. 31,049. 60 n. W.

In diesem Sinne ist die Rechnung gefaßt, auf deren Bestand der heutige Kläger, Sylvester Fuchs, seinen Antheil erhielt.

Seine Quittung (Einlage 4 der Beklagten) sagt:

„Der Unterzeichnete bescheinigt hiedurch, heute bei seiner persönlichen Anwesenheit in Basel gemeinschaftlich mit Herrn Anton Winkler von Friedrichshafen das Inventarium und die Theilung der Erbsmasse von Frau Witwe Fuchs geb. Grüninger sel., sowie die Abrechnung des zu Gunsten der Anton Fuchsischen Geschwister verfangenen Gutes von Fr. 31,049. 60, wie solche unterm 30. Januar und 12. Februar 1869 von Herrn Notarius Heitz als dem Executor des Testaments gestellt worden sind, eingesehen zu haben; er anerkennt hiedurch die Richtigkeit dieser Rechnung und bescheinigt den in derselben nachgewiesenen Saldo von Fr. 990. 88½. . . . erhalten zu haben. . . .“

Basel den 18. Mai 1869.

(sig) Silvester Fuchs.
(sig) Anton Winkler.

Die Quittung des Bevollmächtigten der andern Klägerin, Witwe Agatha Gebhard geb. Fuchs (Einlage 2 der Beklagten) lautet:

„Der Unterzeichnete, welcher durch beglaubigte Vollmacht vom 10. Juli 1868 von Frau Witwe Gebhardt geb. Fuchs in Hinter-Essach hiezu ausdrücklich ermächtiget ist, bescheinigt hiedurch, von Herrn A. Heitz, Notarius, auf Abrechnung der ihr laut Testament des Herrn und der Frau Anton Fuchs-Grüninger sel. zukommenden Hälfte ihres Erbtheiles von Fr. 21,734. 72 alte Währung, den Betrag von Sechstausend Franken (Fr. 6000) heute baar erhalten zu haben, als wobei die definitive Erledigung der Erbmasse und daherige gänzliche Abrechnung vorbehalten bleibt."

Basel den 4. September 1868.

(sig.) F. Huchler.

Es liegen Briefschaften des Bevollmächtigten der Frau Gebhard vor, aus welchen sich ergibt, daß hinterher die heutige Frage zwischen demselben und dem Testamentsvollzieher zur Verhandlung kam. Ebenso liegt ein Auszug aus des Letztern Handacten vor, daß auch einmal mündlich vor demselben in einer Reihe anderer Verhandlungen auf diesen Gegenstand das Gespräch fiel und Einer der Beklagten den Bevollmächtigten über den Sinn des Testamentes belehrt habe.

Zur Ergänzung des Nachweises, daß die Kläger das zweite Inventar gekannt und auf den Anspruch an der daraus für sie sich ergebenden Hälfte verzichtet haben, berufen sich die Beklagten auf den Testamentsvollzieher, welcher abzuhören sei.

Die Kläger bestreiten die rechtzeitige Kenntniß des zweiten Inventars und den Schluß, der aus ihrer Unterschrift gegen sie auf Verzicht gezogen werden wolle. Vielmehr behaupten sie, es gehöre ihnen die Hälfte des beim Tode der Witwe vorhanden gewesenen Vermögens und der betreffenden seitherigen Zinsen; wogegen die Beklagten aus dem Wortlaut des Testaments und namentlich auch aus der „Verordnung" der Witwe vom 20. März 1862 schließen, es komme den Klägern nur die Hälfte des beim Vorabsterben des Ehemannes Vorhandenen zu. Sie beziehen sich endlich auf die Thatsache, daß der verstorbene Ehemann kein Vermögen in die Ehe gebracht und das beim Tode der Witwe Vorhandene namentlich durch deren Tüchtigkeit und Sparsamkeit errungen und erschwungen worden sei, auch durch Angehörige ihrer Seite jeweilen die Ehegatten Fuchs in ihren Unternehmungen unterstützt worden seien.

Das Civil-Gericht von Basel, durch Spruch vom 21. Dec. 1869, hielt grundsätzlich das von den Klägern gestellte Begehren aufrecht.

Zwar fand es die Einwendung begründet, es habe der Kläger Sylvester Fuchs mit Unterschrift seiner Quittung auf jeden weitern Anspruch verzichtet. Nicht weil er sagt, er habe die Rechnung des Executors richtig erfunden. Denn einmal spricht die ihm gestellte

Rechnung nichts vom spätern Inventar, und dann kann auch nur die arithmetische Richtigkeit gemeint sein. Wohl aber, weil er sagt, er habe das Inventar, abgeschlossen auf 30. Januar 1869, eingesehen.

Dagegen erscheint die Einwendung, es habe der Vollmachtträger Huchler weitere Einreden der Frau Gebhard abgeschnitten durch seine Anerkennung der Theilung, unbegründet. Aus den hiefür angeführten Handacten des Testamentsvollziehers geht hervor, daß in jener Verhandlung, in welcher der Vollmachtträger soll belehrt worden sein, es gehe ihn das zweite Inventar nichts an, noch Anderes, ja Manches vorher und nachher zur Sprache kam, und ihm also dieses zweite Inventar wohl kann wieder entgangen sein. Ja auch wenn man annimmt, er habe der Belehrung des Herrn Iffenthaler vollständige Beweiskraft über die rechtliche Bedeutung des Testaments zugetraut, und, wie diese Handacten es darstellen, den anwesenden Notar darüber nicht zu berathen nöthig erachtet, so ist von der Belehrung bis zum Verzicht noch ein großer Schritt.

Dazu kommt noch am Schlusse der Quittung Huchlers die Clausel, welche eine weitere Endrechnung vorsieht und vorbehält, so daß der Gedanke beim Unterzeichner offen blieb, es sei mit dieser Unterschrift noch nicht Alles erledigt. Es scheint darum unzulässig, über diesen Wortlaut hinauszugehen und noch aus Erinnerungen des Testamentsvollziehers ersetzen zu wollen, was dem Actenstücke Huchlers fehlt.

Hinsichtlich der Witwe Gebhardt ist diese Auffassung um so erheblicher, als in der Hauptsache das Abweisungsbegehren der Beklagten unbegründet erscheint.

Die vorliegende Verfügung der Ehegatten Fuchs ist nämlich einer jener Doppelacte, welche unter die Bestimmungen der Gerichts-Ordnung §§ 546—553 fallen. Der Sinn derselben ist regelmäßig gegenseitige Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Erben, zuweilen, wie gerade im vorliegenden Fall, blos mit der Fassung: es solle das Gesammtvermögen dem Ueberlebenden zur freien lebenslänglichen Benützung überlassen bleiben, und zwar mit aller Befugniß, das Vermögen frei unter Lebenden zu verwenden, und überdies eine beidseitige Verfügung der Ehegatten, wodurch sie sofort auch auf den Tod des Letztlebenden ein jedes über sein Vermögen verfügen. Im vorliegenden Act sind für diesen Todesfall des Ueberlebenden die Kläger und die Beklagten zu Erben berufen.

Es wird nun streitig gemacht, daß die Angehörigen des Mannes auch Anspruch haben auf die Mehrung des Vermögens seit dem ersten Inventar, d. h. seit dem Tode des Mannes.

Solche Verfügungen sind unserm Rechte nicht eigenthümlich, sondern vom ältesten Auftreten deutscher Rechte allerwärts im Gebrauch. (Vgl. Beseler Erbverträge II. § 13.) Nur wurde häufig

anderwärts darüber gestritten, ob diese Verfügungen den überlebenden Ehegatten binden und die Vertragsnatur in ihnen vorschlage oder ob sie ihn nicht binden und die Testamentsnatur vorschlage. Gehen nun auch noch bis in die neuesten Zeiten die Ansichten meist dahin, daß mit dem Antritt des Erbes des Erstverstorbenen durch den Ueberlebenden er sich selbst binde und seine Verfügung zu einer ganz oder theilweise unwiderruflichen mache — (Erkanntniß des Ober-Appellationsgerichts zu Dresden von 1848: Seuffert II. Nr. 204, zu Darmstadt von 1851 ibidem VI Nr. 221, des Ober-Appellationsgerichts von Cassel von 1838, 1840, 1843 und 1850: ibidem IV. Nr. 63, zu München von 1861 ibidem XV. Nr. 140): so ist doch für uns dieser Zweifel völlig dahingefallen, da unser Gesetz diesen Verfügungen in Uebereinstimmung mit unserm Mutterrecht (dem Würtembergischen Landrecht von 1610 § 351) die Testamentsnatur vollständig gewahrt und sie demnach als widerruflich erklärt hat, so daß auch die Witwe Fuchs ihren Antheil des letzten Willens hätte widerrufen dürfen.

Die Beklagten nehmen nun auch wirklich an, ein solcher Widerruf könne gefunden werden in der Verordnung derselben vom 20. März 1862. Dies ist aber unrichtig. Diese Verordnung ist mehr nicht und weniger nicht als die Aeußerung einer Ansicht, vermag also nicht einen so lebenskräftigen Act, wie die Verfügungen der Eheleute Fuchs sind, aufzuheben. Die Gerichts-Ordnung hat die Formen, unter denen letzte Willensverordnungen aufgehoben werden können, deutlich gezeichnet und auch die gemeinsamen Testamente dabei, obwohl das Würtembergische Landrecht nicht daran mahnt, nicht vergessen, sondern unter dieselben Regeln, wie die einfachen gestellt (§ 611). Wollte man überhaupt solchen Meinungsäußerungen ein Gewicht beilegen, so liegt eine andere Aeußerung vor, die an Präcision nichts mangeln läßt, und dies ist die Auseinandersetzung im Briefe vom 20. Januar 1852 an die Angehörigen des Mannes.

Ist nun auch das Römische Recht hinsichtlich der formalen Natur solcher Verfügungen in dem Mutterrecht und im Tochterrecht zum Durchbruch gelangt, so bleibt immerhin auffällig, daß es gewissermaßen auf halbem Wege stehen bleibt und nicht ganz einfach diese Verfügungen unter die allgemeinen Bestimmungen über die Fideicommisse unterordnet. Schon daß diesen Verfügungen ihre Stelle gerade hinter den Ausnahmstestamenten und vor den Ehe- und Erb-Verträgen angewiesen ist, weist auf die Absicht, sie auch als etwas Gesondertes zu behandeln. Und damit ohne Zweifel im Zusammenhange ist das absolute Schweigen des Abschnitts von den Fideicommissen (§§ 584—590) über diese Testamente.

Es geht daraus deutlich hervor, daß die Regeln, welche für Fideicommisse gelten, nicht leichthin auf die „Testament der Ehelüt", in denen sie „sampt und sonders testiren mögen" übertragen werden dür-

fen. So ist für diese Testamente nirgends der für Fideicommisse sonst so wichtige Satz, daß Niemand mehr oneriert werden dürfe als er honoriert wurde, erwähnt und ebenso hinsichtlich der Transmission der Grundsatz nicht aufgestellt, der bei den Fideicommissen mit so viel Nachdruck auseinandergesetzt wird (§ 585) und auch hinsichtlich der Legate ausführliche Erwähnung findet (§§ 626–628).

Und dies ist sicher nicht eine zufällige Unterlassung, sondern in dem Princip dieser Testamente mitgegeben, wie denn auch die deutsche Praxis über diesen Punkt ganz einig auftritt (Erkanntniß des Ober-Appellationsgerichts zu München von 1848, 1849 (bei Seuffert II. Nr. 316 und X. Nr. 275), zu Kiel von 1841 (ibidem VIII. Nr. 150), zu Celle von 1856 (ibidem XI. Nr. 57), und das Erbe den Zweitbedachten erst mit dem Tode des Letztlebenden anfallen läßt.

Aus dem Gesagten leuchtet nun ein, daß diese gemeinsamen Testamente gerade so behandelt erscheinen, als wären in ihnen jeweilen vier enthalten, dasjenige des Mannes zu Gunsten der Ehefrau und ein zweites des Ehemannes zu Gunsten der Erben; sodann dasjenige der Ehefrau zu Gunsten des Ehemannes und ein weiteres der Ehefrau zu Gunsten der Erben.

Daß aber nach dem Sinn der Testatoren die Erben beider Seiten als Erben erst zu betrachten sind mit dem Tode des Letztlebenden, ergibt sich am Besten aus der Analogie, welche für die Möglichkeit der Wiederverheirathung des überlebenden Ehegatten im Testament vorgesehen ist, — ein Fall, für den ebenfalls Hälftentheilung des alsdann vorhandenen Vermögens angeordnet wird.

Daß nun gegenüber diesen einfachen Folgerungen aus der Natur dieser Doppel-Verfügung Betrachtungen, wie diejenige über die Entstehung und die Aeufnung des Vermögens nichts vermögen, ist einleuchtend. Sonst könnte mit ähnlicher Billigkeitsrücksicht bemerkt werden, daß der Erbe, der auf mehr nicht Anspruch habe, als was übrig bleibe, und sich das Schwinden gefallen lassen müsse, auch wohl das Wachsen sich gefallen lassen dürfe.

Abweichend urtheilte die zweite Instanz (10. März 1870):

Was vorerst das Klagrecht des Sylvester Fuchs (Kläger) anbetrifft, in Betracht,

daß jede Verzichtleistung im Zweifel stricte zu interpretieren ist, überhaupt der Schluß auf eine solche nur dann als zuläßig erscheint, wenn bei dem sich Erklärenden genügende Kenntniß der Sachlage und die richtige Vorstellung von dem Rechte, auf welches er verzichtet haben soll, vorausgesetzt werden kann — im vorliegenden Fall erwiesen sein müßte, daß diesem Kläger vor Unterzeichnung der Bescheinigung vom 18. Mai 1869 der Wortlaut der Testamentsbestimmungen zur genauen Prüfung vorgelegen und er sodann sich einverstanden erklärt habe, daß das Testament in dem von den Beklagten geltend ge-

machten Sinne zu verstehen sei — nun aber die bloße Einsicht des Inventars vom 30. Januar 1869 und der darauf basierten Abrechnung dieser Voraussetzung noch nicht entspricht, zumal in dem Inventar die bezüglichen Testamentsbestimmungen nicht, wie sonst üblich, ihrem vollständigen Wortlaut nach, sondern in einer dem einseitigen Standpunkt des Testamentsvollstreckers entsprechenden Fassung aufgenommen sind — übrigens mit der Einsichtnahme von einem Actenstück noch keineswegs dessen Genehmigung bescheinigt wird, daß somit in der schriftlichen Erklärung des Sylvester Fuchs kein Verzicht auf das Klagrecht, wie er dasselbe ausgeübt hat, zu erkennen ist;

Was die Witwe Gebhardt betrifft, deren Ausschließung vom Klagrecht entgegensteht, daß in dem Schein vom 18. September 1868 die definitive Erledigung der Erbmasse ausdrücklich vorbehalten, die vom Executor verlangte Erklärung über vorschriftmäßigen Vollzug des Testaments dagegen von ihrem Bevollmächtigten nicht ausgestellt, sondern bezüglich der Auslegung des Testaments Einwendungen erhoben worden sind;

hinsichtlich der Sache selbst dann

in Betracht

daß es sich vor Allem um die richtige Auslegung der in dem Doppeltestamente auf beider Testierer Absterben hin zu Gunsten der beidseitigen Verwandten getroffenen Verfügungen handelt, und der Annahme, es sei dabei die Absicht der Ehegatten nur auf das beim Tode des Erstversterbenden vorhandene Vermögen gerichtet gewesen, sowohl die Ausdrucksweise als der ganze Zusammenhang jener Bestimmungen entgegensteht, indem

1) bei dieser Annahme das Testament eine Inventur auf den Todesfall des Erstversterbenden angeordnet oder auf das alsdann erforderliche gerichtliche Inventar abgestellt haben würde, während in Art. 7 eine Inventur erst für den Fall einer Wiederverehlichung vorgesehen ist und nur den in jenem spätern Moment vorhandenen Vermögensbestand ermitteln konnte;

2) die von den Beklagten geltend gemachte Bezeichnung des Theilbaren als „gemeinschaftliches Vermögen" keinen Schluß zu Gunsten jener beschränkten Auslegung zuläßt, weil diese selbe Bezeichnung auch in Art 7 des Testaments für das im Besitz des Ueberlebenden Vorhandene gebraucht, dagegen in dem spätern Beizedel vom 11. April 1847 wieder preisgegeben und die frühere Verfügung unter dem Ausdruck Theilung „unseres hinterlassenen Gutes" auf beider Absterben hin bestätigt wird;

3) die in Art. 4—6 verfügte Gleichtheilung zwischen den beidseitigen Erben auf die Absicht weist, dieselben auch dem Resultat nach einander völlig gleichzuhalten, was nur dann erreichbar war, wenn die Theilung auf das beim Tode des Letztlebenden vorhandene Vermögen bezogen wurde.

Hienach stellt sich als Willensmeinung der Testierenden das heraus, daß das beiderseitige Vermögen bis zum Tode des Ueberlebenden eine Gesammtmasse bilden und derjenige Betrag, in welchem dieselbe alsdann vorhanden sein wird, zwischen den beiderseits eingesetzten Verwandten zur Vertheilung kommen soll.

Dieses ist auch der Sinn, welcher testamentarischen Verfügungen von ganz analoger Fassung, wie die vorliegende, auch anderwärts in richterlichen Entscheidungen beigelegt wird (vergl. Seuffert Archiv XX. Nr. 232), und überhaupt wird in dieser Weise zwischen Ehegatten oder Geschwistern hier und anderwärts häufig testamentarisch verfügt (vergl. Zeitschrift f. schw. R. IX, 3, pag. 56. Seuffert Arch. IV, Nr. 63, VIII. Nr. 150, XVI. Nr. 123).

Für den vorliegenden Fall wird diese Auslegung noch insbesondere bestärkt durch die bestimmte Deutung, welche die überlebende Mittestiererin selbst in ihrem Brief vom 20. Januar 1852 der gemeinsamen Verfügung ursprünglich gegeben hat.

Was dann im Weitern die Frage betrifft, ob diese Dispositionen nach Antritt der Erbschaft von den überlebenden Ehegatten widerrufen werden könne, so ergibt sich aus § 551 G.O., daß dieses nur in so weit statthaft ist, als den von dem Verstorbenen über seinen Vermögensantheil getroffenen Verfügungen volles Genüge geschieht. — Wenn nun aber der Sinn des gegenseitigen Testaments entsprechend dem oben Angeführten der war, daß als solcher Vermögensantheil des zuerst Versterbenden die Hälfte des beim Tode des Letztlebenden vorhandenen Gesammtvermögens anzusehen sei und daß somit auch den Erben des Mannes die Hälfte von Letzterm zukomme, so würde in einer Verfügung wonach dieselben von der überlebenden Witwe auf die Hälfte des laut Inventar vom 2. Januar 1849 Vorhandenen gesetzt werden sollten, gegenüber dem Vermögensbestand, wie er sich beim Tode des Ueberlebenden herausgestellt hat, in Wirklichkeit eine Schmälerung des ihnen von ihrem Erblasser ursprünglich Zugedachten enthalten sein. — Es hat also die Verordnung vom 20. März 1862, ganz abgesehen von der Frage, ob dieselbe in ihrer Form als testamentarische Verfügung gelten könne, schon ihrem materiellen Inhalte nach keine Rechtsgültigkeit anzusprechen.

(Directe Mittheilung.)

---

7. Anwachs bei Legaten (Bern).

Im December 1869 starb Jungfrau Riem mit Hinterlassung eines Testaments vom 9. März 1864, worin unter lit. K folgendes Legat zugetheilt war: „Den Kindern des Herrn Condukteur Held von Meiningen, wohnhaft in Bern, Namens Jean, Marie und Elise Held, zusammen und zu gleichen Theilen zu vertheilen, Eintausend Franken.“

Im Jahr 1866 war Elise Held verstorben.

Die beiden andern Geschwister erachteten, ihnen sei der vacant gewordene Theil des Legats angewachsen; der Testamentserbe hielt ihn sich angefallen.

Durch Spruch vom 1. Dec. 1870 entschied der Appellations- und Cassationshof von Bern zu Gunsten der Geschwister

in Betrachtung:

1) Daß sich frägt, ob die Kinder Held als zu unbestimmten oder zu bestimmten Theilen eingesetzt anzusehen sind, indem zufolge Satzung 590 C. der Antheil der vor der Testatorin verstorbenen Maria Held im ersten Falle den Klägern anwächst und im zweiten Falle der Erbschaft zufällt;

2) Daß das Gesetz nicht ausspricht, was bestimmte oder unbestimmte Theile seien, dagegen in Satzung 574 Beispiele von unbestimmten Erbschaftstheilen gegeben sind, welche auf die Fälle hinweisen, wo in der Verordnung selbst der Antheil arithmetisch ausgedrückt ist;

3) Daß diesem nach umgekehrt solche Fälle, wo die Antheile in der Verordnung nicht in dieser Weise fixirt sind, sondern erst noch durch eine, wenn auch sehr einfache Rechnungsoperation ausgemittelt werden müssen, Anweisungen zu unbestimmten Theilen enthalten;

4) Daß diese Unterscheidung der Natur der Sache entspricht, indem bestimmte Theile, in der hier angegebenen Weise ausgeschieden, unabänderlich sind, während dieses, wie gerade der vorliegende Streit beweist, nicht immer der Fall ist, wenn sich die Verordnung in anderer Weise ausgedrückt hat und es angezeigt erscheint, daß im erstern Falle das Anwachsungsrecht ausgeschlossen sei und dagegen im letztern Falle stattfinden könne;

5) Daß nach der gemachten Unterscheidung hier eine Anweisung zu unbestimmten Theilen stattgefunden hat;

6) Daß mit dieser Auffassungsweise auch die Absicht der Testatorin, soweit sich dieselbe aus der Verordnung erkennen läßt, im Einklang steht, da sie

a. die Legatsumme der Fr. 1000 von deren Vermögen abziehen wollte,

b. und dieselbe den 3 Kindern Held zusammen aussetzte, letztere also mit einem gemeinschaftlichen Antheil bedenken wollte.

(Zeitschr. des bern. Juristenvereins Bd. VI. n. 7,)

---

8. Autorrecht im Schauspiel. Desuetudo bei Gesetzen (Genf).

Am 5. April 1866 ließ Durantin, der Verfasser eines Schauspieles in vier Acten: „Heloïse Paranquet“, dem Herrn Roubaud, Theaterdirector in Genf, durch Huissier Büdin amtlich die Aufführung die-

ses Stückes verbieten. Ungeacht dessen wurde es in Genf zu verschiedenen Malen aufgeführt.

Durantin klagte und ihm wurde in erster Instanz eine Entschädigung von Fr. 50 zugesprochen (2. Februar 1867).

Der Theaterdirector verkündete der Stadt Genf, Verpächterin des Stadttheaters, den Streit. Sie bestritt nicht ihre Haftbarkeit.

Die zweite Instanz, die Cour de Justice, bestätigte diese Verfällung unter folgender Begründung:

Considérant, en fait, que Durantin est Français, et qu'Héloïse Paranquet a été publiée pour la première fois en France.

En droit, qu'un traité a été conclu, le 30 juin 1864, entre la France et la Suisse, dont l'article 21 porte:

„Les auteurs d'œuvres dramatiques publiées pour la première fois en France jouiront en Suisse, par rapport à la représentation de leurs œuvres, de la même protection que les lois accordent ou accorderont par la suite dans ce même pays aux auteurs suisses pour la représentation de leurs œuvres."

Considérant que ce traité a été négocié par les autorités compétentes de la Confédération suisse et conformément aux formes constitutionnelles de cet Etat;

Que par la votation du 14 janvier 1866, le peuple suisse a simplement refusé de donner à la Confédération le droit de promulguer des dispositions législatives pour la garantie de la propriété littéraire, artistique et industrielle, mais qu'on ne saurait donner à cette votation la portée de modifier des traités conclus à ce sujet entre la Suisse et d'autres Etats, si ces traités, comme celui du 30 juin 1864, ne créent pas un droit suisse nouveau sur la matière;

Et qu'en conséquence, le traité du 30 juin 1864 fait loi pour le canton de Genève;

Considérant que les mots „auteurs suisses" ne sauraient être entendus dans un sens restreint et ne veulent pas dire que les auteurs français ne jouiront à Genève que des droits que les lois accordent ou accorderont par la suite aux auteurs *suisses* d'autres cantons, mais qu'en les interprétant loyalement et dans l'esprit évident du traité ils veulent dire que les auteurs français seront mis à Genève sur le même pied que les auteurs *genevois*;

Considérant dès lors que la solution du procès est toute dans la question de savoir s'il existe aujourd'hui dans le canton de Genève une disposition qui assure aux auteurs genevois la propriété de leurs œuvres dramatiques;

Considérant que le décret de l'Assemblée constituante du 13 janvier 1791 porte (art. 3) „que les ouvrages des auteurs vivants ne pourront être représentés sur aucun théâtre public, dans toute

l'étendue de la France, sans le consentement formel et par écrit des auteurs," et qu'il a été promulgué à Genève lors de la réunion de cette République à la France par la loi du 8 fructidor, an VI;

Considérant que diverses lois, et notamment l'article 74 de la loi du 6 janvier 1815, maintinrent à Genève les divers codes et lois en vigueur;

Que la loi du 2 mai 1827 a visé dans son article 21 la loi du 19 juillet 1793, qui constate ou assure le droit de propriété des auteurs ou de leurs cessionnaires;

Que ce décret de 1791 et cette loi de 1793 sont intimément unis par la manière toute spéciale dont ils s'occupent, par les principes qu'ils proclament, et que la législature genevoise, en rappelant l'un, a implicitement rappelé l'autre;

Que dès lors, en présence du traité et du texte si clair du décret du 13 janvier 1791, il ne reste plus à examiner que le moyen tiré de la désuétude du dit décret;

Considérant que rien dans notre législation ne prévoit la désuétude et n'autorise à la ranger parmi les moyens destinés à abroger les lois; qu'au contraire la Constitution de 1847 porte (art. 158): „Les lois ordinaires, règlements et arrêtés, auxquels il n'est pas dérogé par la présente Constitution, restent pareillement en vigueur aussi longtemps qu'ils ne seront pas abrogés ou modifiés par les pouvoirs compétents;"

Que la désuétude ne doit être, par conséquent, admise que dans des cas rares et exceptionnels où une loi serait devenue essentiellement antipathique à nos mœurs, contraire à l'esprit de nos institutions, en désaccord avec l'état de notre civilisation;

Considérant que ce n'est pas le cas dans l'espèce où tout ce qu'on allègue contre la loi du 13 janvier 1791 est qu'elle n'a pas reçu d'application;

Considérant que cette circonstance est loin de suffire pour faire prononcer la désuétude, et qu'au contraire, si les auteurs dramatiques genevois n'ont jamais réclamé contre la présentation de leurs pièces à Genève, il en résulterait plutôt la présomption que ces représentations n'ont eu lieu qu'avec leur autorisation;

Considérant que la réserve avec laquelle les tribunaux doivent accueillir la désuétude. leur est surtout imposée dans notre pays où l'ensemble des institutions, la liberté complète de la presse, le droit de pétition, le droit d'initiative des membres du Grand Conseil, offrent incessamment à l'opinion publique des moyens faciles et efficaces d'obtenir la suppression de lois qui seraient devenues inexécutables;

Sur la demande en garantie:

Considérant que le Conseil administratif de la ville de Genève s'est borné à s'en rapporter à la justice et ne conteste pas le bien fondé du recours.

(Journal des tribunaux Vaudois XV. pp. 93 s. 385 s.)

---

9. „Reichsboden"? (Thurgau).

Die Gemeine Keßweil am Bodensee grub auf der westlichen Seite des Dorfbaches bei dessen Ausmündung Grien und Sand. Die „Corporation der Stellenen" widersprach diese Befugniß. Ihr kommt auch nach der Anerkennung der Gemeine das Recht der Einfahrt mit Schiffen an diesem Platz zu, sie kann dieselben an die aus dem Wasser hervorragenden Pfähle anbinden und daran Fischerkasten anknüpfen. Nach dem Begehren der Corporation bedarf sie aber dazu einen Vorplatz und einen Verkehrsplatz, auf denen vorübergehend Güter abgelagert und Fahrwagen aufgestellt und umgewendet werden können, was Alles unmöglich sei, wenn die Gemeine da Grien grabe und Kies und Sand führe. Außer den Urkunden, welche die Corporation für sich anführte, welche ihnen die Stellenen „mit Rechtsamen" und Stellenen mit „Stellirechten" zuschreiben, berief sie sich noch auf die Pfähle selbst, die stärkste Urkunde, und die Thatsache des Besitzes. Die Gemeine ihrerseits bezog die Urkunden auf andere Plätze, fand die Pfähle ungenügend, um die Natur des Rechtes auszulegen, das am Boden, wo sie eingerammelt seien, bestehe, und nahm auch für sich den Besitz in Anspruch, d. h. sie behauptete, seit mehr als 20 Jahren auf dem östlichen und westlichen Ufer des Dorfbaches Grien und Sand geführt zu haben, wofür sie Zeugen, Ergänzungs- und Schiedseid anbiete. Während die Gemeine den Boden als Reichsboden bezeichnete, erachtete die Corporation die Frage über die rechtliche Natur des Bodens als unerheblich und nahm auch ausdrücklich das Eigenthum daran nicht in Anspruch, sondern beschränkte sich darauf, das Grien- und Sandgraben als ihrer Nutzung hinderlich anzufechten.

Bei erster Instanz mit ihren Ansprüchen abgewiesen, fand die Gemeine bei der zweiten, dem Obergericht von Thurgau, mehr Gehör, welches am 5. Mai 1866 die Berufung begründet erachtete, davon ausgehend,

daß für Beurtheilung der Streitfrage als entscheidend erachtet werden muß:

Der Boden, auf welchem das streitige Nutzungsrecht ausgeübt werden will, kann nicht als Eigenthum der Appellaten betrachtet werden, er ist vielmehr Reichsboden oder Seegebiet und das Recht zu dessen Benutzung öffentliches, dem Staate oder der Gemeindecorporation zustehendes, soweit nicht eine Beschränkung durch speziell erworbene Rechte Dritter eingetreten ist. Eine solche Beschränkung zu Gunsten

der Appellaten ist nun aber nicht erstellt oder nachgewiesen. Die von ihnen angerufenen Urkunden sind unentscheidend. Abgesehen davon, daß die sogen. Kaufbriefe nur eine einseitige Ueberlassung vom Gasthaus zum Schiff u. s. w. nebst den Stellenen (welche damals noch ausschließlich ohne andere Mitantheilhaber dazu gehörten) seitens des damaligen Eigenthümers des Gasthauses an seine Kinder ohne Mitwirkung von Staat oder Gemeinde enthalten, und daß auch die Statuten der Stelleneneigenthümer, als einseitige Akte einer einzelnen Partei, über die Rechte Dritter nicht disponiren können, so beziehen sich diese Urkunden überhaupt nicht speziell auf die Streitfrage, die Benutzung des Bodens durch Wegführen von Grien und Sand, sondern nur auf die Benutzung der Stellenen oder auf das Eigenthumsrecht an denselben. Und die in den Ueberlassungsbriefen erwähnten „Rechtsame" oder „Stellirechte" sind nicht detaillirt oder näher bezeichnet.

Daß aber zu den Stellenen der streitige Platz als Verkehrsplatz und Bestandtheil derselben speziell und nothwendig gehöre, kann um so weniger als richtig angenommen werden, als westlich von demselben noch anderer Boden vorhanden ist, welcher diesem Zwecke dienen kann.

Eine Beschränkung des öffentlichen Rechts in der Weise, daß ein privatrechtliches Verhältniß zu Gunsten der Appellaten begründet worden wäre, hat auch nicht durch die bisherige Benutzung des Streitlokals seitens der Appellaten, also durch Ersitzung eintreten können. Denn bei Reichsboden können in dieser Hinsicht nicht die gleichen Grundsätze gelten wie bei Privateigenthum. Es sind nicht die gleichen Verhältnisse zutreffend, z. B. in Beziehung auf Beaufsichtigung, welche eine Einsprache gegen Ausübung unbefugter Handlung möglich machen könnte und in andern Fällen die Wahrung der Rechte gegen drohende Servituten veranlaßt.

Im vorliegenden Falle handelt es sich um eine Benutzungsweise des öffentlichen Territoriums durch die Appellaten, die von vorneherein Jedermann, der den Verkehr zu Wasser dort betreiben will, und nicht nur den Stellenenbesitzern, zusteht, die als solche noch ein anderes, von der Benutzung des Ufers zum Verkehr verschiedenes, mehr für Sicherung ihrer Schiffe dienendes Recht, das Eigenthum an den Stellenen besitzen.

Dazu kommt, daß bezüglich dieser Uferbenutzung von den Appellaten, deren Ausübung nur zeitweise, bei ganz niedrigem Wasserstand und vereinzelt, nach Bedürfniß, behauptet werden kann, und daß die Appellantin einer durch den Verkehr gebotenen Ufer-Benutzung auch keineswegs hindernd entgegentreten will und bestreitet, daß dieß durch die von ihr ausgeübte Grien- und Sandbenutzung geschehe.

Die Frage nun, ob durch letztere an sich offenbar berechtigte Be-

nutzung des auf das öffentliche Seeufer angeschwemmten Materials eine gehörige Benutzung des Ufers für den Seeverkehr und eine zweckmäßige Verbindung zwischen dem Seeufer und den Stellenen der Appellaten, worauf letztere unzweifelhaft Anspruch machen können, gefährdet oder beeinträchtigt werde, ist, wegen der Natur der in Frage stehenden Rechtsverhältnisse, wegen ihres öffentlichen Charakters, im beidseitigen Interesse durch die Administrativbehörde zu prüfen und zu entscheiden.

(Directe Mittheilung.)

---

10. 11. Quelle und Wasserlauf. Ansprüche auf Fortbestand (Waadt).

In dem Thalbecken, das oberhalb Montreux zwischen Dent de Jaman und Mont Cubli sich aufwärts zieht und den Namen Baie de Montreux trägt, sind eine Anzahl Gewerbe von einem Wasserlauf getrieben, dessen Zuflüsse vorzüglich auch von einer Quelle herkommen, die auf einer hochgelegenen Stelle Revers du Sassay und Praz-Pertit, Bezirk Chatelard, ihren Ursprung hat.

Die Eigenthümer dieser Grundstücke, Vincent und J. L. Dufour, traten am 4. Januar 1867 gegen den Preis von Fr. 60,000 das Recht, uas dieser Quelle einen Theil für sich zu beziehen, den Herren Jules Gaudard und Jules Martin ab, welche ihrerseits dieses Wasser einer Anzahl Gemeinden und Particularen als gutes trinkbares Brunnenwasser zuzuleiten gedachten. Im gleichen Jahr und im Jahr 1868 entstanden zur Durchleitung dieses Wassers eine Anzal Verträge mit Corsier, Vevey, La Tour de Peilz und Chatelard, was endlich (3. April 1868) zur Bildung einer Actiengesellschaft, der Société des eaux des Avants führte, die ihre staatliche Bestätigung (17. gl. M.) erhielt und in die Rechte der Herren Gaudard und Martin einrückte.

Dieser Gesellschaft notificierten eine Anzal Eigenthümer jener Gewerbe in der Baie de Montreux: Wellen Erben, Ruchet, Meyer, Forney, Forretay und Doret, daß sie diese Ableitung als Eingriff in ihre Interessen ansehen und sie vorläufig für bezüglichen ihnen zugehenden Schaden verantwortlich machen. Von dieser Notification gab die Gesellschaft ihrerseits ihren Verkäufern Vincent und J. L. Dufour Kenntniß, welche sofort die gedachten Gewerbsinhaber zur Rücknahme ihrer Einsprache vor den Richter zogen.

Die Kläger vertheidigten da ihre Rechte als Eigenthümer des Quellwassers, jene beriefen sich darauf, daß das Wasser einem Bach angehöre, der öffentliches Eigenthum sei. Sie halten dafür, daß mit dem Loskauf der auf ihren Gewerben lastenden Ehaften (censes)

zwischen 1798 und 1804 ihre Gewerbe sich den Anspruch an dieses öffentliche Wasser gesichert haben, welches die Baie von Montreux bilde. Sie erachten durch die Artt. 427 und 431 des Civilgesetzes und Artt. 100. 104. und 107 der Flurordnung (code rural) geschützt zu sein, oder wäre Letzteres der Fall nicht, wenigstens vor Folgerungen aus diesem neuern Gesetze, das ja auf ihre erworbenen Rechte nicht zurückwirken könnte.

Das Bezirksgericht von Vivis, durch Spruch vom 29. Mai und 2. Juni 1869 sprach zu Gunsten der Kläger

Considérant en droit

que la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et par les règlements (Code civil art. 345.);

Que la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous (C. c. art. 352.);

Qu'une dérogation à ces deux principes ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi ou d'un règlement de police;

Que le droit de propriété sur un fonds s'étend aussi à la source qui jaillit sur ce fonds, attendu qu'elle en est un produit;

Que celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription (C. c. art. 427 et code rural art. 101.);

Que la source comprend les eaux qui, reproduites par l'œuvre de la nature, jaillissent au dessus du sol, ou s'écoulent sous terre en s'ouvrant un chemin souterrain; que ces eaux cessent d'être une source lorsqu'elles ont abandonné le fonds sur lequel elles jaillisent ou sur lequel elles ont été prises sous terre pour être conduites ailleurs par des ouvrages souterrains (C. rural. art. 100.);

Que l'on doit entendre, par analogie, qu'une source reste source tant qu'elle n'a pas quitté le fonds sur lequel elle jaillit; pour prendre son essor au travers des fonds inférieurs en s'y formant un lit et pour devenir ainsi une eau courante;

Que ce principe ne saurait varier, soit qu'il s'agisse d'une grande source, soit qu'il s'agisse d'une petite;

Que les articles 104, 106 et 107 du code rural mentionnent les restrictions apportées par la loi au droit absolu qu'un propriétaire a sur la source, produit de son fonds.

Que l'article 104, en particulier, dit que s'il n'existe pas de droits acquis sur la source, et sauf le cas prévu à l'article 107, le propriétaire du fonds de la source peut en disposer à sa volonté, soit pour lui-même, soit au profit d'un tiers, en changeant la di-

rection du cours de l'eau pour lui donner son issue sur un fonds inférieur, préférablement aux autres;

Que les droits que l'on peut acquérir sur une source peuvent l'être, comme il a été dit plus haut, par titre ou par prescription, et que l'article 107 susmentionné concerne le cas où une source fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire, le cas de l'article 106 du même code étant sans rapport avec l'espèce actuelle;

Que l'article 431 du code civil qui statue „qu'il n'est point permis, sous prétexte d'irrigation ou autrement, de détourner de leur lit les eaux nécessaires à l'usage des moulins ou usines établis," n'a pas trait aux sources, mais bien aux eaux courantes, lesquelles se forment un lit sur le sol, par un cours naturel habituellement continu;

Que c'est avec intention que, soit dans le code civil, soit dans le code rural, le législateur a eu soin de grouper ensemble les articles ayant rapport aux sources proprement dites, et ensemble ceux concernant les eaux courantes;

Que, spécialement, l'article 431 précité est placé parmi ceux qui ont trait à ces dernières, ensorte que ces dispositions ne peuvent s'appliquer aux sources;

Considérant que l'eau qui jaillit sur les fonds des demandeurs Dufour est une source, et que le fait qu'elle est assez forte pour mettre en mouvement la roue d'une scierie à bois, sise sur les mêmes fonds, à quelques pas de la dite source, ne peut avoir pour effet de changer la nature de celle-ci;

Considérant qu'il n'a pas été établi au procés que cette source fournisse à une commune, village ou hameau, l'eau qui leur serait nécessaire;

Que l'article 431 du code civil, par les raisons déduites plus haut, n'est pas applicable dans le procès, attendu qu'il s'agit ici d'une source et non d'une eau courante nécessaire à des moulins ou usines et ayant un lit;

Que, juger différemment, serait porter atteinte au droit de propriété en matière de source et s'engager à une suite de graves conséquences sans limites;

Que, d'après la convention passée entre les demandeurs et la Société des Eaux des Avants, celle-ci pourra prendre de l'eau de source jusqu'à concurrence de 10,000 litres par minute, le volume entier de la source étant évalué à 15,000 litres, et que les usiniers n'ont pas même fait poser au procès la question de savoir si cette eau était nécessaire à leurs usines;

Considérant qu'il n'a pas été davantage établi que les usiniers eussent acquis des droits sur la dite source par prescription, puis-

qu'ils n'ont fait et terminé sur les fonds des demandeurs d'où jaillit la source, aucun ouvrage apparent destiné à faciliter la chute et le cours de l'eau sur leur propriété;

Que, quant à des droits acquis par eux sur la dite source, en vertu de titre, ils n'en ont démontré aucun, attendu que les documents qu'ils ont produits à l'appui de leurs prétentions ne sauraient constituer des titres faisant en leur faveur contre les demandeurs, puisque ceux-ci ou leurs anté-possesseurs ont été complétement étrangers aux concessions tant anciennes que modernes, au bénéfice desquelles les usiniers se disent être;

Que ces concessions, accordées à eux ou à leurs prédécesseurs, l'ont été par l'Etat en tant qu'administrateur du domaine public; qu'elles ne peuvent par conséquent déployer d'effet que sur ce domaine public, soit, dans l'espèce, sur le ruisseau de la baie de Montreux, et qu'elles ne doivent pas s'étendre jusqu'aux diverses sources qui en sont les affluents, de quelque grandeur qu'elle puissent être;

Que d'ailleurs, dans ces concessions, les droits des tiers ont soigneusement été réservés par l'Etat, précisément en vue d'éviter des contestations du genre de celle-ci;

Qu'au surplus ces concessions doivent être envisagées comme étant par leur nature subordonnées à l'existence du cours d'eau sur lequel elles doivent s'exercer;

Que le fait que l'un ou l'autre des usiniers concessionnaires, soit son prédécesseur, aurait payé des censes ou redevances en raison de sa concession, ne lui créerait pas un droit contre les demandeurs Dufour;

Attendu qu'il résulte de toutes ces considérations que les demandeurs ont pu légalement concéder à un tiers le droit de prendre sur leurs fonds et de détourner l'eau qui y jaillit, et qu'ainsi c'est à tort que les usiniers ont soutenu l'action actuelle;

Que quel que soit le plus ou le moins grand degré d'importance des usines en question et l'intérêt que présente la position des usiniers, on ne peut donner raison à ceux-ci, d'après les dispositions actuelles de notre législation;

Attendu, enfin, qu'il est compréhensible qu'après le mandat que les dits usiniers ont fait notifier le 28 mars 1868 à la Société des Eaux des Avants, et que celle-ci a fait faire contre-notifier aux demandeurs, ces derniers, en vue des graves conséquences qu pouvaient en résulter pour eux, aient désiré tirer au clair leu position le plus tôt possible, et se soient portés acteurs dans le procès pour faire vider la question;

Qu'il n'y a dans ce procédé aucune faute, ni contre la procédure, ni contre la logique.

Gleicher Anschauung folgte der Cassationshof am 9. Sept. 1869.

In ihrer Beschwerdeschrift hatten die Beklagten hauptsächlich darauf hingewiesen, daß das Flurgesetz für die Rechte der Quelleneigenthümer knappere Bestimmungen aufstelle und nicht so schroff, wie das Urtheil zwischen Quelle und Wasserlauf unterscheide, vorzüglich aber auch das öffentliche Interesse, das die Frage einschließe, ob der Eigenthümer bestehende Wasserrinnen völlig trocken legen könne, indem er auf seinem Eigenthum dem Wasser eine ganz neue Richtung gewähre?

Der Cassationshof antwortet auf die Beschwerden ähnlich wie die erste Instanz:

Considérant qu'indépendamment des principes génèraux sur la propriété, exprimés par les art. 345, 347, 352 du code civil, un principe spécial résulte des termes de l'art. 427 à savoir que celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription;

Que, d'après cette disposition de la loi, le propriétaire du fonds demeure au bénéfice d'un droit absolu de propriété sur la source qui surgit de ce fonds, à moins du droit acquis par un tiers;

Qu'une restriction est apportée à ce principe spécial, pour le cas où cette source fournit aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire, ainsi que pour le cas où le propriétaire voudrait combler sa source sans utilité pour lui et au préjudice des fonds inférieurs;

Considérant que si une disposition existe dans la loi au profit des moulins ou usines établies, cette disposition ne paraît pas avoir eu en vue les eaux d'une source, ni un droit sur la source même;

Qu'en effet la disposition dont il s'agit (431 code civil), se trouve non parmi les articles du code civil qui statuent à l'égard de la source, mais bien à la suite de celui qui s'occupe des eaux courantes;

Qu'elle ne fait pas mention de source, mais seulement des eaux ayant un lit, ce qui ne peut s'appliquer qu'à des eaux courantes;

Que si l'on consulte le code rural, l'on retrouve à l'art. 212 cette même disposition en faveur de moulins et usines, dans la section qui traite des eaux courantes, ensorte qu'il apparaît nettement que le législateur du code rural a entendu la disposition de l'art. 431 dans le sens ci dessus rappelé;

Considérant que lors même que le code civil n'a pas défini en quoi consiste la source et n'a pas déterminé le point où la source

devient eau courante, toutefois le principe énoncé à l'art. 427 suffit pour faire reconnaître que tant que la source, soit l'eau de la source, est sur le fonds duquel elle jaillit, elle ne cesse pas d'être une source; que ce sens résulte encore de l'art. 428 qui, pour la prescription, exige des travaux exécutés sur le fonds seulement et non là où jaillit la source; que l'art. 100 du code rural n'a fait ainsi que préciser plus exactement la portée de l'article 427;

Considérant, enfin, que si même l'art. 431 pouvait avoir quelque application dans la cause, encore faudrait-il qu'il soit établi que les eaux dont il s'agit sont nécessaires pour l'usage des moulins et usines des défendeurs, ce qui n'est pas constaté au procés;

Considérant, quant aux droits qui compètent à l'Etat en matière de cours d'eau, que l'Etat n'a élevé aucune prétention dans la cause actuelle, ni sous le rapport du domaine public, ni quant aux concessions par lui faites aux usiniers, relativement au cours du torrent sur lequel ils se sont établis;

Que le jugement intervenu dans la cause ne concerne pas l'Etat;

Que les concessions accordées par l'Etat ne portent pas sur les sources privées dont les eaux s'écoulaient ou s'écoulent dans le torrent, mais se bornent à régler l'usage du cours d'eau qui forme la baie de Montreux, quant aux moulins et usines qui font emploi de ce cours d'eau;

Attendu, dès lors, que ces concessions dans lesquelles les propriétaires de la source des Avants ne figurent en aucune manière ne peuvent constituer des titres en faveur des usiniers sur cette source.*)

(Journal des tribunaux Vaudois XVII. 120 s., 352 s., 380 s., 569 s. vgl. mit pp. 425 ss., 431 ss., 457 ss., 473 ss.)

---

*) Die einschlagenden Gesetzesstellen sind folgende:

Code civil art. 427. (C. Nap. 641) Celui qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription. 428. (C.N. 642) La prescription dans ce cas ne peut s'acquérir que par une jouissance non interrompue pendant l'espace de trente années, à compter du moment où le propriétaire du fonds inférieur a fait et terminè par le fonds supérieur des ouvrages apparens destinés à facilitér la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. 429. (C.N. 643) Le propriétaire d'une source ne peut en changer le cours lorsqu'elle fournit aux habitans d'une commune, village ou hameau l'eau qui leur est nécessaire, mais si les habitans

12. Wasserlauf (Nidwalden).

Ob ein Wasser stromweise in einem selbstgefressenen Graben oder „schwäderweise“ hätte ablaufen sollen, ist Gegenstand nachfolgenden Urtheils. Was Schwadern heißt, haben nicht nur aus Schweizermund Stalder und Tobler, sondern auch aus Baiern Schmeller und Andre gesagt, daß aber der „schwäderweise“ Ablauf das Herunterrieseln des Regenwassers über die Erde hin bedeute, wobei es nach einer Strecke Laufes versiegt oder doch in gleichmäßigem Lauf sich ausbreitet, ohne sich auch für die Zukunft Wege vorzubahnen, zeigt juristisch scharf dieser Fall. (s. Entwurf des Sachenrechts für Nidwalden. § 413.)

Es wäre versuchlich, das ganze Actenstück zu geben: die Ausstandsvorgänge, die Vorentscheidung über die Verwendung eines vorhandenen Gutachtens, die Ergebnisse des Augenscheins, die Klage und Antwort, Einrede und Widerrede in ihren Einzelheiten. Aber der Raum

---

n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité laquelle est règlée par experts. 430. (C.N. 644) Celui dont la propriété borde une eau courante, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés. Celui dont cette eau traverse le fonds, peut de même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire. 431. Il n'est point permis sous le prétexte d'irrigation ou autrement de détourner de leur lit les eaux nécessaires à l'usage des moulins ou usines établis.

Code rural art. 100. La source comprend les eaux qui reproduites par l'œuvre de la nature, jaillissent au dessus du sol, ou s'écoulent sous terre en s'ouvrant un chemin souterrain. Ces eaux cessent d'être une source, lorsqu'elles ont abondonné le fonds sur lequel elles jaillissent ou sur lequel elles ont été prises sous terre, pour être conduites ailleurs par des ouvrages souterrains. 101. (wörtlich 427 C.c.) 102 (wörtlich wie 428 C.c., einzig ausgenommen sur sa propriété statt dans sa pr.) 104. S'il n'existe pas de droits acquis sur la source et sauf le cas prévu à l'art 107., le propriétaire du fonds de la source peut en disposer à sa volonté soit pour lui-même soit au profit d'un tiers, en changeant la direction du cours de l'eau, pour lui donner son issu sur au fonds inférieur, préférablement aux autres. 106. Le propriétaire d'une source ne peut, sans un motif d'utilité réelle et bien reconnu pour lui-même, combler la source ou en changer le cours pour le perdre dans un entonnoir souterrain, ou de toute autre manière, au préjudice des fonds inférieurs à l'avantage desquels ces eaux étaient précédemment employées. 122. (wörtlich gleichlautend mit art. 431. C.c.)

gestattet es nicht. Und da das Wesentliche des Factischen im Urtheil vom 23. November 1870 aufgenommen ist, beschränken wir uns, es nur daher zu nehmen, dieses aber in seiner nicht immer ganz klaren, aber dafür eigenen Gestalt.

Nur soviel ist vorauszuschicken, daß es sich um die Frage handelt, ob in einen solchen von einer der Genossame Stans gehörigen Almend herunterkommenden Graben Quersperren („Krotten") gelegt werden dürfen, damit unter Weges die Macht des Wasserlaufes gebrochen werde, der eigentlich „schwäderweis" erfolgen sollte. Die Eigenthümer des unterhalb liegenden Landes „im untern" und „im obern Wurzboden", Peter Schallberger und Kaspar Kaiser und mit ihnen Caspar Gut, im Kniri, („die citirende Partei") deren Felder von dem Geschieb und Geröll des Runses in letzter Zeit bedeckt, in der Zukunft immer mehr bedroht waren, haben dieses Einlegen verlangt, eventuell selbst auf eigene Kosten; die obern Anlieger aber, auf der linken Seite des Grabens abwärts: Melch. Gut, J. Christen, Geschw. Zimmermann, Geschw. Joller, Remigi Niederberger; auf der rechten: Aloys Odermatt, Aloys Bünter, Anton Fischer und die Genossame Stans ganz oben für ihre Almeind nnd Waldung hatten widersprochen, eine Stauung gefürchtet, die Besorgnisse der untern als beseitigt erklärt, seit die Genossame auf ihrem Boden schon vierzehn solcher Krotten eingelegt, namentlich alle sich auf ältere Urtheile berufen, die in ähnlicher Sache früher ergangen seien.

Die Commission des Geschwornengerichts von Nidwalden hatte den Fachmann Ingenieur Businger in Stans zu nochmaligem Augenschein beigezogen und im Anschluß an ein von ihm schon früher abgegebenes Gutachten in dieser Sache sich von ihm die Frage 1. des Bedürfnisses und 2. der Ausführung beleuchten und 3. einen Plan über diese Arbeit entwerfen lassen.

I. Rechtsfrage. Haben im Wasserplattengraben in der Kniri Stans) zum Schutze der Güter der citirenden Partei Verbauungen stattgefunden oder nicht?

In Betracht

1. daß der sog. Wasserplattengraben laut Augenschein von der im Genossamenwalde befindlichen sog. Wasserplatte in vielen Windungen und ziemlich dem natürlichen Gefälle folgend durch die dortige circa 250′ lange Grien- und Steinablagerung und den Wald über die Genossamenalmeind und des Melchior Guten Feld in des Caspar Guten Matte und Feld hinein sich erstreckt, wo es sich in kleine Rinnchen auflöst, die bis zum Wurzboden reichen — derselbe in seiner ganzen Länge, besonders auf einzelnen Strecken mehrere Fuß Tiefe und Breite hat, die Grabenborde an vielen Strecken gelockert sind und die Sohle meistens mit Steinen und Geschiebe locker bedeckt ist;

2. daß dieser Graben nur bei starken Regengüssen Wasser führt, welches in den oben liegenden steil abfallenden Berggehängen sich sammelt und unter der Wasserplatte durch andere Zuflüsse vermehrt wird, große Wassermengen aber bei dem abschüssigen Gefälle und lockern Terrain naturgemäß eine zerstörende Gewalt üben und sich immer tiefer und weiter abwärts in das Gelände eingraben müssen;

3. daß auch laut mehrern eidlichen Zeugen der Graben im Allgemeinen in den letzten Jahrzehnten sich bedeutend vertieft und erweitert hat, derselbe früher auf der obern Almeind von Vieh leicht überschritten werden konnte, vor circa 50 Jahren ob des Melchior Guten Land über dem Graben blos ein Leiterbrücklein für Fußgänger war und durch den Graben hindurch gefahren wurde und noch vor circa 15 Jahren oben in des Caspar Guten Matte der Graben, der jetzt eine Breite von wenigstens 6′ und eine Tiefe von 4′ bis 5′ hat, so klein war, daß das weidende Vieh unbehindert hin und her gieng;

4. daß ebenso der Graben sich innert 40 Jahren bedeutend verlängert hat, indem laut Parteianbringen im Gerichtsurtheil vom 23. Mai 1823 damals in Caspar Guten Matte noch kein Gräblein war, sondern das Wasser verschwäderte und zwar nach dem Ausdruck eines eidlichen Zeugen, so wie jetzt in der Wurzbodenmatte;

5. daß laut eidlichen Zeugen das strömende Wasser an einem Orte des Grabens Erde wegspült, es am andern liegen läßt und aufhält, öfters Ueberfarungen verursacht, nur in den letzten Jahren in des Caspar Guten Matte über tausend Fuder Grien ablagerte, auch immer häufiger in den Wurzboden hinabschwadert;

6. daß laut Gutachten des Hrn. Ingenieur Ferdinand Businger, des Rathes, von Stans, die Ueberfarungen im Grabengebiete theils von dem im untern Wassergrabenzuge reichlich abgelagerten und aus dem Kesselgraben fortwährend vermehrten Geschiebmaterial, das bei Wasserströmung über die Wasserplatte geschwemmt wird und im Genossenwalde liegen bleibt, theils aber und besonders vom lockern Zustande des Grabens, der bei starken Gewittern eine große Masse Grien liefern kann, herrühren;

7. daß demnach das schrankenlose Gewährenlassen der Wassergewalt für die untenliegenden Güter große Schädigungen herbeizuführen droht, daher es durchaus nicht ungerechtfertigt erscheint, wenn von dieser Seite die Frage aufgeworfen wurde, ob die dermaligen Verhältnisse rechtlichen Bestand haben oder ob nicht vielmehr, wenn dem Schaden vorgebeubt werden könne, dieß zu erreichen gesucht werden müsse;

8. daß nun laut Gutachten des Hrn. Ingenieur Businger den Zerstörungen des Bodens und den Ueberfarungen durch an geeigneten Stellen vortheilhaft angebrachte Schwellen, Flechten ꝛc. vorgebogen werden kann, wodurch die Kraft des Wassers gebrochen, das Ein-

schneiden der Sohle verhindert, den Grabenborden sicherer Halt gegeben und Erde und Grien an ihrem Ursprung zurück behalten werden;

9. daß nicht ersichtlich, daß durch diese Schutzbauten Rechte Dritter verletzt werden, indem

a. selbe den auf das von der Wasserplatte herfließende Gewässer bezüglichen Urtheilen vom 31. Juli 1765, 13. Brachmonat 1766, 18. Juli 1794, 23. Mai, 30. Juni, 6. und 7. Augstmonat 1823 nicht entgegenstehen, indem der Graben und seine Richtung beibehalten werden, über den Schwellen ein weit größerer Raum zum ordentlichen Wasserabfluß verbleibt, als die Urtheile von 1768 und 23. Mai 1823 vorschreiben, da ersteres durch Melchior Guten Land ein Gräblein von ein Ellen Breite und halb Ellen Tiefe in der Mitte, beidseitig abhäldig zu ziehen, anordnete und letzteres Urtheil erkannte, daß bei entstehenden schweren Gewittern anwachsendem Wasser der natürliche Ablauf im Sinne der Urtheile von 1765 und 1766 belassen werden müsse, endlich durch diese Verbauungen die dermaligen Gefällsverhältnisse der Grabenufer nach keiner Seite verändert, daher das natürliche und rechtliche Verschwädern allfällig überfließenden Wassers nicht gehindert wird;

b. daß das Urtheil vom 23. Mai 1823, auf welches beklagtischerseits ein Hauptgewicht gelegt wird, beinebens festsetzt, daß „dem natürlichen Ablauf des anwachsenden Wassers weder durch Rigeln und Reisten,[1]) noch durch Fürlegen[2]) und Dörnsetzen[3]) oder andere Handarbeit Schranken gesetzt werden“, nun aber zum richtigen Verständnisse dieser Stelle nicht übersehen werden darf, daß der damalige Besitzer der Melchior Gut'schen Liegenschaft beklagt war, daß er zuwider den Urtheilen von 1765 und 1766 den Graben durch Rigeln und Reisten vertiefe, ihn, wo früher Krümmungen waren, gerade ziehe, mit Latten- und Schienen-Einlegen sowie Dörnsetzen befestige und das Land gegen Hrn. von Bürens Liegenschaft mit Griendarlegen mehr als um einen Schuh erhöhe — wogegen damalige Klägerschaft verlangte, er solle in seiner Liegenschaft das Wasser wie in der untern, jetzt Caspar Guten, Matte verschwädern lassen, nun aber durch die jetzt projectirten Schutzbauten gegentheils dem tiefern Einschneiden der Grabensohle und dem ungeschwächten Zutreiben von Wasser und Geschiebe vorgebogen werden soll;

---

[1]) Hacken und Kratzen behufs Wegschwemmung des Geschiebes (s. Entwurf des Sachenrechtes § 414).

[2]) Holz und Steine, welche das schwäderweise Ablaufen hindern (ib.).

[3]) Grünhecken, welche das Wasser nach einer Seite hindrängen.

c. daß nach Ansicht des von der vorberathenden Commission hierüber angefragten Fachmanns, Hrn. Ingenieur Businger, bei der im neuen von ihm auf Veranlassung dieser Commission entworfenen Plane angenommenen Höhe und Stellung der Schwellen bei solider Erbauung und gehörigem Unterhalt und jeweiliger Entfernung größerer Steine aus dem Graben, ganz außerordentliche Wassergüsse abgerechnet, eine Schädigung der nebenliegenden Güter nicht erfolgen würde;

d. daß jedenfalls nicht ersichtlich ist, daß durch diese Schutzbauten die nebenliegenden Güter mehr als bei dermaliger Sachlage gefährdet wären, indem bei ungewöhnlich starken Wassergüssen wohl auch der dermalige Graben das Wasser nicht zu fassen vermöchte, vielmehr für sie die dermalige Gefährde ebenfalls ganz bedeutend sich vermindern muß, indem durch die möglichste Zurückhaltung des Geschiebes der Umfang der Strömung kleiner bleibt, diese daher weniger überbordet und, bei allfälliger Ueberbordung, weniger Geschiebe ablagert, wie auch durch die Brechung der Wasserkraft Durchbrüche auf die Nachbargüter, das Auswerfen neuer Gräben und weitere Zerstörung auf selben weniger möglich sind, als jetzt;

10. daß allerdings laut Landesgesetz „wo Wasser fließen oder schweben" das unten liegende Gut dem oben liegenden Abzug geben soll, dieser Servitut aber auch das natürliche Recht des Servitutsverpflichteten entspricht, zu verlangen, daß nicht vom oben liegenden Gut durch unentschuldbare Vernachläßigung der Wasserrinne dem unten liegenden Gute nebst dem Wasser eine große Menge Geschiebe zufließe und andere vermeidliche Schädigungen erwachsen;

11. daß die l. Genossencorporation selbst und ohne Einspruch von irgend einer Seite, vierzehn Krotten im Graben auf der obern Almeind angebracht hat und Geneigtheit zeigt, wenn diese nicht wirksam genug wären, noch mehrere anzubringen, somit die Nützlichkeit solcher Verbaungen thatsächlich anerkannte, nun aber mit dieser Rücksicht auf die hier obwaltenden natürlichen Verhältnisse die vereinzelte Verbauung einer kurzen Strecke nicht als hinreichend erachtet werden kann;

zu Recht erkannt:

Es habe im sog. Wasserplattengraben in der Kniri, Stans, eine Verbauung nach Inhalt der auf die II. Rechtsfrage auszufällenden Entscheidung stattzufinden und fortzubestehen.

II. Rechtsfrage. Welche Verbauungen sind im sog. Wasserplattengraben (Kniri) vorznehmen und zu unterhalten?

In Betracht

1. daß zur Lösung dieser Frage nebst den rechtlichen und örtlichen Gesichtspunkten die Rathschläge der heutigen hydrotechnischen Wissenschaft von entscheidendem Gewicht sind;

2. daß die vom Gericht zur Vorberathung ernannte Commission mit Zuzug des Fachmannes, Hrn. Ingenieur Ferd. Businger (Stans), dessen Character und fachwissenschaftlichen Kenntnissen sämmtliche Rechtsparteien Anerkennung zollten, den 10. November neuerdings einen Augenschein des Wasserplattengrabens vornahm, auf den Fall der rechtlichen Zuläßigkeit der Verbauung einen Plan über Anzahl, Stellung und Höhe der anzubringenden Schwellen und über weitere Bordversicherung entwarf nnd durch Hrn. Businger ausführen ließ;

3. daß hiebei die Ansicht des Fachmannes getheilt wurde, daß die Schwellen ihren Zweck um so sicherer erreichen, je näher zusammen sie gestellt werden, auch die Festsetzung der Stellung oder Lage und der Höhe der einzelnen Schwellen und weitern Bordversicherung die Windungen, Tiefe, Weite und Beschaffenheit des Grabens, sowie die Abfallsverhältnisse des beidseitigen Geländes genau erwogen wurden;

4. daß dieser neue Plan den vom Gerichte auf dem Augenschein vom 26. und 27. Oct. 1870 gemachten Wahrnehmungen und gewonnenen Anschauungen der Verhältnisse entspricht;

5. daß Schwellen von Stein dauerhafter und bei dem großen Vorrathe, der da zur Hand ist, auch billiger sind, Schwellen von Holz daher in der Regel nur da angebracht werden sollen, wo die Borde für Steinsperren zu wenig Halt bieten, oder diese zu lang würden;

6. daß laut Gutachten von Hrn. Ingenieur Businger vom technischen Standpuncte aus die Anbringung einer Schwelle ob der Wasserplatte zwischen den Wasserplattentößen, wo die Breite des Zuges nur 12′ beträgt und Fundament und seitliche Stützen der Schwellen aus Felsen bestehen, seine Sicherung des unten liegenden Waldbodens und -Gebietes ein sehr zweckmäßiges und wichtiges Abhülfsmittel gegen Versarung[4]) durch die ob der Wasserplatte lagernden Schutthaufen wäre, zwar daß ein Rührweg[5]) sei, der aber bei Anbringung einer Holzleite[6]) und anfänglich niederer Baute nicht abgeschnitten werde;

7. daß ein Fortbestehen des Ausläufers des eigentlichen Grabens in Caspar Guten Liegenschaft nicht gefordert werden kann, indem dadurch der Besitzer bedeutend geschädigt würde, der Verlängerung des Grabens Vorschub geleistet wäre und laut Gerichtsurtheil vom 23. Mai 1823 das Wasser dieser Liegenschaft von jeher nur schwäderte, das Fortbestehen aber des dermaligen Grabens in dieser Matte vom Besitzer zugegeben ist;

---

4) Ueberdeckung mit Geschiebe.

5) Rinne zum Herunterstürzen von Holzstangen.

6) Holzstücke, welche dem herunterstürzenden Holz die Richtung geben.

zu Recht erkannt:

1. seien nach Inhalt des heutigen Urtheils und gemäß Plan des Hrn. Ingenieur Ferd. Businger, des Rathes, von Stans, vom 10. November 1870 folgende Schutzbauten solid zu erstellen und gehörig zu unterhalten:

(Folgen die Vorschriften)

2. Aufrechterhaltung der Krotten auf der Genossenalmeind.
3. Errichtung einer Sperre ob der Wasserplatte.
4. Anordnung der Sturzbette vor den Schwellen.
5. Vorsorge für die Stellen, wo die Borde locker sind.
6. Ausfüllung der Grabenausläufe in Caspar Guten Feld.
7. Anordnung einer Planergänzung nach Vollendung der Schlußbaute und Aufbewahrung des Planes.

III. Rechtsfrage. Sind die neuen Verbauungen im Wasserplattengraben und deren Unterhalt von den Besitzern der klägerischen Güter oder von den resp. Besitzern des Grabengeländes, wo die Verbauungen vorzunehmen sind, auszufüllen und auf wessen Kosten?

In Betracht:

1. daß allerdings Klägerschaft mit Citation vom 9. September 1870 die Verbauungen durch den ganzen Graben hinauf bis zur Wasserplatte mit Ausnahme der bereits von den Mitgenossen auf der obern Almeind erstellten 14 Schwellen selbst auszuführen beantragte;

2. daß aber dieser Antrag offenbar nicht als ein Eingriff in die Eigenthumsbefugnisse der resp. Besitzer des Grabengeländes, sondern als ein Entgegenkommen zu Verminderung der Kosten dieser Besitzer aufgefaßt werden darf;

3. daß hier zufolge speciell obwaltenden allseitigen Verhältnissen die Instandhaltung des Grabens dem resp. Besitzer des Grabengeländes auf dem Seinigen selbst obliegt, derselbe daher auch berechtigt ist, die obliegenden Arbeiten selbst zu vollführen, dagegen auch die Kosten tragen soll;

4. daß in vorliegendem Falle übrigens die Besitzer der klägerischen Güter sich verpflichten, auf den Fall, daß sie die Arbeiten selbst vornehmen können, die sämmtlichen Kosten an sich zu tragen;

5. daß die Tragung der Unterhaltungskosten sich hier nach gleichen Gründen wie die der Erstellungskosten regeln;

zu Recht erkannt:

1. die neuen Verbauungen im Wasserplattengraben (Kniri) und deren Unterhalt laut heutigem Urtheil und Plan des Hrn. Ingenieur Businger, Stans, vom 10. Nov. 1870 und Beilage, seien von dem resp. Besitzer des Grabengeländes, wo sie vorzunehmen sind, selbst und auf eigene Kosten auszuführen; falls jedoch der resp. Besitzer des Grabengeländes sie durch die Besitzer des klägerischen Gutes will vor-

nehmen lassen, haben letztere dieselben und zwar auf eigene Kosten urtheils- und plangemäß zu vollführen.

2. Anweisung der Beklagten, binnen Monatfrist sich gegenüber den Klägern hierüber zu erklären, und an beide Parteien, daß bis Ende Mai 1871 die Arbeit vollendet sein müsse.

3. Vorbehalt des Gerichts, die Arbeit bei Beschwerde über planwidrige Ausführung zu untersuchen und zu regeln.

4. Die auf das von der Wasserplatte abfließende Wasser resp. den Wasserplattengraben bezüglichen Urtheile vom 31. Juli 1765, 13. Juni 1766, 18. Juli 1794, 23. Mai, 30. Juni, 6. und 8. August 1823 seien anmit, soweit sie durch heutiges Urtheil nicht berührt werden, neuerdings in Kräften anerkannt.

IV. betreffend die Kosten —

1. Gerichtsgeld: Es sei ein Gerichtsgeld von Fr. 632. 50 zu entrichten, woran Klägerschaft sammethaft Fr. 100 und Beklagtschaft Fr. 532. 50 und zwar I. Genossencorporation Fr. 106. 50 und jede der übrigen acht beklagten Parteien Fr. 53. 25 beizutragen haben.

2. Außergewöhnliche Kosten: An diese habe Beklagtschaft der Klägerschaft Fr. 180 zu bezahlen, wovon I. Genossencorporation Fr. 36 und jede der übrigen acht beklagten Parteien Fr. 18 entrichten sollen.

(Directe Mittheilung.)

---

13. Weiderechte. Rechtliche Natur (Bern).

In einer Verloosung der Almendantheile erhielt zu Grandfontaine (Berner Jura) Joseph Quiquerez n. 290 von 200 Quadrat-Ruthen. Einige Monate nachher verpachtete dieselbe Gemeine einen andern Theil ihrer Almend und theilte dem H. Nappez ein Stück zu, das an diese n. 290 stieß. Quiquerez bemerkte, daß sein Loostheil nicht mehr volle 200 Ruthen maß und bat um Grenzberichtigung. Dieselbe wurde vom Regierungsstatthalter dem Geometer Babey aufgetragen und schlug zur Verkürzung des Pachtstückes von Nappez aus. Als nun Quiquerez zur Heuernte schritt und auf dem nun ihm zugetheilten Stücke sie fortsetzen wollte, widersprach Nappez und verklagte ihn wegen Ueberheuens. Quiquerez wendete sich an die Gemeinde Grandfontaine, von der er sein Loos und dessen Erweiterung erhalten hatte. Diese erklärte, sie wolle dem Streite fremd bleiben; er möge sich an den Richter wenden.

Die erste Instanz verwarf die Klage des Quiquerez, indem eine nachträgliche durch die Administration vorgenommene Grenzberichtigung das Stück, welches durch Pachtvertrag dem Nappez zukomme, nicht verkümmern dürfe.

Der Appellations- und Cassationshof von Bern gab dagegen durch Spruch vom 6. August 1869 dem Loosinhaber Quiquerez den Vorzug

Considérant:

1. Que lors du partage de 1866 le demandeur est devenu usufruitier de la parcelle figurant sous Nr. 290 du plan dressé par le géomètre Babey;

2. Que la délimitation de cette parcelle a été rectifiée suivant décision préfectorale du 22 Mai 1868, ensuite de l'instance administrative engagée entre Quiquerez el la commission de partage;

3. Qu'en vertu des pouvoirs à elle conférés, ladite commission avait qualité pour agir au nom de la commune de Grandfontaine;

4. Que celle-ci a, du reste, expressément reconnu la force obligatoire de la dècision intervenue ainsi que du plan rectificatif invoqué en demande, puisque sous la date du 5 Décembre 1868 elle a, par l'organe de ses délégués, dont la déclaration n'a été l'objet d'aucun recours, acquiescé aux conclusions formulées dans l'acte d'ajournement;

5. Qu'il est incontestable d'une part que la commune, comme propriétaire du terrain en litige, pouvait valablement adhérer à la rectification sollicitée, d'autre part que le jugement ordonnant cette rectification est exécutoire contre tout détenteur à titre précaire;

6. Que ce jugement est dès-lors opposable au défendeur Nappez, lequel tient ses droits de la commune;

7. Que les droits de Nappez, dérivant d'un contrat de bail, sont purement personnels et ne peuvent prévaloir sur le droit réel de l'usufruitier;

8. Que le défendeur objecte en vain que par l'effet du nouvel abornement la jouissance qui lui était primitivement concédée se trouve amoindrie; que ce fait est sans concluance quant à la demande actuelle, le preneur n'ayant en pareil cas qu'une action en dommages-intérêts contre le bailleur.

(Zeitschr. des Bernischen Juristen-Vereins. Bd. VI. n. 7.)

---

14. Zäunungspflicht (Neuenburg).

Abraham Wittmer besaß in der Gemeine Haut-Geneveys (C. Neuenburg) ein Grundstück, das von der Gemeinwiese durch einen Abschluß getrennt war. Diesen ließ er abtragen. Die Gemeinde forderte ihn zur Wiedererstellung auf, da nach altem, im ganzen Canton geübten Recht überall die Privaten gegenüber den Gemeindegrundstücken schließen. Wittmer bestritt seine Pflicht und beide Instanzen unterstützten den Widerspruch, das Gericht des Val de Ruz durch Spruch vom 13. August 1864, das Appellationsgericht durch Urtheil vom

8. Nov. gl. J., indem es die erstinstanzlichen Sätze wiederholte, welche davon ausgiengen

Que la commune demanderesse ne produit ni n'allègue aucune convention ni engagement par lequel le citoyen Wittmer serait obligé à barrer contre le pâturage communal;

Considérant qu'aux termes de l'article 487 du code civil, la servitude est une charge imposée sur un fonds, pour l'usage et l'utilité d'un fonds appartenant à un autre propriétaire;

Que d'après l'article 339, cette charge ne peut être imposée ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds;

Que dès lors, les servitudes ne peuvent jamais consister à faire mais uniquement à souffrir, à s'abstenir;

Qu'en conséquence, le droit dont la commune de Hauts-Geneveys poursuit la revendication contre le citoyen Wittmer et qui consiste à exiger de lui qu'il rétablisse et maintienne les clôtures de sa propriété du côte du pâturage communal, c'est-à-dire à faire, n'a pas les caractères d'un droit de servitude et est contraire aux dispositions légales sur la matière et spécialement aux articles 487 et 530 précités;

Attendu:

1° Que le service serait imposé non au fonds, qui n'est pas en état de le remplir, mais à la personne, soit au propriétaire du fonds;

2° Qu'il serait pareillement imposé non en faveur d'un fonds, mais en faveur du propriétaire du fonds, en tant que revêtant la qualité de commune;

Qu'en conséquence les droits réels étant seuls susceptibles d'être acquis par prescription, le fait que de temps immémorial, les prépossesseurs de Wittmer auraient barré contre le pâturage communal est sans portée dans la cause, puisque ce droit ne pourrait pas être acquis par ce moyen;

Considérant d'ailleurs que rien ne justifie qu'en barrant contre le pâturage communal, les prépossesseurs de Wittmer aient entendu faire non un acte libre et spontané, mais remplir une obligation;

Qu'au surplus, s'il est établi que cet usage a existé dans certaines communes, il n'a pas eu le caractère de généralité que la demanderesse lui attribue;

Qu'au Val-de-Ruz, en particulier, et depuis un certain nombre d'années, il est tombé en désuétude dans plusieurs communes;

Considérant en outre qu'en admettant que ce droit exceptionnel est contraire à la règle de droit commun „qui pâture barre" ait existé comme privilège coutumier acquis aux communes, il constituerait dans l'état de chose actuel, une coutume, contraire aux

dispositions du code, ou un privilège communal non consacré par la constitution:

Que l'article 1826 du code a abrogé toutes les coutumes, lois, arrêtés et ordonnances contraires à ses dispositions et que l'article 58 de la constitution de 1848 a supprimé les franchises et privilèges communaux non consacrés par elle;

(Recueil des Arrêts de la cour d'appel du cant. et de la rep. de Neuchâtel. VII. p. 155 s.)

---

15. 16. Verschiedenheit der Ansprüche des Bahnkörpers von den Ansprüchen des Privateigenthums (Waadt).

Der Code civil sagt art. 467 (C.Nap. 678): On ne peut établir des vues droites ou fenètres — sur le fonds clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a neuf pieds (anc. mesure) de distance entre le mur où on les pratique et le dit fonds.

Nun hatte C. Rouge auf Parzelle 1631 des Catasters bei der Station von Clarens (Waadt) ein Treibhaus errichtet, dessen Fenster dicht an die Straßenmauer stieß, welche selbst einen Fuß Breite hat und mit ihrer äußern Seite 14 Fuß (neues Maß), 8 Zoll von der nächsten Schiene absteht. Die Eisenbahn-Direction trug auf Beseitigung des Treibhauses an, soweit es in die 9 Fuß des Gesetzes einbreche. Rouge aber bestritt der Eisenbahn die Eigenschaft eines Privateigenthümers.

Das Bezirksgericht von Vivis, in einem weitausholenden Spruch vom 24. und 27. Sept. 1869 gab Rouge Recht.

Considérant en droit

que les chemins de fer sont des entreprises d'utilité publique, et que lorsque la concession en a été accordée par l'Etat chaque citoyen est tenu de céder la portion de sa propriété nécessaire à leur établissemement, ainsi qu'il devrait le faire pour une route ordinaire, puisqu'ils constituent aussi de grands moyens de transport et de communication à l'usage du public;

Que l'article 1er de la loi du 5 décembre 1854 porte que les chemins de fer, construits ou concédés par l'Etat, sont assimilés aux routes et sous les modifications établies par la dite loi ou par les décrets de concession, considérés commes des dépendances du domaine public;

Que cette loi, tout en étant une loi de police, a entendu poser dans cet article un principe général et non pas assimiler les chemins de fer aux routes et les considérer comme dépendances du domaine public au point de vue de la police seulement;

Que la concession accordée par l'Etat à la compagnie de l'Ouest-Suisse sur le terrain qui lui a été nécessaire pour l'établissement et l'exploitation de son réseau, donne à celle-ci un droit de propriété, soumis à certaines restrictions, qui ne constitue pas une propriété absolue puisque cette concession n'est pas perpétuelle mais temporaire, que l'Etat s'y réserve le droit de rachat, moyennant indemnité, à diverses époques déterminées, et qu'enfin l'ensemble du chemin de fer ne peut être aliéné, ni donné en hypothèque, sans l'autorisation spéciale du Conseil d'Etat, administrateur du domaine public (décret du Grand Conseil du 31 mai 1865, art. 3 et 9);

Que la compagnie de l'Ouest-Suisse ne pourrait pas détourner le sol, sur lequel le droit d'expropriation a porté, du but, soit de la destination affectée par la concession, du moins pour aussi longtemps que l'utilité de ce but existera et que l'autorité supérieure n'en aura pas décidé autrement;

Que, partant, le droit de propriété résultant de dite concession, en faveur de la compagnie, ne renferme pas les éléments principaux qui caractérisent la propriété privée, laquelle consiste dans le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue de l'objet de la propriété (c. c. art. 345);

Qu'il faut distinguer au surplus entre les immeubles que la compagnie posséde à titre privé, et ceux qui forment l'ensemble de son réseau, et ne paient pas l'impôt foncier;

Que si en raison de circonstances impérieuses, et dans lesquelles l'existence même de la compagnie était intéressée, les immeubles bâtis ou non bâtis que celle-ci possède ont été donnés en hypothèque à ses créanciers, et ont dû être pour cela nécessairement cadastrés;

Cette dérogation toute exceptionnelle à l'inaliénabilité du domaine public et aux principes qui le régissent, derogation pour laquelle il a fallu un décret particulier, ne saurait cependant primer le caractère de dépendance du domaine public attribué au chemin de fer par la loi du 5 décembre 1854 précitée;

Que les dispositons législatives concernant l'hypothèque et la mise en possession, cas échéant, en faveur des créanciers sont entourées de formalités et d'autorisations qui en font bien ressortir le caractère exceptionnel;

Considérant qu'il est de l'intérêt général qu'un chemin de fer soit considéré comme faisant partie du domaine public, et qu'il est même dans celui de chemin de fer lui-même puisque comme tel il est imprescriptible et à l'abri de tous empiétements qui pourraient être faits à son préjudice, lesquels seraient difficiles à prévenir sur toute la longueur du parcours de la ligne;

Considérant que dans l'espèce la serre vitrée que le défendeur Rouge a adossée à son bâtiment constitue un jour droit et un jour oblique sur le terrain de la voie ferrée exploité par la compagnie, que ce jour est à une distance moindre de cette voie que la distance exigée par le Code civil vis-à-vis d'une propriété privée (art 467 et 468);

Que le mur le clôture du defendeur, sur lequel ce jour a été pratiqué, est construit, relativement à la voie, à la distance voulue par l'art. 5 de la loi sur les chemins de fer;

Qu'aucune loi ne force le défendeur à supprimer ce jour, tant droit qu'oblique, puisqu'il donne sur une dépendance du domaine public, sans que pourtant il puisse jamais s'en prévaloir comme d'un droit; le domaine public étant imprescriptible.

Das Gegentheil sprach der Cassationshof mit Stimmenmehrheit*) am 20. Januar 1870 aus, da sich ergeben,

Que la Cie. de l'Ouest recourt contre ce jugement par un moyen de réforme consistant à dire que le Tribunal civil a fait une fausse application.

a) Des art. 342, 345, 346, 467, 468, 1128 et 1635 du C. c.

b) De la loi du 5 déc. 1854 sur la police des chemins de fer.

c) Du décret du 31 mai 1865, autorisant la consitution d'une hypothèque sur le réseau des voies ferrées de l'Ouest-Suisse.

d) De la convention et du cahier des charges du 10 mars 1856 pour la construction d'un chemin de fer de Jougne à Massonger.

e) De l'arrêté fédéral du 5 mars 1858 ratifiant la concession de ce chemin de fer;

Considérant

que l'art. 342 du C. c. déclare dépendances du domaine public les routes, les rivières, les lacs, les rivages, les ports et généralement toutes les portions du territoire cantonal qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée;

Attendu que les chemins de fer ne rentrent pas dans l'énumération ci-dessus; qu'en particulier, ils ne peuvent être assimilés aux routes, quisque l'usage de ces deux voies de communication est complétement différent quant à sa nature et ses conditions;

Attendu que, tandis que le domaine public n'est pas susceptible d'expropriation privée, le chemin de fer de l'Ouest-Suisse, soit de Jougne à Massonger, est susceptible d'une telle expropriation, et qu'il est réellement une propriété privée;

Que ce caractère de propriété privée résulte entr'autres de ce:

Qu'il a été concédé à une Cie. d'actionnaires formant une société anonyme qui en fait l'objet d'une exploitation industrielle

---

*) Die Ansicht der Minderheit findet sich l. c. p. 53. ss.

xclusive, qui le possède à titre privé, qui l'administre conformément aux lois et règlements y relatifs, et fait à son égard tous les actes d'un propriétaire privé;

Qu'il est porté au cadastre;

Qu'ensuite du décret du 31 mai 1865, le réseau des voies ferrées de l'Ouest a été donné en hypothèque aux créances obligataires ;

Que l'art. 1586 du Code civil statue: „Sont susceptibles d'hypothèque les biens immobiliers qui sont dans le commerce, et leurs accessoires réputés immeubles;"

Que l'exposé des motifs, accompagnant le décret précité, dit entr'autres: „Que les voies ferrées sont une propriété privée, „spécialement par sa nature appartenant à la Cie., à ses actionnaires et aux créanciers bailleurs de fonds;"

Que le décret, d'accord avec l'exposé des motifs, prévoit expressément le cas d'aliénation du chemin de fer (art. 5 et 9), et celui de saisie et de mise en possession en faveur des créanciers (art. 10), droit qui résulte du reste naturellement de l'hypothèque elle-même;

Que soit l'Etat de Vaud, en vertu de l'art. 16 du cahier des charges du 10 mars 1856, soit la Confédération, à teneur de l'art. 2 de l'arrêté fédéral du 5 mars 1858, ont un droit de rachat sur le chemin de fer, conformément aux clauses et conditions mentionnées dans ces deux articles;

Attendu que les caractères ci-dessus sont ceux de la propriété privée et non du domaine public, qui ne peut être hypothéqué, saisi, vendu, aliéné;

Considérant que les immeubles de la ligne pourraient, cas échéant, changer de nature et de destination, et, si la théorie émise dans le jugement était admise, se trouver grevés de servitudes trés graves par la concéquences qu'elles pourraient entraîner;

Considérant que si l'art. 504 du Code civil parle de choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous, ce n'est pas le cas du chemin de fer, puisqu'il appartient à la Cie. et que chacun n'en a pas l'usage libre et absolu;

Considérant que si la propriété donne le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, c'est à condition qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements (c. c. art. 345);

Attendu que l'usage du chemin de fer est déterminé et restreint par la concession, les conventions et les lois qui le concernent;

Considérant que l'art. 1 de la loi du 5 décembre 1854, en di-

sant que: „Les chemins de fer construits ou concédés par l'Etat sont assimilés aux routes et, sous les modifications établies par la prèsente loi ou par les décrets de concession, considérés comme des dépendances du domaine public," n'a pas entendu établir, ni pu établir un principe relatif à la nature du chemin de fer comme propriété, à son essence juridique, et la faire rentrer à cet égard dans le domaine public;

Attendu que le titre de cette loi (sur la police des chemins de fer), son considérant et ses diverses dispositions, indiquent clairement qu'elle régit le chemin de fer au point de vue de la police, de la sécurité générale, et que sous ce rapport uniquement il est assimilé au domaine public;

Considérant que ni cette loi de police, ni la loi fédérale de 1852 sur les chemins de fer, ni aucune autre acte législatif, ne déclare que le chemin de fer fait partie du domaine public;

Considérant que du fait que les terrains nécessaires à la ligne ont été acquis ensuite d'expropriation, il ne faut pas conclure qu'ils rentrent dans le domaine public, puisque des décrets d'expropriation sont rendus par exemple en faveur de communes pour des terrains destinés à des cimetières, des écoles, des églises, etc., et qui ne font cependant pas partie du domaine public;

Attendu qu'à cet égard il faut distinguer entre la nature de la propriété et son mode d'acquisition;

Considérant, dès lors, que le chemin de fer constitue une propriété privée revêtant des caractères spéciaux et soumise, pour sa police et son exploitation, à des dispositions légales particulières qui ne changent pas sa nature de propriété privée;

Attendu que si cette propriété est astreinte à certains services publics, il n'en résulte pas qu'elle soit une dépendance du domaine public;

Considérant que les dispositions du Code civil, notamment dans l'espèce les art. 467 et 468, sont ainsi applicables au chemin de fer.

(Journal des tribunaux vaudois. XVII. pp. 650 ss.)
XVIII. 49 ss.)

---

17. Fund. Wem gehört er? (Lucern).

Als Josepha Heller von Willisau-Land, Dienstmagd im Gasthaus zur Post in Lucern, im Sommer 1866 bei dem Inhaber dieses Gasthauses, Robert Schnyder-Mugglin, angestellt, eines Tages mit einer Nebenmagd Betten reinigte und zu dem Zwecke Matrazen abhob, fiel beim Wegnehmen einer Federnmatratze im Zimmer Nr. 11 ein Päckchen heraus, welches Klägerin aufhob, und durch die Schwägerin des

Beklagten letzterm übergeben ließ; das Päckchen enthielt 4 Geldrouleaux, zusammen Fr. 1860. Da die bezüglichen amtlichen, vom Beklagten veranlaßten Nachforschungen den Eigenthümer nicht auszumitteln vermochten und nunmehr Klägerin als Finderin die ganze Summe von Fr. 1860 eventuell, falls die Sache als ein Schatz erfunden werden sollte, die Hälfte reclamirte, bestritt Beklagter diesen Anspruch, vorab unter Berufung auf eine schriftliche Quittung der Klägerin vom 2. Juli 1866, worin Klägerin — sowie die bei fraglicher Entdeckung mit der gleich nachher anwesenden Katharina Schnyder von Horw und Sophie Muggli von Sursee — bescheinen, „von Herrn R. Schnyder-Muggli zur Post in Lucern als Finderlohn des heute im Nr. 11 gemachten Fundes den Betrag von Fr. 60, sage sechzig Franken (jede Betheiligte zwanzig Franken) unter Verzichtleistung auf jedes weitere daherige Anspruchsrecht erhalten zu haben, sodann unter Bestreitung des Rechtes eines Dienstboten, in einem Gasthofe für sich Etwas finden zu können. Das Bezirksgericht von Lucern wies die Klägerin ab.

Das Obergericht von Lucern sprach ihr dagegen am 2. Juli 1869 die Hälfte zu, davon ausgehend,

daß, was vorab den angeführten Verzicht anbetrifft, demselben die vom Beklagten begehrte Tragweite nicht beigemessen werden kann, da nur vom Finderlohn und keineswegs vom Eigenthum und Nießbrauch an der gefundenen Sache selbst im Acte die Rede ist, es sich auch zur Zeit der Ausstellung des Actes nur um die 10% Finderlohn (§ 272 B. G. B.) handeln konnte, endlich nach allgemeinen Grundsätzen Verzichte stricte zu interpretiren sind;

daß der vom Beklagten betonte Gesichtspunkt, es bilde diese Summe resp. dieses Pack ein Zugehör Pertinenz — des von ihm mit dem Inventar erkauften Gasthofes und sei dieselbe demnach mit letzterm in sein Eigenthum übergegangen, nicht stichhaltig ist, da der Gegenstand weder organisch noch mechanisch mit dem Grundstücke des Beklagten in fester Verbindung stund, noch auch in der Absicht darin versteckt worden sein kann, um ein Bestandtheil desselben zu bilden oder überhaupt den Zwecken des Grundstückes zu dienen;

daß sodann auch die Ansicht, ein Dienstbote könne im Hause seiner Herrschaft resp. in einem Gasthofe, Nichts für sich finden, unrichtig ist. In dieser Beziehung ist vielmehr zu unterscheiden: Insoweit ein Dienstbote, zumal ein Gasthofangestellter, dem die Instandhaltung und Reinigung der Gasthoflokale und Zimmer aufgetragen wird, zufolge dieses Dienstverhältnisses in den seiner Arbeitsthätigkeit unterstellten Räumen Liegengelassenes — Regenschirme, Reisesäcke ꝛc. — bemerkt und dem Wirth behändigt, so ist gar kein Act des Finders vorhanden und kann auch von einem Finderlohn die Rede nicht sein; die Gegenstände sind auch nicht als verloren zu betrachten. Anders

aber verhält sich die Sache, wo der Dienstbote, wenn auch bei Anlaß seiner ordentlichen Dienstverrichtung, einen verborgen gelegenen fremden Werthgegenstand an ungewöhnlicher Stelle erhebt oder eine vom Eigenthümer wirklich verlorene Sache findet; zu einer solchen Leistung war er auch nicht stillschweigend beauftragt, da sie normalerweise nicht, wie das Aufheben offen liegen gelassener Reisegegenstände, zum ordentlichen Pflichtenkreis der Gasthofangestellten gehört und auch zudem einen eigenen Act des Findens voraussetzt, während das Aufheben der Gegenstände der erstern Art wesentlich mit der Thätigkeit des Instandsetzens der von letzterm bewachten verlassenen Gastzimmer gehört. Im vorliegenden Falle konnte also Klägerin Finderrechte erwerben (Vgl. auch z. B. Preuß. Landrecht I. Thl. 9 Titel. § 83);

daß wenn der erstinstanzliche Richter auch deswegen die Klägerin nicht als Finderin betrachtet, weil fragliche Zimmer für die Klägerin kein „unverwahrter" Ort gewesen sei, diese Anschauung auf einem Mißverständniß beruht, indem das Requisit „unverwahrter Ort" lediglich von Bedeutung ist, wenn ein Streit entsteht zwischen dem Eigenthümer einer angeblichen verlorenen Sache und dem Finder darüber, ob die Sache wirklich oder, weil an einem verwahrten Ort befindlich, nur als verlegt zu betrachten sei (Leuenberger Vorles. II. S. 138 f.);

daß betreffend endlich die Frage, ob die gefundene Summe als eigentlich nur Fund oder als Schatz zu betrachten sei, Folgendes in Betracht fällt: den ersten definirt das luz. Gesetz nicht ausdrücklich, wohl aber den letztern, wenn es — in § 273 B.G.B. — sagt: „Geld oder Kostbarkeiten, die dem Anscheine nach lange verborgen gelegen und deren Eigenthümer unbekannt ist, nennt man einen Schatz." Jedoch ist aus dem, was die § 268 ff. über den Fund enthalten, zu entnehmen, daß der luzernersche Gesetzgeber mit der Theorie darunter eine an einem unverwahrten Orte gefundene, bewegliche Sache verstanden wissen will, welche Merkmale menschlicher Angehörigkeit an sich trägt. Es unterscheidet sich demnach der Schatz von einer gewöhnlichen verlornen Sache — deren Acquisition ein Fund ist — wesentlich dadurch, daß der Schatz zum Objecte bloß Sachen von vorzüglichem Werthe hat, der Fund hingegen einen solchen Unterschied nicht macht, daß ferner der Schatz Verborgenheit, ja sogar längere Zeit andauernde Verborgenheit und Ungewißheit des Eigenthümers voraussetzt. Hier treffen nun die charakteristischen Merkmale des Schatzes: ein besonsonderer Werth und längeres Verborgenliegen nebst Unbekanntsein des Eigenthümers zusammen. Was insbesonders noch das Requisit des Verborgenseins während langer Zeit anbetrifft, so ist die Frage, welche Zeit für eine lange zu halten sei, nach concreten Verhältnissen verschieden zu beantworten. Vorliegendes Rouleau kann Jahre lang in der Federnmatratze verborgen gelegen sein. Ein verhältnißmäßig

nicht allzu langer Zeitraum muß nach dem Geiste des Gesetzes, wornach durch die Länge der Zeit des Verborgenseins der Eigenthümer nicht mehr wohl zu ermitteln ist, genügen, wenn der Fundort das Bett eines frequenten Gasthofes ist, wo in verhältnißmäßig kurzer Zeit das fragliche Bett einem manigfaltigem Wechsel seiner Inhaber unterworfen war (Sell, Versuche I Thl. Nr. III, S. 158 und 166);

daß bezüglich des Schicksals dieses somit als Schatz zu bezeichnenden Objectes §§ 274, 271 und 272 B.G.B. bestimmen, daß dessen Benutzung, d. h. vorliegend der Zinsengenuß davon, nachdem das Jahr bereits abgelaufen ist, während dessen die Sache pendent bleibt, dem Finder und Eigenthümer des Fundortes zu gleichen Theilen zusteht und denselben nach Ablauf der ordentlichen Verjährungszeit das Eigenthumsrecht daran zu Theil wird;

daß allfällige Mitfinder der Klägerin gegenüber ihre Rechte geltend zu machen haben.

(Directe Mittheilung.)

---

18. 19. Tradition oder Verfügungsfähigkeit. Vertrag durch Brief oder durch Schlußzedel (Glarus).

Friedrich Streiff Jenny auf Erlen (Glarus) war Besteller von 1000 Stück Midoublestücher bei Caspar Honegger in Rüti (C. Zürich). Der Letztere übernahm die Bestellung und recapitulirte nach Gewerbsgebrauch in seinem Briefe vom 14. Juli 1864 die Bestimmungen des Vertrages auf 1000 Stück 9/4 36½" II (secunda) Midouble 14/13 F ca. 62 aunes à 62 centimètres, welchen Besteller unerwidert ließ. In den betr. Facturen vom 30. Juli und 30. Aug. gl. J. wurde das Kaufobject von Honegger unter ausdrücklicher Bestätigung des Briefes vom 14. Juli ebenfalls als 9/4 36½" Sec. midoubles 14/13 bezeichnet. Außer diesen beiden Actenstücken liegt über das Geschäft ein Abschlußzedel des Sensal Ziegler in Handen Honeggers, in welchem für das Fabricat die Garnnummer 40/50 aufgeführt ist. Derselbe trägt das Datum vom 15. Juli. Honegger betrachtet ihn als antedatirt. — In den Facturen erscheint die Breite der Tücher größer angegeben als im Schlußzedel, ohne daß gegen diesen Widersprnch der Besteller bei Empfangnahme der Facturen Anstände erhoben hätte. — Eine weitere Bestimmung des Schlußzedels geht dahin, daß die Tücher in Siebnen mögen liegen bleiben, bis der Besteller darüber verfüge und daß die Waare franco Glarus zu liefern sei. Und wirklich gieng erst mit Frachtbrief vom 15. Oct. gl. J. die Waare an den Besteller. Sofort nach Ankunft der Waare in Glarus stellte sie der Besteller dem Honegger zur Verfügung, als der Bestellung zuwider gefertigt, indem zum Gewebe nicht Garn Nr. 40/50 verwendet worden sei, wie doch der

Schlußzedel besage und auch der Fabricant selbst sonst bei frühern Bestellungen von Secunda Midoubles verstanden habe.

Honegger bestritt die Schlußkraft aus frühern Geschäften und das Recht zu Weigerung der Annahme, welche doch schon mit Empfang der Factur eingetreten zu betrachten sei, von welchem Zeitpunct an (Ende Juli und August) der Besteller als im Besitz der Waare befindlich gelten müsse, da von diesem Zeitpunct an er habe darüber verfügen können. Dürfte der Besteller die Waare noch zurückweisen, so hätte er jedenfalls dem Fabricanten den Abschlag zu vergüten, da die Verfügung vom Zeitpunct der Factur an bei ihm und auf sein Wag. und Eigenthum gestanden habe. — Die Voraussetzung der Verordnung von Garn Nr. 40/50 für Secunda Midouble wird als Widerspruch in sich bezeichnet, indem heutzutage Secunda aus 40/60 Garnen verfertigt werde, so gut als Prima aus 70/90 und Calicots aus 30/50.

Die erste Instanz gab dem Fabricanten Recht, die zweite, das Appellationsgericht von Glarus (3. Dec. 1864) beiden,

dem Besteller in Erwägung, daß, wenn es sich zunächst um die Frage handelt, ob die Einrede des Appellanten, daß die Waare nicht vertragsmäßig geliefert worden, als verspätet erscheine, diese Frage verneint werden muß, weil nach gemeinem Handelsrechte (vergleiche Zürcherisches Gesetzbuch Art. 1418) der Käufer erst nach der wirklichen Empfangnahme der Waare, d. h. nachdem dieselbe in seinen Gewahrsam und auf sein Lager übergegangen ist, zu sofortiger Reclamation bei Verlurst seines Einspruchsrechtes verpflichtet ist, und zudem im vorliegenden Falle Herr Streiff nicht als im Verzuge befindlich betrachtet werden kann, da Herr Honegger ihm gestattet hatte, die Waare noch einige Zeit nach Ausstellung der Factur in Siebnen liegen zu lassen;

dem Fabricanten in Erwägung, daß dagegen die weitere Frage, ob für die Ermittlung der nähern Bedingungen des zwischen den Partheien abgeschlossenen Kaufvertrages der Brief des Herrn Honegger vom 14. Juli oder aber der Abschlußzedel des Sensal Ziegler vom 15. Juli maßgebend sei, im Sinn des Appellaten entschieden werden muß, indem letzterer nur durch seine eigene Unterschrift, nicht aber durch diejenige des Sensals sich verpflichtet, und das spätere Datum des Abschlußzedels um so weniger entscheidet, als Herr Honegger in seinem Briefe vom 20. Juli mit Uebergehung jenes Actenstückes, lediglich seinen Brief vom 14. bestätigt hat.

Daraus ergab sich dann die Nothwendigkeit einer Expertise.

Diese erzeigte, daß den Bestimmungen des Schreibens vom 14. Juli nur 702 Stücke entsprachen, die übrigen nicht.

Der Besteller weigerte nun die Annahme des Ganzen und berief sich dabei auch darauf, daß der Fabricant auf Theilannahme gar nicht angetragen habe.

Das (gleiche) Gericht ließ aber diese Weigerung nicht zu, sondern hielt denselben an, die gutbefundenen 702 Stücke anzunehmen,

weil eine Lieferung von 1000 Stück Baumwolltüchern keineswegs als ein untrennbares Ganzes erscheint, vielmehr der Käufer und Empfänger nur berechtigt ist, die Annahme derjenigen einzelnen Tücher, welche mit den Kaufsbedingungen nicht übereinstimmen, von sich abzulehnen, zudem in dem auf Entgegennahme der gesammten Lieferung lautenden Rechtsbegehren des Herrn Honegger auch die Forderung, daß Herr Streiff wenigstens einen Theil derselben anzunehmen habe, enthalten ist.

(Directe Mittheilung.)

---

20. Servitut. Entstehungszeit eines Gewohnheitsrechts (Baselstadt.)

Schon im sechsten Bande dieser Zeitschrift (Rechtsfälle n. 16) ist die Stelle der Basler Gerichtsordnung (§ 388) mitgetheilt, nach welcher die Anschauung in den Gerichten festgehalten wird, eine Servitut auf Liegenschaften erlösche, wenn bei öffentlicher Anzeige des Eigenthumsübergangs diese Servitut in der Civilgerichtschreiberei nicht angemeldet werde.

Bei Einführung des Grundbuches in dem Gebiet der Stadt Basel wurde demgemäß der betr. Beamte angewiesen, Servituten in das Grundbuch nicht aufzunehmen, wenn dieselben bei Veräußerungen nicht angemeldet worden seien, die seit 1852 vorkamen. Die Aufsichtsbehörde (das Justizcollegium) gieng dabei von der Ansicht aus, seit dem genannten Jahr 1852 könne die Anschauung als durchgedrungen gelten, daß die Gerichtsordnung § 388 die Anmeldung von Servituten bei Gefahr ihres Erlöschens angeordnet habe.

Es ist diese Frage, welche im nachfolgenden Streitfalle zur Entscheidung des Civilgerichtes Basel am 7. Juni 1870 gelangte.

In der Giebelmauer des Ferdinand Riesterer, welche gegen die von der Vorsteherschaft der Israelitischen Gemeinde dahier vertretene Liegenschaft — die frühere Synagoge — gekehrt ist, befinden sich sieben Lichtöffnungen, wovon einige in das Höflein hinter der Synagoge schauen, einige über dem Dache derselben ausgebrochen sind.

Bei der Grundbuchanlegung des bezüglichen Quartiers meldete Beklagter den Anspruch an auf Fortbestand dieser Maueröffnungen unter Bezugnahme auf zwei Actenstücke vom Jahre 1767 und 1771, welche seinem Rechtsvorfahr Weiß eine Servitut dafür gewähren. Die Klagparthei bestreitet nun, daß diese Oeffnungen zu Recht bestehen, weil sie neuern Ursprungs seien, als die Servitutzusicherung, und weil bei frühern Veräußerungen des dienenden Grundstücks und namentlich bei der von 1849 und 1851 diese Rechte nach der Auskündung in der

Gerichtschreiberei nicht angemeldet worden seien. Die bekl. Parthei bestreitet den neuern Ursprung der Fenster, macht darauf aufmerksam, daß bis jetzt das Eigenthum an der belasteten Liegenschaft von der Klagparthei trotz wiederholter Aufforderung noch gar nicht geltend gemacht worden sei, folglich ihr rechtliches Interesse in dieser Frage gar nicht feststehe, beruft sich übrigens auf den Satz, daß Servituten, wenn sie vor 1852 nicht gemeldet worden, noch nicht als erloschen betrachtet werden.

In der Replik gieng die Klagparthei auch auf die Frage der Identität der berechtigten Liegenschaft nachdrücklicher ein. Ebenso die bekl. Parthei auf die Frage vom rechtlichen Interesse auf Seite der Klagparthei; aber beide erst jetzt. Und der vom Beklagten ins Recht gerufene Verkäufer schloß sich dessen Anträgen in allen Theilen an.

Die Erledigung der letztberührten Fragen bei Seite lassend geben wir hier nur die Erörterung des Civil-Gerichts von Basel in seinem Spruch vom 7. Juni 1870 über die Frage: ob die bezügliche Servitut nicht durch Unterlassung der Anmeldung bei den beiden Verkäufen von 1849 und 1851 untergegangen sei?

Diese Frage ist zu verneinen.

Es ist zwar richtig, daß schon die Gerichtsordnung von 1719 nach Vorgang einer Verordnung von 1623 bestimmt: „es habe bei Auskündung von Liegenschaftsveräußerungen, wer wegen Zugsgerechtigkeit, Versatzung, Zins, Schulden oder andrer Sachen wegen Ansprach und Forderung habe, solch seine Gerechtsame innert dem nächsten Vierteljahr vom Dato der beschriebenen Auskündung auf der Gerichtsschreiberei anzumelden — bei Gefahr darumben nicht ferner gehört zu werden.“ Was unter diesen „andern Sachen“ verstanden sei, und zwar zunächst, ob Servituten, konnte zweifelhaft und folglich Gegenstand authentischer Interpretation sein. Wäre eine solche eingetreten, so wäre es Sache des Gesetzgebers gewesen, ob er seiner Interpretation unbedingt rückwirkende Kraft in dem Sinne hätte gewähren wollen oder nicht, daß früheren Meldungsversäumnissen eine zerstörende Wirkung hätte zugeschrieben werden müssen.

Da in vorliegender Frage eine solche authentische Interpretation nicht erfolgte, so ist zu erörtern, ob ohne solche die Frage entschieden werden kann.

Es ist nun klar, daß nicht mit zwingenden Ueberzeugungsgründen erwiesen werden kann, es seien im Jahr 1623 resp. 1719 vom Gesetzgeber Servituten unter den „andern Sachen“ auch gedacht worden. Wohl hingegen läßt sich behaupten; es liege nahe, sie auch darunter zu begreifen, da derselbe Grund, der die Meldung bei Reallasten und Zugrecht habe wünschbar erscheinen lassen, auch auf Servituten passe, der Grund nämlich, in Mangel eines Grundbuches bei jeder Auskündung eine Vereinigung des Rechtsbestandes der Liegenschaften herbeizuführen.

Ebenso läßt sich sagen, daß die G. O. § 641 die Ausdrücke „Dienstbar- und Gerechtigkeit“ in einen Begriff verbindet. Aber ebenso gewiß ist, daß mit dem Ausdrucke Gerechtsame bis in die neueste Zeit man sich hier sehr wenig ins Klare setzte.

Und da eine Vereinigung des Rechtsbestandes ohne Ausschließung von Rechten nicht denkbar ist, noch eine Ausschließung ohne Verletzung bestehender Rechte, so konnte man Bedenken tragen über den Wortlaut hinaus den Grund des Gesetzes in Kraft zu setzen. Ein Entschluß in dieser Richtung war also nicht sowohl Erläuterung als Fortbildung des Rechtes, so daß die Voraussetzungen, unter welchen von einer authentischen Interpretation gesprochen werden kann, in dieser Frage nicht zutreffen.

Nun ist die Frage, wann zeitlich ein Satz ins Recht eines räumlichen Gebietes Aufnahme gefunden hat, wo den Satz ein Gesetz nicht äußerlich ausspricht, nach Tagesrechnung in der Regel nicht festzustellen, indem die Beantwortung derselben von einer Reihe mehr innerer Thatsachen abhängt, welche der Zählung und Messung sich entziehen.

Das Bedürfniß aber liegt nicht minder vor für den Richter, zu wissen, von wann an eine Zumuthung in der Schärfe an den Berechtigten gestellt werden kann, etwas bei Gefahr des Verlustes seiner Rechte zu thun. Der Richter muß hiebei der Erfahrung Rechnung tragen, daß der Rechtssatz einerseits mehrfacher Unterstützung durch die Gerichte bedarf, um Geltung zu erlangen, daß aber, um im öffentlichen Leben eingebürgert zu werden, er auch außerhalb des immerhin engen Kreises der gerichtlichen Wirksamkeit einen Ausdruck finden muß.

Es ist demnach bei einer solchen Berechnung auf mehr als nur einen Factor zu achten.

Als solche Factoren komen nun bei Beantwortung vorliegender Frage folgende Thatsachen in Betracht.

1) Vom Beginn der vierziger Jahre an wurde zuerst von der zweiten Instanz, dann auch von der ersten, der Satz ausgesprochen, es seien die Servituten in G.O. § 388 gemeint.

Die vom Civilgerichte erlassenen Sprüche sind folgende: Gasquet c. Reinle vom 29. Nov. 1842 und 25. April 1843. Bernoulli c. Bircher vom 14. November und 26. Dezember 1843. Fischer und Cons. c. Scherb vom 11. Febr. 1845 verglichen mit Seng und Glock c. Weber vom 11. September 1860.

2) Anfangs beschränkte die zweite Instanz diese Auffassung auf sog. unsichtbare Servituten.

3) Noch im Jahre 1863 erneuerte sie diese Auffassung.

4) Das Baugericht ließ die Entwicklung dieses Rechtssatzes unbeachtet und knüpfte an Unterlassen der Meldung das Erlöschen der Servitut nicht.

5) Am 3. Dezember 1845 erfolgte im großen Rathe der Anzug über die Auskündungsweise der Servituten bei Kaufpublicationen. Derselbe ging dahin, daß in Zukunft in unsern Kaufpublicationen das Wort Servitut beigefügt werde. Dieser Antrag wurde am 12. April 1846 dem kleinen Rathe zur Begutachtung überwiesen. In der Vorberathung wurde ein Servitutenprotocoll vorgeschlagen, das wie die Hypotheken das Hypothekenbuch und wie die Bürgschaften das Bürgschaftenprotocoll, so die Servituten gegen Untergang schützen sollte. Der kleine Rath trug aber auf Dahinstellung des ganzen Anzuges an wegen der damit verbundenen allzugroßen Gefahr und der Besorgniß vor allzuvielen drohenden Processen, zu denen die geringe Zahl von bisherigen Streitigkeiten kein genügender Anlaß sei, indem die Frage in diesen noch selten rein vorgelegen habe (1. April 1850).

6) Zwei Tage nachher, am 3. April 1850 erließ der kleine Rath die Verordnung, wonach behufs richtiger Nachführung der Brandlager-, Grund- und Catasterbücher und gehöriger Controllirung des jeweiligen Liegenschaftsbesitzes in der Stadt und deren Bann jede Handänderung von Liegenschaften, geschehe dieselbe durch Kauf, Tausch, Schenkung, Erbschaft oder auf andere Weise, dem Civilgerichtschreiber binnen Monatsfrist anzuzeigen ist.

7) Am 3. Juni 1850 beschloß hierauf der große Rath: „wird entgegen dem Antrag des kleinen Rathes der Grundsatz der Anmeldungspflicht für Servituten bei Auskündung von Liegenschaften angenommen. Der kleine Rath ist beauftragt, einen diesfälligen Gesetzesentwurf zu berathen und vorzulegen.“ Ein solcher wurde am 31. August gl. J. vorgelegt, und gieng auf eine bezügliche Erweiterung von § 388, immerhin in dem Sinne, daß bei Nichtanmeldung nicht untergehen sollten „Servituten, hinsichtlich deren dem Besitzer der bisher damit belasteten Liegenschaft nachgewiesen werden kann, daß ihm zur Zeit des Erwerbs der letztern ihr Bestehen wohl bekannt gewesen und mithin seine Nichtanerkennung derselben in böser Treue begründet sei.“ Die Unbestimmtheiten, an denen der Entwurf litt, veranlaßten aber seine Zurückweisung (2 Dec. 1850) und das Auseinandergehen der Ansichten die weitere Verschiebung der Sache (1. Dezember 1851). Dazu trug bei, daß bereits im Juni gl. J. der Rathschlag betreffend Collocations-Ordnung 2c. und Verjährung vorausgegangen war, welcher die Sätze über Ersitzung von Liegenschaften aus der bisherigen Unklarheit ziehen und präcis regeln und auf die Voraussetzung der guten Treue bauen sollte.

Das bezügliche Separatgutachten der Großrathscommission vom 30. November 1852 rieth aber auch hier das Eintreten ab, indem gewiß unpassend und eher rechtsverwirrend wäre, über den nur selten zur Sprache kommenden Erwerb von Grundeigenthum durch Ersitzung

genaue und erschöpfende Vorschriften aufzustellen, während unsere Civilgesetzgebung über die regelmäßige Erwerbsart — durch Kauf und Tausch — den Richter ungewiß läßt." So wurde in Aussicht auf eine umfassende Regelung der betreffenden Frage der § 50 (Sicherung alter Besitzstände) in diesen Entwurf eingeschoben, der unterm 7. Dezember 1852 zum Gesetz erwuchs und noch gilt.

In gleicher Sitzung wurde der am 3. Juni 1850 ertheilte Auftrag zur Vorlegung eines Rathschlages über Pflicht zu Meldung der Servituten gestrichen.

Mit diesem Beschlusse war der Kreis der betreffenden Verhandlungen abgeschlossen und ein dreifaches Ergebniß erschien nun als Gewinn derselben:

a) Einmal war die Pflicht zu Auskündung von Handänderungen über alle frühern Zweifel erhoben und aus seiner frühern Beschränkung nun auch auf Erbgang, Heirath ꝛc. ausgedehnt.

b) Sodann war vom großen Rathe die Pflicht zu Anmeldung von Servituten angenommen worden, freilich noch ohne genauere Feststellung der Modalitäten.

c) Und schließlich war nun, als Correlat, die Sicherung alter Besitzstände dem Richter zur Pflicht gemacht.

Damit war nun die Unklarheit, welche längere Zeit über der Auskündung geherrscht hatte, gehoben, ihre dingliche Bedeutung erkennbar und es knüpften sich auch sofort in der Rechtsprechung daran die Urtheile Seckendorf c. Knuti (Civ. Ger. Urth. vom 21. November 1854) hinsichtlich des Eigenthumsübergangs, und von Ehinger c. Rein (Civ. Ger. Urth. vom 4. November 1856) hinsichtlich der Servituten.

Ohne Zweifel war es dieses dreifache Ergebniß in diesem Abschlusse mit Dezember 1852, in seiner Entwicklung zu einer Gesammtheit und in seiner engen Zusammengehörigkeit, was der kleine Rath im Auge hatte, als er am Ende des Jahrzehntes bei Vorlegung des Grundbuchentwurfes (15. Januar 1859) bemerkte, es könne die Pflicht zu Anmeldung der Servituten als ein seit sieben Jahren unserm Rechte acquirierter Grundsatz gelten und es kann auch die Weisung an die Grundbuchverwaltung dd. 2. März 1869 (Einl. des Bekl. Nr. 4) nur als correcter Ausfluß dieser Auffassung betrachtet werden.

(Directe Mittheilung.)

---

21. Wohnrecht. Formale Voraussetzungen (Waadt).

Im Canton Waadt besteht für Immobiliarlasten eine Art von Grundbuch (contrôle des charges immobilières), gegründet auf ein Gesetz vom 24. Dec. 1840. Werden solche Lasten nicht in der gehörigen Frist nach ihrer Entstehung darin eingetragen, so erlöschen sie bzw. bedürfen erneuerter Abrede.

Auf der dem Jeannot Duffey gehörigen Parcelle 20 des Gemeindeplanes 45 des Dorfes Corsier ruhte zu Gunsten des J. Bürki ein Wohnrecht, das ihm aber des neue Erwerber der Liegenschaft, J. F. Rolli, bestritt, weil er dieses Nutzungsrecht nicht rechtzeitig habe in das Grundbuch eintragen lassen. In der That erklärte auch das Districtsgericht Vivis am 24 Jan. 1870 dieses Recht als verfallen.

Der Kläger recurrirte beim Cassationshof, weil 1. das Gesetz nur insofern das Erlöschen neu eingeschriebener Lasten erklärt habe, soweit es sich darum handle, sie Dritten gegenüber geltend zu machen, während Rolli ihm gegenüber nicht als Dritter zu gelten habe, 2. das Gesetz sein Recht der Einschreibung nicht unterwerfe.

Das Cassationsgericht entschied zu seinen Gunsten (3. März 1870):

Considérant

que la loi du 24 décembre 1840, sur le contrôle des charges immobilières, statue à l'art. 63 „que lorsque la présentation et le dépôt des actes qui constituent les charges immobilières énoncées à l'art. 3, auront été effectuées dans le délai prescrit, ces actes déploieront dès leur date, à l'égard des tiers, les effets que la loi leur attribue. — Si leur présentation et leur dépôt n'ont été effectués qu'après le délai prescrit, ils ne déploieront, à l'égard des tiers, les effets que la loi leur attribue, que dès la date de leur présentation;"

Considérant que Rolli doit être envisagé comme un tiers, dans le sens de l'article précité, relativement à l'acte qui a établi le droit d'habitation;

Considérant qu'en alléguant, en vue d'être libéré des fins de la demande, le défaut d'inscription au contrôle du droit d'habitation, Rolli contestait le titre même de Burki et niait tout droit de ce dernier vis-à-vis de lui;

Attendu qu'en opposant ce moyen, Rolli ne présentait pas une exception, mais bien un moyen de fond;

La Cour écarte ce moyen de recours;

Sur le second moyen, motivé sur ce que le tribunal aurait fait, dans le jugement au fond, une fausse application de la loi sur le contrôle et des art. 365 et suivants, 412 et suivants du Code civil:

Considérant que le droit d'habitation de Burky résulte d'un acte de vente passé devant le notaire L. Mayor le 19 juillet 1859, entre P.-L.-D. Burky et H.-S. Burky, titre produit au procès;

Attendu que la loi de 1840 renferme un considérant conçu en ces termes: „Vu la nécessité d'étendre à d'autres charges immobilières (que les hypothèques) l'obligation de l'inscription;"

Attendu qu'il était important et nécessaire pour les citoyens de savoir exactement quelles étaient ces charges soumises à l'inscription;

Que la loi les a déterminées à son article 3, savoir:

a) Les constitutions d'hypothèques.

b) Les donations d'immeubles entre vifs.

c) Les usufruits portant sur des immeubles.

d) Les substitutions immobilières.

e) Les saisies immobiliéres opérées. en vertu d'actes n'emportant pas hypothèque sur les immeubles saisis;

Considérant que le droit d'habitation ne rentre pas dans cette énumération;

Considérant qu'il ne peut être assimilé à l'usufruit, comme l'a fait le Tribunal de Vevey;

Attendu, en effet, que le droit d'habitation et l'usufruit, sont nettement distingués dans le Code civil;

Que s'il existe entr'eux quelque analogie, à certains égards, ils ont des différences fondamentales, le droit d'habitation étant personnalissime par son essence, ce qui n'est pas le cas de l'usufruit, lequel peut être cédé, vendu, loué;

Attendu que le considérant précité de la loi sur le contrôle ne parle pas de toutes les charges immobilières, comme devant être inscrites, mais d'autres charges que l'hypothèque;

Attendu que certaines charges immobilières ne sont point assujetties à l'inscription, telles que le servitudes;

Considérant que s'il y aurait utilité à ce que toutes les charges fussent inscrites au contrôle, on ne peut appliquer extensivement la loi de 1840, qui apporte des restrictions au droit des citoyens, en assujettissant certains actes à l'inscription;

Considérant que cette loi ne soumet pas le droit d'habitation à l'inscription et que le Tribunal de Vevey a fait une fausse application de ses dispositions, en déclarant que le droit d'habitation de Burky ne peut déployer d'effets contre Rolli, parce qu'il n'avait pas été inscrit au contrôle.

Journal des tribunaux vaudois. XVIII. pp. 195 ss.

---

22. Servitut. Veränderung (Tessin).

Mit Klage vom 31. October 1866 verlangte der Ingenieur Gaetano Luisoni von Stabio gegen den Friedensrichter Valentin Perucchi Schließung und Unterdrückung verschiedener bestehender Oeffnungen in seiner, des Beklagten, Wohnung und Liegenschaft zu Stabio. Der Beklagte anerbot den Beweis, daß diese Oeffnungen mit Wissen und mündlichem Erlaub des Klägers selbst ausgebrochen seien.

Das Bezirksgericht Mendrisio wies aber mit folgender Auseinandersetzung durch Zwischenentscheid vom 28. April 1869 den Beweisantrag

zurück und erhielt am 2. December gleichen Jahres darin die Bestätigung der zweiten Instanz:

Ritenuto che l'unico punto di quistione consiste nel decidere se siano, o meno, ammissibili le prove chieste dal signor Perucchi ed impugnate dal signor Luisoni;

Considerando che le servitù sopra cose immobili sono dalla legge (art. 173) dichiarati beni immobili a causa dell'oggetto cui si riferiscono, essendo la servitù un diritto sulla cosa medesima (jus in re);

Considerando che la servitù pretesa dal signor Giudice Valentino Perucchi riferendosi sopra un bene stabile del signor Ing. Luisoni, ne consiegue per il principio succitato che non potrebbe acquistarsi altrimenti, che in virtù di un titolo scritto;

Considerando che una tale massima è confermata dagli articoli 274 e 275 C. C. i quali stabiliscono che le servitù, come nell'attuale fattispecie, non si acquistano che, o in virtù di un titolo, o mediante il possesso non *vi*, non *clam*, non *precario*;

Considerando che la prova domandata dal signor Perucchi siccome quella che tenderebbe a constatare la concessione, e l'annuenza verbale del signor Ing. Luisoni nella variazione della servitù a favore della casa del signor Perucchi, non essendo quella per titolo scritto, o in forza di prescrizione, tornerebbe oziosa ed inutile, e contraria all'economia dei giudizi, per il motivo che quand'anche fosse raggiunta, non sarebbe atta ad acquistarvi una tale servitù, perchè il preteso consiglio, a permesso, non basta in concreto a costituire una convenzione legale, a tenibile, ed è quindi applicabile la massima di diritto = *frustra probatur*, *quod probatum non retevat;*

(Repertorio di giurisprudenza patria. Anno IV. p. 789 ss.)

---

23. Servituten-Consolidation? (Schwyz)

Hinter einander liegen in der Richtung von Roosbach gegen Feusisberg (C. Schwyz) fünf Güterparcellen: 1 und 2 dem Aloys Litschi, 3 dem Xaver Müller, 4 dem Franz Hiestand, 5 der Josepha Theiler gehörig. Aloys Litschi hatte die Parcelle 1 von Johann Joseph Fuchs, dieser sie von Balthasar Bachmann erworben, die Parcelle 2 aber von Elisabeth Theiler (1864); Xaver Müller die seine durch Kauf von Salome Theiler (1855).

Ueber diese fünf Parcellen gieng ein Fußsteig von dem Roosbachbrücklein gegen Feusisberg. Da derselbe aber auch als Sommer- und Winterfahrweg benützt ward, wollte Johann Joseph Fuchs, der Eigenthümer der Parcelle 1, diese Ausdehnung der Servitut verbieten, ward aber auf Klage der Eigenthümerinnen von Parcelle 2, 4 und 5, nemlich der Elisabeth, der Salome und der Josepha Theiler schieds-

gerichtlich zur Duldung dieser Servituterweiterung angehalten (5. August 1847).

Als nun Aloys Litschi durch Kauf von Elisabeth Theiler (1864) die herrschende Parcelle 2 an die ihm durch Heirath angefallene dienende Parcelle 1 anschloß, behauptete er die Consolidation von Servitut und Eigenthum, Pflicht und Recht, so daß nun hinfort für Parcelle 1 die Pflicht wegfalle, 2 durchzulassen, und da Parcelle 3 und 5 nur gegen Parcelle 1, nicht aber gegen Parcelle 2 eine Servitut besitzen, das Erlöschen der für sie unmöglich gewordenen Servitut auf Parcelle 1. Die Josepha Theiler, Eigenthümerin von Parcelle 5, war anderer Meinung und nahm an, wenn seiner Zeit die Eigenthümerin von Parcelle 2, nemlich Elisabeth Theiler bzw. deren Ehemann K. A. Kümi, mit ihr, der Josepha, gemeinsam auf den Fahrweg über Parcelle 1 geklagt habe, so sei untrennbar davon, daß Elisabeth ihre eigene anstoßende Parcelle auch damit belasten wollte, sonst wäre sie ja durch Geltenlassen der Streitgenossenschaft mit der Josepha in Widerspruch mit sich selbst getreten.

Das Bezirksgericht Höfe entschied wider sie (10. August 1867), das Cantonsgericht Schwyz für sie (17. October 1867) in Erwägung:

1. daß Johann Joseph Fuchs, als Rechtsvorfahr des Appellaten rücksichtlich seines zunächst am Roosbach liegenden Gütertheiles, den Besitzern der Gütertheile des Meister Jakob Theiler sel., Vaters der Appellatin, den heute in Frage liegenden Sommer- und Winterfahrweg im Jahr 1847 verweigerte;

2. daß Karl Anton Kümi, Namens seiner Frau Elisabetha Theiler, sowie Salome und Josepha Theiler diese Wegsgerechtigkeit gerichtlich einklagten und durch schiedsgerichtlichen Spruch vom 5. Aug. 1847 entschieden wurde: „der Klägerschaft ist unbedingte Fuß-, Sommer- und Winterfahrwegsgerechtigkeit dem bisherigen Fußweg entlang gegen dem Haus der Kläger unten durch das fragliche Stück Gut des Beklagten zugegeben“;

3. daß Appellantin ihre Wegrechtsgerechtigkeit über den Gütertheil des ehemaligen Besitzers Joh. Jos. Fuchs nur auszuüben im Stande ist, wenn sie zugleich über den Gütertheil des Appellaten, welchen er als Rechtsnachfolger des Karl Anton Kümi resp. der Elisabetha Theiler besitzt, fahren kann, die Streitgenossenschaft aber zwischen Karl Anton Kümi und der heutigen Appellatin bei der schiedsgerichtlichen Verhandlung die stillschweigende Zugabe einschließt, daß das gemeinsam angestrebte Fahrwegrecht gewinnenden Falls auch über den Gütertheil des ersten benützt werden könne.

(Directe Mittheilung.)

24. Pfandrecht. Voraussetzung (Schaffhausen).

In Handen der Herren Züblin und Högger in St. Gallen befand sich ein Brief vom 1. August 1863, errichtet vor Amtsrevisorat Radolfzell, durch welchen dem Johann Heinrich Barth zum Regenbogen in Stein a. Rh. (Schaffhausen) von J. G. Fuog, Nationalrath in Stein, ein Pfandrecht auf 20 Jucharten Waldboden in der Gemarkung Oehningen bestellt wird, zu Sicherung eines Darleihens von dreitausend Gulden. Ueber J. G. Fuog brach später der Concurs aus. In demselben meldeten die Inhaber dieses Briefes eine Forderung von Fr. 6000 und sprachen zugleich zur theilweisen Deckung ihrer Forderung den Erlös des Waldlandes (Fr. 4000) an, das in dem in ihrer Hand befindlichen Titel zu Pfand gegeben sei.

Von der Hand des J. H. Barth findet sich am Fuße dieser Urkunde die Erklärung, er trete selbige in voller Kraft und Rechte einem andern Darleiher ab; er selbst hatte die Fr. 3000, zu deren Sicherung sie errichtet war, nicht gefunden und also nicht gezalt. So gelangte sie zurück in die Hand des J. G. Fuog, der sie dann gegen Auszalung von Fr. 6000 in die Hände der Herren Züblin und Högger aushingab.

Die Concursverwaltung der Masse J. G. Fuog bestritt das Recht der Inhaber, den Erlös des Waldes anzusprechen, betrachtete vielmehr die Forderung der Inhaber als ein unverführtes (laufendes) und das Bezirksgericht Stein, das als Forum des Concursortes Stein mit der Frage angegangen wurde, erklärte sich als nicht zuständig, „weil die Gültigkeit derselben von deren Form abhänge und die Form einer Urkunde nach dem Recht des Errichtungsortes zu beurtheilen sei, und da der Errichtungsort Radolfzell sei, vom dortigen Richter über die Gültigkeit des Titels entschieden werden müsse.“

Diese Vorfrage entschied das Obergericht Schaffhausen durch Spruch vom 17. Februar 1866 unter Aufhebung des erstinstanzlichen Urtheils dahin, daß allein der Concursrichter zuständig sei, so daß die Hauptsache darauf abzustellen war, ob für die Inhaber der Pfandurkunde aus dem Besitz derselben sich ein Pfandrecht an dem fraglichen Waldboden zu Oehningen bzw. dessen Erlös ableiten lasse?

Diese Frage wurde von beiden Instanzen, durch das Obergericht des Cantons Schaffhausen mit Spruch vom 30. Juni 1866, verneint, von letzterm

in Erwägung

Für die Begründung des von den Klägern erhobenen Anspruches auf Deckung ihrer Forderung durch den Erlös aus der Waldung im Kressenberg mußte entweder den Klägern eine Forderung mit Hypothek auf jene Waldung zu Pfand gegeben oder es mußte ihnen direkt ein Pfandrecht an der Liegenschaft bestellt werden.

Eine Forderung mit hypothekarischer Sicherheit auf die Waldung im Kressenberge ist aber den Klägern nicht zu Pfand gegeben worden, da eine solche Forderung überhaupt nie entstanden ist, die Urkunde vom 1. August 1863 vielmehr nur eine erst durch Ausbezahlung von Seite des darin als Gläubiger genannten Joh. Heinrich Barth wirklich zu begründende, auf die Waldung hypothecierte Forderung bescheinigen sollte.

Eine directe Pfandbestellung an der Liegenschaft zu Gunsten der Kläger ist durch Uebergabe der Urkunde, welche für einen andern Act der Art errichtet worden war, in den Besitz der Kläger auch nicht erfolgt, da die in jener Urkunde beglaubigte Fertigung des Pfandrechtes nicht einen allgemeinen zu Gunsten jedes die Darleihenssumme auszahlenden Gläubigers geschehenden Act darstellte, sondern speciell nur für den als Gläubiger genannten Joh. Heinrich Barth unter der Voraussetzung der Darlehensausbezahlung ein Pfandrecht constituieren sollte, demnach nicht gewissermaßen ein Pfandrecht au Porteur begründete, welches die Kläger durch bloßen Empfang des Titels in St. Gallen erwarben, vielmehr für die Creation eines solchen zu Gunsten eines Dritten wieder ein besonderer Act in der für die Pfandbestellung am Orte der gelegenen Sache vorgeschriebenen Form hätte stattfinden müssen.

Die Kläger, Appellanten, haben daher nur ein Faustpfandrecht an dem Urkundformular erlangt, welches ihnen ihr Schuldner übergeben hat;

eine Location in die 2. Klasse auf Grund dieses Pfandrechtes haben die Kläger selbst nicht verlangt.

(Directe Mittheilung.)

---

25. Obligatorische und dingliche Bedeutung von Pfandtiteln (Glarus).

Durch Versicherungsbrief vom 2. April 1863 erklärte Kilian Kägi von Gommiswald (St. Gallen), seinem Bruder Georg Kägi Fr. 8000 schuldig zu sein und ihn durch Verpfändung auf sein Heimwesen zum Löwen in Gommiswald im Nichtzalungsfalle decken zu wollen. Dieser Georg Kägi war Theilhaber der Firma Eichmann und Kägi zum Tschudirain in Glarus, welche später in Concurs gerieth. Ebenso gerieth auch Kilian Kägi in Concurs. Der Versicherungsbrief befand sich aber bei Ausbruch des ersten Concurses in Handen des Schatzungspräsidenten Jacob Staub in Bilten. Auf denselben machte die Concursmasse Eichmann und Kägi nun Anspruch und verlangte Anerkennung einer Forderung von Fr. 4000, welche Georg Kägi gegen dessen Uebergabe erhalten habe. Zu Realisirung dieses Anspruchs-

legte die Masse ein Rechtsbot (Arrest) auf diesen Versicherungsberief bei Staub.

Die Concursmasse das Kilian Kägi bestritt dieses Rechtsbot und und überhaupt die Geltung dieses Versicherungsbriefes, der ja nur dann einen Werth hätte, wenn Etwas darauf gezalt worden wäre, was aber nicht geschehen sei. Allerdings habe Kilian Kägi ein Anleihen von Fr. 4000 bei Staub machen wollen, dieser ihm aber erklärt, er contrahire das Anleihen nur dann mit ihm, wenn er den besprochenen Brief im Werth von Fr. 8000 auf den Namen eines Dritten fertigen lasse und dann bei ihm als Faustpfand deponire. Nun sei in Folge dieser Willensäußerung des Staub der Versicherungsbrief auf den Namen des Georg Kägi ausgefertigt worden; von diesem aber liege ein Revers vom 30. Juli 1863 vor, worin er erklärt, daß er auf den fraglichen Versicherungsbrief keinen rechtlichen Anspruch mache, indem er kein Geld darauf geschossen und für den Fall sich daraus einen Anspruch auf denselben vorbehalte, als er von dem Inhaber desselben für den darin benannten Betrag belangt werde und auch dann nur, so weit er wirklich daraufhin zahlen müsse — und von dem Besitzer Staub liege eine Erklärung vom 16. März 1864 vor, daß er durch Vergleich für seine Forderung vollständig gedeckt sei. Aus diesen Thatsachen leitet die Concursmasse des Kilian Kägi den Satz ab, das Rechtsbot sei zu öffnen und der Versicherungsbrief an sie zurückzustellen.

Beide Instanzen traten auch in der That diesem Antrage bei, das Appellationsgericht von Glarus (29. Oct. 1864) in Erwägung,

daß, wenn zwar allerdings ein in gesetzlicher Weise gefertigter Pfandbrief, welcher in den Verkehr zu treten bestimmt ist, dritten Personen gegenüber auf unbedingte Rechtskraft und Glaubwürdigkeit Anspruch machen kann, hierdurch gleichwohl die Zulaßigkeit einer Verständigung zwischen dem Kreditor und Debitor des Pfandtitels nicht ausgeschlossen ist, in Folge deren der Titel zu einem bestimmten Zwecke errichtet wird, ohne daß die darin bezeichnete Summe dem Debitor in baar ausbezahlt worden ist;

daß nun im vorliegenden Falle der nominelle Creditor des Versicherungsbriefes, Georg Kägi sel., unterm 30. Juli 1863 ausdrücklich bescheinigt hat, daß er auf denselben für so lange keinen Anspruch habe, als er nicht von Schätzer Jacob Staub für die dem Kilian Kägi angelehnten Fr. 4000 belangt werde, letzterer Fall aber nicht mehr eintreten kann, da zufolge dem Vergleiche vom 16. März d. J. Staub für seine Forderung vollständig gedeckt ist.

(Directe Mittheilung.)

26. 27. Credithypothek. Voraussetzungen (Neuenburg).

In der Fallimentsmasse des Johann Pfeiffer, Bäcker und Bierbrauer zu Locle, meldete Raphael Beer eine Forderung von Fr. 6444. 25, deren Grundlage drei Billets im Principalbetrag von Fr. 5491. 55 waren, verfallen am 10. Aug., 23. und 31. Oct. 1863. Er verlangte dafür Einreihung unter die Hypothekargläubiger, unter Vorlegung eines Actes vom 10. März 1863, wodurch Pfeiffer sich als Schuldner von Fr. 20,000 erklärte, welche Erklärung ihre Beschränkung fand in einem zweiten Act vom 31. Aug. gl. J., in welchem die Schuld als auf die genannten Fr. 6444. 25 zurückgegangen anerkannt ward. Der Titel von Fr. 20,000 sollte zu Sicherung eines Credites dienen, den Raphael Beer dem Pfeiffer zur Verfügung bereit hielt.

Mehrere Gläubiger fochten die Zuläßigkeit dieser Forderung und namentlich ihrer Einordnung unter die hypothekarisch Versicherten an. Nur Fr. 2728. 45 wurden als wirklicher Saldo anerkannt. Sie stützten sich hiefür auf Art. 911 des Code civil von Neuenburg, welcher besage: L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet.

Die erste Instanz, das Districtsgericht Locle, ließ jedoch den Hypothekarrang und die Forderung von Fr. 6444. 25 gelten (21. April 1864).

Considérant qu'au 10 mars 1863, date de la stipulation de l'obligation hypothécaire souscrite par le citoyen Jean Pfeiffer, brasseur et boulanger au Locle, au profit du citoyen Raphaël Beer, négociant, à la Chaux-de-Fonds, celui-ci était créancier du premier pour une somme de plus de six mille francs, ainsi que cela résulte du bilan du citoyen Pfeiffer, annexé à la procédure, et de ses déclarations rendues à l'instance de ses créanciers dans cette cause, folios 74 et suivants de la procédure;

Considérant que si les contractants ont fait stipuler que si la somme de fr. 20,000 formant le capital de l'acte obligatoire hypothécaire du 10 mars 1863, provenait de marchandises reçues par le débiteur, cette cause est vraie relativement aux marchandises livrées par le créancier au débiteur, suivant le compte existant entre eux;

Considérant que si la cause principale du contrat lié entre parties, le 10 mars 1863, était l'ouverture d'un crédit, cette cause est licite en elle-même, qu'elle est en usage dans le commerce, et qu'elle ne paraît pas en contradiction avec les articles 911 et suivants du code civil, traitant de la cause des obligations;

Considérant que par acte de radiation partielle du 31 août dernier, folios 37 et suivants de la procédure, le citoyen Beer, créancier, a réduit son titre à sa juste valeur, soit à la somme de

fr. 6444. 25, valeur pour laquelle il s'est fait inscrire au passif de la masse Pfeiffer;

Considérant que le jugement qui a prononcé la faillite du citoyen Jean Pfeiffer est du 19 septembre dernier, ensorte que le titre obligatoire hypothécaire du citoyen Beer se trouvait en règle dès le 31 août précédent;

Considérant que les créanciers opposants n'ont pas prouvé en droit la plus-pétition qu'ils ont invoquée contre le citoyen Beer au passif de la masse Pfeiffer;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble des actes de la procédure, comme aussi spécialement des agissions de Raphaël Beer et de celles de Jean Pfeiffer, qu'il n'existe rien de suspect dans leurs relations, et que leurs actes peuvent être considérées comme étant de bonne foi.

Dagegen wies die zweite Instanz den Kläger mit dem Anspruch auf hypothekarische Sicherung ab (6. Juni gl. J.)

Considérant en droit:

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

Que pour qu'il y ait obligation dans le sens prévu par la loi sur la matière, il faut que cette obligation soit née et existe réellement au moment de la stipulation de l'acte hypothécaire;

Que si l'obligation doit résulter d'un compte courant, ouvert au débiteur, il est nécessaire que la somme et son application indiquées dans l'acte hypothécaire, non-seulement soit fixée et déterminée, mais en outre que cette somme soit réellement et effectivement inscrite au crédit du compte du souscripteur et mise ainsi à sa disposition, afin de créer des droits et des charges réciproques entre parties;

Considérant que, dans l'espèce, le citoyen Beer n'a point porté au crédit de Jean Pfeiffer la somme de fr. 20,000;

Qu'il n'a pas mis cette somme à la disposition de ce dernier, et qu'ainsi il pouvait arbitrairement et par sa seule volonté, modifier et changer les bases de l'obligation résultant de la stipulation du 10 mars 1863;

Que dès lors l'hypothèque souscrite à cette dernière date et inscrite le 14 mars 1863 est frappée de nullité et ne peut déployer ses effets pour justifier le privilége réclamé par l'inscrivant:

Considérant quant au chiffre de l'inscription:

Que le compte courant annexé à la procédure, les déclarations du failli, et le bilan qui a été déposé pour demander la faillite,

établissent que le chiffre de fr. 6444. 25 est bien celui qui forme le montant de la réclamation du citoyen Beer.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel du c. de Neuchâtel VII. pp. 90 ss.)

---

28. Credithypothek. Unzulässigkeit ihrer Erstreckung*) (Baselstadt).

Der Maurermeister Maximilian Silberer und seine Ehefrau erklärten durch notarialische Obligation vom 14. Juli 1865, „daß ihnen Herr Zimmermeister Hermann Preiswerk Bürgschaft für ein Capital von Fr. 5000, Zins und etwaige Kosten zu Gunsten der tit. Handwerkerbank in Basel geleistet habe, und daß sie für jede Forderung, welche ihm in Folge dieser Bürgschaft an sie erwachsen könnte, in dritter Hypothek ihre Liegenschaft verpfänden.“ Dieses Pfandrecht wurde am 29. September ins Grundbuch eingetragen, und zwar mit der Notiz des Grundbuchverwalters auf dem Titel selbst; „Aus Rücksicht auf § 22 des Ges. vom 16 April 1860 wird das Pfandrecht, da die Schuld, welche demselben zu Grunde liegt, einstweilen noch nicht besteht, auf die angegebene Summe von Fr. 5000 beschränkt.“ Die Handwerkerbank, die sich zu Sicherung der Bürgschaft von Hr. Preiswerk diese Obligation noch faustpfändlich hinterlegen ließ, schoß indeß nur Fr. 300 an Silberer vor.

Durch Signatur (zweiter Eintrag) vom 12. Oct. 1865 auf dieser Obligation erklärten nun die Schuldner ferners, daß ihnen Herr Hermann Preiswerk fernere Bürgschaft für ein Capital von Fr. 2000, Zins und etwaige Kosten geleistet habe, und daß sie zur Sicherheit für jede Forderung, welche ihm in Folge diese Bürgschaft an sie erwachsen könnte, ihre gleiche Liegenschaft in dritter Hypothek dargeben. Der Grundbucheintrag erfolgte am 13. Oct. 1865, ebenfalls unter Beschränkung auf die angegebene Summe von Fr. 2000.

Endlich wurde am 12. Jan. 1866 eine Signatur in gleicher Weise beigefügt für Fr. 800, für die Hr. Preiswerk fernere Bürgschaft geleistet habe, und zu deren Sicherung ebenfalls die Liegenschaft in dritter Hypothek ihm verpfändet wurde.

Als Creditor, dem Hr. Preiswerk für Silberer bis auf den Belauf dieser Fr. 2800 Bürgschaft geleistet hatte, trat später J. Steigmeyer hervor, an den Hr. Preiswerk mehrere von Silberer ausgestellte Wechsel im Gesammtbetrag von Fr. 4600 indossiert hatte.

Diese Summe von Fr. 4600, soweit sie durch die in den 2 Signaturen für Fr. 4800 begründete Hypothek nicht gesichert war, glaubte Hr. Preiswerk nun unter dem Schutz des ersten für Fr. 5000 bestellten

---

*) Vgl. den Rechtsfall in dsr. Ztschr. IX. Abtheil. III. n. 10.

Pfandrechts, wovon die Handwerkerbank blos Fr. 3000 bezahlt hatte, ziehen zu können, und errichtete zu mehrerer Sicherheit noch am 20. August 1866 einen Act, worin er erklärte, er habe für M. Silberer bis auf Fr. 7600 Bürgschaft geleistet, nämlich der Handwerkerbank für Fr. 3000 und dem J. Steigmeyer für Fr. 4600; zur Sicherung dieser Bürgschaftsverpflichtung habe ihm Silberer seine Liegenschaft bis auf den Betrag von Fr. 7800 verpfändet, die Verpfändungsurkunde befinde sich in faustpfändlicher Verwahrung der Handwerkerbank und er ertheile nun seine Einwilligung, daß Hr. Steigmeyer an der faustpfändlichen Sicherung participiren solle. Dieses Actenstück wurde durch Hr. Notar Heimlicher mitunterzeichnet und besiegelt.

Am Tag darauf (21. Aug.) gerrieth Silberer in Concurs. Bei Liquidation seiner Masse erkannten die Gerichtsämter von der ursprünglichen Obligation zu Gunsten des Hrn. Preiswerk im Betrag von Fr. 5000 bloß Fr. 3000 an, darauf gestützt, daß dieses Pfandrecht nur bestellt worden sei zur Sicherung der bei der Handwerkerbank geleisteten Bürgschaft, somit auch nur für den Betrag könne geltend werden, den die Handwerkerbank wirklich dargeliehen habe. Herr Preiswerk dagegen beansprucht das Pfandrecht für die ganze Summe von Fr. 5000, da er in der That diesen ganzen Betrag den Creditoren Silberers habe zahlen müssen und nichts darauf ankommen könne, wer das Geld seiner Zeit an Silberer gezahlt habe.

Das Civilgericht Basel trat aber der Ansicht der Concursbehörde durch Spruch vom 13. Juni 1867 bei und wies den Kläger ab.

Es entwickelte seine Gründe folgendermaßen:

Die Obligation vom 14. Juli 1865, welche für die Entscheidung maßgebend ist, enthält die Erklärung des Schuldners, daß er dem Bürgen für eine zu Gunsten der Handwerkerbank geleistete Bürgschaft bis auf den Belauf von Fr. 5000 eine Hypothek einräume. Es liegt also eine sog. Creditobligation vor, welche unter den § 22 des Grundbuchgesetzes vom 16. April 1860 fällt. Dieser § 22, in Würdigung der bei Credithypotheken so leicht vorkommenden Gefährden, legt der Concursbehörde die Pflicht auf, zu untersuchen, inwieweit der Gläubiger die ganze Summe in guten Treuen zu fordern habe, und auch das Gericht darf sich dieser Aufgabe nicht entziehen, sondern hat darüber zu wachen, daß das Institut der Creditobligation in den Schranken bleibe, in denen es einerseits den Ansprüchen des Verkehrs genügen kann und andrerseits vor gefährlichen Ausschreitungen bewahrt wird. Dazu ist nothwendig eine möglichst stricte Interpretation der betreffenden Urkunden selbst. Nun geht aus der vorliegenden Obligation mehr nicht hervor, als daß Silberer für eine Summe, welche die Handwerkerbank vorschießen sollte, Bürgschaft erhielt und wiederum Hypothek ertheilte. Mit diesem durch die Fassung der Obligation einzig zur Gewißheit gebrachten Willen

des Schuldners bei Begründung der Hypothek stimmt auch überein, daß die Obligation bei der Handwerkerbank deponirt wurde. Daß dann nicht der ganze in Aussicht genommene Betrag von der Handwerkerbank erhältlich war, berechtigte den Bürgen nicht, nun die Zahlung an einen andern Gläubiger ebenfalls unter diese seine Bürgschaft und damit seine Hypothek zu ziehen. Es mag zwar dem Kläger zugegeben werden, daß die Erwähnung der Handwerkerbank in fraglicher Obligation insofern ein unwesentlicher Bestandtheil der Obligation ist, als die letztere auch ohne Nennung dieser Creditorin alle zur Gültigkeit nothwendigen Erfordernisse in sich vereinigt hätte, wie ja auch der Grundbuchverwalter die späteren Signaturen, welche den ursprünglichen Creditor nicht nannten, unbedenklich eintrug. Aber wenn nun die Contrahenten, trotzdem daß ihnen diese Befugniß zustand, dennoch nicht davon Gebrauch machten, sondern ausdrücklich den Namen des Creditors, für dessen Darlehen die Bürgschaft geleistet und mittelbar die Hypothek bestellt wurde, in die Urkunde setzten, so ist doch zunächst anzunehmen, daß sie das mit bewußter Absicht gethan haben, und wenn es aus Nachläßigkeit geschehen sein sollte, kann es nicht in der Aufgabe des Richters liegen, den von der Partei begangenen Fehler nun zum Nachtheile andrer Creditoren wieder gut zu machen. Schon aus diesem Grund erscheint es nicht als zuläßig, dem klägerischen Antrage zu entsprechen. Und überhaupt ist das klägerischerseits aufgestellte Princip, daß die Erwähnung des Creditors, als ein unwesentlicher Bestandtheil auch keine rechtlichen Folgen haben könne, darum zu verwerfen, weil dieser Satz, einmal angenommen, zu den gefährlichsten Consequenzen führen müßte. Es wäre z. B. leicht möglich gewesen, daß Silberer nachher behufs Aufnahme eines neuen Darlehens dem darum angegangenen Capitalisten in besten Treuen die Versicherung gegeben hätte, die fragliche Obligation sei nur bis auf den Betrag von Fr. 3000 gültig, daß das durch eine Erklärung der Handwerkerbank bestätigt und daraufhin das neue Darlehen gegeben worden wäre, wo dann nach der klägerischen Theorie bei Ausbruch des Concurses plötzlich durch Einschieben eines zweiten Creditors von Seiten des Bürgen und Hypothekargläubigers der spätere Gläubiger geprellt würde. Solche und ähnliche in verschiedenster Weise denkbaren Consequenzen vertragen sich nicht mit der Rechtsordnung und am allerwenigsten mit dem Hypothekarverkehr.

(Directe Mittheilung.)

---

29. Pfandrecht für die Kaufrestanz (Luzern).

Das Civilgesetz von Luzern § 624 stellt den Satz auf: Der Verkäufer einer Liegenschaft hat für den Betrag der ausstehenden Kaufzalungen ein Pfandrecht auf den verkauften Grundstücken. Das Gesetz erhält damit nur das alte Recht aufrecht (Mun. Tit XL. § 15), das auch sonst in der Schweiz jetzt noch gilt. Der Verkäufer kann sich für diese Ansprache eine Urkunde (Kaufzalungsbrief) ausstellen lassen, wodurch er sich die Möglichkeit erleichtert, seinen Anspruch abzutreten.

Als in dem Concurs der Gebrüder Niclaus und Johann Augustin zu Ermensee Fürsprech M. Schmid für eine am 1. Jan. 1865 fällige Kaufschillingsrata von Fr. 2100, ohne daß ein Kaufzalungsbrief bestand, ein solches Pfandrecht in der 3ten Classe anmeldete, das er abtretungsweise vom ursprünglichen Verkäufer, Joseph Augustin in Buonas, erworben hatte, wurde die Fortdauer dieses Pfandrechtes in einer Hand vom Gemeindeammann Lang bestritten, ja auch das Zustandekommen des Pfandrechts in der Hand des Verkäufers, weil ein Kaufzalungsbrief nicht errichtet worden sei.

Das Obergericht von Luzern anerkannte aber das Recht des Schmid durch folgende Begründung (21. Sept. 1866):

1. Kläger belegt seine Eingabe mit Production des unterm 15. Juni 1864 gemeinderäthlich ausgefertigten und den 15. Juli gerichtlich visirten, zwischen Joseph Augustin als Verkäufer und Niklaus und Johann Augustin als Käufern unbestrittenermaßen bloß in diesem einzigen Exemplar errichteten Kaufbriefes, der in Abs. 2 d der Zahlungsbedingungen eine Kaufrestanz von 3883 Fr. 70 Rp. auf den 1. Januar 1865 terminirt anstellt; ferner mit zwei vom 23. Januar 1865 und 18. Juli 1865 datirten, im Kaufbriefe eingetragenen Cessionen des Verkäufers von zusammen 2100 Fr. von dieser Kaufrestanz an die Kläger, und endlich mit einem Abtretungsscheine vom 18. Juli 1865, worin fragliche 2100 Fr. dem Kläger ausdrücklich mit „liegendem Pfandrecht" abgetreten werden.

2. Vorab steht außer Zweifel, daß der Verkäufer einer Liegenschaft für eine Kaufrestanz unzweifelhaft schon von Gesetzeswegen ein liegendes Pfandrecht hat und es schon erwirbt durch Ausfertigung, resp. Protocollirung des Kaufbriefes in das Grundbuch — ein Grundsatz, der bereits im ältern Luzerner Recht (1811, Sammlung Bd. IV. p. 129, § 10) ausdrücklich ausgesprochen war und seither im § 624 bürg. G. B., der durch das Hypothekargesetz vom 6. Juni 1861 nicht abrogirt ist, sowie durch eine allgemein anerkannte Praxis aufrecht gehalten wurde.

3. Namentlich steht die Errichtung eines förmlichen Kaufzahlungsbriefes mit der liegenden Haftbarkeit der Kaufsrestanz in keiner Beziehung.

4. Die Errichtung einer solchen Urkunde, in welcher sich die liegende Ansprache dann verkörpert, hat vielmehr lediglich Bedeutung für den Verkehr durch Erleichterung der Cirkulationsfähigkeit, Ausschluß der Compensations- und anderer nicht aus dem Kaufzahlungsbriefe selbst ersichtlichen Einreden gegenüber dritten Erwerbern u. s. w.

5. Die Behändigung eines Kaufzahlungsbriefes mit eingetragener Abtretung ist mithin nur erforderlich, wenn ein solcher Kaufzahlungsbrief errichtet worden ist, indem allerdings bei der Existenz eines solchen die Abtretung erst durch Uebergabe der Urkunde, in welcher sich die Forderung verkörperte, mit eingetragener Cession vollzogen wird, ein Mangel hierin also lediglich in einem solchen Falle und zwar lediglich für die Traditionsfrage von Bedeutung ist.

6. Wirklich knüpft auch das neue Hypothecargesetz von 1861 im Gegensatze zum ältern, nach welchem eine Unterlassung der angegebenen Förmlichkeiten die Folge hatte, daß der dritte Erwerber ohne förmlichen Kaufzahlungsbrief kein Pfandrecht erwarb, sondern nur eine sogen. fahrende Ansprache, keinen Verlust des liegenden Pfandrechtes an die Nichterrichtung eines Kaufzahlungsbriefes, und ein solcher folgt auch durchaus nicht aus der Natur der Hypothecarforderungen; auch unter den Erlöschungsgründen des hypothecarischen Pfandrechtes ist die Unterlassung des Abtreters einer Kaufsrestanz, dieselbe in einen Zahlungsbrief umzuwandeln, nicht aufgezählt.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Neue Folge III. S. 291 f.)

---

30. Faustpfand verschiedenen Ranges an Titeln (Bern).

Johann Tüscher in Aegerten (C. Bern) hatte der Bankfiliale Biel zu Sicherung einer Forderung von Fr. 6000 eine Erbauskaufbeile von Fr. 12,000 hinterlegt. Die Herren Obrist u. Comp. wies er später auf gleichen Act als Faustpfand an für eine Forderung von Fr. 5027. Diese gaben von dieser Anweisung zu Faustpfand der Bankfiliale Kenntniß und wirklich zeigte auch der Verwalter, Herr Waser, den Empfang der Notification an.

Als darauf Johann Tüscher, der Schuldner, in Concurs fiel, verlangten die Herren Obrist u. Comp. Versetzung ihrer Forderung in die dritte (pfandberechtigte) Classe. Beide Instanzen wiesen sie aber ab, das Obergericht von Bern (am 20. Juli 1866)

in Betrachtung:

1) daß ein Pfandrecht auf eine bewegliche Sache nur durch Uebergabe des Pfandgegenstandes an den Pfandgläubiger erworben werden kann (Satz. 929 und 483 C.);

2) daß dadurch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen ist, daß die nämliche Sache einer Mehrheit von Gläubigern gleichzeitig als Faust-

pfand dienen kann, indem der im wirklichen Besitze des Faustpfandes befindliche Gläubiger dieselbe auch für den oder die übrigen Pfandgläubiger übernehmen und in ihrem Namen besitzen kann;

3) daß dann aber dieses Verhältniß, das heißt die Uebergabe des Pfandgegenstandes an den faktischen Besitzer zu Handen des nachfolgenden Pfandgläubigers und die Uebernahme desselben durch den Erstern im Namen und als Vertreter des Letztern in gehöriger Weise konstatirt werden muß;

4) daß nun im vorliegenden Falle nicht bewiesen ist, daß Herr Bankverwalter Waser die Verpflichtung übernommen hat, den Besitz der fraglichen Erbauskaufbeile auch im Namen der Herren Obrist und Comp. auszuüben und daß auch die von Seite der Letztern ohne Zuthun des Verpfänders Tüscher an ihn erlassene Notifikation, weil einseitig erlassen, nicht geeignet ist, die Uebernahme des Pfandgegenstandes zu ersetzen und Herrn Waser zur Aufbewahrung desselben auch für die Herren Obrist und Comp. zu verpflichten;

5) daß demnach der Pfandvertrag, auf welchen sich das Klagebegehren stützt, nicht zur Vollständigkeit gelangt ist (Satz. 483 und 929 C.)

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Neue Folge. III. S. 150 f.)

---

31. Faustpfandrecht an Frauengutsversicherungsbriefen (Zürich)?

In der Concursmasse des J. Conrad Edelmann wurde der Weibergutsversicherungsbrief seiner Ehefrau von N. Egli eingelegt mit Anmeldung zweier Wechselforderungen von zusammen Fr. 4950, deren Rückzalung durch Faustpfandbestellung von diesem Versicherungsbrief geschützt werden sollten.

Nach Aussage der Parteien war ursprünglich die Verpfändung der Gegenstände an den Gläubiger beabsichtigt, welche in diesem Versicherungsbrief aufgezählt seien. Die Concursliquidationsbeamtung bestritt aber die Zuläßigkeit dieser ganzen Sicherheitsbestellung und wurde dabei von der Civilabtheilung des Obergerichts Zürich geschützt, welche durch Urtheil vom 10. Februar 1870 die Pfandbestellung unwirksam erklärte, mit folgender Begründung:

1. Es ist außer Zweifel, daß die Eheleute Edelmann dem Kläger ein Faustpfandrecht bestellen wollten an der Weibergutsforderung der Ehefrau Edelmann an ihren Ehemann und zwar in der Meinung, daß dem Kläger insbesondere das durch freiwillige Pfandverschreibung vom 11. Dezember 1868 für die Weibergutsforderung im angeblichen Betrage von Fr. 8200 begründete Pfandrecht Sicherheit gewähre. Es ergibt sich dieß einerseits aus der in der Pfandverschreibung enthaltenen schriftlichen Erklärung der Frau Edelmann vom 12. Dezember 1868 und

den diese Pfandverschreibung betreffenden Erklärungen des Ehemannes Edelmann, welche sich auf den dem Kläger am 8. und 9. Dezember 1868 ausgestellten Wechseln von Fr. 4000 und Fr. 950 befinden und von denen die eine das Datum vom 11. Dezember 1868, die andere ein Datum nicht trägt, — anderseits aus der Uebergabe der die Pfandverschreibung enthaltenden Urkunde an den Kläger.

2. Die in § 859 d. pr. G. für die Bestellung von Faustpfandrechten an Forderungen, welche nicht an den Besitz von Urkunden gebunden sind, für welche aber schriftliche Beweistitel bestehen, aufgestellten Erfordernisse sind erfüllt; es herrscht dießfalls unter den Parteien auch kein Streit.

3. Das Faustpfandrecht, dessen Bestellung beabsichtigt wurde, ist aber nicht entstanden, weil ein solches an einer Weibergutsforderung, so wie es hier geschaffen werden wollte, rechtlich unmöglich ist.

4. Es ist ein Fundamentalsatz unsers ehelichen Güterrechtes, daß der Ehemann für den Fall, daß die eheliche Vormundschaft aufhört der Frau für ungeschmälerte Herausgabe des Weibergutes haftet (§ 158 d. pr. G.). Dieser Satz enthält zwingendes Recht insofern, daß dessen Geltung nur durch gerichtlich bestätigte und beziehungsweise öffentlich bekannt gemachte Verträge ausgeschlossen werden kann. Durch die Bestimmungen des § 158. Satz 2 und des § 159. ibid. 1. erleidet derselbe gewisse Modificationen, welche aber im vorliegenden Falle nicht in Betracht kommen.

5. Neben dieser Verpflichtung des Ehemannes, beziehungsweise dem correlaten Rechte der Ehefrau besteht dann aber allerdings das Recht des erstern, das Vermögen der letztern zu verwalten und zu gebrauchen, und zu diesem Behufe über die dieses Vermögen bildenden Objecte theils ohne, theils mit Zustimmung der Ehefrau, theils weiter unter Mitwirkung eines außerordentlichen Vormundes zu verfügen (§ 138 ff. und §§ 2115 u. 2139 ibid.). Auch die Ehefrau ist befugt, mit Zustimmung ihres Mannes, beziehungsweise unter Zuzug eines außerordentlichen Vormundes ihr Eigenthum und andere Rechte an Dritte zu übertragen (§ 145 und §§ 2115 u. 2139 ibid.). Durch diese Dispositionsbefugnisse wird jedoch jener zuerst angeführte Satz nicht alterirt; die Ausübung derselben kann nur unter Umständen für die Bestimmung des Umfanges des zugebrachten Weibergutes Bedeutung haben.

6. Sobald also der Ehemann oder die Ehefrau über das Vermögen der letztern in der Weise verfügen wollen, daß dadurch nicht bloß die dasselbe bildenden Bestandtheile verändert, sondern der Anspruch der Frau an den Ehemann auf Ersatz des zugebrachten Vermögens ganz oder theilweise aufgehoben würde, liegt abgesehen von erwähnten Modificationen der Haft des Ehemannes für ungeschmälerte Herausgabe des Weibergutes ein Ueberschreiten der den Eheleuten bezüglich des Weibergutes zustehenden Dispositionsbefugnisse, beziehungs-

weise eine Verletzung jenes güterrechtlichen Fundamentalsatzes vor und können daher solche Verfügungen nicht zu Recht bestehen.

7. Daß in der Bestellung eines Faustpfandrechtes an den Anspruch der Ehefrau auf Bezahlung einer bestimmten Geldsumme als Ersatz des zugebrachten Weibergutes und dem für diesen Anspruch bestellten Mobiliarpfandrecht eine Disposition der letztern Art enthalten ist, liegt so klar vor, daß es weiterer dießfälliger Ausführungen nicht bedarf.

8. Der von dem Kläger auch heute wieder geltend gemachte Standpunct, daß von Anfang an die Bestellung eines Pfandrechts an den Gegenständen beabsichtigt gewesen sei, welche in der dann unrichtigerweise für die Weibergutsforderung der Frau Edelmann errichteten Pfandverschreibung aufgezählt seien und daß deßhalb ein an diesen Gegenständen zu seinen Gunsten bestehendes Pfandrecht anzuerkennen sei, ist ein völlig haltloser. Gesetzt, es sei das bezüglich der Willensmeinung Angeführte richtig, so fehlt es ganz und gar an den Formen, unter deren Beobachtung allein ein Vertragspfandrecht durch das Pfandbuch zu Gunsten des Klägers hätte geschaffen werden können.

(Gwalter Zeitschrift f. Kunde u. Fortbildung der Zürcherischen Rechtspflege. XXI. S. 447 f.

---

32. Pfandrecht auf anvertrautem Gut (Appenzell-Außer-Rhoden).

Nach manchen Rechten der Ostschweiz haftet das Vieh, das „den Blumen ätzt" (die Weide nutzt) für das, was auf das Weideland in natürlicher Anschauungsweise angewiesen ist, also auch für die fructus civiles des Weidelandes, den Pachtzins.

Diesen Satz nahm der Rathsherr Bruderer als Vormund der Wittwe Kost gegen zwei Stücke Vieh in Anspruch, welche Joseph Anton Feuerstein bei Michael Hohl im Gstalden zu Heiden eingestellt hatte.

Diesem Michael Hohl hatte Bruderer nemlich den Gutsnutzen von den Jahren 1865 und 1866 gegen Entrichtung von Fr. 450 fürs Jahr abgetreten. Mit Fr. 419. 10 war der Erwerber im Rückstand.

Nun hatte bereits ein Hypothecargläubiger (Zedelcreditor) auf den Nutzen selbst ein Verbot legen lassen („ein Blumenpfand ausgerichtet"), so daß zur Sicherung rückständiger Fr. 419. 10 der Bodenertrag nicht mehr genügte und deshalb Bruderer „den Stallbann legte" (Arrest auf die im Stall befindliche Viehhabe erwirkte).

Dagegen machte Feuerstein Einwendungen. Zwei Stücke im Stall seien „Anstellvieh", das er dem Hohl gegen eine Vergutung seit ungefähr 100 Tagen in den Stadel der Wittwe Kost ans Futter gegeben. Das könne doch jetzt nicht haften und jedesfalls mit dem

wenigen, was es verzehrt habe, nicht für den ganzen Rückstand, indem vom Gutsnutzen Einiges sonst geätzt, Anderes verkauft worden sei. Er berufe sich auf §§ 2—4 des Gesetzes von Appenzell A-Rh. über Fahrhabe, vom 28. October 1860 (die deutschrechtlichen Sätze vom anvertrauten Gut).

Das Obergerricht von Appenzell A-Rh. wies aber den Kläger ab (24. Sept. 1867),

in Erwägung

a) daß der Beklagte Bruderer den Gutsnutzen an M. Hohl in Heiden verkauft hat und die fraglichen zwei Stücke Vieh, auf welche nach ausgerichtetem Blumenpfand Stallbann angelegt worden, vom Pächter Hohl ans Futter gestellt wurden, daher die Beklagtschaft nicht verpflichtet werden konnte, beim Wechsel des von Hohl während der Pachtzeit eingestellten Viehes jeweilen den wirklichen Eigenthümer desselben auszumitteln, sondern ihr nach Gesetz das unbedingte Recht zustand, auf das vom Pächter eingestellte Vieh Stallbann anzulegen und vor Verabfolgung desselben die Pachtzinszahlung zu erlangen;

b) daß der Verkauf von Futter von Seiten des Hohl stattgefunden, welchem als Pächter die Verfügung über den Nutzen zustand, und daß Bruderer einzig mit Hohl, dem fragliche Viehhabe anvertraut worden, verkehrt und sich somit auf gesetzlich zulässigem Wege für sein Guthaben gesichert hat.

(Directe Mittheilung.)

---

33. Grundzinsablösung (Tessin).

Peter und Joseph Fumagalli aus Veltlin legten am 31. December 1787 zu Gunsten von Georg Pedretti von Lugano und des Giovanelli von Canero (Italien) vermittelst 2000 alten Lire auf ihr Grundstück gen. Ronco im Gebiet von Lugano zwei Renten.

Dieses Grundstück erwarb mit Kaufact vom 31. Oct. 1823 Joseph Radice.

Die Rechte des Giovanelli erwarb der andere Rentenberechtigte Joh. Bapt. Pedretti, wofür eine Recognition des Rentenpflichtigen vom 13. Juni (Juli?) 1840 vorliegt.

Am 18. August 1863 verlangte nun der damalige durch Erbgang eingerückte Berechtigte Peter Boni Pedretti von Camignolo von der damaligen Eigenthümerin des belasteten Grundstückes, Marianna Radice, verehlichte Migliorati zu Lugano, der Tochter des Joseph Radice, den Loskauf der zwei Renten.

Er stützte sich dafür auf Art. 1021 des Civilgesetzes von Tessin, wonach bei Verkauf des pflichtigen Grundstückes die Ablösung fällig werde.

Il censualisto non puo esigere la restituzione del danaro sbor-

sato se non ne'seguenti casi: — Se il censario aliena in tutto od in parte il fondo censito o lo lascia notabilmente deteriorare; se il censuario per tre anni consecutivi sia in mora della prestazione del canone....

Die Eigenthümerin des Grundstückes bestritt diese Auslegung und berief sich auf die Bulle des Papstes Pius V. vom Jahre 1569, wonach die Ablösung solcher Renten nur bei den Pflichtigen stehe.

Zuerst das Districtgericht von Lugano mit Spruch vom 27. October 1863 und dann die zweite Instanz mit Urtheil vom 28. Januar 1864 wiesen den Kläger ab, letzteres mit folgender Auseinandersetzung:

1) Il punto di quistione a decidersi sta nel vedere se l'attore abbia il diritto di pretendere l'ammontare dei censi portati dai due Istromenti 31 dicembre 1788 pel fatto della seguita vendita degli stabili censiti.

2) All'epoca della costituzione dei suddetti censi non vigendo alcuna legge regolatrice della loro creazione e caducità, deve il giusdicente far ricorso per la soluzione di questa quistione alla regola stabilita dalla Bolla di Pio V del 1569.

3) Le parti contraenti nelli riferiti Istromenti hanno pure dichiarato di rimettersi, come si sono rimesse a quanto è disposto nella prefata Bolla Pontificia circa la forma di creare i censi.

4) Essendo l'erezione dei censi in discorso seguita avanti l'attivazione del Codice Civile Ticinese non è applicabile in concreto il dispositivo del suo articolo 1021, dacchè in virtù dell'art. 3 del medesimo Codice la legge dispone solo per l'avvenire, e non ha effetto retroattivo.

5) Nella ripetuta Bolla non trovasi alcuna proibizione di poter vendere il fondo censito, nè vedesi decretato che nel caso di vendita sia caducato il censo, ma solo prescritto l'obbligo nel venditore di notificare la vendita al censualista pel diritto che gli spetta della prelazione.

6) Nell'istromento di vendita 31 ottobre 1823 fatta da Fumagalli trovasi l'assegno dei censi di cui erano gravati li stabili venduti, ma non già l'obbligo nel compratore del pagamento del Capitale, stando in di lui arbitrio di ritenere li censi o di redimerli.

7) Il censualista giusta il tenore della Bolla Piana non può pretendere il Capitale, se non nel caso che il fondo censito sia di minore estensione di quella attribuitagli, o che li prodotti non siano sufficienti a coprire l'annuo canone, o che il fondo censito fosse già aggravato da altri pesi ed ipoteche che non lasciassero luogo al pagamento del canone, o che il debitore lasciasse decorrere il triennio senza pagarlo.

8) Non ostante l'assegno fatto nell'istromento di vendita il sig. Pedretti non richiamò plinto i capitali, ma continuò a percepire lo stabilito canone sino in giornata.

9) E massima adottata in giurisprudenza che il diritto del censualista sul fondo censito è un diritto reale inerente al fondo come l'ipoteca speciale, od una servitù che segue sempre il fondo, in qualunque mane esso passi, per cui se è lecito vendere il fondo gravato d'un' ipoteca o di una servitù, lo stesso deve seguire rapporto a stabili censiti passando questi col peso di cui sono gravati nel compratore senza che il creditore possa per l'effetto della avvenuta vendita obbligare il compratore al rimborso del capitale [1]).

10) Da parte del debitore Radice e di lui successori non si lasciò decorrere il triennio, avendo sempre puntualmente soddisfatto l'annuo canone, nè il fondo censito è punto diminuito del suo valore, ed è anzi aumentato mediante le migliorie e la costruzione di nuovi fabbricati in esso fatti, ed è di conseguenza capace di sopportare non solo il pattuitto canone, ma un altro maggiore.

11) In concreto non si riscontra alcuna novazione coll'atto 13 luglio 1840, (quistione subordinata) dacchè con questo non si cambiò punto la natura del contratto apparente dall'istromento 31 dicembre 1788, avendo il compratore Radice dichiarato di riconoscere come col fatto aveva già riconosciuto in creditore dei censi il sig. Pedretti.

12) Non avendo il compratore Radice rimborsato il censualista o chi gli successe del capitale giusta l'assegno contenuto nell'istromento di compera e vendita, emerge chiaro che la di lui intenzione e volontà si era quella di tenere gravato il fondo di tal peso.

13) Quando si avesse creduto di fare una novazione colla ricognizione 13 luglio 1840, sarebbe stato contrattato un termine al

---

[1]) La parte Radice nelle sue conclusioni rileva: che l'alienazione di cui parla l'art. 1021 alinea 2 del Codice Civile, come d'una condizione che autorizza il censualista a ripetere il proprio capitale non poteva comprendere l'alienazione accompagnata dall'assegno del censo a carico del compratore, ma quella sola alienazione al quale si fa tacendo al compratore l'onere censuario gravitante sul fondo, quell'alienazione la quale abbia per effetto di mettere il fondo censito fuori del patrimonio del debitore del censo privando il censualista del pegno pattuito a garanzia tanto del capitale che del canone annuo; e citò una decisione fatta in questo senso della Corte Imperiale di Liegi il 2 maggio 1817 (Censo, Woot. Tit. 1). Questa interpretazione, aggiungiamo, è consentanea ai principii di libera circolazione dei beni.

pagamento, ed espressamente convenuto il rimborso del capitale sborsato dal censualista, ciò che non si riscontra in duell'atto.

14) Colla dichiarazione di cui sopra il compratore Radice non fece che riconoscere il sig. Pedretti come censualista, ma non si obbligò punto al pagamento del capitale.

15) Coll'avere il sig. Pedretti e di lui successori continuato a ricevere il canone pattuito di vecchie lire 75 ha col fatta proprio riconosciuto che i censi sussistevano e non erano caducati, senza di che avrebbe richiamato il capitale per impiegarlo con maggior lucro e profitto.

16) D'altronde la novazione giusta il dispositivo dell'art. 643 del Codice Civile non si presume, ma deve chiaramente risultare dall'atto la volontà di effettuarla, ciò che non emerge dall'atto 13 luglio 1840.

17) E dell'essenza del contratto di censo la proibizione al censualista di poter chiedere ed esigere il capitale sborsato come prezzo della rendita, se non in determinati casi previsti dalla legge ed attribuibili a colpa del censurario, fra i quali non può esser compreso quello della vendita con assegno al compratore del peso censuario.

(Repertorio di giurisprudenza patria etc. Anno I. p. 393 s.)

---

34. Zugrecht. Gesetz wider Gesetz (Glarus).

Das im Jahr 1843 gedruckte Landsbuch des C. Glarus. Erster Theil, enthaltend die sämmtlichen mit der Landsgemeine 1834 in Kraft bestehenden Landesgesetze, bestimmt im § 130, Art. 2. „Ebenso ist von der Landsgemeinde des Jahres 1810 hinweg die Errichtung von Zugrechten gänzlich untersagt, so daß, wenn auch solche von diesem Zeitpunct an errichtet worden wären, dieselben von den Gerichtsstuben als kraftlos und gesetzwidrig angesehen werden sollen.“ Am Rand ist eine Bestimmung von „1801“ als Quelle angeführt, ohne Zweifel das helvetische Gesetz vom 13. Heumonat 1801, welches in § 2 verfügt: „Jedes Zugrecht, das man in Zukunft bei irgend einer Gattung von Verträgen sich ausbedingen würde, soll als null und nichtig angesehen werden.“ Nichts desto weniger scheint, wie in andern Cantonen, so auch in Glarus das Vertragszugrecht mit 1803 wieder aufgelebt zu sein. Was alsdann später nach dem Landsbuch von 1845 weiter in Betreff des Zugrechts im Jahr 1810 geschah, ist aus demselben nicht erkennbar; nur läßt es vermuthen, daß damals das Vertragszugrecht aufgehoben wurde, wie denn in jener Zeit die Tagsatzung mit der Beseitigung der gegen Schweizerbürger gerichteten sog. Gemeindezugrechte sich beschäftigte.

Nichts desto weniger erschien am 29. April 1832 das sog. Saaten-

gesetz, dessen Art. III. feststellt, daß wenn ein „Saatengutsgenosse" seinen „Saatenantheil" verkaufe, die Uebrigen berechtigt seien, die „Saaten" um den Preis von fl. 1. 10 rp. per Klafter zu ziehen und sich anzueignen.

Eine Gemeinschaft von 18 Betheiligten hatte nun von dem Gut Oberbühl (Glarus) 1800 Klafter im Jahr 1817 angekauft und den Boden in 18 gleiche Theile geiheilt, die darauf haftenden Fr. 1200 abgelöst und jeder für seinen Theil wieder Fr. 33. 16⅔ Cts. bezalt. Ueber die Bewerbung und die Rechtsverhältnisse an diesem „Saatengut" hatte nun die Genossenschaft Statuten aufgestellt, wodurch den Genossen das später (1832) allgemein sanctionirte Zugrecht an veräußerten Theilen des Gutes zugesichert ward. Dieses Zugrecht soll bei Anlaß von Veräußerung der „Saatentheile" des Schulvogts Adam Marti und des Abraham Baumgartner auch wirklich ohne Widerspruch ausgeübt worden sein. Als der Vormund der Kinder des Schulvogts J. J. Baumgartner von Engi den Saatenantheil ihres Vaters veräußerte und jetzt Namens der Saatengenossenschaft der Saatenvogt E. Baumgartner sich auch zum Zug erklärte, bestritt ihm der Verkäufer das Recht dazu, gestützt auf Art. 156 des Landsbuchs von 1861, welches in Uebereinstimmung mit demjenigen von 1843 alle Verträge zu Errichtung von Zugrechten überhaupt kraftlos erklärt.

Das Civilgericht Glarus hielt das Zugrecht aufrecht, das Appellationsgericht aber erklärte es (3. November 1864) kraftlos, in Erwägung

daß es sich im vorliegenden Falle um die Frage handelt, ob der Art. III des Saatengesetzes vom 29. April 1832, auf welchen sich das Rechtsbegehren der Appellaten gründet, ein nach § 156 des Landsbuchs unzuläßiges Zugrecht enthalte, oder als erlaubte, statutarische Bestimmung einer Korporation erscheine?

daß nach hierseitiger Rechtsanschauung die Saatengutskorporationen allerdings berechtigt sind, auf eine für ihre Genossen verpflichtende Weise statutarische Bestimmungen über die Benutzungsweise des gemeinschaftlich angekauften Korporationsgutes aufzustellen;

daß indessen diese Statuten niemals im Widerspruche stehen dürfen mit unsern Landesgesetzen, eine Bestimmung aber, welche die Freiheit der Veräußerung beschränkt und nach ihrem eignen Wortlaute zu Gunsten der Saatengenossen ein Zugrecht constituirt, dem § 156 des Landsbuchs, offenbar zuwiderläuft.

(Directe Mittheilung.)

---

35. Ersitzung (Glarus).

Durch Kaufact vom 26. Nov. 1858 erhielt die eidgen. Linthpoliceicommission von Hrn. Altrathsherr Joh. Heinrich Zwicki im

Steinberg zu Mollis die unter der Bezeichnung Laubenbachplatz bekannten Bodenparzelle und Sumpfboden nebst Waldungen. Sie bezalte den Verkäufer, veränderte das Erworbene wesentlich theilweise durch Anlegung einer Fahrstraße an den Jenny'schen Canal, theilweise durch Veräußerung eines Stücks an Melchior Gallati, welcher am 31. December 1858 dieses Gut in Besitz nahm.

Am 12. Februar 1862 verkaufte derselbe Altrathsherr Zwicki das Heimwesen Linthbrücke an Peter Kamm. Dieses Heimwesen umfaßte auch den Laubenbachplatz mit obigem Anhang. Der Kauf wurde im Grundbuch eingetragen und unterm 26. April gl. J. errichtete der Käufer zu Gunsten des Verkäufers auf dem Ganzen einen Pfandbrief über Fr. 14,000.

Da unterlassen worden war, den ersten Kauf in das Grundbuch einzutragen, so sprach der zweite Käufer das Eigenthum an dem Laubenbachplatz an (Rechtsbot vom 10. Febr. 1840).

Die erste und zweite Instanz wies aber diese Ansprache ab.

Allerdings sagt das Glarner Landsbuch I. Art. 185: So lange ein Handänderungsvertrag über liegendes Gut nicht dem Gemeindshypothecarbeamten vorgelegt und von demselben visirt ist, hat er in Rechten keine Gültigkeit

Die Linthpoliceicommission setzte aber diesem Anspruch den Umstand entgegen, daß der Rechtsvorgänger des Peter Kamm mit dem Anspruch der Linthpoliceicommission völlig einverstanden sei und demnach sein Rechtsnachfolger oder sonst ein Dritter den Kauf nicht anfechten könne, um so weniger, als weder Art. 185 cit. noch sonst ein Gesetz aussage, es könne ein Kauf nur durch Scripturen erwiesen werden, indem schon oft Zeugen und Juramente zum Beweis verwendet worden seien. Vielmehr sei der zweite Käufer blos an seinen Verkäufer zu weisen, als Regreßbeklagten. In der That hatte er seinen Verkäufer ins Recht gerufen.

Die zweite Instanz schützte nun den ersten Käufer durch Spruch vom 6. Oct. 1864:

in Erwägung

daß zwar der Vertrag vom 26. November 1858, soweit er sich auf den Eigenthumsübergang des fraglichen Grundstückes von Herrn Altrathsherr Joh. Heinrich Zwicki an die eidgenössische Linthcommission bezieht, nach dem klaren Wortlaute des § 185 des Landsbuchs im Rechten keine Gültigkeit hat und daher keineswegs geeignet ist, den heutigen Rechtsanspruch der Appellatin zu begründen;

daß dagegen bereits seit dem Ende des Jahres 1858 die Linthpoliceicommission und der von ihr angewiesene Melchior Gallati bis zum Februar d. J. sich im ununterbrochenen und unangefochtenen Besitz des streitigen Grundstückes befanden, Erstere dasselbe auch be-

zahlt und durch Anlegung eines Canals wesentlich verändert hat, daher der § 147 des Landsbuchs zu Gunsten der Appellatin zutrifft.

Dieser § 147 lautet: Wer in unserm Lande liegende Gründe zwei Jahre unangefochten besitzt, nutzt und bewirbt und um solche nach 2 Jahren von Einem, der im Lande und seines eigenen Rechtes gewesen, wollte in Anspruch und ins Recht gefaßt werden, der soll im Besitz bestens geschützt und der Ansprecher abgewiesen werden ꝛc.

(Directe Mittheilung.)

---

36. Vertrag. Form oder Inhalt? (Zürich).

Die beklagte Ehefrau des im Canton Zürich niedergelassenen Bürgers des C. Schaffhausen, Bührer, leistete am 28. März 1862 für eine Schuld des Mannes von Fr. 3170 Bürgschaft, und zwar einerseits neben einem „unparteiischen Beistand", E. S., und anderseits neben zwei Brüdern, als den nächsten Anverwandten.

Zur Zeit der Verbürgung war Bührer bereits im C. Zürich niedergelassen.

Später fiel derselbe in Concurs und wurde demnach die Bürgschaft fällig.

Die Ehefrau bestritt ihre Haftpflicht, weil nach dem privatrechtlichen Gesetz von Zürich § 146 zu Eingehung jeder persönlichen Schuld von Seite einer Ehefrau die Zustimmung eines ihr vom Bezirksrath hiezu insonders ernannten Beistandes erforderlich sei, der hier fehle.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht, gab der Ehefrau Recht, indem nach § 6 des privatrechtlichen Gesetzes alle Rechtsgeschäfte hinsichtlich ihrer Form nach dem Gesetze des Orts der Errichtung (C. Zürich) zu beurtheilen seien.

Das Obergericht Zürich, durch Urtheil vom 13. Dec. 1866, ließ aber diese Anschauung nicht gelten,

in Erwägung

— 2) daß die Vorschrift, es bedürfe eine Ehefrau zu Eingehung von Schuldverpflichtungen einer Verbeiständung, nicht als eine die äußere Form des Rechtsgeschäftes, welche je nach der Natur des einzelnen Vertrags, um den es sich handelt, eine ganz verschiedene sein kann, normirende Bestimmung erscheint, vielmehr dieselbe als eine Bestimmung über den Umfang der Handlungsfähigkeit der Ehefrau und als eine Beschränkung der aus der ehelichen Vormundschaft im Allgemeinen herfließenden Berechtigung des Ehemanns, für die Frau verbindlich zu contrahiren oder doch ihren Handlungen durch seine Zustimmung allein Gültigkeit zu verleihen, aufzufassen ist, so daß nicht der citirte § 6, sondern die §§ 2 und 3 des pr. G. Anwendung finden, welche von der Handlungsfähigkeit und den Familien-

verhältnissen, insbesondere von der ehelichen Vormundschaft und dem Güterrechte der Ehegatten handeln (vrgl. Zeitschr. f. zürch. Rechtspflege, Bd. XI, S. 22[illegible]);

3) daß nach den angeführten Paragraphen hinsichtlich der erwähnten Rechtsverhältnisse Personen, die im hiesigen Kanton wohnen, ohne demselben bürgerrechtlich anzugehören, nach dem Rechte ihrer Heimat zu beurtheilen sind, sofern nach dem Rechte ihres Heimatstaates der Grundsatz gilt, daß in den fraglichen Beziehungen das heimatliche Recht auch auf auswärts wohnende Angehörige des Staates Anwendung finde;

4) daß nun nicht bestritten ist, daß im Rechte des Kantons Schaffhausen der auch bei uns geltende Grundsatz anerkannt sei und auch schon im Jahre 1862 bei Eingehung der fraglichen Bürgschaft gegolten habe, daß die heimatlichen Gesetze betreffend Handlungsfähigkeit, eheliches Güterrecht und Vormundschaft auch auf auswärts wohnende Kantonsbürger anzuwenden seien;

5) daß daher im vorliegenden Falle die von der Ehefrau eingegangene Bürgschaft für sie verbindlich ist, sofern bei deren Eingehung diejenige Art der Verbeiständung stattgefunden hat, welche die zu jener Zeit in Schaffhausen gültig gewesenen Gesetze als genügende Ergänzung der Handlungsfähigkeit einer Ehefrau für Intercessionen zu Gunsten ihres Ehemannes erklärten, und nun darüber, daß wirklich diese Ehefrau nach den damaligen Schaffhauser-Gesetzen gehörig verbeiständet gewesen sei, kein Streit herrscht.

(Gwalter Zeitschrift ꝛc. XVII. S. 303 f.)

---

37. Zahlung. Präsumtion für frühere bei Quittirung späterer? (Baselstadt).

Aus Factur vom 27. August 1869 wurde die Frau des Beklagten J. J. Lienhard den Klägern Irmiger Söhne in Menzikon, C. Aargau, den Betrag von Fr. 264. 35 mit dem Genuß eines Sconto von 6% bei Bezahlung innert 6 Monaten schuldig. Ebenso aus Factur vom 4. October gl. J. Fr. 121. 30 zu gleichen Bedingungen. Die zweite Factur berichtigte Beklagte am 2. Februar 1870 dem Reisenden der Kläger, welcher auf der Factur den Sconto abzog und den Rest quittirte. Auf der ersten Factur vom 27. August 1869, welche Beklagte einlegt, findet sich weder ein solcher Abzug noch eine Quittung; Beklagte behauptet jedoch, sie habe selbige Ende November oder Anfangs December 1869 auch berichtigt und in der Eile die Factur als quittirt verlegt.

Da die Kläger dies bestreiten, so beruft sie sich dafür auf eine Frau Grillo, welche die Zahlung gesehen habe, und auf den Umstand,

daß die spätere Factur vorbehaltlos quittirt sei, was wohl nicht geschehen wäre, wenn Kläger nicht für die frühere bezahlt wären.

Das Civilgericht von Basel ließ aber die Sätze der Beklagten nicht gelten, sondern verurtheilte sie durch Spruch vom 13. Dec. 1870 mit folgender Auseinandersetzung:

Der Umstand, daß eine spätere, namentlich eine kleinere Factur vorbehaltlos quittirt vorliegt, erzeugt keine Rechtsvermuthung für die Thatsache, daß die frühere größere Rechnung bezahlt sei. Im Verkehr kommt es sehr häufig vor, daß der Verkäufer, wenn kleinere Käufer mit einer Factur in der Hand Geld bringen, dies gerne in eigenem und in des Käufers Interesse abnimmt und auf die Factur einfach quittirt, weil die Quittung dadurch, daß sie auf die Factur selbst gesetzt wird, als nur auf diese bezüglich sich von selbst darstellt und einen Vorbehalt für andere Schuldpflichten nicht bedarf, welche in der Factur unberührt geblieben sind. Für die Behauptung der Beklagten ist destoweniger Wahrscheinlichkeit vorhanden, als ohne Zweifel bei Bezahlung im Anfang December Beklagte nicht versäumt haben würde, den Sconto abzuziehen und Kläger diesen Abzug wohl ebenso gewiß würde auf der größern Factur aufgemerkt haben, als auf der kleinern, wenn er Bezahlung erhalten hätte.

Entsteht nun eine Rechtsvermuthung aus der Zahlung einer spätern Factur für die Bezahlung einer frühern nicht, so fehlt auch der Hauptpunkt, an den das Einzelzeugniß der Frau Grillo sich anschlösse, welches nur dann einen Werth hätte, wenn es, wie Beklagte glaubt, zur Ergänzung einer Rechtsvermuthung aufträte.

(Directe Mittheilung.)

---

38. Das Zugrecht des Waadtländischen Gültgläubigers (Waadt).

Es ist bekannt, daß im Gültsystem, dem der Capitalverkehr von Waadt noch mit Vorliebe anhängt, bei Verfall des sonst unabkündbaren Capitals das Grundstück, auf dem es haftet, unter sehr leichten Bedingungen den Gläubigern anfällt. Es ist darum naheliegende Folge davon, daß dem Schuldner die Wiedererwerbung (réemption) auch erleichtert und an lange Fristen geknüpft ist. Ueber die Berechnung derselben scheint bisher Zweifel gewaltet zu haben. Für den Credit des Cantons ist darum der vorliegende Entscheid des Cassationshofes des C. Waadt (29. Sept. 1869) nicht gleichgültig.

Der Fall, auf den er sich bezieht, ist sehr einfach. Am 29. Juli 1868 war die Hypothecarcasse in mehrere Liegenschaften des Hch. Corbaz eingewiesen worden, die ihr als Pfand zugeschlagen worden waren. Der Ausgepfändete übte die Wiederlösung in der Frist von

drei Monaten nicht. A. Berche-Rost übte nun einen ersten Ueberschlag (premier retrait); am 17. Februar 1869 Franz und J. P. Vaulthey einen Nachschlag, dem aber Berche-Rost entgegentrat, weil er verspätet sei. Die Nachschläger traten nun klagend gegen ihn auf und boten Zalung an, sofern Berche darthue, daß er die Hypothecarcasse für Capital, Zinsen und Kosten befriedigt habe. Berche-Rost betrachtete den Nachschlag für verspätet, anerbietet aber seinerseits Ausübung der den Nachschlägern zustehenden Rechte resp. Titel gemäß Art. 196: Tout possesseur peut empêcher le retrait en payant la crèance du retrayant. Nun sagt der Code de procédure civile (partie non contentieuse) vom 14. Febr. 1857 in Art. 172: Le débiteur peut, dans le délai d'une année, dès l'ordonnance de la mise en possession ou dès la vente, rentrer de ses immeubles ôtagés ou subhastés. 176. La réemption est annoncée par mandat, dans l'année dès l'ordonnance de mise en possession ou dès la vente. Elle peut aussi être convenue de gré à gré dans le même dèlai; mais cette convention doit avoir date certaine. 182. L'acte de réemption ou de renonciation à la mise en possession est instrumentè devant notaire dans les trois mois dès le dèlai accordé au débiteur pour réemptionner. Outre les désigations obligatoires, le notaire donnera au juge de la saisie avis des actes de réemption ou renonciation, afin que mention en soit faite au registre des poursuites, en marge de l'ordonnance de mise en possession ou du verbal de vente aux enchères. 186. Le retrait ne peut être exercé qu'après l'année accordée pour la réemption. —

Darauf gestützt schützte das Bezirksgericht von Lausanne die Ueberschläger in ihrem Rechte durch Spruch vom 7. Juli 1869, bestätigt vom Cassationshof am 29. Sept. gl. J., da sich ergeben

Que Berche-Rost s'est pourvu contre le jugement du tribunal civil par deux moyens de réforme, dont le premier consiste à dire qu'en admettant que le délai pour opérer retrait ne court que depuis celui accordé au débiteur pour instrumenter l'acte de réemption, ce qui porte, en définitive, ce délai à 15 mois dès la révestiture ou la vente, le tribunal a fait une fausse application des principes admis en matière de réemption et de retrait, particulièrement de ceux énoncés aux articles 172, 176 et 186 du C. p. p. n. c.

Considérant que l'art. 172 accorde au débiteur un délai d'une année dès l'ordonnance de mise en possession, ou dès la vente, pour rentrer en possession de ses immeubles ôtagés ou subhastés, et que l'article 182, complétant cette disposition, décide que l'acte de réemption doit être instrumenté dans le délai de trois mois dès l'expiration du délai pour réemptionner;

Q'ainsi, et à forme des dispositions ci-dessus, le débiteur ex-

proprié a, au maximum, un délai de 15 mois pour rentrer en possession de ses immeubles, moyennant avis donné dans l'année, de son intention d'opérer la réemption et passation de l'acte de réemption dans les trois mois qui suivent;

Que, partant, pendant ce dèlai de quinze mois, il conserve un droit virtuel sur la ci-devant propriété;

Attendu, d'un autre côté, que l'art. 186 statue que le retrait ne peut être exercé qu'après l'expiration de l'année accordée pour la réemption;

Attsndu que, bien que le sens littéral de cet article semble indiquer qu'il y a lieu à ouverture du droit de retrait aussitôt après l'expiration de l'année pour annoncer la réemption, l'ensemble des dispositions de la loi, et particulièrement le texte si précis de l'art. 182, montrent que ce droit ne peut, en réalité, prendre naissance qu'après l'échéance du délai subséquent accordé pour passer l'acte de réemption;

Que l'on ne saurait du reste comprendre l'utilité d'un droit de retrait à un moment où le débiteur a encore la faculté de réemptionner et de rentrer en possession de l'immeuble exproprié;

Que cette interprétation est d'ailleurs celle qui concilie le mieux les intérêts du débiteur et ceux de ses créanciers, en ce qu'elle évite l'exercice simultané de deux droits qui, par la nature même des choses, ne peuvent coexister, les droits de retrait sur l'immeuble exproprié ne pouvant forcément prendre naissance qu'alors que celui du débiteur est définitivement et irrévocablement éteint.

(Journal des tribunaux vaudois. XVII. pp. 421ss. 617 ss.)

---

39. Kündigung an den Schuldner. Rechtlicher Character derselben (St. Gallen).

Zu Gunsten des Dr. Scherb war am 26. Jan. 1864 auf der Liegenschaft des Karl Meiri in Rudlen (C. St. Gallen) ein Pfandbrief von Fr. 14000 durch den Gemeinderath von Degersheim erkannt worden. Durch Transfix vom 29. Sept. 1868 erwarb denselben die Handelsbank von Basel. Ihm giengen in früherer Hypothek vor Fr. 64,000. Da aber das Pfand vom Gemeinderath auf Fr. 157,300 geschätzt war, so ward angenommen, die Sicherheit sei eine genügende, indem für die Richtigkeit der Schatzung vier Jahre lang der Gemeinderath haftete (Hypothecargesetz von St. Gallen vom 19. Nov. 1831. Art. 25). Um diese Sicherheit zu genießen, kündete die Handelsbank 11 Tage vor Ablauf der Haftbarkeitsfrist den Brief und eröffnete nach Ablauf der Kündigungsfrist die Betreibung, welche die Versteigerung des Pfandes und für die Gläubigerin den vollen Verlust ihrer Forderung zur Folge hatte. Sie gelangte nun an den Gemeinderath um Ersatz. Dieser erachtete seine Haftbarkeit der Zeit nach als erloschen, über-

dies auch das Klagrecht des Gläubigers dadurch ausgeschlossen, daß er während des Briefbestandes Schwächung des Pfandes durch den Schuldner duldete, abgesehen davon, daß er nicht haften könne für den Werth von Objecten, die in der Gemeine Oberutzwil, nicht in dem Bereich von Degersheim liegen.

Beide Instanzen wiesen auch wirklich die Klagpartei ab, das Cantonsgericht St. Gallen am 15. September 1869 u. A. in Betracht: — 3) daß im obschwebenden Rechtsstreit vor Allem zu untersuchen und zu entscheiden ist, wie die in Art 25 des Hypothecargesetzes ausgesprochene Garantiefrist von 4 Jahren zu berechnen sei, indem Klägerin diesen Termin dahin verstanden wissen will, es bedürfe Seitens des Pfandgläubigers innert der Frist von Nennung des Pfandbriefes bis zum völligen Ablauf der 4 Jahre lediglich der Abkündung der Schuld, die Abkündung sei nun innerhalb dieser Frist geschehen; die Beklagten dagegen behaupten, der Verlust der Pfandschuld müsse innert der Garantiefrist festgestellt sein;

4) daß die Ermittlung des Schadens innert der Garantiefrist im Sinne der beklagt. Behauptung weder gesetzlich gefordert ist, noch rechtlich angenommen werden könnte; daß aber auch die bloße Abkündung des Kapitals innert der vierjährigen Frist nicht genügt, um daraus die Verantwortlichkeit der brieferkennenden Behörde abzuleiten, weil die Abkündung ihrem wesentlichen Character nach weder eine schuldentriebrechtliche Handlung bildet, noch eine Forderung an und für sich fällig macht, da die Fälligkeit der Forderung erst mit dem Moment des Ablaufs der Abkündungsfrist eintritt, vor dem Eintritt der Einzügigkeit einer Forderung gegenüber dem Garantiepflichtigen weder Rechte zu Gunsten des Pfandgläubigers noch für letztern auch Schadenersatzpflichten erwachsen, weil bis dahin weder von einem wirklichen noch von einem drohenden Verlust die Rede sein kann;

5) daß nun das kläger. Rechtsbegehren um Haftbarkeitserklärung des Gemeinderathes von Degersheim gegenüber der Thatsache, daß die Abkündung der Kapitalschuld nicht mindestens ein halbes Jahr, sondern erst 11 Tage vor gänzlichem Ablauf der Garantiefrist erfolgte, mithin bei Ablauf der Garantiefrist die klägerische Forderung weder einzügig noch schon verlustig war (sich nicht halten laßt).*)

(Directe Mittheilung.)

---

40. Forderung. Wiefern Unzulässigkeit der Betreibung? (Schwyz).

Durch Schuldschein vom 9. Febr. 1865 verpflichtete sich Franz Märchi in Küßnacht (C. Schwyz) dem Joseph Märchi zu allmäliger

*) Die eingeklammerte Stelle befindet sich in der Abschrift der Redaction nicht.

Abzahlung von Fr. 3000 in Raten von Fr. 500 und zum jährlichen Zins von 5 vom Hundert ab dem jeweilen Ausstehenden, beides „nach Belieben und Schicklichkeit" des Schuldners. „Dem Creditor soll das Recht des Einzugs dieses Schuldpostens zu keiner Zeit zustehen."

Darauf berief sich nun auch der Schuldner, als die Erben des Gläubigers von ihm jährliche Ratenzahlungen von Fr. 500 verlangten. Bei der Pfandanzeige erhielt er einen Rechtsvorschlag, „weil er Gegenrechnung habe." In der Streitverhandlung aber bestritt er den Erben die Befugniß zur Rechtsverfolgung und anerbot Hypothek auf sein Haus und jährliche Abzahlung von Fr. 200 bis nach seiner Eltern Tod er Fr. 500 abtragen könne. Die Erben meinten, da der Creditor den Schuldschein nicht unterzeichnet, haben sie auch die Ausschließung der Verfolgung nicht anerkannt. Uebrigens habe Beklagter seine Schuldpflicht anerkannt, indem er bei dem Rechtsvorschlag Gegenrechnung vorbehalten.

Beide Instanzen, das Bezirksgericht Küßnach am 14. Sept. 1867, das Cantonsgericht am 18. Oct. gl. J. hielten aber den Franz Märchi an, der Kündigung Folge zu geben, die letzte Instanz

in Erwägung

1. daß das Obligo vom 9. Febr. 1865 ein Kopfschuldverhältniß*) und keine Capitalschuld in dem Sinne repräsentirt, daß darauf das Landrecht des Bezirks Küßnacht über die Aufkündbarkeit der Capitalien (§ 19 Ziff. 1) Anwendung finden kann;

2. daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Contrahirung einer Schuld die Rückzahlungspflicht in sich begreift und Bedingungen rechtlich unhaltbar sind, durch welche, wie im gegenwärtigen Fall, jene Rückzahlungspflicht dadurch factisch aufgehoben würde, daß die Erfüllung derselben der Willkühr des Schuldners anheimgestellt wird;

3. daß die Appellantschaft selbst durch heutige Erklärung eine jährliche Abzahlungspflicht in Raten von 200 Fr. anerkannt übernommen hat, im Schuldschein vom 9. Februar 1865 aber der Betrag der Ratazahlungen zu Fr. 500 festgesetzt wird.

(Directe Mittheilung.)

---

41. Wiefern Zeitbestimmung bei Kauf als Bedingung gelte? (Zug).

Am 14. Dec. 1865 kauften die Herren Melly Forget & Cie. in Liverpool von dem Hause D. Jersey & Cie. in Bombay 400 Ballen ind. Baumwolle, von Dharwar kommend, und wie americanische

*) Kopfschuld heißt die persönliche Ansprache. Ihr gegenüber steht die Hypothek.

Baumwolle gereinigt („Sawginned"), in Qualität schön, von letzter Ernte, auf dem Schiff Sawely Chludow befindlich. Diese 400 Ballen anerbot mit Brief vom 18. Dec. gl. J. der Agent der Käufer in Zürich auf deren telegraphische Zusage der Baumwollenspinnerei Cham, C. Zug, 200 in folgender Fassung des Anerbietens: Offrons 200 B. nouveau fair Sawginned par Chludow départ décembre à 18." und mit folgendem Zusatz: „Die Baumwolle würde also ungefähr im März eintreffen und auch erst nach Ankunft facturirt werden.... Sie können auf eine ausgezeichnete Waare rechnen und haben keinerlei Risico für die Reise...." Am 19. Dec. gl. J. nahm die Spinnerei das Anerbieten für 150 B. in Zürich mündlich an und am folgenden Tag bestätigte der Agent, der das Anerbieten gestellt hatte, das Geschäft: „Ich hatte gestern das Vergnügen, für Rechnung der Herren Melly Forget & Cie. in Liverpool zu verkaufen 150 B. nouveau fair Sawginned par Chludow départ décembre à 18 den., welches Geschäft ich Ihnen hiemit bestätige.

In der Regel geschieht die Seereise von Bombay nach Liverpool in 105 Tagen. Die Waare war also, wenn der Chludow am 31. December 1865 abgereist wäre, ungefähr auf Mitte April 1866 zu erwarten. Am 21. April d. J. schrieb die Spinnerei an den Zürcheragenten: „Die auf Lieferung gekauften 150 B. Sawginned werden nun vielleicht schon angekommen sein oder doch nächstens bei Ihnen ankommen. Wir bitten Sie, die Waare mit aller Gewissenhaftigkeit prüfen zu lassen und unsre Interessen nach allen Richtungen bestmöglich zu wahren. Im Fernern wollen Sie die Güte haben, uns nach geschehener Prüfung eine starke Durchschnittsmasse zugehen zu lassen. Wir bitten Sie, die Waare einstweilen auf Lager zu nehmen und uns vor der Hand nicht mehr denn 50 B. anher zu senden, wenn Sie dieselben nach sorgfältiger Prüfung in Empfang genommen haben werden"....

Die Antwort von Liverpool erfolgte am 24. Mai: die Baumwolle werde vor Ende Mai nicht da sein; sie bieten vorläufig 50 B., auch beau Sawginned zu 12 3/4 den. an. Aus den Schiffsbülletins ergab sich, daß der Chludow erst am 7. Febr. 1866 von Bombay abgefahren war. Die Spinnerei, in Erwiderung auf diese Mittheilungen erklärte am 26. Apr. gl. J., sie habe die Waare auf die Clausel „départ Décembre" gekauft und auf Ende April erwartet und ihre Dispositionen darnach getroffen; sie müsse also nun, bei solcher Anzeige, die Waare (ganz) zur Verfügung des Käufers lassen. Melly Forget & Cie. bestritt die Zuläßigkeit dieser Annahmweigerung und fügte bei: Si Cham insiste, nous remplacerons avec même cotons parti Décembre arrivant maintenant. Pouvons pas perdre différence en prix." Auch diese Ersatzleistung verbat die Spinnerei. — Am 28. April gl. J. erwidert sie: auf Anzeige, daß die 150 B. Sawginned erst Ende Mai

ankommen können, habe sie ihre Dispositionen nun derart getroffen, daß sie dieselben nun gar nicht mehr bedürfe und daher auf die diesfällige Proposition nicht eintreten könne. — Schon am 26. April hatten die Verkäufer weiter brieflich angetragen: habe die Spinnerei auf gegenwärtige Lieferung gerechnet, so wollen sie derselben 150 B. zum Verkaufpreis von 18 den. ablassen, aber ohne Erfolg. Auch die Anzeige, vom 22. Mai gl. J.: „der Chludow sei nun angekommen und die 150 B. seien zur Verfügung der Spinnerei" — blieb unter diesen Umständen fruchtlos, sowie dringende Vorstellungen über die Rechtsseite der Sache. Unter diesen waren Gutachten von Sensalen aus Liverpool, welche die Usanzen dieses Platzes bezeugten, auf welche hin Melly Forget & Cie. ihren Handel mit Bombay geschlossen hatten. Danach wäre ganz gleichgültig, wann ein Schiff ankomme, sobald auf ein genanntes Schiff gekauft worden sei. Davon wird unterschieden der Fall, da auf einen genannten Monat (des Abgangs) geschlossen worden, wobei dann ein Schiff nicht genannt werde. —

Aus den Preiscouranten gieng hervor, daß das Streitobject nach dem Kaufpreis einen Werth von 3800 Pfund St. (Fr. 95,000) darstelle und im April 1866 auf Fr. 63,000 zu stehen gekommen wäre, im Mai aber nur auf Fr. 45,000, also sich ein Abschlag von circa 50,000 Fr. auf diese Waare ergebe.

Melly Forget & Cie. traten nun vor den Zugergerichten klagend auf, ließen aber später den Antrag auf Remplacement fallen, so daß nur die Hauptfrage über Pflicht zu Abnahme der 150 B. zum Entscheid vorlag. Zu Unterstützung ihres Begehrens legten sie Gutachten der Prof. Regelsberger in Zürich und Goldschmid und Bluntschli in Heidelberg ein. Die Spinnerei Cham beharrte auf ihrer Ablehnung und ließ zu ihrer Unterstützung ein Gutachten des Hrn. Nationalrath Suter in St. Gallen drucken.

Die Klagpartei stützt ihr Begehren darauf, daß am Ende April die Spinnerei Baumwolle vollkommen gleicher Qualität haben konnte, die im December 1865 abgegangen sei, oder Ende Mai solche, die mit dem Chludow abgegangen sei. Stütze sie sich auf „départ Décembre", so treffe das erste ein, stütze sie sich auf „par Chludow", das zweite. — Die Clausel könne dreifachen Sinn haben: 1. blos berichten, daß der Chludow im December abgehe. Dann wären die Verkäufer blos verantwortlich, wenn die Käuferin durch die unrichtige Anzeige zum Kauf bestimmt worden wäre und die Verkäufer um die Unrichtigkeit bei der Anzeige wußten oder wissen konnten. 2. Versprechen, daß der Chludow im December abgehe. Dann sei der Verkäufer zunächst pflichtig, seine Klagerechte gegen den abzutreten, den die Schuld am Nichtabgang trifft, oder strenger genommen, selbst haftbar, aber nur für erweislichen Schaden des Käufers. 3. Bedingen, dann könnte, wenn der Chludow nicht abgehe, weder

der Verkäufer auf Abnahme, noch der Käufer auf Lieferung klagen. Es komme also darauf an, was die Parteien verstanden, oder, wenn dieß nicht zu ermitteln sei, was als verstanden gelte? Nun bilde die Antwort des Käufers vom 19. December 1865 eigentlich nur ein Ja auf die Offerte des Verkäufers vom 17ten gleichen Monats und es müsse die Clausel also offenbar in dem Sinne ausgelegt werden, wie sie der verstand, von dem sie ausgieng: der Verkäufer Und dieser habe sie im Liverpoolersinn verstehen müssen. Diesen Sinn ergeben die Parere der Liverpoolersensalen, den der Käufer um so mehr gelten lassen müsse, als er verständiger- und vorsichtigerweise eine Garantie in der Clausel nicht finden konnte und, wollte er eine solche, sie ausdrücklich verlangen mußte. — Wäre auch nicht so sicher, als die Parere es behaupten, der Sinn der Clausel im Handel festgestellt und der Satz, daß Zeitbestimmung der Bedingung gleichkomme, im englischen Recht nicht ausgebildet, so komme in Betracht die gemeine Rechtsregel, welche immer im Zweifel für Aufrechthaltung des Vertrages spreche, nicht für Auflösung. — Und selbst wo der Verkäufer im Verzuge erfunden wäre, sei dann noch fraglich, ob der Verzug von ihm verschuldet und ob eine Mahnung vorangegangen, welches beides hier nicht zutreffen würde; vielmehr sei der Verzug in seinen Folgen aufgehoben durch das Anerbieten von Ersatz. Denn damit war dem einzigen rechtlichen Interesse des Käufers genügt. Die strengen Folgen, welche ausnahmsweise bei genau präcisirten Lieferungsverträgen eintreten, können hier nicht geltend gemacht werden, weil die Clausel ein solches nicht mit sich bringe. — Vollends, sei also die Clausel „départ Décembre“ für den Käufer kein Grund zu Anfechtung, so könne auch die Clausel „par Chludow“ dies nicht sein. Nicht einmal das stehe ja fest, ob der Verkäufer mit dieser Clausel zu mehr gehalten sei, als die Waare zu liefern, falls sie, und soweit sie mit dem Chludow komme; käme aber der Chludow nicht an oder brachte so viel Waare nicht, als gekauft, ob dann der Verkauf nicht einfach für beide Contrahenten aufgehoben sei? — Und sollte etwa der Vertrag auf ein bestimmtes Schiff, eine sog. „Specialisirung“, liegen, in dem Sinn, daß gerade Waare, wie sie in dieses Schiff verladen worden, bezogen werden wolle, so müßte vom Augenblick der Verschiffung an die Gefahr auf den Käufer gehen. Dieß sei ja aber durch die Clausel: „Sie haben keinerlei Risico für die Reise“ ausgeschlossen, und nicht etwa als Ausnahme, sondern gerade umgekehrt als selbstverständlich ausgesprochen, um so mehr als ja auch die spätere Auswahl der 150 B. aus den 200 an Bord des Chludow Sache der Verkäufer war und dem Käufer das Wahlrecht nicht zustand noch er solches ansprach. Alles was der Chludow oder die Zusage „même coton parti Décembre“ garantiren konnte, war die Herkunft unmittelbar aus dem Productionsgebiet. —

Die beklagte Partei hebt hervor, daß im Telegraphenverkehr bei der Kürze der Fassung von keinem Worte angenommen werden könne, es sei unwesentlich, am wenigsten wo daraus Verträge entstehen sollen. Und so müsse die Clausel „départ Décembre" den Lieferungstermin bezeichnen wollen, weil aus départ auf arrivée geschlossen werden könne. Da die Ankunft von vielen Zufällen abhange und darum nicht voraus angegeben werden könne, so beschränke man sich auf die Bezeichnung des Anfangs, der dann aber um so mehr Gewicht erhalte und als ein von Zufällen unabhängiger um so fester einzuhalten sei, gleichviel wie diese Bestimmung dann heißen möge: Bericht, Garantie oder Bedingung. — Sollten auch wirklich Kläger gegenüber ihren Verkäufern aus dieser Bezeichnung der Abfahrt für sich nichts ableiten können, so sei dieß für die Beklagte gleichgültig, die auch an den Vortheilen nicht Theil habe, welche Kläger genießen mögen. — Sagten die Kläger in ihrer Offerte mehr zu, als sie wissen oder bewirken konnten, so thaten sie es auf ihre Gefahr. Beklagte durften darauf um so fester zählen, als sie ihnen diese Zusage nicht abgedrungen hatten, aber allerdings, ohne die Zusage auch den Vertrag nicht eingegangen haben würden. — Auf die Aussagen der Baumwollensensale aus Liverpool über dortige Usanzen sei in Zug offenbar nicht abzustellen, da der Vertrag nicht auf diese abgeschlossen worden, und ja auch ganz ungewiß bleibe, was diesen Sensalen vom Vertrag zwischen den heutigen Parteien gesagt worden sei. Welche Zuverläßigkeit diese Aussagen haben, ergebe die völlig entgegengesetzte Erklärung von 3 Baumwollenmäklern, Mitgliedern der dortigen Cotton Brokers Association, vom 4. Aug. 1866: „In Bezug auf ein unter folgenden Bedingungen abgeschlossenes Geschäft: 150 B. neue fair Sawginned Surate Baumwolle, auf Lieferung verkauft per Chludow aus Bombay im December absegelnd," daß die obigen Worte deutlich ausdrücken, daß wenn der Vertrag gültig sein soll, das Schiff Chludow am oder vor dem 31. December mit der Baumwolle absegeln muß, wo nicht, so hat der Verkäufer das Recht, den Vertrag gänzlich aufzuheben, da der Verkäufer von dem Recht ausgeschlossen ist, andere im December abgegangene Baumwolle dafür zu substituiren, aus dem einfachen Grunde, weil der Name des Schiffes im Vertrag bezeichnet ist." Dieses Gutachten sei mitunterzeichnet von einem der Unterzeichner des von dem Kläger eingelegten Aussagen: Finlay Robertson & Cie. — Vielmehr sei auf die Regeln des neuern Handelsrechtes zu achten, welches beim Lieferungskauf an die Nichteinhaltung für den Käufer die Wahl knüpfe zwischen Rücktritt oder Klage auf Erfüllung oder auf Schadenersatz. Was nicht zur Zeit geliefert sei, gelte als gar nicht geliefert. Und daß ein Lieferungsgeschäft vorliege, könne nicht bezweifelt werden, sobald im Vertrag eine Zeit für die Lieferung festgesetzt sei, direct für Ankunft

oder indirect durch Bestimmung der Abgangsfrist. — Und dieses Rücktrittsrecht dürfe denn auch nicht verkürzt werden durch die Aufstellung der Pflicht zu Annahme substituirter Waare an Stelle der specialisirten und individualisierten. Warum denn Kläger sonst auf die Anfrage des Beklagten dd. 21. April 1866 nicht einfach jene vorhandene substituirbare Baumwolle geschickt?

Das Cantonsgericht von Zug wies durch Urtheil vom 10. October 1866 die Kläger ab:

In Erwägung

1. daß es sich laut gestelltem Rechtsbegehren um die Aufrechthaltung resp. Nichtigkeitserklärung eines Kaufgeschäftes um bewegliches Gut handelt;

2. daß dieses Kaufgeschäft unbestritten am 19. Dec. 1865 in folgendem Wortlaute abgeschlossen wurde: 150 B. Baumwolle nouveau fair Sawginned par Chludow départ Décembre à 18 den.;

3. daß Kläger trotz dem angeführten Wortlaut des Kaufes die Verabredung eines Lieferungstermines bestreiten wollen, was unzuläßig erscheint, indem

a. schon im Allgemeinen bei den bekannten großen Schwankungen der Baumwollenpreise nicht denkbar scheint, daß ein Käufer sich auf einen ganz unbestimmten oder willkührlichen Lieferungstermin einlasse,

b. im speciellen Falle der Vertrag durchaus nicht sagte, daß der Käufer die Lieferungszeit dem Verkäufer freistelle, wohl aber gegentheilig, daß der Chludow im December 1865 abzureisen habe;

c. die Worte „dèpart Décembre“ in ihrer natürlichen Fassung und Auslegung nicht anders heißen können als daß das Schiff spätestens Ende December abzugehen, daher die Waare Mitte, spätestens Ende April 1866 in Liverpool einzutreffen habe;

4. daß Kläger selbst zugeben, daß das Schiff Chludow nicht im December 1865, sondern erst am 7. Februar 1866 von Bombay absegelte und am 22. Mai in Liverpool ankam, nach einer Fahrzeit von 105 Tagen, woraus erhellt, daß das gleiche Schiff, wenn es am 31. Dec. 1865 abgegangen wäre, am 15. April 1866 in Liverpool hätte eintreffen können;

5. daß Kläger demgemäß nicht im Falle waren, eine sehr wesentliche Bedingung, nämlich die Lieferung der Waare innert dem Termine einzuhalten, d. h. im December per Chludow abgegangene und bis circa Ende April in Liverpool angekommene Waare zu liefern;

6. daß die Beklagte als Käuferin schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, da eine der Hauptbedingungen des Vertrags: „départ Décembre“ von den Klägern als Verkäufern nicht erfüllt ist, zu Einhaltung des getroffenen Geschäftes nicht verpflichtet werden kann und nach den Grundsätzen des Handelsrechtes selbstverständlich eine ver-

spätete Lieferung nicht annehmen mußte, sondern sie mit vollem Recht zurückweisen konnte und wirklich auch anerkanntenmaßen zurückgewiesen hat

7. daß die Frage: ob die Beklagte mangels rechtzeitigen Eintreffens des Chludows von den Klägern gleiche, aber andere, als die bestellte und auf diesem Schiff befindliche Waare hätte annehmen müssen, nicht mehr zu erörtern ist, da Kläger durch nachträgliche Aenderung ihres Rechtsbegehrens mit Zustimmung der Beklagten hierauf verzichteten;

8. daß die fernere Einwendung der Kläger, als habe die Beklagte sich den Vorschriften und Gebräuchen des Liverpooler Handelsrechtes zu unterziehen, hinfällig ist, indem

a. der Wortlaut fraglichen Vertrages eine solche Bedingung nicht enthält;
b. der Kauf der Kläger mit D. Jersey & Cie. in Bombay um 400 B. die Beklagte nichts angeht;
c. der streitige Kauf im C. Zug abgeschlossen worden und daher nach hiesigem Recht beurtheilt werden muß;
d. überdieß die von den Klägern angerufenen Grundsätze durchweg nicht als Handelsrecht von Liverpool nachgewiesen sind.

(Directe Mittheilung.)

---

42. Differenzgeschäfte. Klagbarkeit (Baselstadt).

Durch Vermittlung von Gustav Glock dahier erhielten die Herren Carl und Paul Fränkel zu Hamburg im Jahr 1867 verschiedene Aufträge des H. Krattiger zum Verkauf von Waizen, und zwar:

1º	60	Last	per	Juni/Juli	zu 160	Thlr. Bco.	=	Rth.	28,800. —
2º	40	„	„	Juli	„ 150	„	=	„	18,000. —
3º	40	„	„	Juli/Aug.	„ 150	„	=	„	18,000. —
4º	40	„	„	Juli/Aug.	„ 144	„	=	„	17,280. —
5º	60	„	„	August	„ 150	„	=	„	27,000. —
	240	Last						Rth.	109,080. —
				abzüglich Commission und Courtage				„	1,282. 13
								Rth.	107,797. 03

und für Ankauf:

am 22. Juli	100	Last	per	Juli	zu 169	Thlr. Bco.	=	Rth.	50,700. —
„ 31. Aug.	140	„	„	Juli/Aug.	„ 157½	„	=	„	66,150. —
								Rth.	116,850. —
				zuzüglich Commission und Courtage				„	1,190. —
								Rth.	118,040. —

so daß die Differenz zu Lasten des Beklagten sich herausstellt auf . . . . . Rth. 10,242. 13
woran Kläger ihm gutbringen laut Uebertrag von dem Guthaben von Gustav Glock . . . „ 1,202. 11

so daß zu Lasten des Beklagten Rth. 9,040. 02
restieren oder à $^{19}/_{19}$ . . . . . Fr. 17,176. 25
welche Summe die Kläger nebst Zins à 6% seit 4. September 1867 vom Beklagten verlangen.

Der Beklagte stellt dieser Forderung drei Einwendungen entgegen, deren erste und zweite das Ganze beschlägt, die dritte den Verkauf der letzten 60 Last vom 6/8. Juli 1867.

1) Die Forderung sei aus einem Geschäft entstanden, bei welchem weder Verkauf noch Kauf von der einen oder andern Partei ernst gemeint, sondern einfach die Absicht gewesen sei, den Unterschied zwischen dem Preise des Verkauftages und dem des Kauftages zu Gunsten oder zu Lasten des Beklagten dienen zu lassen. Das Geschäft sei demnach als hohes Spiel unklagbar.

2) Die Handlungsweise der Kläger sei eine unredliche gewesen, und die Kläger können auch aus diesem Grunde nicht aufkommen, indem sie einen am 31. Mai empfangenen Auftrag erst am 1. Juni als vollzogen notirten, dagegen einen am 29. Juni ihnen zugesandten sofort am 1. Juli; während im erstern Falle bei sofortigem Handeln sie hätten höher verkaufen können, ebenso wie im zweiten bei längerm Warten.

3) Der Auftrag zum Verkauf Nr. 5 vom 6/8. Juli von 60 Last per August zu 150 Thlr. Bco. sei einseitig und eigenmächtig von G. Glock gegeben und rühre nicht von ihm, dem Beklagten, her, könne ihn also nicht berühren.

Diesen Einwendungen stellen Kläger die zwei Schreiben des Beklagten vom 9. und 13. November 1867 entgegen, in welchen er die verschiedenen Geschäfte anerkennt und Zahlung verspricht, abgesehen davon, daß das Geschäft kein Spiel, sondern dem Beklagten freigestanden sei, die Verkäufe selbständig zu realisiren. Und speziell den Einwendungen 2 und 3 stellen sie ihre Briefe dd. 1. Juni und 8. Juli 1867 entgegen, auf welche Beklagter ihnen nie geantwortet habe, so daß er nach allen Regeln guter Treue als einverstanden zu betrachten sei.

In Betreff der unter 2 erwähnten Geschäfte anerkennt dieß der Beklagte insoweit, als er überhaupt eine Verpflichtung anerkennt, zahlen zu müssen.

Das Civilgericht Basel ließ sich aber durch die Vorbringen des Beklagten nicht bestimmen, die Unklagbarkeit der Differenzgeschäfte auszusprechen. In seinem Spruch vom 6. Februar 1868 führte es seine Anschauung folgendermaßen aus:

Was die letzten zwei Einwendungen des Beklagten betrifft, so könnte so wenig als die zweite mit Erfolg die dritte vom Beklagten erhoben werden, da Kläger in ihrem Briefe vom 8 Juli ihm ausdrücklich und direct das abgeschlossene Geschäft anzeigten und Beklagter sie ohne jegliche Antwort ließ, während eine Antwort ohne allen Zweifel seine Pflicht gewesen wäre.

Es kann also nur die allgemeine Frage einer Erörterung anheimfallen, ob Differenzgeschäfte hier Rechtsschutz genießen sollen?

Hiebei fällt vor Allem in Betracht, daß Recht und Gesetz den Richter anweisen, im Allgemeinen ernstlich gemeinten Verträgen Recht zu halten. Wenn nun die Gerichts-Ordnung (§ 459) dem Mandat ausdrücklich dieses Recht nur gewährt in ehrlichen Sachen und hier unzweifelhaft ein Mandat, zu verkaufen und zu kaufen vorliegt, so beschränkt sich die Frage darauf, ob hier eine Art von Geschäft vorliege, die als „ehrliche Sache" gelten könne. Veranlassung zu dieser Frage liegt allerdings insoweit vor, als offenbar hier der Commissionär und der Contrahent des Beklagten eine und dieselbe Person ist; ein Verhältniß, das im Commissionsgeschäft nur ausnahmsweise Geltung ansprechen kann, indem die Ansprüche des Committenten auf Vertretung seiner Interessen dabei wesentlich gefährdet erscheinen. Eine Ausnahme ist nun aber gerade für die Fälle anerkannt, wo, wie im vorliegenden Falle, die Controlle gehöriger Vertretung dem Committenten dadurch gewährt wird, daß er die Tagespreise aus den Börsen- oder Marktzedeln mit ziemlicher Zuverlässigkeit erkennen kann.

Ist nun dem Geschäft an sich die Bezeichnung „ehrlich" nicht abzusprechen, so kann es auch nicht als Spiel oder hohes Spiel von vornherein von den Schranken weggewiesen werden. Hiezu müßte feststehen, einmal, daß wirklich das Differenzgeschäft unter den Begriff des Spiels falle, und dann, daß diese Auffassung auch diejenige der Gesetzgebung gewesen sei, als sie dem hohen Spielen den Rechtsschutz entzog. Den Beweis hiefür hat Beklagter nicht erbracht. Die Entziehung des Rechtsschutzes darf aber nicht auf leichten Präsumtionen ruhen, sondern nur bei zwingendem Gesetz erfolgen.

Wenn endlich gegen das Geschäft die Thatsache angerufen wird, daß Anderes, nämlich ein reales Lieferungsgeschäft vorgegeben, Anderes, nämlich Gewinnung der Differenz von einer Seite, gemeint sei, so genügt dies darum nicht, weil das Gemeinte von Beiden gemeint, und darum Keiner getäuscht wird. Die Thatsache, daß Summen und Leistungen in Rechnung fallen, die mit dem Vermögen des Contrahenten in keinem Verhältniß stehen, gibt dem Geschäfft wohl das Gepräge des Schwindels, in den ordentliche Kaufleute nicht eintreten, aber dieß entzieht dem Geschäft nicht die Möglichkeit, rechtlich wirksam zu werden, so wenig als bei Aussicht auf große

Betheiligung an einem Anleihen unverhältnißmäßig große Summen-Unterschriften die Rechtskraft verlieren.

Es könnte darum gegen den Rechtsbestand des fraglichen Geschäftes nur noch der Grund geltend gemacht werden, daß am Ort des definitiven Abschlusses und der Erfüllung das Geschäft als verboten gelte oder ohne Rechtswirksamkeit wäre, und also der Beklagte, falls er in die Lage gekommen wäre, aus dem Vertrag zu klagen, wäre abgewiesen worden.

Dem Beklagten kann in diesem Falle der Beweis darüber noch offen gelassen werden in Rücksicht darauf, daß diese Art von Geschäften sich bei uns nicht selbständig entwickelt, ja nicht einmal im hiesigen Geschäftsverkehr eingebürgert hat; vielmehr dieser Handel, auch wenn Hiesige sich daran betheiligen, sich regelmäßig auf fremden Börsenplätzen in den dort üblichen Formen und Gewohnheiten bewegt und daher auch die dort geltenden Rechtsansichten dürfen in Betracht gezogen werden.

Im vorliegenden Fall hätte eine Abweisung der Kläger das noch gegen sich, daß ein offenbarer Wortbruch sanctionirt würde. Der Beklagte hat in den beiden angeführten Schreiben dd. 9. und 13. November 1867 mit Bestimmtheit Zahlung zugesagt und Nachsicht verlangt, als er schon längst wußte, daß er benachtheiligt sei. In ihrer Correspondenz berufen sich die Kläger überdies unwidersprochen und wiederholt noch auf ein mündliches Ehrenwort desselben.

(Directe Mittheilung.)

---

43. Differenzgeschäfte (Waadt).

Am 31. Mai 1862 stellte L. Keppel, Apotheker in Vivis, ein billet à ordre zu Gunsten V. Grand & Cie. in Paris über Fr. 2500, Verfall am 30. Sept. gl. J., aus. Die Inhaber erwirkten dafür am 12. Dec. 1865 Beschlag, wogegen am 10. Jan. 1866 Keppel Recht vorschlug, indem die Forderung sich auf Spiel gründe.

Thatsache war, daß gedachtes Pariserhaus im December 1861 und den ersten Monaten des Jahrs 1862 mit Keppel mehrfach Spielgeschäfte abschloß, sowol über Papiere als über Getreide. Und die Correspondenz auch über dieses Geschäft ergab, daß es Spielnatur an sich trug. Abgesehen davon, daß die Klägerschaft dies bestritt, hob sie auch hervor, daß in Ausstellung des Billets eine neue Forderung entstanden sei an Stelle der früheren, angeblich auf Spiel beruhenden.

Das Bezirksgericht von Vevey hob den Beschlag durch Spruch vom 11. Oct. 1866 auf, davon ausgehend,

Que les defendeurs n'ont pas établi qu'il existât entr'eux et le

demandeur d'autres comptes que ceux produits au dossier et qui ont fait l'objet de l'examen des experts et du tribunal;

Que dès lors la cause du susdit billet étant une dette de jeu, est illicite et que l'obligation résultant de ce billet est sans cause et ne peut déployer aucun effet (code civil art. 809, 832, 834 ét 1449);

Que les dispositions de l'art. 1449 sont d'ordre puhlic;

Qu'en conséquence l'engagement que G. Keppel prenait par ce billet est sans valeur, et comme tel, ne peut constituer ni paiement, ni dation en paiement;

Que le billet du 31 mai 1866 ne substituant pas une nouvelle dette à l'ancienne, puisqu'on voit que Keppel, en le causant valeur en compte, le relie aux comptes de jeu existant entre lui et ses créanciers V. Grand et Ce., ne constitue pas la novation prévue à l'article 951 du susdit code, novation qui d'ailleurs, aux termes de l'art. 952, ne se prêsume point, mais pour laquelle il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

(Journal des tribunaux vaudois XIV. pp. 702 ss.)

---

44. Perfection von Kauf. Wirksamkeit der „Pfandanzeige" (Schwyz).

Der Wirth Kenel in Goldau (C. Schwyz) lieh von Martin Uttenberger in Schwyz zwei Summen, eine von Fr. 3000 am 7. December 1865, die andere von Fr. 360 am 23. Juni 1866. Zur Sicherung beider verpfändete er eine ihm zustehende Capitalforderung auf Joseph Schuler in Lowerz von Fr. 5975. 31, „satzhabend" (pfandversichert) auf „der Seihern" in Arth. Gegen Erlegung von Fr. 3544 ließ sich am 1. Febr. 1867 Meinrad Faßbind, Thierarzt, die Forderung gegen Kenel und die zur Caution dienende erwähnte Obligation durch Uttenberger abtreten und nun für die Fr. 5975. 31 den Schuler betreiben bzw. die Versteigerung des Gutes auf der Seihern begehren. Mit dem Nachweis, daß direct Schuldner des Faßbind eigentlich Kenel sei, liberirte sich (für jetzt) Schuler.

Nun liegen zwei weitere Actenstücke vor, das eine vom 9. December 1865, das andere vom 22. März 1866, wodurch erklärt wird, der schon erwähnte Faßbind sei Käufer von Mobiliar des Kenel im Betrag von Fr. 8000, welche Summe Kenel von ihm empfangen zu haben bescheinigt. Im ersten Act sind die Mobiliarstücke nicht bezeichnet, sondern in einem mit anderer Dinte geschriebenen Anhang ist gesagt, die Auswahl der einzelnen Stücke werde vom Käufer erst getroffen, wenn eine Police zurückgekommen sein werde, auf welcher diese einzelnen Stücke nach ihrem Werthe angegeben seien. Dieselbe lag augenblicklich auf dem Bureau, das die Versicherungsgesellschaft

Helvetia in Basel damals hatte. Im zweiten Act sind nun die Mobiliarstücke specificirt. Derselbe ist angefertigt von der Hand des Gemeindeschreibers Franz Schuler auf Steinenberg. Er trägt das Datum „Arth am 9. Dec. 1865", wird aber erklärt als „ausgefertigt auf Steinenberg am 22. März 1866".

Da der Schuldner, Wirth Kenel, in immer mißlichere Vermögensverhältnisse gerieth, so wurde von einzelnen seiner Creditoren auf seine Habe gegriffen, am 27. Febr. von Damian Schindler für Fr. 800, am 4. März von Caspar Hospenthaler für Fr. 147. 35, am 6. März von Peter Graf für Fr. 102. 80 und von Gebrüder Schreiber für Fr. 425. 70, auch noch am 22. März von Heinrich Zollinger für Fr. 416. 25. Für diese Forderungen wurde die Schätzung vorgenommen am 23. Aug. 1866. Bei der Schätzung erklärte Kenel die Gegenstände als Eigenthum des Faßbind. Nach dem geltenden Gesetz vom 3. Aug. 1865 wurde die Schätzung dadurch nicht unterbrochen, dem Faßbind aber bzw. dem Schuldner Kenel der Beweis des behaupteten Eigenthums auferlegt.

Diesen gedachte er durch Vorlegung der zwei Acte vom 9. December 1865 und vom 22. März 1866 zu führen und lud als Beweisbeklagter zu Anhörung seiner Beweisführung die genannten Gläubiger mit Inbegriff des Heinrich Zollinger vor, von welchem letztern nicht ermittelt ist, ob er die Pfandanzeige vor oder nach der Ausfertigung des zweiten Acts am 22. März ergehen ließ. Der Beweiskläger ließ hiebei vortragen: der Act vom 9. Dec. 1865 sei von handlungsfähigen Personen geschlossen und der Kauf perfect, wenn auch die Gegenstände nicht einzeln angegeben seien. Denn ihre Auswahl sei in der ausschließlichen Befugniß des Käufers gelegen und sei nun auch durch den Käufer am 22. März 1866 wirklich getroffen worden. Die Zalung der Fr. 8000 sei quittirt.

Die Gläubiger erachten weder Gegenstand noch Preis durch den Kauf vom 9. Dec. 1865 als definitiv festgestellt, sondern erst durch Act vom 22. März 1866 als ergänzt, zu welcher Zeit aber Kenel nicht mehr veräußern konnte. In den Policen seien nämlich die Gegenstände nicht einzeln, sondern gruppenweise gewerthet. Die Police Kenels liege nicht vor; sofern diese anders lauten sollte, so sei die Versäumung dieses Beweises, beziehungsweise die Unterlassung der Vorlegung, Schuld des Appellanten. Wenn nun die Werthung nicht stückweise in der Police enthalten sei, so habe die Werthung zur Zeit der Auswahl zwischen dem Appellanten und Kenel vertragsmäßig festgesetzt werden müssen. Am 22. März 1866 sei aber Letzterer bereits nicht mehr handlungsfähig gewesen, indem ihm am 8. gl. M. von Peter Graf „Pfand angezeigt" worden sei. Auch der Beweis der Zalung des Kaufpreises von Fr. 8000 sei gegenüber Drittleuten nicht

genügend bescheinigt. Eine Zalung von Fr. 3544 (an Uttenberger auf Rechnung von Kenel) wollen sie anerkennen.

Beide Instanzen, das Bezirksgericht Schwyz durch Spruch vom 24. Oct. 1867, das Cantonsgericht Schwyz durch Urtheil vom 16. November gl. J. wiesen den Faßbind mit seinem Eigenthumsanspruch ab, letzteres in Erwägung,

— 4. daß der Kauf vom 9. Dec. 1865 nun aber nicht als ein perfecter erscheint, weil kein Beweis vorliegt, daß in der Police, welche nicht producirt worden ist, die Mobiliarstücke specifizirt gewerthet gewesen seien, so daß dem Appellanten ohne weitere Unterhandlung mit Kenel die Auswahl bis auf den Betrag von Fr. 8000 möglich gewesen wäre;

5. daß der Verkäufer Anton Kenel am 8. März 1866 durch die Pfandanzeige des Peter Graf und am 22. gl. M. durch diejenige des Heinrich Zollinger gemäß § 46 der Schuldbetreibung vom 3. August 1865 in seiner Handlungsfähigkeit gehemmt wurde und daher Ersterer unbedingt, Letzterer aber, soferne seine Pfandanzeige der Ausfertigung in Steinenberg vom 22. März vorangieng, die unter diesem Datum angestrebte Perfection des Kaufs vom 9. Dec. 1865 anzufechten befugt ist;

6. daß zwar die übrigen Appellaten wegen Unterlassung der Pfandanzeige zur Anfechtung des fraglichen Kaufs nicht berechtigt wären, die Vorladung derselben aber mit und neben den Berechtigten von Seite des Klägers, heutigen Appellanten, als Rechtsöffnung zu betrachten ist und von diesem nicht mehr beanstandet werden kann;

7. daß jeder Verkäufer seinen Pfandgläubigern gegenüber den Ausweis schuldig ist, daß er den bedungenen Kaufpreis erhalten habe, indem dieser den Ersatz des verkauften Gegenstandes bildet, auf welchen den Pfandgläubigern gemäß § 16 der Schuldbetreibung ein generelles Pfandrecht zusteht;

8. daß die Empfangsbescheinigung des Anton Kenel gemäß § 185 der C. P. O. nur gegenüber dem Mitcontrahenten volle Beweiskraft hat, nicht aber gegenüber dritten Personen, beziehungsweise den Appellaten, welche zu dem Kaufe vom 9. Dec. 1865 weder mitgewirkt, noch Kenntniß davon gehabt haben.

(Directe Mittheilung.)

---

45. Kauf. Läsion (Wallis).

Die Firma Navy & Cie. hatte durch Act des Notars Louis Joris den Herren Bergeron, Brun-Legras, Seaux und Consorten am 11. Februar 1865 gegen Fr. 100,000 Anthracitgruben verkauft, worauf die Käufer eine Abschlagszahlung von Fr. 60,000 leisteten. Beim Verfall der Restsumme weigerten die Käufer die Zalung auf Grund der

Nichtigkeit des Geschäftes, dessen Aufhebung sie eventuell verlangten, natürlich unter Widerklage auf Rückzalung der bereits berichtigten Summe. Die Nichtigkeit leiteten sie aus der bei dem Verkauf waltenden Arglist, die Anfechtbarkeit aus der Verletzung über die Hälfte ab, sowie aus verborgenen Mängeln des Kaufgegenstandes.

Alle drei Gründe wurden durch das erstinzanzliche Bezirksgericht Conthey am 10. Januar 1867 gutgeheißen.

Die zweite Instanz, das Appellationsgericht des C. Wallis, dagegen erklärte diese Gründe unzuläßig (12. Juni 1867) in folgender Auseinandersetzung:

Vu la convention du 11 février 1865, par laquelle MM. Ravy et Ce ont vendu à MM. Bergeron et Ce, des mines d'anthracite pour le prix de cent mille francs, dans laquelle les acquéreurs déclarent qu'ils se proposent de faire des agglomérés, et se réservent un délai de trois mois pour faire des expériences et résilier la vente, si les essais ne réussissaient pas;

Vu la demande en nullité ou résiliation de la convention faite par les acquéreurs: 1° pour cause de dol; 2° pour cause de lésion; 3° pour vices rédhibitoires;

Vu l'art. 998 du code civil qui porte que le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que sans ces manœuvres l'autre partie n'aurait pas contracté. Le dol ne se présume pas, il doit être prouvé.

Considérant que pour prouver le dol, les demandeurs en nullité se sont essentiellement basés sur une promesse souscrite par l'un des vendeurs le lendemain du contrat de vente, d'une somme à payer au mandataire des acquéreurs;

Considérant que cette somme correspond au proxeneticum autorisé par le droit commun, que le représentant des vendeurs avait promis à un homme d'affaires, de payer à celui qui lui procurerait un acquéreur de ses mines;

Considérant que c'est cet homme d'affaires qui a mis en contact les représentants des vendeurs et des acquéreurs et qu'il n'est aucunement établi qu'une promesse quelconque ait été faite au mandataire des acquéreurs avant la conclusion du contrat du 11 février 1865;

Considérant que les suppositions que l'on pourrait faire à ce sujet, sont plus que contrebalancées par les explications données par le mandataire des vendeurs, dont l'honorabilité inspire toute confiance, d'autant plus qu'il lui était bien facile d'éviter de fournir une arme contre lui;

Considérant que dans tous les cas, il est de la dernière évidence, que ce n'est pas la provision qui a été la cause détermi-

nante de la conclusion du contrat; ce qui ressort du contrat lui même;

Considérant que longtemps avant l'expiration du terme de résiliation, il a été dit aux acquéreurs qu'ils auraient pu acquérir à un prix de beaucoup inférieur au prix stipulé; — que les acquéreurs se sont plaints de l'inhabileté de leur négociateur et que, néanmoins, ils n'ont pas cru dexoir résilier;

Considérant que les vendeurs ont même prolongè bénévolement ce terme de résiliation;

Considérant que les autres faits, dont on a voulu tirer des inductions, sont des faits étrangers aux vendeurs, et que rien autorise à supposer que ceux-ci y aient participé;

Considérant que tous les faits invoqués sont des faits postérieurs au contrat et qu'ils n'ont pas pu conséquemment lui donner naissance;

Considérant, quant à la lésion, qu'il est constant en principe que la rescission pour ce motif n'est pas admise dans les contrats aléatoires;

Que les interprêtes du droit commun envisagent en termes formels, que l'on doit considérer comme aléatoire la vente des mines et carrières;

Que d'ailleurs les différentes appréciations qui ont été faites des mines dont s'agit, prouvent suffisamment l'impossibilité d'en déterminer la valeur réelle;

Considérant que l'existence des vices rédhibitoires n'a pas été sérieusement soutenue en appel;

Qu'au reste les acheteurs avaient les moyens de s'assurer de la qualité du mineral;

Qu'ils s'étaint même réservé un délai pour en faire l'essai;

(Journal des tribunaux vaudois XV. pp. 417 ss.)

---

46. Firma. Haftbarkeit für Unterschrift der Gesellschafter (Baselstadt).

Die vier Brüder Rudolf, Adolf, Arnold und Emil Großmann stellten am 22. Juni 1860 dem Cedenten des Klägers Carl Stähelin für Fr. 20,000 und dem Kläger Gust. Christ für Fr. 15,000 Schuldscheine folgenden Inhalts aus: „Wir, die Unterzeichneten, Rudolf, Adolf, Arnold und Emil Großmann, Eigenthümer der Firmen Jacob Großmann Vater und Söhne in Aarburg und Gebrüder Großmann in Brombach und Lörrach, bekennen hiemit dem Herrn . . . . . für baar dargeliehenes Geld schuldig geworden zu sein die Summe von Fr. . . . . und verpflichten uns in solidarischer Verbindung, je einer für und um den andern, diese Summe alljährlich auf den

1. Juli, erstmals anno 1861 zu fünf vom Hundert kostenfrei zu verzinsen, das Capital aber nach einer gegenseitig freistehenden dreimonatlichen Aufkündung, ... zurückzubezahlen.

Aarburg, den 22. Juni 1860.

(sig) Rudolf Großmann
„ Adolf Großmann
„ Arnold Großmann
„ Emil Großmann."

Unter gleichem Datum, aber auf besonderm Act, unterzeichneten diese vier Brüder den genannten Creditoren ferner folgende Erklärung:

„Als Anhang zu unserm Obligo zu Gunsten des Herrn. . . . . verpflichten wir uns annoch, während der Dauer unseres Anleihens unser Etablissement in Lörrach nicht zu verpfänden."

Der ganze Wortlaut dieser beiden Verpflichtungen war den Schuldnern von dem Bankhaus J. Riggenbach dahier, welches das Anleihen vermittelte, mit Brief vom 21. Juni 1860 (Einlage der Beklagten Nr. 1) genau vorgeschrieben worden, mit der Bemerkung, es werde statt der von den Schuldnern projectirten Redaction diese, etwas abgeänderte Form gewünscht.

Laut beglaubigtem Buchauszug wurden sodann unterm 2. August 1860 die beiden klägerischen Guthaben in den Handlungsbüchern von Jacob Großmann Vater und Söhne in Aarburg als Passiven eingetragen.

Bei Unterzeichnung der genannten Urkunden waren die vier Unterzeichneten alleinige Inhaber der Firma Jacob Großmann Vater und Söhne in Aarburg und der Firma Gebrüder Großmann in Brombach.

Mit dem 31. März 1866 löste sich aber diese Verbindung auf; es bildete sich unter der Firma Jacob Großmann Vater und Söhne in Aarburg eine neue Societät, bestehend aus zwei bisherigen Gemeindern: Rud. Großmann-Großmann und Ad. Großmann-Herzog und dem neu hinzugetretenen Rud. Großmann-Stähelin, welche Activen und Passiven der alten Gesellschaft übernahmen; und ebenso vereinigten sich diese drei Gemeinder des Aarburger Hauses mit Aug. Gemuseus-Großmann zu einer neuen Gesellschaft, welche Activen und Passiven der bisherigen Firma Gebr. Großmann in Brombach unter gleichem Namen übernahm und später auch in Basel sich etablirte. Arnold und Emil Großmann traten aus beiden Firmen aus.

Das Circular, wonach die neue Societät Gebr. Großmann ihren Geschäftsfreunden die Uebernahme der Activen und Passiven der frühern Firma anzeigte, wurde den Klägern nicht zugesandt.

Gegen Ende 1867 stellte das Aarburger Haus seine Zahlungen ein und trat später sämmtliche Activen — darunter auch seinen Antheil an der Firma Gebr. Großmann — seinen Creditoren ab, so daß

gegenwärtig die Firma Gebr. Großmann nur noch aus diesen Creditoren und August Gemuseus-Großmann besteht.

Diese Firma wird nun von den beiden Klägern belangt auf Zahlung von Fr. 20,000 und Fr. 15,000 sammt Zins à 5% seit 1. Juli 1867, da das fragliche Anlehen nicht nur als eine Schuld der vier Unterzeichner der Schuldscheine, sondern auch als eine Schuld der beiden darin genannten Firmen anzusehen sei, mithin auch die gegenwärtigen Associe's dieser Firmen dafür haften müssen; namentlich spreche dafür, daß auch die Firmen, und speciell die beklagte Firma, haben verpflichtet werden wollen, der Anhang zu den klägerischen Schuldscheinen, betreffend Nichtverpfändung der Etablissements in Lörrach.

Die Beklagte bestreitet diese Auffassung, da keinerlei Verpflichtung der beklagten Firma vorliege, und verweist u. A. darauf, daß der eine der Kläger sowohl durch seine Correspondenz als auch durch Anhebung einer Klage gegen einen der ausgetretenen Gemeinder selbst die Anschauung der Beklagten bestätige, und daß die Zinsen jeweilen von Aarburg aus bezahlt worden seien.

In Uebereinstimmung mit diesen Gründen entschied am 16. April 1868 das Civilgericht Basel gegen die Kläger mit folgender Auseinandersetzung:

In vorliegender Sache handelt es sich zunächst um Interpretation der von Rudolf, Adolf, Emil und Arnold Großmann in Aarburg ausgestellten Schuldscheine, speciell um die Frage, ob dadurch auch die Firma Gebrüder Großmann in Brombach verpflichtet worden sei?

Die regelmäßige schriftliche Form nun, durch welche eine kaufmännische Societät verpflichtet wird, ist die Firma-Unterschrift. Diese liegt hier nicht vor, während sie dagegen bei einem frühern von dem gleichen Bankhaus vermittelten Anleihen neben den Privatunterschriften der Gemeinder angewendet worden war.

Soll eine Societät durch die Unterschrift eines ihrer Gemeinder verpflichtet werden, so ist nothwendig die ausdrückliche Erklärung erforderlich, daß der Unterzeichner in seiner Eigenschaft als Gemeinder der fraglichen Gesellschaft handle. Die bloße Angabe, daß er Theilhaber dieser oder jener Handelsgesellschaft sei, mag zu Erhöhung seines Credites oder zu genauerer Bezeichnung seiner Person dienen oder auch ein überflüssiger Zusatz sein; sie genügt aber nicht, um die Societät zu belasten, weil eben der Wille, sie zu verpflichten, damit nicht ausgesprochen ist, dieser Wille aber ausgesprochen sein müßte, da das Handeln im Namen Anderer nicht präsumirt werden kann.

Das Gleiche muß aber auch gelten, wenn mehrere oder alle Inhaber einer Societät, ohne zu sagen, daß sie für die Societät oder auch für die Societät auftreten, persönlich Verpflichtungen unterzeichnen. Jeder verpflichtet in diesem Falle nur seine eigene Person.

Es kann sich daher im vorliegenden Falle nur noch fragen, ob durch andere außer der Schuldurkunde liegende Thatsachen dargethan sei, daß dennoch die beklagte Firma habe ursprünglich verpflichtet werden wollen, oder daß sie sich etwa nachträglich den Klägern verpflichtet habe.

Beide Fragen sind zu verneinen. Denn, was das im „Anhang„ ausgesprochene Versprechen betrifft, das Etablissement in Lörrach nicht zu verpfänden, so hat dasselbe — soweit ihm überhaupt rechtliche Bedeutung zukommt — seinen ganz guten Sinn, auch wenn es, seinem Wortlaut gemäß, blos als von den vier Unterzeichnern ausgehend angesehen wird; denn in Wirklichkeit waren nur sie damals Eigenthümer dieses Etablissements; nur sie konnten darüber verfügen und nur von ihnen konnte Verpfändung ausgehen, wenn auch etwa — was nicht einmal constatirt ist — die Liegenschaften in den bezüglichen Grundbüchern auf den Namen der Firma eingeschrieben sein mochten.

Sollte aber auch mit Rücksicht auf diesen Anhang und auf die Vereinigung der Unterschriften der sämmtlichen vier ehemaligen Theilhaber der beklagten Firma es als zweifelhaft erscheinen können, ob nicht dennoch auch die Societät als solche habe verpflichtet werden wollen, so wäre in einem solchen Zweifel die Schuldurkunde — deren einfacher Wortlaut jedenfalls nicht eine Verpflichtung der Societät enthält — nach allgemeinen Grundsätzen gegen diejenigen zu interpretiren, von denen die Fassung der Schuldscheine ausgieng resp. vorgeschrieben wurde.

Ist somit die Frage, ob von Anfang an die Firma Gebr. Großmann den Klägern verpflichtet worden sei, zu verneinen, so liegt anderseits auch keinerlei spätere Erklärung oder Handlung der Beklagten vor, wodurch sie eine solche Verpflichtung nachträglich übernommen hätte; und es ist darum auch die Anzeige der Beklagten, daß sie die Passiven der früheren Firma übernehme, vollkommen unerheblich, abgesehen davon, daß eine solche Anzeige den heutigen Klägern nicht gemacht wurde.

(Directe Mittheilung.)

---

47. Societät. Voraussetzungen des Austritts daraus (Neuenburg).

Die Art. 19—23 des Neuenburgischen Gesetzes vom 3. Juni 1833: Sur quelques matières commerciales und der Art. 1460 des Code civil gleichen Cantons schreiben als Formen des Austritts aus einer Erwerbsgesellschaft des Cantons die Anzeige bei der Gerichtscanzlei des Gesellschaftssitzes durch das Amtsblatt des Cantons vor.

Nun war am 4. Dec. 1866 von dem Hause Gebr. Baucher die Insolvenz erklärt und vom Bezirksgericht des Traversthales auf Grund

des Gesetzes vom 24. Nov. 1859 über Fallimente Artt. 1, 2, 76. 77 der Concurs über das Haus und dessen einzelne Genossen Alfred Ludwig, James Heinrich, Fritz Heinrich und Albert Emil Vaucher publicirt worden. Der Letztere, wohnhaft in Hongkong (China), beschwerte sich darüber bei dem bezüglichen Ausschuß des Appellationsgerichts (juge d'ordre), da er nicht mehr Genosse des Hauses, sondern schon vor längerer Zeit, nämlich seit 31. Dec. 1862, ausgetreten sei. Die Beschwerde wurde angebrachtermaßen abgewiesen (29. Jan. 1867) und A. E. Vaucher anheimgegeben, ob er die Sache zum Entscheid des Concursgerichts bringen wolle.

Hier trug er nun auf Enthebung von aller Haftbarkeit für die Passiven des Hauses bzw. auf Widerruf der Concurseröffnung, soweit sie ihn betreffe, an.

Es ergab sich, daß der Kläger seit 1. Juli 1856 in das Haus eingetreten war, damals ebenfalls ohne die amtliche Anzeige, daß sogar schon durch Umlaufschreiben vom 31. März 1855 an alle Geschäftsfreunde in Europa und China das Handelshaus Gebr. Vaucher seinen Geschäftsfreunden die Betheiligung von Albert Emil angezeigt und ihm die Unterschrift des Hauses verliehen hatte, daß dann genannter Albert Emil ein besonderes Haus gleichen Namens in Hongkong stiftete, daß er seinen Brüdern in Fleurier überläßt, das nöthige vorzukehren, daß sein Austritt bekannt gemacht werde, daß auch in der That Umlaufschreiben an europäische Häuser diesen Austritt anzeigten, ebenso die Blätter von Hongkong und besondere Schreiben an Geschäftsfreunde von Shanghai und in Hongkong, daß auch im Lande sein Austritt notorisch war.

Der Kläger wies darauf hin, daß so lang das Gesetz mit der Zumuthung amtlicher Anzeige nicht die Androhung der Nichtigkeit für den Gegenfall verbindet, es auch nicht das Verbleiben in der Gesellschaft bei der Unterlassung der amtlichen Anzeige voraussetze, sondern nur Schritte der Behörden (poursuites de la partie publique) und allfällige Schadenersatzklage Betheiligter zuläßt.

Beide Instanzen wiesen die Klage von Albert Emil Vaucher ab, das Bezirksgericht des Traversthales zu Môtiers am 14. Dec. 1867, das Appellationsgericht des Cantons am 8. Jan. 1868, letzteres

considérant

Que la Société de commerce existant sous le nom de Vaucher frères, et dont le citoyen Albert-Emile Vaucher était dès 1855 ou 1856 un des associés gérants et solidaires, avait son siége principal à Fleurier, et des succursales à Hong-Kong et à Shanghaï;

Que si le citoyen Albert-Emile Vaucher était à la tête de la maison de Hong-Kong, et y avait son domicile, cette circonstance ne changeait rien à ses obligations et à sa responsabilité, et ne le dispensait pas de pourvoir, en cas de retraite, à l'accomplis-

sement des formalités légales de publication, à Fleurier, siège de la société;

Que si une circulaire a été adressée de Hong-Kong, le 1 janvier 1863, à quelques maisons de France et d'Angleterre, il n'en a été envoyé aucune de Fleurier, ni à aucune maison du Canton ou de la Suisse;

Qu'il résulte de la correspondance des associés de la maison Vaucher frères, que le demandeur avait laissé à ses associés le soin de décider si et quand des publications devaiont être faites à Fleurier; que ceux-ci s'en sont abstenus et que la dissolution de la Société ou la retraite de l'un de ses membres n'a point été déclarée et inscrite au Greffe du Tribunal civil de Môtiers, ni publiée dans la Feuille officielle du Canton;

Que le citoyen Albert-Emile Vaucher est revenu en Europe en 1863, y a passé plus d'une année, dont une grande partie à Fleurier, y a traité et discuté ses relations d'intérêt nvec ses frères, et n'a pu ignorer que des publicatious n'avaient pas eu lieu;

Considérant que la loi prescrit la forme en laquelle les dissolutions de Sociétés doivent recevoir la publicité qu'elle exige;

Que les article 19 à 23 de la Loi sur quelques matières commerciales, corroborés par l'article 1460 du Code civil, prescrivent impérativement la déclaration au Greffe de tout contrat de Société, de tous changements apportés au contrat et de toute dissolution de Société;

Que si la loi commerciale ne statue pas expressément la nullité envers les tiers des formations et dissolutions de Société non-publiées, il résulte du but et de l esprit de ses dispositions qu'elle entend bien que ces actes n'ont d'effet et d'existence à l'égard des tiers que du jour de la publication;

Qu'au surplus cette interprétation est conforme au droit commun du Canton, pour tous les cas dans lesquels la loi prescrit la publication de certains actes et attache à cette prescription la nullité à l'égard des tiers, tant que la publication n'est pas intervenue;

Que l'article 1460 du Code civil qui statue que l'acte de Société ne peut être opposé à des tiers s'il n'a pas été déposé par extrait au Greffe du Tribunal du lieu où est le principal siège de la Société et publié en la forme ordinaire, consacre ce principe qui doit évidemment être appliqué à la dissolution des Sociétés;

Considérant enfin que le défaut de publication légale de l'entrée du citoyen Albert-Emile Vaucher, dans la Société Vaucher frères, ne le dispensait pas de rendre publique sa sortie, puis-

qu'il s'était présenté ou avait été présenté aux tiers comme membre gérant de cette Société et que son entrée avait été annoncée par circulaire.

(Recueil des ârrets de la cour d'appel de Neuchâtel. IX. pp. 20 s.)

---

48. Vollmacht. Form durch Telegramm (Aargau).

Gegen das Geltstagsprotocoll des Concursiten Benedikt Müller, Bäcker, niedergelassen in Gontenschwyl (C. Aargau), erhob Johann Müller, Müller in Bern, durch seinen Anwalt, Fürsprech Strähl in Zofingen, Einspruch. Dieß geschah am 30. Oct 1864 durch Eingabe des benannten Fürsprechs an das Bezirksgericht Culm. Der Eingabe lag als Vollmacht das folgende Telegramm bei:

Bern, den 30. Oct. 1864.

Herrn Fürsprech Strähl in Zofingen.

Ertheile Ihnen im Sinn von § 52 der Proceßordnung Vollmacht, gegen Geltstagsprotocoll von Benedict Müller, Gontenschwyl, Einspruch zu erheben.

Johann Müller, Müller.

Am 31. Oct. gl. J. lief die Eingabeschrift ab.

Am 28. Febr. 1865 fand am Bezirksgericht Culm Verhandlung statt über diesen Einspruch. Der Gegenbetheiligte, Heinrich Gautschi, gewesener Speisewirth in Gontenschwyl, erhob gegen die Vollmacht des Fürsprech Strähl die Einwendung, sie entspreche nicht den gesetzlichen Voraussetzungen.

Nun sagt der § 51 der Proceßordnung vom 19. Dec. 1851: damit die Vollmachtgebung gültig sei, soll die Vollmachturkunde enthalten: . . . . c. jedenfalls die Zeitangabe sowie die gehörig beglaubigte Unterschrift des Vollmachtgebers, mit Anführung seines Vor- und Zunamens, Standes, Gewerbes und Wohnortes.

Die gehörige Beglaubigung der Unterschrift fehle dem Telegramm.

Das Bezirksgericht Culm wies aber diese Einrede ab, von der Ansicht ausgehend:

so lange nicht das Gegentheil erwiesen sei, müsse angenommen werden, ein Telegramm rühre von demjenigen her, der darin als Aufgeber bezeichnet sei.

Das Obergericht des C. Aargau aber, durch Spruch vom 7. Juni gl. J. erklärte dagegen die Einrede als gesetzlich unabweisbar:

Es werde vom Beklagten verneint, daß das fragliche Telegramm von Johann Müller herrühre und von ihm wirklich aufgegeben und daß die Namensbezeichnung ächt sei. Das Rechtsgefühl des Richters werde zwar unangenehm berührt, wenn gegen besseres Wissen leere Formfragen aufgegriffen werden, die dem wirklichen Rechte nur

Schaden bringen und das Vertrauen auf eine vernünftige, ihrem hohen Zwecke entsprechende Justizlage erschüttern. Sei aber der Entscheid des Richters einmal angerufen, so müsse derselbe dem klaren Inhalt der gesetzlichen Vorschriften gemäß erfolgen. Nach § 17 der Geldstagsordnung habe Jeder, der im Namen eines Andern in Geldstagssachen eine Erklärung abgeben wolle, eine Vollmacht desselben aufzweisen. § 51 der Proceßordnung aber bestimme, wie diese Vollmacht, um gültig zu sein, beschaffen sein müsse, und fordere, nebst andern Requisiten, die gehörig beglaubigte Unterschrift des Vollmachtgebers mit Beifügung seines Vor- und Zunamens, Standes, Gewerbes und Wohnortes. Es sei ohne weitern Nachweis einleuchtend, daß ein Telegramm dieser gesetzlichen Vorschrift nicht entsprechen könne, dasselbe sei keine öffentliche Urkunde und könne schon gemäß der Art und Weise seiner Entstehung keine Gewähr dafür bieten, daß der Aufgeber einer Depesche seinen wahren Namen angegeben habe, und dieselbe folglich wirklich ächt sei.

(Zeitschrift des Bernischen Juristen-Vereins. Neue Folge. II. S. 170 f.)

---

49. Gefahr des Verlustes bei Francosendungen (Glarus).

Die Herren Luchsinger, Elmer und Oertli in Glarus versandten durch die Zwischenvermittlung von Jenatsch Bavier & Cie. in Chur für Frau Theresa Panizza, Witwe Chitarin in Venedig ein Ballot n. 493, im Werth von Fr. 823. 20. Dasselbe ward an den Zwischenspeditor Valentina Rosa in Venedig adressirt und zwar für die Panizza „franco Venedig". Von der Ankunft desselben am 8. Jan. 1865 ward Rosa avisirt. Während es aber in der Mauth lagerte, verschwand dieses Ballot aus den Magazinen derselben, noch bevor der Venetianer Zwischenspeditor die anhaftenden Spesen vergutet hatte.

Gegen die Verrechnung dieses Ballots durch die Versender erhob sich die Destinatarin, indem was franco reise, auf Gefahr und Wag des Versenders reise und sie, auch wenn sie das Ballot hätte nach Ankunft verlangen wollen, es nicht einmal hätte erhalten können, da Rosa die Fracht nicht bezahlt hatte, so daß die Sache einzig zwischen dem Venetier, dem Churer und dem Glarner spiele und sie nicht berühren könne, was Rosa damit anerkannt habe, daß er wegen des Diebstals seinerseits sich an die Eisenbahn wandte und von ihr auch bei der Diebstalsuntersuchung zugezogen war.

Für die Verrechnung führten die Versender an, daß die Francatur nur bis zur Eisenbahnstation Venedig reiche, der Weg von da zur Mauth aber schon nicht mehr im Bereich derselben liege und noch weniger die Mauth selbst, in welche nachweislich das Frachtgut gelangt sei.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ward aber widerlegt durch den Nachweis, daß die Mauth in Magazinen der Bahn liege, welche dieser financiellen Beziehung gewidmet seien, wie andere Magazine derselben der Aufbewahrung von Gütern.

Beide Instanzen stellten sich auch dieser Verrechnung entgegen, das Appellationsgericht von Glarus (8. April 1865) in Erwägung:

daß nach gemeinem Handelsrecht bei der Francosendung der Waare die Tragung der Gefahr auf dem Verkäufer ruht und erst bei Uebergabe derselben in den Besitz des Käufers auf diesen letztern übergeht, im vorliegenden Falle aber, da der fragliche Ballen nicht an die Appellantin, sondern an einen Zwischenspeditor adressirt war, die Käuferin jedenfalls ungeachtet der Ankunft desselben in Venedig, zur Zeit der geschehenen Entwendung noch nicht in Besitz des Ballens gelangt war.

(Directe Mittheilung.)

---

50. 51. Eisenbahnen. Wiefern Reglemente binden? (Baselstadt).

Das Speditionshaus Danzas und Minet zu Basel übergab am 15. Aug 1865 der Großherzoglich-badischen Staatsbahn eine für Herrn Henri Sulzberger in Copenhagen bestimmte Kiste Seidenwaaren H.S. Nr. 1, 69 Pfund, im declarirten Werth von Fr. 2500, zur Weiterbeförderung an die Herren Charles Petit & Cie. in Lübeck in gewöhnlicher Fracht. Durch das Versehen eines Bahnangestellten gelangte jedoch dieses Collo statt nach Lübeck, nach Berlin und kam erst nach mehrfachen Reclamationen am 14. October in Lübeck an und wurde an diesem Tage durch die dortige Güterexpedition den Herren Ch. Petit & Cie. zur Verfügung gestellt. Die Waare blieb jedoch dort liegen, weil sich die Parteien über die Folgen der Verspätung und die daherigen Ansprüche des Empfängers nicht einigen konnten. Erst am 23. März 1866 wurde in Folge telegraphischer Ermächtigung Seitens der beklagten Bahn die Kiste an die Herren Ch. Petit & Cie. in Lübeck kostenfrei ausgeliefert und der Entschädigungsanspruch gegen die Bahn dem richterlichen Entscheide vorbehalten.

Diesen Anspruch machen die Kläger heute durch Erhebung einer Forderung von Fr. 247. 35, welchen Betrag (nämlich 10% des Werthes) der Versender der Waare von dem Empfänger wegen der Verspätung der Ankunft sich habe müssen abziehen lassen und für welchen nun der Versender sie, die Kläger belaste.

Die beklagte Bahn mit Berufung auf die Bestimmung ihrer Transportreglemente anerbietet mehr nicht, als vollständigen Erlaß der Eisenbahnfracht und bestreitet ihre Haftpflicht für Weiteres in erster Linie ganz, eventuell für den Mehrbetrag über 15 preußische Thaler.

Das Civilgericht von Basel, durch Spruch vom 17. Juli 1866, ließ aber diese Berufung nicht gelten, sondern verfällte die Beklagte zu Vergutung von Fr. 100 und zu Tragung der Kosten

in Betracht

a. hinsichtlich der Haftpflicht im Allgemeinen:

Allgemeiner Grundsatz ist, daß der Frachtführer, resp. die Eisenbahn, für den Schaden haftet, welcher durch Versäumung der bedungenen oder üblichen Lieferungszeit entstanden ist, sofern er nicht nachweisen kann, daß die Verspätung durch höhere Gewalt verursacht ist, oder mindestens, daß er die Verspätung durch Anwendung der üblichen Sorgfalt nicht hätte abwenden können.

(D. HGB. § 397—400, Schweiz. Entwurf § 291.)

Im vorliegenden Falle wird nun zugestanden, daß die irrthümliche Versendung des fraglichen Collo, welche eine Verspätung in der Ablieferung um mehrere Monate zur Folge hatte, durch das Verschulden der Eisenbahn, resp. eines Angestellten eintrat.

Dagegen wendet die Beklagte ein, daß die gesetzliche Haftpflicht für Verspätung durch einen zwischen den Parteien abgeschlossenen freiwilligen Vertrag modifizirt worden sei und der Grad der Haftbarkeit, resp. die Höhe des Schadenersatzes im vorliegenden Fall nicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sondern nur nach Maaßgabe der vertragsmäßigen Bestimmungen zu bemessen sei. Sie stützt sich hiebei auf folgende Thatsachen:

Die Sendung war von einem Frachtbriefe begleitet, welcher am Fuße die gedruckte Unterschrift der klägerischen Firma trägt, jedoch augenscheinlich auf einem Formular beruht, dessen Bestimmungen einseitig von der Bahnverwaltung redigirt sind und von dessen Unterzeichnung in der vorliegenden Form die Annahme und Beförderung der Güter abhängig gemacht werden. Dieser Frachtbrief nun enthält folgende Bestimmung:

„Sie erhalten die hier nachstehend verzeichneten Güter auf Grund der in dem Reglement für den Vereinsgüterverkehr auf den Bahnen des Vereins deutscher Eisenbahnverwaltungen, sowie der in den besondern Reglements der betreffenden Bahnen enthaltenen und uns bekannten Bestimmungen, welche für diese Sendung in Anwendung kommen."

Nun verfügt § 25 des angerufenen Reglements für den Transport von Gütern ꝛc, auf den Bahnen des mitteldeutschen Eisenbahnverbandes, gültig vom 1. December 1864 an, wörtlich folgendes:

„Die Haftverbindlichkeit der Eisenbahn für den durch Versäumung der Lieferfristen entstandenen Schaden, welchen der Entschädigungsberechtigte nachzuweisen hat, ist in ihrem Geldwerthe nach folgenden Grundsätzen zu bemessen.

„1) Der Versender ist befugt, die Höhe des wegen verspäteter

Lieferung zu leistenden Schadenersatzes als die Höhe des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung im Frachtbriefe zu declariren. Im Falle solcher Declaration wird als Schadenersatz, sobald solcher nach den vorstehenden Bestimmungen einzutreten hat, derjenige Betrag desselben geleistet, welcher innerhalb des declarirten Betrages nachgewiesen werden kann, also diesen Betrag nicht übersteigt.

„2) Für Güter, welche mit einer solchen Interessedeclartion aufgegeben werden, wird ein Frachtzuschlag nach den im Tarif gegebenen Bestimmungen erhoben.

„Der Betrag des anzugebenden Interesses ist im Frachtbriefe an der hiezu bestimmten Stelle mit Buchstaben niederzuschreiben. Formulare zu derartigen Frachtbriefen sind bei den Expeditionen käuflich zu haben.

„3) Ist ein Interesse rechtzeitiger Lieferung declarirt, so gilt letztere als gewahrt, wenn das Gut rechtzeitig avisirt wurde.

„4) Ist eine solche Interessen-Declaration nicht abgegeben, so gilt für diesen Fall als verabredet, daß der für Versäumung der Lieferungsfrist zu leistende Ersatz des nachzuweisenden Schadens, sobald solcher nach den vorstehenden Bestimmungen einzutreten hat, im Falle die Versäumniß nicht mehr als 24 Stunden beträgt, den Betrag der ganzen Fracht nicht übersteigt."

Im vorliegenden Falle hat nun anerkannter Maßen weder eine Interesse-Declartion stattgefunden noch ist ein Frachtzuschlag bezahlt worden, und die Beklagte bestreitet daher, gestützt auf den Wortlaut des Frachtbriefes und die Bestimmungen des Transportreglements, ihre Verpflichtung, für den durch die Verspätung entstandenen Schaden weiter, als bis zum Betrag der ganzen Fracht haften zu müssen.

Die Streitfrage ist demnach folgende:

Sind die Ausnahmsbedingungen des Frachtbriefes, die sich hinwiederum auf die Bestimmungen des Transportreglements stützen, als ein freiwillig zwischen den Parteien abgemachter Vertrag zu betrachten und zu behandeln, dessen Inhalt für beide Theile rechtsverbindlich ist? oder ist ein solcher Vertrag als ein unerlaubter, aufgedrungener und den allgemeinen Rechtsgrundsätzen widersprechender anzusehen und demnach ungültig?

Ein Eisenbahntransport kann nicht als ein freiwilliger Vertrag angesehen werden, dessen Bestimmungen von den Contrahenten beidseitig debattirt werden; derselbe wird einseitig von der Bahnverwaltnng aufgestellt und der Versender ist genöthigt, die ihm vorgelegten Bestimmungen zu unterschreiben, weil die Bahn nur unter dieser Bedingung die Versendung seiner Frachtgüter übernimmt. Nun ist aber der Versender seinerseits an die Benutzung der Eisenbahn factisch gebunden; die Bahn steht durch die von dem Staate gewährte Concession, welche in den meisten Fällen ein Monopol bildet, außerhalb

der Gesetze der freien Concurrenz, und wenn auch eingewendet werden kann, daß es im freien Ermessen des Versenders liege, sich statt der Eisenbahn der Versendung per Achse zu bedienen, wenn er sich den Bedingungen der Bahnverwaltung nicht unterziehen will, so ist diese Freiheit doch eine rein theoretische, und es ist einleuchtend, daß bei den heutigen Verkehrsverhältnissen die Achse wenigstens für Versendungen auf weite Distanzen und als Concurrenzanstalt mit der Eisenbahn factisch unanwendbar ist.

Wenn nun die Bahn gegenüber der vom Staate gewählten Behörde welche ihr rechtlich oder factisch ein Privilegium für den Gütertransport einräumt, ihrerseits auch die Pflicht zu diesem Transport übernommen hat, so darf sie sich dieser Pflicht dadurch nicht entziehen oder dieselbe illusorisch machen, daß sie sich durch einseitige Bestimmungen des Transportreglements, von deren Anerkennung sie die Uebernahme und Versendung der Frachtgüter abhängig macht, den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Haftpflicht entzieht.

Dieser Grundsatz ist schon im D. HGB. ausgesprochen, indem der § 423 ausdrücklich bestimmt:

„Die in Art. 422 bezeichneten Eisenbahnen sind nicht befugt, die Anwendung der in den Art. 395, 396, 397, 400, 401, 408 enthaltenen Bestimmungen über die Verpflichtung des Frachtführers zum Schadenersatz, sei es in Bezug auf den Eintritt, den Umfang oder die Dauer der Verpflichtung oder in Bezug auf die Beweislast, zu ihrem Vortheil durch Verträge (mittelst Reglements oder durch besondere Uebereinkunft) im Voraus auszuschließen oder zu beschränken, außer, soweit solches durch die nachfolgenden Artikel zugelassen ist.

„Vertragsbestimmungen, welche dieser Vorschrift entgegenstehen, haben keine rechtliche Wirkung."

Eine ähnliche Bestimmung enthält auch der § 321 des schweiz. Entwurfes, (vergl. Munzinger Motive §§ 307—320) ebenso das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch §§ 1656, 1657, 1668 nebst der erläuternden Note des Redactors zu § 1668).

Es wird vorausgesetzt, daß bei Frachtverträgen zwischen Eisenbahnen und Versendern die beiden Contrahenten nicht auf gleichem, unabhängigem Fuße zu einander stehen; und der Gesetzgeber will nicht gestatten, daß die Bahnen die dominirende Stellung, welche sie gegenüber den Versendern einnehmen, dazu benützen, um durch Privatvertrag sich den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über Haftpflicht ꝛc. zu entziehen.

Die Frage, ob das Transportreglement, auf welches Beklagte sich beruft, der hiesigen Regierung zur Genehmigung vorgelegt worden sei (welches Erforderniß zwar nicht aus den Bestimmungen des Staatsvertrags vom 11. August 1852 hervorgeht), erscheint für Beurtheilung der rechtlichen Gültigkeit und Anwendbarkeit desselben unwesentlich.

Die regierungsräthliche Prüfung resp. Genehmigung des Transportreglements kann sich nur auf diejenigen Bestimmungen desselben beziehen, welche die staatlichen oder allgemeinen Interessen, sowie die Vorschriften der Concession berühren, wie Tarife, Zahl der Züge ꝛc., kann aber auf die Gültigkeit und Zuläßigkeit von civil- oder privatrechtlichen Bestimmungen nicht ausgedehnt werden, da diese weder durch die Bahngesellschaft selbst, noch auch durch die Administrativbehörden beliebig geregelt werden können, sondern einzig der Beurtheilung der gesetzgebenden resp. der richterlichen Behörde unterliegen. Wenn nun zwar das D HGB. in den §§ 424—430 von dem allgemeinen Grundsatze des § 423 eine Anzahl Ausnahmen zuläßt, und in § 427, 2. die speciell auf den vorliegenden Fall berechnete Ausnahme, wonach bedungen werden kann:

„daß die Höhe des nach Art. 397 wegen verspäteter Lieferung zu leistenden Schadenersatzes den im Frachtbrief als die Höhe des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung angegebenen Betrag und in Ermanglung einer solchen Angabe einen im Voraus bestimmten Normalsatz, welcher auch in dem Verlust der Fracht oder eines Theils derselben bestehen kann, nicht übersteigen soll. Im Fall einer böslichen Handlungsweise der Eisenbahnverwaltung oder ihrer Leute kann die Beschränkung der Haftpflicht auf den Normalsatz oder den angegebenen Werth des Guts nicht geltend gemacht werden," —

so ist damit nicht erwiesen, daß diese oder andere im D. HGB., vielleicht als Compromiß gegenüber der Opposition der Bahnverwaltungen gestatteten Ausnahmen ohne Weiteres auch bei Beurtheilung durch hiesiges Forum zu Recht bestehen, sondern es ist bei jedem einzelnen Fall von dem Richter zu beurtheilen, ob die Ausnahmsbestimmung des Transportreglements nach den hier gültigen gesetzlichen Bestimmungen, oder in deren Ermanglung nach hiesiger Gerichtspraxis oder hiesiger Rechtsanschauung zuläßig und rechtsverbindlich sei oder nicht?

Spezielle gesetzliche Bestimmungen über die Haftbarkeit der Eisenbahnen und die Verbindlichkeit des Transportreglements existiren nun bei uns nicht, und auch von einer feststehenden Gerichtspraxis kann die Rede nicht sein. Denn das von der Beklagten angeführte, vereinzelte Urtheil beider Instanzen vom 9. November 1858 resp. 24. März 1859 in Sachen Oswald c. badische Bahn kann nicht als solche aufgefaßt werden. Die rechtlichen Anschauungen über diese Materie waren bei uns bis vor Kurzem noch in einem Stadium der Fortbildung begriffen und sind vielleicht heute kaum zu einem festen Abschluß gekommen. Als ihr getreuester Ausdruck muß ohne Zweifel der angeführte Entwurf eines schweizerischen Handelsgesetzes, zusammengehalten mit der vom Redactor veröffentlichten Motivirung, betrachtet werden; dessen aus unsern Rechtsbegriffen hervorgegangen und darauf

beruhende Bestimmungen in Ermanglung bestimmter gesetzlicher Vorschriften und einer festen Gerichtspraxis für Beurtheilung durch den hiesigen Richter als der zuverläßigste Anhaltspunkt dienen können.

Wenn nun also die Berechtigung der Eisenbahnen, durch einseitig in das Transportreglement aufgenommene Bestimmungen sich den allgemeinen gesetzlichen Grundsätzen über Haftpflicht zu entziehen entschieden verneint werden muß, so entsteht die weitere Frage, ob im vorliegenden Fall eine Ausnahme von diesem Satze deßwegen gerechtfertigt ist, weil durch § 25, 1 u. 2 dem Versender die Möglichkeit gegeben ist, durch specielle Declaration eines Interesse und Bezahlung eines Frachtzuschlags sich eine über den Frachtbetrag hinausgehende Haftbarkeit der Eisenbahn wegen Verspätung zu sichern. Auch diese Frage muß indessen verneint werden. Die Bestimmung des Transportreglements beruht auf der unrichtigen Voraussetzung, daß eine beschränkte Haftpflicht die Regel bilde, eine Ausdehnung derselben auf den Betrag des wirklichen Schadens aber die Ausnahme sei, welche auf besonderm Vertrag beruhen müssen und für welche der Versender eine Extravergütung, gleichsam eine Art Versicherungsprämie, zu bezahlen habe. Nun bildet aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen umgekehrt die volle Schadensersatzpflicht die Regel, und Ausnahme davon, z. B. wenn es sich um besonders werthvolle oder besonders gefährliche Güter handelt, müssen durch speciellen Vertrag bedungen werden.

Auch kann vernünftiger Weise dem Versender nicht zugemuthet werden, für Verpflichtungen, welche der Eisenbahn selbstverständlich obliegen, wie die Pflicht der Ablieferung in der einbedungenen Frist über den Frachtbetrag hinaus noch eine besondere Vergütung zu bezahlen; oder wenn er dieß nicht thut, der Nachlässigkeit oder Willkühr der Bahn gegenüber völlig recht- und schutzlos da zu stehen. Die Folge davon wäre; daß auch die in den meisten Concessionen festgesetzten Tarif-Maxima völlig illusorisch würden, und die Versender, sofern sie nicht den durch Verschulden der Bahn ihnen erwachsenden und möglicher Weise sehr bedeutenden Schaden ohne Weiteres selbst tragen wollen, in Bezug auf die Frachtansätze resp. Zuschlagtaxen der Willkühr der Verwaltungen unbedingt preisgegeben wären und zwar selbst über die durch die Concessionen den Bahnen gestatteten Tarif-Maxima.

Ueberdieß fällt noch in Betracht, daß es sich im vorliegenden Falle nicht um eine gewöhnliche, nach Tagen zu beziffernde Verspätung handelt, für welche ein Verzicht auf die Frachtsumme als eine genügende Conventionalstrafe gelten könnte; daß dagegen hier der Schadensersatz nach andern Grundlagen bemessen werden muß, wo durch Verschulden der Bahn das Frachtgut erst nach einem entfernten Punkte instradirt und erst nach Verfluß mehrerer Monate zur Verfügung des Empfängers gestellt wurde.

b. Hinsichtlich der Höhe des Schadenersatzes:

Wenn auch die Kläger darthun, daß sie von ihrem Auftraggeber für die eingeklagte Summe belastet werden, so ist damit doch noch keineswegs bewiesen, daß die Beklagte durch ihr Versehen gerade einen Schaden in diesem Betrage verursacht hat. Dagegen liegt in der Natur der Sache, daß in einem Falle, wo die Ablieferung von Waare von solchem Werthe in so erheblicher Weise verzögert worden ist, auch ein erheblicher Schade eingetreten sein muß.

Mit Rücksicht auf den minimen Frachtbetrag, welcher für die Waare bezahlt wurde, wird jedoch im vorliegenden Falle diejenige Summe, welche die beklagte Bahn zu vergüten hat, höher nicht als auf Fr. 100 anzuschlagen sein, indem sonst der Umfang der Haftbarkeit des Frachtführers mit dem Nutzen, den er von der Waare hat, in keinem billigen Verhältnisse mehr stehen würde.

Wie wahr dieses Urtheil die Anschauung des Gerichts als noch im Fluß begriffen bezeichnet hat, ergibt der nachfolgende Fall, in welchem dasselbe Gericht von der entgegengesetzten Auffassung ausging.

Die Großherzoglich badische Staatsbahn hatte nämlich aus Auftrag der Herren Großmann und Vischer ein Ballot Floretseidengarn im Facturabetrag von Fr. 1292. 50 zur Spedition nach Berlin via Mannheim übernommen. Dasselbe gelangte aber nicht an seine Adresse, und auf Nachfrage ergab sich, daß dasselbe von einem Aufbewahrungsspeicher der Anhalt'schen Bahnstation Berlin abhanden gekommen sei. Unterm 18. Dec. 1866 anerbot die betreffende Verwaltung eine Vergütung von 12 Thalern nach dem Normalsatze von 20 Thalern, welcher für den Centner bei Verlust nach dem Transportreglement der Mitteldeutschen Bahnen d. d. 1. Merz 1865 vergutet werde.

Es lautet diese Bestimmung folgendermaßen, Art 23 Nr. 2:

„Zum Zweck der Entschädigungsberechnung wird der gemeine Handelswerth bezw. der gemeine Werth nicht höher als 20 Thaler per Centner angenommen, insofern ein höherer Werth nicht ausdrücklich auf dem Frachtbrief an der dazu bestimmten Stelle declarirt ist."

Art. 23 Nr. 3 enthält die bei Werthdeclarationen zu zahlenden Taxen.

Der Frachtbrief, mit dem die Waare reiste, trägt auch in der That auf der Rückseite die vorbehaltene Stelle:

„Die declarirte Gesammtwerthsumme (§ 23 Nr. 2 u. 3 des Vereinsreglements) beträgt: . . . ."

jedoch ohne Angabe eines Betrages.

Das klägerische Haus will sich mit dieser Vergutung nicht abfinden lassen, sondern verlangt Integralersatz mit dem Facturawerth und

Rückzahlung der Fracht, zusammen Fr. 1296. 55 Ct. Es bestreitet die Bindekraft des Reglements und des darauf gestützten Frachtvertrages, indem diesem Reglement jede gesetzliche Autorisation abgehe und der Frachtvertrag nicht frei geschlossen, sondern von der monopolisirten Bahnverwaltung dem Versender aufgedrungen sei, wie denn das Reglement deutlich erkläre (§ 5), daß andere Frachtbriefe gar nicht angenommen werden, als solche, welche die Berufung auf den § 23 auf der Rückseite aufgenommen haben. Wo aber diesem Vertrage die Voraussetzung jedes Vertrages, die Freiheit im Abschluß, abgehe, da können nicht dessen Bestimmungen, sondern einzig und allein die allgemeinen Grundsätze leiten; wonach jeder Frachtführer für seinen Fehler hafte. Und darüber könne kein Zweifel herrschen, daß der Fehler auf Seite der betreffenden von der Beklagten vertretenen Bahnverwaltung liege, wenn sie Speicher habe, die gegen Diebstahl nicht schützen, oder Hüter anstelle, die selbst Diebe seien.

Dieses Mal wies das Civilgericht und zwar mit Beistimmung der zweiten Instanz, die Klage durch Spruch vom 30. April 1867 ab, und zwar mit folgender Begründung:

Darüber kann keine Frage entstehen, daß Bestimmungen eines Vertrages, sei er Transportvertrag, oder sonst ein Vertrag, wenn sie den allgemeinen Grundsätzen der öffentlichen Ordnung widerstreiten, vor dem Richter nicht Geltung erlangen können. Aber ebensowenig ist eine Unternehmung, wenn sie auf einer Strecke nach der Natur der Sache allen Frachtverkehr anzieht, deshalb allein schon auch unfähig, bindende Frachtverträge abzuschließen; sondern Alles, was von solchen Verträgen verlangt werden kann, ist die Zumuthung, daß in ihnen nicht die Ausschließlichkeit des Frachtverkehrs zu einseitigem Nutzen der Unternehmung ausgebeutet werde.

Dieß kann nun bei der fraglichen Bestimmung nicht behauptet werden, die auf dem vollkommen richtigen Grundsatze ruht, es werde Versender für Verlustschaden mit dem Betrage entschädigt, den er auf dem Frachtbrief als Werth der Waare angegeben habe; und unterlasse er eine solche Werthangabe, so laufe er die Gefahr, bei Verlust der Waare für den Centner nur 20 Thaler Vergutung zu erhalten. Wenn die Kläger hier bemerken, mit gleichem Rechte könnte dem Versender jede Vergutung abgestritten werden, so dürfte in gleicher Uebertreibung ihnen erwidert werden, mit gleichem Rechte könnte er, der Versender, bei Unterlassung der Werthangabe die allergrößte Ersatzsumme fordern.

Aendern kann an dieser Auffassung der Sache die Thatsache nichts, daß zu der festen Normalfracht eine Zuschlagstaxe bezahlt, also die Vergutung für Schaden wie etwas Besonderes, Ungewöhnliches behandelt wird.

Vielmehr erscheint hier das Risico in ähnlicher Weise berücksichtiget,

wie bei unsichern Capitalien durch den Zinsfuß, bei Uebernahme der Haftpflicht im Commissionsverhältniß durch die del-credere-Gebühr, und bei Uebernahme von Transportgefahr durch besondere Unternehmungen mittelst der Versicherungsprämie. Die Anfechtung trifft also eigentlich blos die Thatsache, daß bei diesem System die Transportunternehmung gleichzeitig Assecuranz ist.

Worauf es vielmehr ankommt, das ist die Thatsache, daß es im freien Ermessen des Versenders steht, die Vortheile vollen Ersatzes sich durch ein Mittel zu sichern, das nicht als unverhältnißmäßig mit der Gefahr angefochten werden kann, die dadurch gedeckt werden soll. Die Klagpartei hat auch ein solches Mißverhältniß nicht behauptet, sondern nur den Grundsatz besonderer Deckung der Gefahr angegriffen, wonach bei Werthangabe die Transportunternehmung den Frachtzuschlag gewinnt, wenn kein Unfall eintrifft; gerade wie der Versender die Differenz gewinnt, wenn ohne Werthangabe die Waare glücklich anlangt.

Hat diese Entwicklung des Frachtgeschäftes zu einer Art von gleichzeitiger Transportversicherung geführt und ist so von den früher geltenden einfachen Grundsätzen abgegangen worden, wonach in jedem Falle der Schaden den Ersatz bestimmt, so ist nicht außer Acht zu lassen, daß auch im alten System von diesen Regeln schon viele Ausnahmen in den Transportverträgen eintraten und daß überhaupt bei so umfassenden Unternehmungen die Verantwortlichkeiten der Unternehmer mit viel mehr Schwierigkeiten zu kämpfen haben, als bei der frühern beschränkten Personalleitung eines solchen Geschäftes, in welcher die Auswahl der Personen und die Vorsicht in der Wahl der Mittel viel leichter waren.

(Directe Mittheilung.)

---

52. Eisenbahnrecht. Genehmigung des Reglements (Waadt.)

Am 6. Nov. 1867 übergab Fräulein Mary-Ann Johnson unter sechs Gepäckstücken (die zusammen 176 Pfund wogen) der Gütererpedition auf der Station Lausanne (Laurent und Bergeron) ein Felleisen, ohne Werthangabe, das bei dem Rückbezug der Stücke in Pontarlier sich nicht mehr vorfand. Sie verlangte Ersatz ihres Schadens mit Fr. 2038 und die gesetzlichen Zinsen davon seit 6 Nov. 1867. Die Bahn anerbot nach ihrem Tarif Fr. 180.

Ein vom Staatsrath anerkanntes Reglement vom Jahre 1860 wurde von der Direction der Westbahn gemeinsam mit mehreren correspondirenden Bahnen durch ein späteres vom 15. März 1862 ersetzt, das diese Genehmigung nicht erhielt, sondern nur auf Probe eingeführt ward. Es wird auf den Stationen der Westbahn feil geboten.

Das Districtsgericht von Lausanne, durch Spruch vom 15. April

1869, verurtheilte die Beklagten zu Bezalung von Fr. 1400 samt Zinsen zu 5% vom Tag der Klage an.

Das Frageprogramm, das der Richter seinem Entscheid voranstellte, war:

1. Les objets mentionnés dans la déclaration que Mlle. Johnson a faite devant le Juge Anglais existaient-ils dans la valise qui a été perdue, sinon quels objets renfermait-elle? — R. Oui.

2. Ces objets, d'après leur nature et l'usage habituel, pouvaient-ils être considérés comme bagages et mis comme tels dans une valise. — R. Oui.

3. Y avait-il dans les objets que renfermait la valise perdue des bijoux et autres objets précieux et, si oui, quels étaient ces bijoux et objets? — R. Non, en ce sens qu'il n'y avait pas d'articles de joaillerie et que les objets de quelque valeur étaient des objets de toilette et non des objets précieux.

4. Quelle est la valeur totale de la valise perdue et de son contenu? — R. 1300 fr.

5. En cas de réponse affirmative à la question n. 3, quelle est la valeur des bijoux et autres objets précieux renfermés dans la valise perdue? — R. Il n'y a pas à répondre.

6. La perte de la valise a-t-elle entraîné pour Mlle Johnson un dommage immédiat, qui pouvait être prévu et nécessité, entr'autres un séjour à Paris? — R. Oui.

7. Quel est le montant de ce dommage? — R. 100 fr.

Die Begründung gieng dahin:

Que le 6 novembre 1867, Mlle. Johnson, allant à Dôle par le train direct grand vitesse, a remis au chemin de fer, à la gare de Lausanne, 6 colis de bagage pesant 176 livres, au nombre desquels se trouvait une valise qui, bien qu'enregistrée par l'administration, ne s'est pas retrouvée à Pontarlier et n'a pu être restituée à la propriétaire;

Considérant que l'art. 129 du c. c. renferme le principe de la responsabilité du transporteur, pour la perte et les avaries des choses qui lui ont été confiées.

Que l'art. 1271 statue que les entrepreneurs et directeurs de voitures et roulages publics sont assujettis à des réglements particuliers, qui font la loi entr'eux et les autres citoyens;

Considérant que si le règlement de transport pour le service direct de 1862 n'est pas revêtu de la sanction du Conseil d'Etat du Canton de Vaud, ce règlement n'en a pas moins été appliqué à titre d'essai, pour l'exploitation des Compagnies fusionnées dès 1862;

Que ce règlement porte en tête qu'il est applicable à partir du 15 mars 1862 et qu'il a d'ailleurs été invoqué par l'exploitation elle-même, dans ses lettres à la demanderesse;

Que le dèfaut d'approbation, de la part de l'aütorité administrative, ne peut être opposé au public par la Compagnie, qui seule a vocation à requérir cette approbation, et qu'ainsi le règlement de 1862 a virtuellement abrogé celui de 1860;

Considérant que le § 32, n. 2, du règlement 1862 statue que l'indemnité en cas de perte ou de destruction d'un colis-bagage est fixée à 4 fr. par livre du poids porté au bulletin. sans préjudice toutefois du droit pour le réclamant d'exiger et pour la Compagnie de restituer seulement la valeur réelle, si elle peut être constatée;

Que, dans l'espèce, Mlle Johnson a établi d'une manière suffisante que la valeur réelle des objets et du colis perdus était de 1300 fr.;

Que, de plus, la perte de la valise a entrainé pour Mlle. Johnson un dommage immédiat qui a été arbitré à 100 fr.

(Journal des tribunaux vaudois. XVII. pp. 270 ss.)

---

53. Bürgschaft (Solothurn).

In zwei Handschriften zu Gunsten des Hauptmanns Georg Kull in Solothurn verpflichtete sich, das einemal für Fr. 440 neben dem Schuldner Urs Joseph Wullimann und das andere Mal für Fr. 200 neben dem Schuldner Joseph Wullimann, des Erstern Bruder als Bürge, Mitschuldner und Selbstzaler: Johann Wullimann Jacobs sel.

In beiden Handschriften erschienen später Unrichtigkeiten in den Unterschriften der andern Bürgen.

In der ersten waren im Text der Handschrift fünf Bürgen mit Namen und Nummern aufgeführt, unter diesen Hans Franz Vogt, Josephs sel., und in der andern zwei: neben Johann Wullimann noch Hafner Joseph Affolter.

Des Franz Vogt Name ist nun im Text durchgestrichen, und bei den Unterschriften findet er sich nicht. Ein Jahr nach Errichtung der Handschrift bescheinigte der Friedensrichter Luterbacher von Grenchen die Aechtheit der übrigen Unterschriften und das Fehlen derjenigen von Vogt.

Joseph Affolter erscheint im Text der andern Handschrift wie Johann Wullimann als Bürg, Mitschuldner und Selbstzaler bezeichnet, bei der Unterschrift aber nur „als Nachbürg".

In beiden Fällen leistete Johann Wulliman vor den Uebrigen die Unterschrift.

Beide Schuldner geriethen im Jahr 1862 in Concurs. Für beide zahlte Namens des Johann Wullimann dessen Verwalter Urs Joseph Ferrmutsch, Bezirkslehrer in Grenchen, die Verlustsummen an

den Gläubiger, für die erste Handschrift mit Zins und Kosten Fr. 532. 01 und für die zweite Fr. 133. 35.

Natürlich hatte er für diese Zalungen den Rückgriff auf die Mitbürgen.

Erst jetzt ergab sich aber, daß er denselben nicht üben könne weder gegen Vogt noch gegen Affolter.

Da Johann Wullimann inzwischen gestorben war, traten nun seine Erben auf und verlangten, was sie regreßweise nicht erhalten konnten, als indebitum vom Gläubiger zurück, aus der Handschrift des Urs Joseph Wullimann nämlich $1/5$ der Fr. 532. 01 mit Fr. 106. 40 und aus der Handschrift des Joseph Wullimann die Hälfte mit Fr. 66. 68.

Der Beklagte bestritt die Rückforderung, da Kläger nicht als Bürge, sondern als Mitschuldner bezahlt habe, und es seine Schuld sei, daß er geirrt habe.

In der ersten Instanz wurden diese Gründe zur Abweisung für genügend erachtet, bei dem Obergericht Solothurn dagegen nicht (10. Febr. 1865) in Erwägung:

— 6. Bürgen, welche sich nach § 1347 C. G. zugleich als Selbstschuldner und Zahler verschreiben, damit keineswegs ihre Eigenschaft als Bürgen verloren, sondern nur auf die Wohlthat der Vorausklagung des Hauptschuldners verzichtet haben und dadurch in kein Solidarverhältniß mit dem Hauptschuldner eingetreten sind, welcher seinerseits und zwar einzig nebst dem Verbalcontract noch realiter aus dem Darlehen verpflichtet ist;

7. In Betracht somit auch auf solche Bürgen § 1355 C. G. anwendbar ist, nach welchem, wenn in einem Titel mehrere Bürgen eingetragen sind, sich aber nicht alle verpflichtet haben, diejenigen, die gut versprochen, nun für die betreffenden Theile der Schuld zu haften haben, folglich der Erblasser bei der ersten Handschrift nur für $4/5$ und bei der zweiten für $1/2$ haftbar gewesen wäre, während dem nun dessen Verwalter Lehrer Ferrmutsch den ganzen Verlurst bezahlt hat;

8. In Betracht aber nach § 1469 C. G. Jemand, der aus Irrthum etwas abgeliefert hat, wozu er nicht verpflichtet war, dasselbe zurückfordern kann, worunter nach § 1470 auch gemachte Zahlungen zu verstehen sind;

9. In Betracht nach dem oben angeführten der Bürge Wullimann zur Zeit der Bürgschaftseingehung nicht wissen konnte, daß die als Bürgen genannten nicht als solche unterzeichnen würden und voraussetzen mußte, daß der Creditor entweder für die Unterzeichnung sorgen oder den Geldvorschuß nicht machen werde; und der Bürge auch bis zu Zahlung zu keinen Handlungen verpflichtet war, welche ihm den Irrthum hätten aufklären können, wie z. B. Einsichtnahme des Geltstagsrodels ꝛc., wonach er sonst censirt gewesen wäre, das Verhältniß zu kennen;

10. In Betracht die Annahme des Irrthums beziehungsweise der Unkenntniß der Verhältnisse, um so begründeter ist, da nicht der Bürge selbst, sondern dessen zur Zeit des Rückgriffs auf den Bürgen bestellt gewesener Verwalter um Zahlung angegangen wurde und dieselbe geleistet hat.

(Directe Mittheilung.)

---

54. Bürgschaft (Appenzell Außer-Rhoden).

Die Pacht der Alp Helchen (Inner-Rhoden) wurde von dem Pächter J. Anton Engler an Moritz Brüllisauer abgetreten und die Zahlung des jährlichen Pachtzinses von Fr. 750 von Moritz Manser in Stein (Außer-Rhoden) verbürgt und das bezügliche Instrument in der Landescanzlei Appenzell Inner-Rhoden ausgefertigt.

Brüllisauer kam mit der Zalung des Pachtzinses in Rückstand und gerieth in Concurs (1863). Der Rückstand belief sich damals auf Fr. 1352. 90. Diesen forderte das Seckelmeisteramt Appenzell Inner-Rhoden vom Bürgen ein.

Derselbe bestritt den Fortbestand der Haftbarkeit über sechs Monate nach Verfall der Zinspflicht hinaus, nach seinem Landesgesetz.*)

Die Klagpartei behauptete, der Bürge hafte nach dem Rechte von Inner-Rhoden, wo der Bürgschaftsvertrag errichtet worden.

Dort höre die Haftbarkeit nicht mit sechs Monaten nach Verfall auf. Beweis für letztern Satz brachte sie nicht bei.

Das Obergericht von Appenzell Außer-Rhoden wies aber die Klagpartei ab (19. Nov. 1866) und „erklärte dem zufolge den Manser aus den Pfanden"

in Erwägung

a. daß die klägerische Partei zu Begründung ihrer Forderung, daß das appenzell-innerrhodische Forum hier Anwendung finden müsse, weder einen Bürgschaftsvertrag noch betreffende Gesetze über Bürgschaftsverhältnisse aus Appenzell Inner-Rhoden beizubringen im Stande war;

b. daß dadurch die an Manser gestellte Forderung zur rein persönlichen Forderung geworden ist;

c. daß aber persönliche Forderungen von dem Schuldner da erlangt werden müssen, wo sein Domizil ist;

d. daß deßwegen im speziellen Falle die Gesetze von Appenzell Außer-Rhoden maßgebend sind;

---

*) Gesetz betr. die Forderungen und Schulden, vom 28. Oct. 1860, § 8. — Wird die Bürgschaft für Zalungen in bestimmten Terminen geleistet, so dauert sie nicht länger als sechs Monate über diese Zalungstermine hinaus.

e. daß nach Art. 8 des Gesetzes über Forderungen und Schulden kein Bürge mehr zur Zalung angehalten werden kann, wenn er für Zalungen in bestimmten Terminen nicht binnen sechs Monaten von deren Verfall an belangt worden ist.

(Directe Mittheilung.)

---

55. Bürg- und Selbstzahlerschaft (Appenzell Außer-Rhoden).

Für J. Kübele, Gerber in Altstätten C. St. Gallen, stand dessen Bruder, wohnhaft im C. Appenzell Außer-Rhoden bei dem Gläubiger Custer als Bürge und Selbstzahler für den Betrag von Fr. 600 ein.

Die Forderung war auf St. Niclausen (6. Dec.) 1865 fällig.

Im August belangte Custer den Bürgen um Bezalung.

Dieser berief sich auf § 8 des Gesetzes betr. die Forderungen und Schulden vom 28. Oct. 1860, wonach Haftbarkeit aus Bürgschaft nach Verfluß von sechs Monaten über den Verfalltermin hinaus erlöschen. Der Kläger hielt dafür, „auf Niclausen fällig" sei nicht Bezeichnung des Schlußtermins für Bezahlung, sondern des Anfangs, von dem er Kübeln betreiben lassen dürfe.

Das Obergericht des C. Appenzell Außer-Rhoden entschied für den Kläger (25. Febr. 1867), aber nicht aus dem vom Kläger vorgebrachten Rechtsgrunde, sondern

in Erwägung,

a. daß die von Kübele eingegangene Verpflichtung sich sowohl dem Sinne des im Rechte liegenden Bürgscheines, als dem Zugeständnisse desselben gemäß sich als Bürg- und Selbstzahlerschaft qualifizirt;

b. daß bei Bürg- oder Selbstzahlerschaften aber nicht der von der Beklagtschaft angerufene Art. 8, sondern der Art. 6 des Gesetzes über Forderungen und Schulden seine Anwendung findet, indem der letztere Artikel nur die Bürg- und Selbstzahlverhältnisse, der Art. 6 dagegen lediglich die übrigen Arten von Bürgschaften normirt;

c. daß daher sowohl der Natur der Sache als dem Wortlaute des Gesetzes zufolge nach eingegangener Bürg- und Selbstzahlerpflicht der Bürge in die Fußstapfen des Schuldners tritt und zu jeder Zeit gerade so gut belangt werden kann, wie der Debitor selbst belangt werden könnte.

(Directe Mittheilung).

---

*) § 6. l. c. Von dem Bürg- und Selbstzaler kann der Gläubiger ohne vorherige Schuldbetreibung des Schuldners Zalung fordern. — Eine Bürg- und Selbstzalerschaft ist aber nur dann vorhanden, wenn der Bürge sich ausdrücklich im Schein als „Selbstzaler" bezeichnet hat.

56. Bürgschaft für einen Contocorrent (Baselstadt).

Am 4. April 1865 fragte Louis Schmid die Kläger Ehinger & Cie. an, ob sie mit der Garantie seines Vaters Dr. Rud. Schmid ihm einen Credit im Conto-Corrent von Fr. 10,000 und in diesem Fall unter welchen Conditionen eröffnen würden? mit dem Bemerken, daß er natürlich auf einen angemessenen Conto-Corrent-Umsatz Bedacht nehmen würde. Am folgenden Tage bejahten diese Frage Kläger dahin, sie würden ihm auf ihren Büchern eine Rechnung eröffnen und damit unter der angebotenen Garantie einen Credit von Fr 10,000 verbinden, vorbehältlich, daß seine Rechnung einen Umsatz auch in fremden Wechseln und nicht alles in Baarschaft darbiete, mit dem weitern Bemerken, daß man Abgaben auf hiesige Plätze nicht als Deckung ansehen könne, sondern blos Baarschaft oder Papier mit anerkannt guten Unterschriften, die bei der Bank acceptabel seien. Als weitere Bedingung wurde erwähnt wenigstens einmaliger Umsatz in einem Trimester. Eine sich an diese Bemerkung anschließende weitere Erörterung führte zu der genaueren Präcisirung, daß Kläger an Zahlung in ihrem Conto-Corrent Billets von seinen Kunden und acceptirte Wechsel auf dieselben annehmen werden, nicht aber kleine nicht acceptirte (Wechsel) Abgaben auf Kunden, sofern sie zum Einzug ohne Protest übergeben werden sollten.

Nach dieser Verhandlung wiederholten Kläger ihre Zusage in Bezug auf die Garantie des Vaters, welcher dann auch unterm 28. April gl. J. sich ihnen gegenüber schriftlich dahin erklärte:

„Ihr geehrtes Schreiben vom 21. Monats beantwortend erkläre ich mich hiemit einverstanden, daß ich mich für die meinem Sohne Louis Schmidt zu eröffnende laufende Rechnung an Zehntausend Franken solidarisch und mit Verzichtleistung auf die Vorausklage verpflichte und als Garantie in diesem Sinne dargebe."

Mit dieser Erklärung eröffnete sich zwischen Klägern und Louis Schmid ein lebhafter Verkehr, der bis znr Suspension der Geschäfte des Letztern fortdauerte (15. Juni d. J.).

Die Vorverhandlung ergab hierüber, daß die Annahme von Wechseln hie und da von den Klägern auf später verschoben wurde, wenn Louis Schmid sehr viele auf Luzern gestellt auf einmal brachte, Wechsel auf Basel dagegen früher „abzüglich Disconto" gutgeschrieben wurden. für Wechsel auf Luzern Louis Schmid „Werth bei Verfall" erkannt ward, in letzter Zeit auch für hiesige „Eingang vorbehalten".

In der Verhandlung wurden folgende Rechnungsstände und Epochen von den Parteien herausgehoben:

1) beim Tode von Herrn Dr. R. Schmid (16. März 1866) Louis Schmid Schuldner für . . . . . Fr. 8,942. 50
2) beim Tode von Frau Schmid (30. Juni 1866) . „ 330. 30
3) Kurz nachher (2. Juli 1866) Louis Schmid Creditor für „ 13,914. 75
4) Nach Suspension d. Schuldners 30. Sept. 1868 Debitor „ 59,813. —
wobei die Beklagten ausrechnen, daß mit Ausschluß der übergebenen Wechsel er für Blanco-Credit auf diesen Zeitpunkt nur schulde Fr. 1,635. 56

Auf diesen Stand nach der Suspension gründen nun die Kläger gegenüber den beklagten Erben von Herrn Dr. Rud. Schmid, die Forderung auf Haltung der vom Erblasser geleisteten Garantie von Fr. 10,000. Nachträglich d. h in der Verhandlung vor den Schranken knüpfen Kläger daran noch eine Zinsforderung.

Die Beklagten bestreiten in erster Linie jede Zahlungspflicht, indem die Schuld, die sie am 16 März resp. 30. Juni 1866 von Vater oder Mutter geerbt haben, bereits zwei Tage nach letzterem Zeitpunkte nicht nur getilgt, sondern damals der Bruder Creditor der Kläger geworden sei.

In zweiter Linie berufen sie sich darauf, daß die gegenwärtige Forderung nicht auf Grund des garantirten Conto-Corrent-Credites erwachsen, sondern aus einer Reihe von Wechsel-Operationen hervorgegangen sei, die nicht in den Conto-Corrent hineingezogen werden dürfen. Auf Grund dieser Ausscheidung anerkennen die Beklagten blos eine Haftbarkeit ihrerseits für Fr. 1635. 55.

Das Civilgericht Basel verurtheilte aber die Beklagten am 26. November 1868, aus folgenden Gründen:

Die Beklagten werden belangt als Erben eines Bürgen, der mit Verzicht auf die Einrede der Vorausklage für Fr. 10,000 garantirte, die seinem Sohne würden in Conto-Correntverhältniß dargeliehen werden. Es kann also dieses Verhältniß der Natur nach nicht etwa als ein Creditauftrag betrachtet werden, der mit dem Tode des Mandanten aufhörte und der Erneuerung auf Seiten der Erben bedurft hätte, sondern es muß als eine Bürgschaft gelten.

In diese Bürgschaft succedirten die Beklagten mit ihrer Mutter bei'm Tode des Bürgen. Diese Sucession erfolgte ohne irgend einen Vorbehalt uud die Erben setzen darum die Person des Erblassers unbedingt fort. Wie er im Augenblicke der Suspension seines Sohnes gehaftet hätte, haften sie. Die Variationen in dem Rechnungsstande können daran nichts ändern.

Ebensowenig die Entstehungsformen der Schuld, um so weniger, als das ganze Rechnungsverhältniß von Anfang an von beiden Parteien ausdrücklich darauf abgestellt ward, daß der Conto-Corrent in Wechsel- und Billet-Umsatz sich bewegen sollte.

(Directe Mittheilung.)

57. 58. 59. Lebensversicherung. Pflicht des Versicherten zu Angabe von Gebrechen (Baselstadt).

Der Mechaniker Heinrich Genhart trat im Juli 1865 durch Vermittlung eines Agenten der Basler Lebensversicherungsgesellschaft mit dieser in Unterhandlung behufs Erwirkung einer Capitalversicherung zu Gunsten seiner Ehefrau oder seiner Erben auf den Fall seines Todes. Er hatte zu dem Ende auf einem ihm von dem Agenten zugestellten Formular (Declaration genannt) verschiedene Fragen über seine Person und seine Gesundheitszustände zu beantworten und eigenhändig zu unterzeichnen, sowie sich der Prüfung eines Arztes zu unterwerfen, der hinwiederum seinen Befund ebenfalls in der Form von Beantwortung der Fragen eines besondern Formulars (des sogenannten Attestes des Vertrauensarztes der Gesellschaft) mittheilte. Diese beiden Actenstücke, die von gleichem Tage (22. Juli 1865) datirt sind, enthalten folgende für unsern Fall wichtige Punkte:

In der „Declaration" wurde Frage 5:

„Sind Sie mit irgend welchen körperlichen Leiden, Gebrechen oder Bildungsfehlern (Bruch ꝛc.) behaftet und mit welchen?" — von Genhart mit Nein beantwortet.

In dem „Attest des Vertrauensarztes" waren von dem untersuchenden Arzte Herrn Dr. Hägler auf die Fragen unter 5 f: „Wie ist die Urinabsonderung?" und g: „Sind Steine, Griesbildung oder irgend welche Hindernisse der Urinausleerung vorhanden?" in Anführungszeichen die Worte (zu f) „Normal" und (zu g) „Nein" als Antwort gesetzt worden. Durch die beigesetzten Anführungszeichen wurde bezeichnet, daß der Arzt hier keine Untersuchung vorgenommen, sondern wegen der subtilen Natur dieser Fragen sich mit der Erklärung des Petenten begnügt habe, wozu er gemäß der Instruction der Versicherungsgesellschaft an die Vertrauensärzte befugt war.

Endlich enthält die Declaration folgenden von Genhart unterschriebenen Schlußpassus:

„Durch meine Unterschrift bescheinige ich hiedurch, daß ich die vorstehenden Fragen nach meinem besten Wissen richtig und wahrheitsgemäß beantwortet, auch bei der ärztlichen Untersuchung keinen Umstand verschwiegen habe, der auf die Beurtheilung meines Gesundheitszustandes von Einfluß sein könnte, autorisire auch die Gesellschaft, Atteste von den in obiger Declaration genannten Aerzten, falls sie dieselben für nöthig hält, directe einzuziehen. Zugleich erkläre ich, daß mir die der Versicherung zu Grunde liegenden Bedingungen bekannt sind, und unterwerfe mich nach Maaßgabe derselben ausdrücklich den Folgen, die mit einer unrichtigen Beantwortung der vorstehenden Fragen verbunden sind."

Auf Grund der Declaration und der ärztlichen Prüfung wurde nun am 24. Juli 1865 der Vertrag dahin abgeschlossen, daß die Versicherungsgesellschaft dem H. Genhart die Summe von Fr. 20,000, zahlbar nach seinem Tode, gegen Entrichtung vierteljährlicher Prämien von Fr. 160. 20 versicherte.

Anfangs September 1866 erkrankte Genhart und ließ, da sein Hausarzt abwesend war, Herrn Dr. Hägler zu sich rufen, der bei dieser Gelegenheit erst entdeckte, daß Genhart an einer Verengung der Harnröhre leide. Er bemerkte dem Kranken, daß das Verschweigen dieses Fehlers bei Abschluß des Versicherungsvertrages dessen Ungültigkeit zur Folge haben könnte, und bemühte sich, den Vertrag rückgängig zu machen und die Rückerstattung der von Genhart gezahlten fünf Prämien nebst Policegebühr im Gesammtbetrag von Fr. 821 zu erwirken. Bevor aber diese Angelegenheit bereinigt werden konnte, erfolgte am 17. September der Tod Genharts und zwar im Spital, wohin er am 15. September verbracht worden war. Sowohl der Bericht des Spitalarztes, Herrn Prof. Socin, über den Krankheitsverlauf, als der Sectionsbericht des Herrn Prof. Hoffmann lassen keinen Zweifel darüber, daß der tödtliche Ausgang der Krankheit wesentlich hervorgerufen war durch eine in Folge der Harnröhrenverengerung eingetretene Durchbrechung der Harnröhrenwandung und Infiltration des Harns in das Blut mit Brandfolge.

Die Versicherungsgesellschaft weigerte nun die Auszahlung der Fr. 20,000 an die Gerichtsämter als Vertreter der Masse des seit 19. Mai 1866 falliten Genhart. Sie stützt sich:

1) auf § 6 a der Policebedingungen:

„Die Verpflichtung der Gesellschaft zur Zahlung der versicherten Summe ist erloschen und es sind ihr alle gezahlten Beiträge unbedingt verfallen, wenn in den Declarationen oder unter Mitwissen des Antragstellers oder der versicherten Person in den Attesten und Schriftstücken, auf Grund derer die Versicherung abgeschlossen wurde, unrichtige Angaben oder Erklärungen abgegeben sind oder etwas verschwiegen ist, was auf den Entschluß der Gesellschaft, in den Versicherungsvertrag bedungenermaßen sich einzulassen, hätte Einfluß haben können;“

2) auf die Aussagen, die Genhart selbst auf seinem letzten Krankenbette gemacht habe, dahin gehend, daß ihm die Harnröhrenverengerung angeboren und seit frühester Jugend bekannt gewesen sei, daß ihn Freunde vor einigen Jahren auf die Gefahr dieses Zustandes aufmerksam gemacht hätten, und daß ihn dieß veranlaßt habe, ausschließlich zu diesem Zwecke nach London zur Consultation eines Chirurgen zu reisen, der ihn aber ununtersucht mit der Bemerkung entlassen habe, eine Operation könne nicht stattfinden, da der Fehler angeboren sei und schon 40 Jahre bestehe.

Die Gerichtsämter dagegen, heutige Kläger, begründen ihre Klage auf Auszahlung der Fr. 20,000 damit, daß das Verschweigen des fraglichen Bildungsfehlers durch Genhart noch nicht an sich ein Nichtigkeitsgrund sei; vielmehr wäre nöthig und von der bekl. Partei nachzuweisen, daß Genhart diesen Fehler als Krankheit, als Uebel erkannt und dennoch doloser Weise verschwiegen habe. Daß aber Genhart fragl. Bildungsfehler nicht als etwas Krankhaftes zu betrachten Veranlassung gehabt habe, ergebe sich daraus, daß bis zu seiner letzten Krankheit diese Verengerung ohne nachtheilige Einwirkung auf seine Gesundheit geblieben war, und werde auch durch ein klägerischer Seits eingelegtes Gutachten des geh. Medizinalraths Herrn Prof. Dr. v. Langenbeck in Berlin bestätigt. Der Nachweis aber, daß Genhart die ihm anhaftende Besonderheit als eine krankhafte erkannt, sei nicht geleistet und sei auch durch die vorgeschlagenen Zeugen nicht zu erbringen.

Eventuell beantragt die bekl. Partei Abweisung über Fr. 821.

Das Civilgericht Basel folgte durch Spruch vom 28. Mai 1863 dem Hauptantrag der Beklagten, von folgender Betrachtung ausgehend:

Es unterliegt keinerlei Zweifel und wird von beiden Parteien angenommen, daß der von Genhart verschwiegene Bildungsfehler von wesentlichem Einfluß auf dessen letzte Krankheit und den Tod selbst gewesen sei. Demnach reducirt sich die Rechtsfrage einzig darauf:

War Genhart, auch wenn er seinen Zustand nicht als gefahrbringend betrachtete, schuldig, der Gesellschaft hievon Kenntniß zu geben? resp. Liegt in dem Verschweigen dieses Fehlers ein solches Versehen, das die Pflicht des Versicherers zur Auszahlung der Versicherungssumme aufhebt?

Die dem Abschluß des Versicherungsvertrages vorausgehenden Untersuchungen und Fragen haben den Zweck, dem Versicherer einen klaren Einblick über den Umfang der zu übernehmenden Gefahr zu verschaffen, und der Petent ist, wie das diese wesentlich auf bona fides beruhende Art der Geschäfte mit sich bringt, verpflichtet, nach bestem Wissen dazu mitzuwirken, daß dieser Einblick so vollständig als möglich gewährt werde. Diese seine Mitwirkung, die durch Beantwortung der an ihn gestellten Fragen geschieht, kann natürlich nicht weiter als bis zu dem Grade gefordert werden, daß Zustände oder Thatsachen, die dem Petenten bekannt sind resp. nach vernünftigem Ermessen bekannt sein müssen, von ihm anzugeben sind.

Wenn der Petent daher beispielsweise auf die Frage: Sind Sie mit irgend welchem Gebrechen behaftet? mit Nein antwortet und sich nachher herausstellt, daß ein solches zwar zur Zeit des Versicherungsabschlusses vorhanden war, aber in einem so geringen Grade, daß der Petent nichts davon wußte und eine Kenntniß davon ihm auch

nicht zuzumuthen war, so hat der Richter den Vertrag aufrecht zu erhalten. Anderseits ergiebt sich hieraus auch hinsichtlich der Beweislast, daß die Versicherungsgesellschaft, welche wegen Verschweigen eines Gebrechens den Vertrag anulliren will, den Beweis liefern muß, daß dasselbe dem Versicherten wirklich bekannt war oder bei einer jedem Menschen zumuthbaren Urtheilskraft in dem gegebenen Falle hätte bekannt sein sollen.

Demgemäß ergiebt sich für die vorliegende Streitsache folgendes Resultat:

Es ist denkbar und laut dem klägerischerseits eingelegten, beklagterseits nicht beanstandeten medizinischen Gutachten sogar das Regelmäßige in solchen Fällen, daß die mit einem Fehler der fraglichen Art behafteten Personen nicht der Ansicht sind, sie leiden an Hindernissen der Urinausleerung, geschweige denn, sie besäßen einen Bildungsfehler, ja daß Leute, denen dieses Gebrechen nicht angeboren ist, die allmälige Ausbildung desselben nicht bemerken. Es fragt sich daher, ob bei Genhart eine Kenntniß seines anormalen Zustandes nachgewiesen ist, welche bewirke, daß die durch diesen medizinischen Erfahrungssatz zu seinen Gunsten begründete Präsumtion cessirt. Das Gericht findet nun einen solchen Nachweis durch die Acten erbracht, aus welchen hervorgeht, daß Genhart von Jugend auf wohl wußte, die Urinabsonderung vollziehe sich bei ihm schwieriger und langsamer, als bei andern Personen, ja daß er bisweilen sogar Beschwerden davon empfand.

Es erscheint dadurch constatirt, daß Genhart jedesfalls sich seines Zustandes als einer anormalen Urinabsonderung und eines Hindernisses der Urinausleerung bewußt war, und daß er daher auf Frage 5 f und g des Attestes des Vertrauensarztes nicht die Antwort ertheilt hat, die er zu erheilen verpflichtet war.

Ob ihm dabei Dolus oder grobe Fahrlässigkeit oder nur Unüberlegtheit zur Last fällt, ist gleichgültig, da bei derartigen Verträgen, die im höchsten Grade Vertrauens- und Gewissenssache für die Contrahenten sind, von beiden Parteien das größte Maaß von guter Treue und Gewissenhaftigkeit einzuhalten ist. Auch kann darauf nichts ankommen, ob Genhart das Hinderniß als ein Uebel, als Krankheit, gar als gefahrdrohenden Zustand ansah oder nicht. Denn nicht die Frage wurde ihm vorgelegt, ob krankhafte Hindernisse vorhanden seien; es wurde ihm kein medizinisches Urtheil über seinen Zustand zugemuthet, sondern er hatte sich gegenüber dem Vertrauensarzte blos über eine positive Thatsache auszusprechen, nämlich über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Hindernisses, und dem Arzte wäre die fachwissenschaftliche Beurtheilung desselben zugefallen.

Es ergiebt sich hieraus, daß Genhart diese zwei Fragen nicht mit der Gewissenhaftigkeit beantwortet hat, die ihm als Pflicht oblag,

und somit die Beklagte berechtigt erscheint, die Bestimmung von § 6 a der Policebedingung zur Anwendung zu bringen.

Da die Concursbehörde, die Gerichtsämter, im Interesse der Concursmasse die Appellation gegen diesen Spruch einlegten, erfolgte von Seite der zweiten Instanz am 14. Sept. 1867

in Betracht

daß hinsichtlich der Frage, ob der Versicherte seine Angaben richtig und wahrhaft gemacht habe, das Attest des Vertrauensarztes nicht als Beweisgrund anzusehen sei, weil ersterer nach den Vorschriften der Gesellschaft von dem Inhalt desselben keine Kenntniß erhalten darf,

die Verfügung:

Es wird diese Sache an das Civilgericht zurückgewiesen mit dem Auftrag, die von der beklagten Partei angerufenen Zeugen: Dr. Hägler, Professor Socin, Frau Genhart und W. Deck abzuhören und sodann in dieser Sache wieder zu sprechen.

Dieser zweite Spruch des Civilgerichts erfolgte am 24. December gl. J. und enthält folgende factische Ergebnisse:

In seiner letzten Krankheit, kurz vor seinem Tode, hat Genhart den Herren Hägler und Socin erklärt, er habe von Jugend auf einen dünnern Harnstrahl als seine Kameraden gehabt, übrigens aber keine Beschwerden davon empfunden außer bei starkem Biergenuß und Erkältungen. Immerhin habe er sich vor einigen Jahren veranlaßt gesehen, einen berühmten Arzt in London zu consultiren, der ihn aber nicht untersucht, sondern (wie sich Herr Prof. Socin ausdrückte) getröstet entlassen und (nach Aussage von Herrn Dr. Hägler) ihm bemerkt habe: habe er diesen Zustand 40 Jahre lang an sich getragen, so könne er ihn auch noch weiter tragen. Von dieser Reise nach London will Frau Genhart nichts wissen, läugnet sie bestimmt für die Zeit ihrer Ehe (1861—1866) und erklärt, von ihrem Manne nie ein Wort über seinen Bildungsfehler vernommen zu haben.

Hinsichtlich des Hergangs bei Abfassung des Attestes des Vertrauensarztes erklärt Herr Dr. Hägler, sich nicht mehr bestimmt erinnern zu können, ob er den Genhart speziell über den Modus der Urinabsonderung befragt habe; er glaube aber um so weniger, diese Frage übergangen zu haben, als er bei Leuten, die schon viel in der Welt herumgekommen, besonders darauf achte.

Da der Spruch des H. Appellations-Gerichtes keine Weisung darüber enthält, in welchen Grenzen sich die neue Untersuchung und Entscheidung des Civilgerichts bewegen solle, wie das etwa durch Aufstellung eines bestimmten Beweisthemas der Fall gewesen wäre, so erachtet sich das Tribunal ermächtigt, unabhängig von seinem ersten Urtheil die ganze Rechtsfrage auf Grund und im Zusammenhang mit den Abhörungen aufs Neue zu prüfen.

Diese Prüfung führte nun zu Verfällung der Lebensversicherungsgesellschaft zu Bezalung von Fr. 20,000 nebst Zins zu 5% vom Tag der Klage an und zu Tragung der Kosten.

Die Erwägungsgründe waren folgende:

Es besteht keine Veranlassung, von dem im ersten Urtheil aufgestellten, den Ausgangspunkt bildenden Grundsatz abzuweichen, der dahin formulirt wurde, daß Verschweigen eines Gebrechens durch den Versicherten den Versicherungsvertrag alsdann annullirt, wenn der Versicherer den Beweis leistet, daß dasselbe dem Versicherten wirklich bekannt war oder bei einer jedem Menschen zumuthbaren Urtheilskraft hätte bekannt sein sollen.

Dieser Grundsatz tritt in ganzer Wichtigkeit gerade im vorliegen- Falle hervor, wo in erster Linie die Frage entsteht, ob Genhart in dem Actenstücke, das seiner eigentlichen Bestimmung nach die eigenen Aeußerungen des Versicherungspetenten über seinen Gesundheitszustand gegenüber dem Versicherer feststellen soll, absichtlich oder culpos unrichtige Angaben machte, namentlich die Frage 5 der „Declaration" wissentlich unrichtig beantwortete, indem er verneinte, mit irgend welchen körperlichen Leiden, Gebrechen oder Bildungsfehlern behaftet zu sein.

Die vorgenommenen Abhörungen ergeben nun, daß Genhart drei Puncte namhaft gemacht hat, welche die Beklagte als beweiskräftig für den von ihr zu beweisenden Satz erachtet: 1) daß er von Jugend auf einen dünnern Harnstrahl hatte, als Andere; 2) daß er aus Anlaß von äußeren Gesundheitseinflüssen vorübergehend Beschwerden davon empfand; 3) daß er sogar eine Reise nach London zur Consultirung eines Arztes unternahm. Wenn die Beklagte das Hauptgewicht auf die zwei ersten Punkte legt und daraus schon den Beweis einer wissentlichen Verschweigung des Gebrechens, d. h. einer wissentlich unrichtigen Beantwortung von Frage 5 der Declaration erbracht glaubt, so kann das Gericht nach erneuter Prüfung dieser Ansicht nicht beitreten.

Denn der erste Umstand für sich allein kann doch nicht als Gebrechen sich fühlbar machen und als solches erkannt werden, so lange nicht wirklich nachtheilige Folgen sich geltend machen; keinem Menschen kann vernünftigerweise zugemuthet werden, etwas als einen organischen Fehler zu taxiren, das ihm keine dauernde Beschwerde erregt. Dieß muß schon darum angenommen werden, weil ohne fühlbare Beschwerden dem nicht medizinisch gebildeten Menschen jeder Maßstab und jedes Kriterium für Beurtheilung seiner Gesundheitszustände und speziell für Erkenntniß eines Gebrechens entzogen ist.

Darum genügt auch der zweite Umstand, das vorübergehende Vorhandensein von Beschwerden nach Unmäßigkeit oder Erkältung nicht zum Beweise der Kenntniß des Versicherten von seinem Ge-

brechen, denn es ist eine ganz natürliche Thatsache, daß der gewöhnliche Mensch für Beschwerden, die ihm in Folge eines stärkern oder geringern Unwohlseins zustoßen und mit diesem selbst wieder verschwinden, nicht nach einer tiefern Ursache forscht, und erst ein nicht geringer Grad von Selbstbeobachtung seines Gesundheitszustandes, ein Grad, der bei der Mehrzahl der Menschen nicht möglich und keinem zumuthbar wäre, auf den Gedanken eines Gebrechens führt.

Wichtiger erscheint der dritte Umstand, daß nämlich Genhart selbst erklärt hat, er habe, von seinen Freunden auf die Gefahr seines Zustandes aufmerksam gemacht, vor Jahren ausschließlich behufs Consultation eines Operateurs eine Reise nach London gemacht, sei aber von demselben ununtersucht entlassen worden. Auch angenommen, die Reise habe stattgefunden, so war doch das Ergebniß der Consultation der Art, daß man sagen muß: es ist dem Genhart dadurch sein Gebrechen nicht zum Bewußtsein gebracht worden; ja sogar, wenn dieses Bewußtsein vorher auch bei ihm vorhanden gewesen wäre, gerade durch den ärztlichen Bescheid wieder zurückgedrängt worden, wie er laut Aussage der Herren Dr. Hägler und Professor Socin von Genhart war aufgefaßt worden, — ein Bescheid, der in der That geeignet erschien, etwanige von nicht fachgelehrten Freunden erregte Befürchtungen zu zerstreuen. Nimmt man noch hinzu, daß auch nach Herrn Dr. Häglers Erinnerung diese Reise vor längerer Zeit (Herr Hägler gab an, Genhart habe vier oder acht Jahre genannt) soll stattgefunden haben, so ist um so natürlicher, daß Genhart, der seither keine übeln Folgen wahrnahm, derselben nicht die Bedeutung zuschreiben mußte, die ihr gegeben würde, wenn sie als Beweis seiner Kenntniß von seinen organischen Gebrechen verwendet würde.

Muß also einerseits behauptet werden: der Beweis sei nicht geleistet, daß Genhart seinen Zustand als abnormalen, als Gebrechen kannte, daß also seine Beantwortung von Frage 5 der Declaration ihm präjudicire, so wird anderseits nicht minder wichtig für die Entscheidung die Frage, ob von Seiten der Versicherungsgesellschaft Alles, was ihr oblag, gethan worden sei zur Erfüllung ihrer Aufgabe, namentlich, ob sie sich auf unrichtige Beantwortung von Frage 5 litt. f und g des Attestes des Vertrauensarztes durch Genhart berufen könne?

Hierüber läßt sich Folgendes sagen:

Gerade die allgemeine und unabweisliche Erkenntniß, daß beinahe kein Mensch sich über seinen Gesundheitszustand klar ist, hat die Einrichtung der sogen. Atteste der Vertrauensärzte hervorgerufen. Es wäre für die Gesellschaft viel bequemer und vortheilhafter, sich ausschließlich mit einer Declaration des Petenten über seine Gesundheit zu begnügen. Indem sie noch eine ärztliche Prüfung nothwendig erachtet und sich damit auch manchen Nachtheilen aussetzt, wie z. B.

Honorirung ihres Vertrauensarztes, mögliche Abschreckung von Petenten durch dieses Verfahren, erklärt sie deutlich, daß sie eben in der That dem Petenten selbst diese genauere, in der Regel durch medizinische Kenntnisse bedingte Prüfung nicht überlassen könne, d. h. daß sie sich nicht der Gefahr aussetzen könne, von Petenten in besten Treuen unrichtige Angaben zu erhalten; sie gesteht dadurch selbst ein, daß alle diese dem Arzte vorgelegten Fragen eben von dem Petenten nicht mit Sicherheit können beantwortet werden. Wenn dann der Arzt in Fragen sog. delikater Natur über geschlechtliche Uebel von sich aus oder mit Ermächtigung der Gesellschaft selbst auch delicat ist und die ihm obliegende Prüfung durch eine blose Frage an den Petenten ersetzt, so ändert das an der vom Versicherer selbst durch die Herbeiziehung des Arztes zugestandenen Thatsache nichts, daß der Petent einer competenten Antwort in der Regel nicht fähig ist, und diese Erleichterung der Prüfung geschieht daher auf Gefahr des Versicherers, der die Chance allfälliger unrichtiger Antworten und ihm daraus erwachsender Nachtheile wohl dadurch zu compensiren denkt, daß sich die Zahl der Petenten wegen seiner coulanten Behandlungsweise vermehrt. Damit soll nicht gesagt sein, daß der Petent anderseits durch diese Nachsicht das Recht erhalte, ungestraft der größten Lügen sich schuldig zu machen. Dolus findet unter keinen Umständen im Rechte Schutz, aber eben nur auf nachweisbaren Dolus des Petenten kann in solchem Fall die Ungültigkeit des Versicherungsvertrages gestützt werden, und der an die Spitze unserer Erwägungen gestellte Grundsatz, der für die dem Petenten direct vorgelegten Fragen seine volle Wahrheit enthält, erleidet daher hier, hinsichtlich der eigenilich an den Arzt gerichteten Fragen, eine Beschränkung in diesem Sinne.

Es bleibt also nur noch die Frage zu entscheiden: Hat Genhart doloser Weise Frage 5 litt. f und g des Attestes des Vertrauensarztes mit Nein beantwortet? Die Beklagte selbst hat dieß nicht rund heraus behauptet, und in der That kann ein Dolus hier nicht gefunden werden. Es ist natürlich, wenn Jemand auf Fragen solcher Art nur das Nothwendigste mittheilt und seiner Antwort die engste Grenze zieht, welche mit der Bestimmtheit der Frage vereinbar ist. Das Gegentheil liegt hier nicht vor, um so weniger, als aus Herrn Dr. Häglers Aussage selbst nicht zur Gewißheit gebracht ist, ob dem Genhart solche Fragen vorgelegt wurden, welche ihn auf seinen Bildungsfehler bestimmt hingeführt hätten. Vielmehr fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß Genhart nicht in guten Treuen die bezüglichen Antworten ertheilt habe. Nach dem Gutachten von Medizinalrath Langenbeck sowohl als nach der Aussage von Prof. Socin erscheint es als eine im Allgemeinen gemachte Wahrnehmung, daß die mit dem fraglichen Fehler behafteten Personen ihn nicht als „Hinderniß der Urinausleerung", noch viel weniger als abnormale Körper-

bildung ansehen, wie denn in der That auch nach dem gemeinen Sprachgebrauche ein bloß langsam, aber beschwerdelos sich vollziehendes Uriniren nicht als ein gehindertes, eine zwar enge, aber ihre Functionen ohne nachtheilige Einwirkungen auf das Wohlbefinden verrichtende Harnröhre nicht als „Hinderniß der Urinabsonderung" kann bezeichnet werden. Wenn die Gesellschaft daher in dieser Beziehung eine körperliche Prüfung unterlassen hat; so kann sie diese ihre Nachsicht nicht durch desto höhere, über die gewöhnlichen hinausgehenden Forderungen an den Petenten zu ihren Gunsten ausgleichen, sondern muß sich den Folgen unterwerfen, die für sie aus ihrer freiwilligen Unterlassung der nöthigen Sicherheitsmaßregeln entstehen.

Dieser Anschauung trat die zweite Instanz bei.

(Directe Mittheilung.*)

---

60. Schadenersatz. Selbsthülfe (Appenzell Außer-Rhoden).

Im schweizerischen Hirtenland Appenzell Außer-Rhoden kam folgender Fall vor:

Im Sommer 1866 bezog Karl Anton Röß mit seiner Geißhabe die Weid „Großpalmen" in Hundwil und erhielt unter andern auch vier weißkopfige, weißgemutschte Gitze von Joseph Anton Manser in Eggerstanden, welche laut Zeugenaussagen vor oder bei der Auftreibung auf die Alp mit einem Haarbick auf dem Kreuz und einem Schnitt am rechten Ohr bezeichnet worden waren;

Am 1. Juni 1866 zog Manser auf und am 4. Juli kam Franz Anton Signer zu Röß in die Hütte und fragte nach zwei Gitze, die ihm abhanden gekommen, aber nicht bezeichnet seien, worauf Röß zur Antwort gab, er möge beim Zurückkehren der Heerde selbst nachsehen;

Signer sei fortgegangen, den 5. Juli Morgens aber wieder zu Röß in die Hütte gekommen, und nachdem ersterer die Heerde ausgelassen, habe er sodann zwei der Gitze als die seinigen angesprochen und mitnehmen wollen; Röß habe sich aber dagegen aufgelehnt und bemerkt, diese seien ja bezeichnet und gehören dem Joseph Anton Manser in Eggerstanden, während seine (Signers) Gitze laut eigener Aussage nicht bezeichnet seien;

Zu Mittag des gleichen Tages sei Signer abermals zu Röß auf „Palmen" gekommen und zwar in Begleit dreier Männer und habe ungeachtet der Protestationen von Seite des Röß und trotz der Erklä-

---

*) Einen sehr verwandten Fall und einen ähnlichen Ausgang desselben enthält die Zeitschrift des bernischen Jurtstenvereins. Bd. VI. Nr. 8 (S. 243 f.).

rung, man wolle zuerst den Eigenthümer Manser einberichten und den Ausspruch wegen dieser Gitze auf diesen ankommen lassen, sie dennoch mit Gewalt weggenommen, bei welchem Anlaß es zu Thätlichkeiten und Beschimpfungen gekommen sei;

Signer, der die Wegnahme fraglicher Thiere zugesteht und sie mit Berufung auf Zeugen dahin beschreibt, „das eine habe einen braunen Kopf und einen braunen zottigen Schwanz, das andere sei glatthaarig, etwas größer und habe einen etwas größern Kopf" — habe am Morgen des 5. Juli laut Aussagen der Hirten Wild und Jäger auch auf Nußhalden Gitze als die seinigen angesprochen und auf der Weid Palmen geäußert: heute wolle er jetzt zwei Gitze haben;

Röß bezeichnet fragliche Gitze als weißgemutscht und weißkopfig, mit einem Haarbick auf dem Kreuz und einem Schnitt am rechten Ohr. indem er sich auf den Eigenthümer Manser und auf Zeugen beruft;

Signer habe fragliche Gitze nach Haslen gebracht, daselbst aber trotz amtlicher Weisung des Tit. Landammannamtes von Innerrhoden sie nicht beaugenscheinigen lassen wollen, und nachher seien diese Thiere laut Signers Aussage von ihm verkauft worden;

Beide Parteien anerbieten zur Erhärtung ihrer Aussagen Zeugenschaften, wünschen sogar Specialuntersuch, verwahren sich vor Unkosten, verlangen Bestrafung der Gegnerschaft und angemessene Entschädigung.

Das Obergericht des C. Appenzell A.-Rh. verfügte

in Erwägung:

a. daß Röß, resp. Manser, bis den 5. Juli, zur Zeit der gewaltamen Wegnahme durch Signer, im unbestrittenen thatsächlichen Besitze der in Frage stehenden zwei Gitze stand, sonach in dieser Stellung so lange rechtlich geschützt werden muß, bis Signer den unzweifelhaften Nachweis für sein prätendirtes Eigenthumsrecht auf genannte Gitze dargethan hat;

b. daß dieser Beweis vollständig mangelt, da aus den Depositionen der Zeugen, beider Grubenmann und des Knöpfel, welche bezüglich dieser Frage als die alleinigen diesfalls produzirten Zeugen erscheinen, nicht die mindeste Sicherheit entnommen werden kann, als wären die am 5. Juli dem Röß durch Signer weggenommenen Gitze Eigenthum dieses Letztern;

c. Daß die Handlung Signers rücksichtlich der Zuhandnahme der fraglichen Gitze als ein Akt der Gewalt und im Hinblick auf Art. 64 des Strafgesetzes als unerlaubte Selbsthülfe sich qualifizirt;

d. Daß das gegen Röß eingeklagte Vergehen auf Körperverletzung und Beschimpfung durch Urtheil des kleinen Rathes hinter der Sitter vom 6. September und 4. Oktober 1866 seine rechtsförmliche strafrechtliche Erledigung gefunden hat;

e. Daß die Schuld der Vertagung der auf den 15. März angeordneten Sitzung der obergerichtlichen Kommission und des damit im Zusammenhange stehenden Kostenaufwandes auf Kläger Röß oder seinen Anwalt fällt;

zu Recht erkannt:

1) Der Beklagte Franz Anton Signer ist pflichtig erklärt, die dem Kläger Röß, resp. dem Joseph Anton Manser weggenommenen Ziegen oder deren Werth zurückzuerstatten.

2) Franz Anton Signer ist vom Obergerichte zu bestrafen: wegen unerlaubter Selbsthülfe: Art 64 des Strafgesetzes;

3) Die Rechtskosten vom 15. März, bestehend in 27 Fr. 50 Rp. haben Röß und Manser zu verguten, und die sämmtlichen übrigen Rechtskosten im Betrage von 83 Fr. 45 Rp. sind zu $^{14}/_{15}$ von Signer und zu $^{1}/_{15}$ von Röß abzuführen.

4) Signer ist pflichtig, an Röß und Manser eine Entschädigung von 190 Fr. zu leisten, dagegen haben Röß und Manser den Signer mit 30 Fr. zu entschädigen.

(Directe Mittheilung.)

---

61. Haftbarkeit für Saumsal eines Beamten (St. Gallen).

Der Policeicommissär Germann in St. Gallen hatte den Jos. Anton Knecht, Spetter, wegen Diebstahlverdachts am 9. Mai 1868 arretirt und in Haft gesetzt, am 15. verhört und dann am 26. entlassen. Der Verhaftete berief sich von Anfang an auf Entlastungszeugen.

Der Entlassene richtete darauf gegen den Policeicommissär eine Klage auf Entschädigung unter Berufung auf die vier Gesetzesstellen:

a. Verfassung vom 17. Nov. 1861. § 14, wonach ungesetzliche oder unverschuldete Haft dem Betroffenen Anspruch auf Entschädigung gibt. —

b. Gesetz über Behandlung von Klagen gegen Behörden und Beamte, erlassen 9. März. 1833 (N. Gesetzsammlung IV. 553 f.) wonach „einerseits die Rechte der Bürger gegen Willkühr der Behörden und Beamteten gesichert, andrerseits aber diese vor rechtswidrigen und muthwilligen Angriffen und Klagen geschützt werden müssen“ —;

c. Gesetz über das rechtliche Verfahren bei Vergehen vom 10. December 1808 §§ 21, 32 und 33, wonach „Beinzichtete“ nur wenn sie der Entweichung verdächtig und oder auf Ladung nicht erschienen sind, durch die Policei beigebracht und dann, aber auch nur dann, ihnen Sicherheiten aufgelegt werden sollen für Strafen und Ersatzkosten, die Verhaftung aber erst dann einzutreten hat, wenn sie diese Gewähr nicht leisten;

d. Gesetz über den Criminalproceß vom 31. März 1865 § 42, wo-

nach Verhaft eintritt, wenn Personen auf der Begehung eines Verbrechens betroffen oder eines Verbrechens dringend verdächtig sind.

Da die Voraussetzungen dieser Bestimmungen im vorliegenden Falle anwendbar erschienen, so wurde in erster Instanz die Klage auf Schadensersatz zwar als an sich begründet erklärt, in zweiter Instanz (Cantonsgericht St. Gallen) aber durch Urtheil vom 6. April 1869 angebrachtermaßen abgewiesen, in Betracht

2) daß allerdings Art. 14 der Verfassung dem Betroffenen Anspruch auf Entschädigung wegen ungesetzlicher oder unverschuldeter Haft gewährt, und nach Art. 4 des Gesetzes vom 24. Mai 1833 einem Betheiligten unbenommen bleibt, auf eigene Gefahr und Verantwortung die Frage über Zurechnung an den Richter zu bringen, wenn der Regierungsrath, wie im konkreten Falle, die Amtsklage verweigerte, und Art. 164 des Crim.-Proz.-Gesetzes dem Kantonsgerichte die Befugniß einräumt, dem Freigesprochenen eine Entschädigung für allfällig unverschuldete Haft zuzuerkennen; durch die Aktenlage auch außer Zweifel gestellt erscheint, daß sich der Beklagte im vorliegenden Untersuchungsfalle Gesetzwidrigkeit und Fahrläßigkeit zu Schulden kommen ließ;

3) daß das klägerische Begehren in der angebrachten Weise deßhalb nicht begründet erscheint, weil es sich in concreto nicht um die Zurechnung einer Behörde oder eines Civil-Beamten im Sinne des Gesetzes von 1833 handelt, sondern um den Grundsatz, ob in korrektionellen Strafsachen die Entschädigungspflicht für unverschuldete Haft gegenüber dem Staate, resp. dem fehlbaren Untersuchungsbeamten im Sinne von Art. 14 der Verfassung Platz greifen könne, in solchen Fällen aber die Entschädigungsklagen gegen den Staat zu richten sind;

4) daß die Weiterziehung des erstinstanzlichen Urtheils in keiner Richtung begründet ist, Beklagter überhaupt auch durch sein Verfahren Veranlassung zum Prozesse geboten hat, und Kläger nur wegen Nichtbeachtung gesetzlicher Formen im Rechte unterliegt.

(Directe Mittheilung.)

---

62. Ablieferung gegen Factur (Bern).

Im Februar 1866 lieferte die Güterexpedition der Centralbahnstation Thun die „Bahnhof restant" adressirten 63 Säcke Hafer an den Mehlhändler Gaffner ab, welcher diesen Hafer verkaufte und sich mit dem Erlös entfernte.

Als Ausweis für seine Berechtigung zum Bezug des Hafers hatte Gaffner die Facturen vorgewiesen, welche auf drei verschiedene Käufer lauteten, nemlich Großrath Berger auf der Schwarzenegg, Gastwirth Künzi in Dürrenast und Gastwirth Bähler im Gwatt.

Diese drei Facturen hatte Gaffner in Thun vom Verkäufer des Hafers, Kupferschmid-Rothpletz in Bern erhalten, um sie den genannten drei Käufern abzuliefern.

Kupferschmid-Rothpletz klagte gegen die Centralbahn auf Ersatz des Schadens, d. h. des Werthes der 63 Säcke, „weil sie die Centralbahn nicht hätte abliefern sollen". Die Centralbahn fand im Zweifel den Kläger, der dem Gaffner die Factur anvertraut habe, mehr im Fehler, als ihre Expedition, welche den Gaffner im Besitz derselben sah und zugleich wußte, daß Gaffner auf dem Platz zwischen fremden Getreide- und Holzhändlern und ihren Abnehmern im Oberlande Geschäfte mache.

In der That wies das Amtsgericht von Bern den Kläger ab; nicht so der Appellations- und Cassationshof von Bern (29. September 1866), welcher die Beklagte verurtheilte, in Betracht,

1. Daß zwischen dem Frachtführer — hier die Centralbahn — und dem Absender — hier Hr. Kupferschmied als Geschäftsführer seiner Frau — der Frachtbrief Regel macht, in demselben, beziehungsweise denselben, die HH. Berger, Künzi und Bähler als Empfänger bezeichnet waren und folglich der Centralbahn nach Inhalt dieser Frachtbriefe oblag, die fraglichen Hafersendungen in die Hände dieser Personen abzuliefern;

2. Daß die Centralbahn, indem sie die fraglichen Habersendungen dem Mehlhändler Gaffner auf Vorweisung der drei auf die Empfänger lautenden Facturen ablieferte, von dieser Verpflichtung abgegangen ist;

3. Daß eine Berechtigung der Centralbahn, von dieser Verpflichtung abzugehen, zwar, sofern der Absender einen vom Frachtbrief abweichenden Willen manifestirt hätte, angenommen werden könnte, allein aus den obwaltenden Umständen sich nicht ergibt, daß der Absender, Hr. Kupferschmied, dieses gethan habe, indem:

a. prozedürlich constatirt ist, daß Hr. Kupferschmied die fraglichen auf Berger, Bähler und Künzi lautenden Facturen dem Gaffner zusandte, um sie Berger, Bähler und Künzi zuzustellen, mithin diese Zusendung nicht zum Zwecke des Bezuges der Waare durch Gaffner erfolgte und denselben hiezu nicht bevollmächtigt hat;

b. die Vorweisung einer auf einen Dritten lautenden Factur an sich nicht als eine genügende Legitimation zum Bezuge der Waare angesehen werden kann;

4. daß mithin die Centralbahn für die Folgen dieser unrichtigen Ablieferung haftet;

5. daß auch unter Zugrundelegung der Satz. 737 C. die Centralbahn entschädigungspflichtig erscheint, indem:

a. nach dieser Bestimmung der Fuhrmann für den Schaden haftet, welcher aus der Entwendung von Sachen entsteht, die ihm als

Frachtgut zugestellt werden, sofern er nicht erzeigen kann, daß er sich durch die gewöhnlichen Vorsichtsmaßregeln dagegen nicht hätte schützen können;

b. daraus a fortiori folgt, daß der Fuhrmann auch für die Folgen eines Betruges unter dem angegebenen Vorbehalte haftet, und nach dem oben Gesagten angenommen werden muß, daß sich die Centralbahn im vorliegenden Falle bei Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt gegen den von Gaffner verübten Betrug hätte sichern können und sollen.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Neue Folge. III. S. 177 f.)

---

63. Verhältniß des Geistlichen zu der Besserung seines Pfrundguts (Tessin).

Nach dem Gesetz vom 24. Mai 1855 müssen die Geistlichen des C. Tessin sich einer Neuwahl unterziehen. Nun wurde im Juni 1861 der Priester von Coglio nicht wieder gewählt und hatte also seine Pfründe zu verlassen, auf die er sechszehn Jahre zuvor, im August 1845 gelangt war. Vorher erhob er gegen die Gemeinde eine Klage auf Ersatz der durch seine Fürsorge und Ersparnisse dem Pfrundgute während seiner Amtsführung erwachsenen Besserungen. Die Gemeinde ihrerseits berief sich auf den Grundsatz des Civil-Gesetzes (Art. 198), wonach die Besserung des Nutzgutes dem Eigenthümer, nicht dem Nutznießer zufalle.

Der Kläger führte für sich an: Seine Einsetzung in das Amt (3. Aug. 1845) sei ein canonischer Act und die Rechtsfolgen desselben unterliegen nicht dem gemeinen Rechte, noch weniger den Grundsätzen eines später (1855) erlassenen Gesetzes, das nicht zurückwirken dürfe. Da mit dem canonischen Anspruche auf die Amtserträgnisse auch canonisch festgestellte Verpflichtungen verbunden gewesen seien, so gestalte sich die Erneuerung zu einem Vertragsverhältniß, das ohne beidseitige Einwilligung nicht aufgelöst werden könne. Damit sei für den Geistlichen auch die Aussicht erwachsen, auf Lebenszeit die Früchte zu genießen, die er mehre, falls und so lange er die Pflichten erfülle, die canonisch mit seiner Pfründe verbunden seien. Wiefern er dies thue, zu beurtheilen, unterliege wiederum canonisch berechtigter Erörterung, nicht dem freien Ermessen der einen Vertragspartei. Und wollte das Gesetz für die Zukunft auch aus Gründen öffentlicher Ordnung und Staatsraison letztere Möglichkeit einführen, so vermöge es doch nimmermehr erworbene civile Rechtsansprüche zu tilgen, die einer ganz andern Ordnung der Dinge angehören, als derjenigen, welche das Gesetz über die Landeskirche leite. Letzteres erwähne diese Rechtsansprüche des Nutznießers nicht, lasse sie folglich unberührt und

unverändert. Analogerweise haben auch bei Aufhebung der Zehnten und Grundzinse die Berechtigten einen Ersatz erhalten. — Wollte man aber auch von dem Wortlaut des Art. 198 des Civilgesetzes ausgehen, welches die Besserung des Nutzgutes demselben zuwachsen läßt, so seien damit Fälle gemeint, da Nutznießer ihre Verwendungen zurückverlangen und das Contractsverhältniß aufheben wollen, nicht aber, da das Verhältniß wider Willen der Niesbraucher und ohne deren Verschulden aufgehoben werde. — Es sei der Gemeine Coglio freigestanden, von ihrem Rechte Gebrauch zu machen. Habe sie dies aber einmal gethan, so möge sie nun auch die Rechtsfolgen ihrer freiwillig erfolgten Beschlüsse übernehmen. Das sage das Civilgesetz auch (Art. 1089). Und es sei Grundsatz des gemeinen Rechts, daß wenn ein Rechtsact aufgehoben wird, die Lage wiederkehre, wie sie bei seiner Entstehung gewesen sei. Und das Civilgesetz, wo es z. B. von der læsio ultra dimidium (803—811) rede, baue auf diesen selben Grundsatz. Wie das Gesetz, so verbiete die alltägliche Billigkeit, daß ein Contrahent nach Belieben sich aus seiner Verbindlichkeit herausziehe, indem er dem Andern die Frucht desselben wegnehme und vielleicht den Nachfolger auch wieder nach Gutfinden auf halbe Pfrund anstelle. So wenig der Niesbraucher zu Lasten des Eigenthümers das Verhältniß verändern dürfte, so wenig dürfe der Eigenthümer zu Lasten des Niesbrauchers das bestehende Rechtsverhältniß ändern. Nach dem Pfrundregulativ (capitolato) habe der Pfrundgenosse nur das Pfrundgut in gutem Stand zu erhalten; habe derselbe mehr gethan, so könnten nach seinem Tode seine Erben nicht zurückverlangen, was er freiwillig darein verwendet hatte, sondern man könnte entgegnen, er habe auch die Besserung, so lange er das Gut nützte, mitgenützt, wohl aber könne er die Besserung zurückverlangen, falls er unfreiwillig aus der Pfründe entfernt worden und nun Andere ernten, was er gesäet habe, ohne dabei vorsehen zu können, daß man ihm einmal diese Besserung entziehen werde. — Endlich wollte man ungeacht aller dieser Gründe ihm nicht erstatten, was er zu Besserung des Pfrundgutes gethan, so müßte man eventuell ihn doch wegnehmen lassen, was er über seine Pflicht hinaus darein verlegt habe und ohne Schaden des Gutes weggenommen werden könne. Nemo cum alterius damno locupletior fieri potest.

Die Gemeinde brachte vor: Das Verhältniß zu ihrem Geistlichen beruhe 1. auf dem Gesetz und zwar dem Civilgesetz, nach dessen Art. 183 derselbe das Pfrundgut zu nutzen habe salva rerum substantia; 2. auf dem Ernennungsact vom 3. Aug. 1845, zufolge dessen dem Pfrundgenossen jährlich L. 490 a. W. zugekommen seien, darüberhin die Befugniß, ein Rind frei auf die Almende zu schicken, freie Stallfütterung für dasselbe, dürres Holz zur Heizung und grünes für die Reben, und endlich der Genuß des von Pozzi der Pfründe ver-

gabten Grundstücks, eben desjenigen, an welches Kläger seine Besserung gewendet haben will; 3. auf dem Vergabungsbrief vom 15. Nov. 1782, der recht ausdrücklich dem Nutznießer mehr nicht als den Niesbrauch zuwende; 4. auf dem vom Kläger selbst angerufenen canonischen Recht, das nach Walter (Kirchenrecht II. S. 109 f.) dem Pfrundinhaber ebenfalls die Stellung zwischen dem römischen Nutznießer und dem deutschen Nutzlehenträger anweise. — An diesen Ausgangspuncten ändern weder die canonische Berufung etwas, welche das civile Element in dem Vertrag nicht berühre, noch das einschlägliche Gesetz vom 24 Mai 1855, welches vielmehr die Verhältnisse der Pfrundgenossen geradezu dem Nutznießer gleichstelle.

Und jenes Civilgesetz, welches die Frage beherrsche und im Art. 198 dem Nutznießer jeden Ersatz der Besserung abspreche, sei ja auch schon in Kraft gewesen, da der Vertrag geschlossen worden, und es bedürfe neben diesem Gesetz keiner Berufung auf die Billigkeit. Und würde sie auch gelten, so sei ja die Billigkeit einleuchtend, aus der das Gesetz folge, indem ja doch der Nutznießer, wenn er die Substanz verbessere, ihre Früchte am Ersten genieße, während umgekehrt höchst unbillig, ja gefährlich wäre, den Eigenthümer nach Aufhebung des Niesbrauchs ähnlichen Ersatzklagen auszusetzen: gefährlich, weil solche Fragen sehr verwickelten Streitigkeiten Thür und Thor öffnen müßten. Ja vollends im vorliegenden Fall habe die Klage alle Billigkeit wider sich, da gerade die jährliche Baareinnahme des Pfrundgenossen nach Art. 13 des Ernennungsvertrages vom 3. Aug. 1845 den Zweck habe, die Herrichtung des Pfrundgutes in rechten Stand zu verguten und, sehe man seine Rechnungen an, sich ergebe, daß der Genuß die Aufwendungen weit übersteige, so daß auch von dieser Seite fast von Vergutung die Rede nicht sein könne: si constet quod possessor tot fructus perceperit, qui probabiliter exuberant pretium augmentorum (Deluca D. 37. N. 20. lib. 10.). Hätte Kläger also auch Ersatz zu verlangen, so könnte dieser mehr nie, als die Aufwendungen selbst decken, nie die Ergebnisse der Besserung. Auch habe Kläger in der That bei dieser Besserung an die Möglichkeit des Falles, der nun wirklich eingetreten sei, voraussehen können. Das Gesetz, welches die Nichtwiederwahl ermögliche, datire von 1855; und abgesehen davon, hätte man ja auch aus Gründen, die ebenfalls außer des Klägers Willen gelegen wären, bevor dieses Gesetz erlassen wurde, schon an ein Aufhören der Amtsführung denken können. Und würde man der Klage Statt geben, so wäre die einfache Folge die Erschwerung der vom Gesetz den Gemeinden zugedachten Freiheit in der Wahl ihrer Geistlichen. — Endlich bleibe dahingestellt, ob was der Kläger Besserung nenne, etwas Anderes sei, denn gewöhnliche Herstellungen, wie sie der Fortbestand der genossenen Sache ohnehin erfordert hätte. — Sei nun nach dem

Gesetz Kläger ohne Anspruch auf Ersatz der Besserung, so habe er noch viel weniger Anspruch auf Wegnahme von Gegenständen, wie Pflanzen, Schreinerarbeit und Drahtgeflecht, die er an dem Nutzgut angebracht, und von denen das Gesetz sage: sia accresciuto il valore della cosa.

Das Bezirksgericht von Vallemaggia (C. Tessin) verwarf die Klage am 10. Febr. 1866, ebenso die zweite Instanz am 4. Juli gl. J. in folgender Auseinandersetzung der Gründe:

1 A termini dell' atto di fondazione del Beneficio Pozzi ed a termini della convenzione di nomina 3 agosto 1845 il sig. N. sui fondi e beni di detto Beneficio non aveva che i diritti d'usufruttuario, essendo il contratto fatto con Coglio meramente civile; e cadente sotto l'impero della legge civile, e nulla riguardando l'investitura canonica che l'ex Parroco può avere ottennuto dai Superiori Ecclesiastici.

2. Anche la legge ecclesiastico-civile 24 maggio 1855 all'art. 18 stabilisce che il Beneficiato è pareficato all'usufruttuario, e che è suo diritto e dovere di usare e conservare da buon padre di famiglia i beni stabili e mobili del Beneficio a lui consegnati.

3. In consonanza a questo dispositivo di legge sta l'art. 183 del Codice Civile, il quale stabilisce, che l'usufrutto è il diritto di godere della cosa di cui la proprietà appartiene ad altri, coll'obbligo di conservarne la sostanza.

4. E in fatto che alcune migliorie furono dal sig. N. introdotte nei beni del Beneficio Parrochiale; ma egli non può pretendere compensi:

a) perchè l'art. 189 del Codice Civile toglie all'usufruttuario il diritto ad aver verun compenso pei miglioramenti da lui fatti, sebbene abbio accresciuto il valore della cosa,

b) perchè in base all'art. 13 del contratto 3 agosto 1845 era di lui dovere di tenere in buon ordini e ben coltivato il fondo del Beneficio Pozzi pel che il Comune gli assegnava il compenso annuo di L. 24 annue,

c) perchè egli auche sotto l'aspetto dell' equità fu compensato dal lunga uso e godimento dei beni della Parocchia e dal diritto che gli accordava la convenzione di godere dei beni Comunali e patriziali per l'uso dello strame, legna d'opera, pascolo d'una bovina ecc.

5. Dal momento che è stato ammesso il principio che l'attore non ha diritto ad alcun compenso pelle fatte migliorie, è già anche stabilita la massima che non ha pur diritto sugli oggetti da lui pretesi, e che possono esser calcolati come migliorie nel fondo del Beneficio, massime che in gran parte la legna venne presa sul Comunale, e l'impiego di diversi capi era una sostituzione di altri già esistenti.

6. Sarebbe un principio molto dannoso pel proprietario quello di lasciar il diritto all'usufruttuario di far proprio ciò che impiega nei fondi, che ha in usufrutto.

(Repertorio di giurisprudenca patria etc. I. p. 297 f.)

---

64. 65. Wechselrecht. Grenze der Formalnatur (Waadt).

In der Masse C. Neyroud & Cie. hatte das Basler Banquierhaus Bischoff von St. Alban einen ihm von Tester Hofer & Cie in Genua indossirten Wechsel angemeldet. Die Liquidationsstelle hatte seine Zulassung bestritten, weil er ein (Börsen?)spiel decke und, um dies zu verhüllen, erst nach Ausbruch des Concurses indossirt worden sei. Zum Beweis deferirt die Masse dem Indossatar den Eid. Dieser bestreitet die Zuläßigkeit solches Beweisverfahrens gegenüber Art. 974 ss. des C. c. von Waadt, Art. 29 und 43 der Waadtländischen Wechselordnung vom 4. Juni 1829 und Art. 178 des Waadtländischen Strafgesetzes, welches den Wechsel den öffentlichen Urkunden gleichstellt. Die Masse C. Neyroud & Cie. dagegen erachtete, bei Simulation handle es sich um ein öffentliches Interesse, das unter allen Umständen Gegenstand einer richterlichen Untersuchung bzw. eines Berichtes werden könne, und den öffentlichen Urkunden sei der Wechsel civilrechtlich nie gleichgestellt worden. Erheblich sei aber der Beweis darüber, daß Bischoff nur als Mandatar von Tester Hofer & Cie. den Wechsel gemeldet habe, schon, weil ohne diesen Beweis die Masse den Wechsel nicht als Mittel eines Spielgeschäfts zwischen Tester Hofer & Cie. und C. Neyroud & Cie. anfechten könne.

Die in diese Angelegenheit einschlagenden Gesetzesstellen finden sich im

Code civil art. 974. Lorsque la preuve litérale résulte d'un acte valable, il n'est point permis d'employer la preuve testimonale ou celle par le serment d'une des parties, contre la teneur de l'acte. Art. 975. Cette règle n'est pas applicable, lorsqu'il s'agit uniquement de prouver qu'il a été dérogé à l'acte, ou d'appliquer l'acte, sans en détruire la lettre, ou de prouver que l'acte est simulé. Néanmoins la preuve de la simulation de l'acte n'est pas admise en faveur des parties contractantes, ni de leurs héritiers.

Loi sur les lettres de change etc. art. 29. La propriété d'une lettre de change se transmet par la voie de l'endossement et sans aucune autre formalité. 43. Il n'est admis d'opposition en paiement qu'en cas de perte de la lettre de change ou de faillite du porteur.

Code pénal. Art. 178. Le faux en écriture authentique ou publique ést puni par une réclusion de 6 mois à 6 ans. — L'Acte olographe de disposition pour cause de mort, la lettre de change, le

billet à ordre et les effets de banque sont assimilés à l'acte authentique.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht von Vivis, in seinen Sitzungen vom 23. Jan. und 14. Febr. 1870 entschied zu Gunsten des Wechselinhabers:

Attendu

que les effets de commerce sont régis par une loi spéciale du 4 juin 1829.

Que les lettres de change, dont Bischoff de St.-Alban est porteur et pour lesquelles il est intervenu dans la faillite Neyroud, ont été tirées par C. Neyroud et Cie, à l'ordre de Tester Hofer et Cie. sur la Société anonyme de dépôts et comptes courants de Paris.

Que ces effets, qui ont été endossés par Tester Hofer et Cie. à Bischoff de St.-Alban, et par celui-ci à d'autres, n'ont pas été payés par la Société tirée, et sont revenus à Bischoff de St.-Alban qui en est actuellement porteur;

Attendu que celui-ci en est devenu propriétaire légal par un endossemement régulier. (Article 29 de la dite loi.)

Attendu qu'aux termes de l'article 43 de la même loi, il ne peut être admis d'opposition au paiement des effets de commerce en question, puisqu'aucun des deux seuls cas d'opposition ne se trouvent exister dans l'espèce;

Attendu dès lors que la demande à preuve de la masse Neyroud est contraire aux articles ci-dessus cités de la loi sur les lettres de change et les billets à ordre;

Que les articles 974 et 975 du Code civil ne sont pas applicables;

Attendu aussi que les preuves requises ne sont ni pertinentes. ni utiles dans la cause.

Umgekehrt entschied der Cassationshof am 22 März 1870 zu Gunsten der Masse

Considérant

que par sa demande à preuve la masse Neyroud veut établir que Bischoff de St.-Alban n'est pas tiers porteur sérieux des effets à lui endossés par Tester Hofer, mais prête-nom soit simple mandataire de ce dernier, et que l'endossement est par conséquent simulé;

Que cette preuve a pour but de permettre ensuite à la masse d'opposer au demandeur, une fois celui-ci reconnu prête-nom de Tester Hofer, l'exception de nullité tirée de ce que les effets seraient le résultat d'opératians de jeu et auraient ainsi une cause illicite;

Que la masse a dès lors intérêt à faire cette preuve et que celle-ci est pertinente;

Considérant que les règles du Code civil sur les preuves, la simulation, etc., sont applicables à toutes les conventions civiles ou commerciales;

Considérant qui si la lettre de change est un contrat sui generis, faisant l'objet d'une loi particulière et soumise à des dispositions spéciales, quant à sa forme, son transport, son paiement, elle reste néanmoins soumise aux principes généraux du droit commun;

Considérant que la fraude et la simulation sont une cause de nullité pour tous les titres quelconques et qu'il importe pour l'ordre public que de tels vices puissent être prouvés;

Considérant que les article 974 et 975 du Code civil sont applicables dans l'espèce, la masse Neyroud qui demande à prouver la simulation de l'endossement étant un tiers quant à cet endossement;

Considérant que les articles 29 et 43 de la loi sur les lettres de change n'ont point comme sens et comme portée d'empêcher la preuve et la simulation d'une lettre de change ou d'un endossement;

Attendu, en effet, que ces articles supposent un endossement sincère et non simulé;

Considérant qu'une telle simulation peut toujours être opposée à un porteur sérieux;

Attendu, dès lors, que la preuve est pertinente et qu'elle n'est point interdite par le loi.

(Journal des tribunaux vaudois XVIII. p. 219 ss.)

---

66. Wechselunterschrift. Gleichstellung der Unterschrift der Frau mit derjenigen des Mannes (St. Gallen).

Gegen den Hafner J. Lüthi in St. Gallen wurde in Execution eines mit seinem Giro versehenen Wechsels von Fr. 300 dd. 11. Mai 1867 der Concurs begehrt. Lüthi bestritt die Zulässigkeit der Execution, da die Unterschrift von seiner Frau herrühre, welche sie ohne sein Wissen noch seinen Willen geleistet habe und nach ihrer beschränkten Rechtsstellung solche Verbindlichkeiten dem Manne nicht aufbürden könne. Er habe erst am 16. Mai von dieser Unterschrift Kenntniß erhalten und, da sie null sei, auch nichts dagegen thun zu müssen erachtet.

Die erste Instanz wies den Wechselinhaber ab, die zweite Instanz dagegen, das Cantonsgericht von St. Gallen, erklärte den Concurs als statthaft begehrt (15. Februar. 1868),

weil Beklagter geständigermaßen nach seiner Heimkehr am 16. Mai schon, also nur fünf Tage nach der Ausstellung des Wechsels die

Thatsache der Wechselunterschreibung durch seine Ehefrau erfuhr, ohne daß er sich hiedurch veranlaßt gesehen hätte, die Unrichtigkeit der Unterschrift und die Nichtverbindlichkeit derselben dem allfälligen Wechselinhaber kund zu geben und auf diese Weise eine durch seine Ehefrau veranlaßte Gefährdung oder Schädigung rückgängig zu machen, daß demnach aus seinem Stillschweigen auf die Zustimmung zu der Handlung der Ehefrau geschlossen werden muß.

(Directe Mittheilung)

---

67. Billet à ordre. Umfang der Geltung (Baselstadt).

Kläger J. G. Hurter in Schaffhausen war im Besitz einer Erklärung der Gebrüder Steinmann zu Basel vom 29. Jan. 1870, welche folgendermaßen lautete:

G. f. Fr. 2453. 65. Am dritten März prox. bezahlen wir gegen dieses Billet an die Ordre der Herren Schlatter & Cie. die Summe von Fr. 2453. 65, den Werth in Waaren erhalten. Gut für Zweitausendvierhundertdreiundfünfzig Franken 65 Cts. (s.) Gebr. Steinmann, zahlbar in unserm Domizil in Basel.

Kläger als Indossatar dieses Billets verlangt auf Grund desselben Bezahlung der darin bezeichneten Summe von Fr. 2453. 65 nebst Zinsen und Fr. 7. 55 Retourspesen. Die Beklagten anerkennen diese Schuld, wollen aber dagegen eine Forderung aufrechnen, die ihnen gegen Schlatter & Cie. zukomme, weil diese ihnen, den Beklagten, 80 Säcke Waizen bisher nicht gesandt haben, die sie ihnen doch kraft Verkaufs vom 29. Jan. d. J. hätten zusenden sollen. Durch diese Unterlassung sei ihnen ein Schaden entstanden, welcher, da der Preis der fraglichen Waare per Sack nun um 3½ Fr. höher sei, Fr. 280 ausmache, welchen Betrag sie von der Schuldsumme abzuziehen gedenken. Wie sehr die ersten Remittenten diese Einwendung gekannt und gewürdigt haben, sei erkennbar an der Thatsache, daß sie erst nach Verfall das Billet indossirten.

Kläger glaubt nicht, daß einem Billet à ordre gegenüber andere Einreden möglich werden, als solche, welche aus dem Billet selbst genommen seien. Eventuell behauptet er, die Beklagten tragen die Schuld am Verzug der Sendung, weil sie den Herren Schlatter ungeachtet wiederholter Mahnung deren Säcke nicht zurückgesendet haben, in welchen sie fraglichen Weizen fassen wollten. Endlich sei der Schaden im behaupteten Umfang durchaus nicht nachgewiesen.

Das Civilgericht von Basel trat aber der Ansicht der Klagpartei bei (24. Mai 1870) und zwar aus folgenden Gründen:

Wortlaut und Zweck des Billets à ordre eignet dasselbe zum Verkehr in dem Sinne, daß es soll indossirt werden können. Eine Cession in gewöhnlichem Sinne d. h. so, daß die gegen den Cedenten

gehenden Einreden den Cessionnar ebenfalls treffen, kann dabei nicht gemeint sein, denn eine solche Vollmacht zur Cession ist bei allen Schuldscheinen als einverstanden zu betrachten, wo sie nicht eine besondere Clausel oder der Sinn des ganzen Geschäftes ausschließt. Die Beifügung à ordre muß also einen weitergehenden Sinn haben und zwar eben den, daß bei Ausstellung des Billets der Aussteller anerkennt, er werde jedem durch Indossament legitimirten Inhaber desselben die zugesagte Summe unverkürzt auszahlen und der Träger möge in dieser Zuversicht das Billet nur weiter übertragen und jeder Dritte mit gleicher Zuversicht es abnehmen.

Liegt dieser Sinn schon im Wortlaut und Zweck des Billets eingeschlossen, so muß er doppelt auf hiesigem Platz seine Anwendung finden, wo früher zufolge § 52 der Wechselordnung vom 14. Dezember 1808 an Ordre gestellte Billets und Anweisungen in Ansehung des Rechtsbetriebes und des Rembourses den Wechselbriefen gleich zu achten waren. Hat nun auch die Wechselordnung vom Jahr 1863 diese Folgen beim Billet ausgeschlossen, wenn es nicht die formalen Voraussetzungen des Wechsels an sich trägt, so wollte sie doch sicher nicht dasselbe zu einer Handschrift herabsetzen, die im Handelsverkehr keinen Werth habe. Es sind folglich Einwendungen der Beklagten aus ihrem Verkehr mit dem ursprünglichen Remittenten als unerheblich zu betrachten.

Daß das Indossament erst nach Verfall des Billets erfolgt ist, ändert hieran nach Analogie der Wechselordnung §§ 16 u. 89 nichts.

Gegen die geforderten Retourspesen und Zinsen wurde keine spezielle Einwendung erhoben.

(Directe Mittheilung.)

---

68. Billet à ordre? Zusammenhang zwischen Civil- und Strafrecht (Zürich).

Die Frage, wiefern ein Billet à ordre nach Züricherrecht eine Einrede aus Geschäften des Cedenten ausschließe oder zulasse, würde ihrer Natur nach der Competenz des Handelsgerichtes zufallen. Obwol Zürich ein solches besitzt, so ist sie doch zuerst von einer strafrechtlichen Behörde und dann vom Gesammtobergericht durch Urtheil vom 15. Jan. 1870 beantwortet und zwar verneint worden.

Mit Eingabe vom 28. Mai 1869 erhob nemlich Herr Geschäftsagent Gomringer Namens J. Flaach zum Kronberg in Hottingen Strafklage gegen den Petenten Heß wegen Betruges im Betrage von 350 Fr.

Petent hatte nämlich am 24. August 1868 dem J. Flaach folgenden Schein mit der Bemerkung „für mich an die Ordre des Herrn J. Flaach, den Werth erhalten“ cedirt:

„Gut für 350 Fr.

„Unterzeichneter bescheint anmit, dem Gotfried Kappeler Seefeld in Folge eines Darlehns von Fr. 350 sage dreihundert und fünfzig Franken schuldig geworden zu sein und verspricht obige Summe innert drei Monaten a dato an G. Kappeler oder dessen Ordre zu bezahlen.

Riesbach, 14. Aug. 1868. Jakob Heß, Badwirth Grüt-Adlisweil."

Als Herr Geschäftsagent Gomringer Namens Herrn Flaach mit Rechtsbott vom 16. Februar 1869 den Jakob Heß in Adlisweil für die 350 Fr. betrieb, wirkte dieser Rechtsvorschlag aus, indem er behauptete, er habe seiner Zeit von Kappeler kein Geld erhalten, sondern den Schein nur auf dessen Zureden und nachdem er von demselben einen Gegenschein erhalten habe, ausgestellt.

Dieser Gegenschein lautet dahin:

„Gut für 350 Fr.

„Unterzeichneter bescheint anmit, dem Jakob Heß Adlisweil in Folge eines Darlehens von 350 Fr. sage dreihundert und fünfzig Franken, schuldig geworden zu sein, und verspricht obige Summe innert drei Monaten a dato an Jacob Heß oder dessen Ordre zu bezahlen.

Riesbach, den 14. Aug. 1868. G. Kappeler, Agent Seefeld."

Der Präsident des Bezirksgerichtes Horgen wies hierauf durch Verfügung vom 7. April 1869 das von Herrn Gomringer Namens Herrn Flaach gestellte Rechtsöffnungsbegehren ab, da Herr Flaach, der seine Forderung von Kappeler erworben habe, sich die Gegenforderung des Heß an Kappeler ebenso gut gefallen lassen müße, als dieser selbst, somit Compensation eintrete.

Am 11. August 1869 zog Flaach seine Klage wieder zurück, weil Kappeler ihn für seine Forderung einigermaßen gedeckt habe; die Staatsanwaltschaft setzte aber die Klage fort.

Kappeler bestritt, daß er sich eines Vergehens schuldig gemacht habe. Das Obligo, das er dem Flaach cedirt und wofür er Spezereiwaaren erhalten habe, sei allerdings ein bloßes „Gefälligkeitsobligo" gewesen, wie solche oft ausgestellt zu werden pflege; übrigens schulde ihm Heß für Kostgeld und dafür, daß er demselben auf einen Geldaufbruchschein Geld verschafft habe, auch gegenwärtig noch über 200 Fr. Wäre Heß nicht zu einer Zeit betrieben worden, wo derselbe in Geldverlegenheit sich befunden, so hätte derselbe sicherlich das Obligo für ihn, Kappeler, bezahlt. Ebenso hätte er den Flaach sofort bezahlt, wenn dieser, anstatt den Heß zu betreiben, zuerst sich an ihn, Kappeler, gewendet hätte. Das Gegenobligo habe er dem Heß bloß ausgestellt, damit derselbe für den Fall, als auf dem Geldaufbruchschein kein Geld erhältlich gemacht werden sollte, nicht in Schaden komme.

Die von der Staatsanwaltschaft gestellte und durch Beschluß der Anklagekommission vom 28. September 1869 zugelassene Anklage lautet dahin:

„Kappeler hat den J. Flaach in Hottingen zum Nachtheil seiner Vermögensrechte durch Erzeugung eines Irrthums oder durch unerlaubte Vorenthaltung oder Unterdrückung der Wahrheit absichtlich getäuscht, so daß diesem ein Schaden von 350 Fr. entstand oder drohte, indem er den Flaach am 24. August 1868 durch Cession eines vom 14. August 1868 datirten und auf den Heß ausgestellten Geldschuldscheins in diesem Betrag, welchem Geldschuldschein aber ein wirkliches und reelles Schuldverhältniß nicht zu Grunde lag, vermochte, ihm für diese Summe Waaren zu liefern und ihn dafür zu quittiren."

Die Geschwornen bejahten die ihnen dießfalls vorgelegte Schuldfrage und Kappeler wurde hierauf durch Urtheil des Schwurgerichts am 28. Oktober 1870 des einfachen Betruges im Betrage von 350 Fr. schuldig erklärt und zu neun Monaten Gefängniß verurtheilt. Heß wurde wegen Gehülfenschaft bei diesem Vergehen zu drei Monaten Gefängniß verurtheilt.

Bei der schwurgerichtlichen Verhandlung war Kappeler durch seinen Schwager Fr. Haab-Brupbacher vertheidigt worden und hatte derselbe darauf hingewiesen, daß das von Kappeler an Flaach cedirte Obligo ein Wechsel gewesen sei. Laut dem in der Neuen Zürcherzeitung enthaltenen Referate ging die Erläuterung des Präsidenten des Schwurgerichtes dahin: „Der wirkliche Effekt der von den Angeklagten vorgenommenen Operation ist: Heß wurde Schuldner des Flaach mit Rückgriff auf Kappeler, da dieser für die Richtigkeit und Klagbarkeit des Obligo haftete. Flaach creditirte dem Kappeler, ohne daß er es wollte, denn der Gegenschein hat die Wirkung einer Quittung für das dem Flaach cedirte Obligo auf Heß. Ob darin Betrug liegt, haben die Geschworenen zu entscheiden und zwar so, daß sie sich fragen, ob durch die Handlungsweise der Angeklagten dasjenige Maß von Ehrlichkeit beobachtet wurde, ohne welches nach heutigen Begriffen der gewöhnliche Verkehr nicht bestehen kann... Das eine Requisit des Betruges, der drohende Schaden, ist unstreitig vorhanden — ob aber auch das zweite, ob Flaach getäuscht wurde, ist eine andere Frage. Konnte er, ein Engroshändler, das Obligo für einen Wechsel ansehen?"

Mit Eingabe vom 1. November vor. J. stellt Herr Fürsprech Dr. Locher Namens des Kappeler das Gesuch um Cassation des schwurgerichtlichen Urtheils, gestützt auf § 321 Lemm. 2 und 3 der Strafprozeßordnung.*) Es liege nämlich eine Verletzung der gesetzlichen

*) Strafproceßordnung vom 30. Oct. 1866. § 321. Die Nichtigkeitsbeschwerde ist zuläßig:

Prozeßformen darin, daß der Präsident des Schwurgerichtes den Geschwornen eine unrichtige Rechtsbelehrung ertheilt habe, und sei es eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften betreffend das materielle Strafrecht, daß die Geschwornen in den Glauben versetzt worden seien: es liege eine Täuschung im Sinne des § 239 des Strafgesetzbuches vor, während der Damnifikat überall nicht getäuscht worden und ein Schade weder eingetreten sei noch ihm gedroht habe.

Mit Bezug auf lemma 2 des § 321 der Strafprozeßordnung liege die Unrichtigkeit der Rechtsbelehrung darin, während das von Kappeler an Flaach cedirte Obligo ein Billet à Ordre, somit dieser Urkunde gegenüber eine Compensation überall nicht zuläßig gewesen sei, der Präsident des Schwurgerichts den Geschwornen erläutert habe, daß einem solchen Billet à Ordre, wie dem vorliegenden, keine Wechselkraft zukomme und daher gegen dasselbe mit einer allfälligen Gegenforderung compensirt werden könne. Dafür, daß nach der zürcherischen Wechselordnung und nach einer Reihe obergerichtlicher Entscheidungen der in Frage kommenden Urkunde volle Wechselkraft zukomme, werde auf ein Rechtsgutachten des Herrn Dr. Ullmer und auf Experten sich berufen.

Das angeführte Gutachten des Herrn Dr. Ullmer, davon ausgehend, daß nach unserm Wechselrechte den eigentlichen Wechseln sogenante Billets à Ordre vollkommen gleichstehen und es nicht nöthig sei, „daß sich die Urkunde ausdrücklich als Billet“ benenne, vielmehr bloß der Umstand entscheidend sei, daß der Schein „an Ordre“ gestellt werde, und der schnelle Rechtstrieb auch dann zugelassen werde, wenn in der Urkunde der Ausdruck „Obligo“ oder auch „Anweisung“ gebraucht worden sei, vorausgesetzt nur, daß der letztere Name unrichtig statt des Wortes „Billet“ stehe, — erklärt unter Anführung einer Reihe obergerichtlicher Präjudizien:

1. Der in Frage stehenden Urkunde komme Wechselkraft zu, weil sie an „Ordre“ gestellt und in wechselmäßiger Form weiter begeben worden sei;

2. Vorausgesetzt, daß der jetzige Inhaber des Billets, der Indossatar Flaach, gutgläubiger Besitzer desselben sei, könne ihm die

---

1. wegen wesentlicher Beeinträchtigung der Rechte der Vertheidigung;
2. wegen Verletzung gesetzlicher Proceßformen, wenn auf der Nichtbeachtung Nichtigkeit angedroht ist, oder wenn dieselbe auf das Schulderkenntniß einen nachtheiligen Einfluß gehabt haben kann;
3. wegen Verletzung gesetzlicher Vorschriften betr. das materielle Strafrecht.

Der Wahrspruch der Geschwornen kann unter keinen Umständen auf dem Wege der Nichtigkeitsbeschwerde als thatsächlich unrichtig angefochten werden.

Einrede der Compensation mit Gegenforderungen, welche dem Aussteller an den ursprünglichen Wechselinhaber (Kappeler) zustehen mögen, nicht entgegengesetzt werden.

Herr Obergerichtspräsident Dr. Honegger als Präsident des betreffenden Schwurgerichtes erstattete folgenden Bericht:

Es sei richtig, daß er in der Rechtsbelehrung den Geschwornen erklärt habe, das fragliche Actenstück sei nach seiner Ansicht nicht eine Urkunde, auf welche gestützt der schnelle Rechtstrieb angehoben werden könne, und es habe daher der Bezirksgerichtspräsident von Horgen die von Flaach verlangte Rechtsöffnung mit Recht verweigert. Unsere Wechselordnung und Praxis stelle allerdings die „Billets an Ordre" betreffend das Executionsverfahren den Wechseln gleich; aber die Frage, ob die Urkunde, um die es sich hier handle, ein Billet an Ordre im Sinne unserer Wechselordnung sei, sei zu verneinen; wäre dieß der Fall, so würde durch das bloße Versprechen des Zahlens an Ordre jedes Obligo zu einem wechselrechtlichen.

Für die Frage der Schuld des Kappeler möge der Umstand erheblich gewesen sein, ob anzunehmen sei, Kappeler und Heß haben wirklich geglaubt, gegen die auf das von dem Letztern ausgestellte Obligo gestützte Forderung könne, sobald dasselbe einmal in dritter Hand sei, nicht mehr compensirt werden. Dieß habe sich aber als eine Beweisfrage dargestellt, die von den Geschwornen verneint worden sei, wohl wesentlich gestützt darauf, daß Kappeler dem Heß einen gleichlautenden Gegenschein ausgestellt und dieser einen solchen verlangt habe. — Ob Flaach das Obligo für ein „Billet an Ordre" gehalten habe, erscheine ziemlich gleichgültig, jedenfalls habe derselbe zur Zeit der Erwerbung von der Existenz des Gegenobligo nichts gewußt, und habe sich ja die Anklage gegen Kappeler hauptsächlich darauf gestützt, daß Kappeler und Heß durch Ausstellung eines Gegenobligo dafür gesorgt haben, daß jeder Versuch, das Obligo auf Heß geltend zu machen, sofort vereitelt werden könne. —

Bei der heutigen Verhandlung wiederholte der Anwalt des Petenten den schriftlich gestellten Antrag und verlangte eine angemessene Entschädigung. Derselbe behauptete unter Anderm, es habe der Präsident des Schwurgerichtes laut den während der Verhandlungen gemachten Aufzeichnungen folgende Worte an die Geschwornen gerichtet: „Glauben Sie niemals der Behauptung des Vertheidigers, daß wenn das vom Bezirksgerichtspräsidium Horgen abgewiesene Rechtsöffnungsgesuch weiter verfolgt worden wäre, das Obergericht die von dem Bezirksgerichtspräsidium erlassene Verfügung aufgehoben haben würde." Im Fernern habe der Präsident des Schwurgerichtes bemerkt, er schließe sich der Ansicht der Staatsanwaltschaft an, daß die fragliche Urkunde kein Wechsel, sondern ein bloßes Obligo sei, dessen

Inhaber sich die Einreden des Schuldners jederzeit gefallen lassen müsse.

Der Substitut des Staatsanwaltes trug auf Abweisung des Gesuches an und bestritt, daß der Präsident des Schwurgerichtes sich in seiner Rechtserörterung so bestimmt, wie Petent heute behaupte, geäußert habe, vielmehr habe der Schwurgerichtspräsident bloß bemerkt, er schließe sich, was die Qualificationen der fraglichen Urkunde betreffe, mehr der Ansicht der Staatsanwaltschaft an, daß dieselbe einer Obligation gleich zu achten sei, aber niemals habe der Präsident des Schwurgerichtes erklärt, es stehe dieß unzweifelhaft fest, sondern nur, er neige sich dießfalls mehr zur Ansicht des Staatsanwaltes als zu derjenigen des Vertheidigers.

Durch Beschluß vom 3. November vor. J. wurde die Vollstreckung des Strafurtheils gegen den Petenten sowie gegen Heß sistirt. —

Die Gründe, auf welche das Obergericht seine Ansicht stützte, hat es folgendermaßen entwickelt:

1. Um zu entscheiden, ob wirklich die vom Schwurgerichtspräsidenten den Geschwornen ertheilte Rechtsbelehrung unrichtig gewesen sei, muß vor Allem untersucht werden, ob der Schein Act 4. wirklich als Billet à Ordre betrachtet werden müsse oder nicht? Im erstern Falle war die Rechtsbelehrung offenbar falsch und ist auch auf dieselbe hin eine unrichtige Verurtheilung der beiden Angeklagten erfolgt, im zweiten aber läßt sich dieß nicht von vornherein sagen sondern muß auf die Sache noch weiter eingetreten werden.

2. Die Wechselordnung spricht sich über den Begriff der Billets à Ordre nicht aus; es muß daher untersucht werden, wie sich derselbe aus der Praxis und aus dem europäischen Handelsrechte ergibt. Als solche Billets sind in der zürcherischen Praxis folgende Scheine erklärt worden: „Den 1. Juli zahlen wir gegen dieses Obligo (nach Wechselrecht) an die Ordre des A. die Summe von fl. 70, den Werth baar erhalten“ (Beitr. II. 454. Nr. 64).

„Medio Dezember a. c. zahlen wir gegen dieses unser Billet an die Ordre des N. die Summe von 100 fl. Werth in Rechnung“ (Beitr. VI. 225. Nr. 12).

„Ende April 1848 zahle ich gegen diese meine Anweisung an die Ordre des A. die Summe von 33 fl. den Werth in Arbeit vom Jahr 1848 empfangen“ (Beitr. IX. 429. Nr. 17).

„Auf den 11. November 1847 zahlen wir (nach Wechselrecht) an die Ordre der A. 800 fl. sammt Zins“ (Zeitschr. XI. 6. Nr. 2).

Die übrigen, vom Petenten angerufenen Präjudicien zeigen den Wortlaut der betreffenden Scheine nicht.

3. Die deutsche Wechselordnung und das gemeine Deutsche Recht kennen die Billets à Ordre nicht. Als deren Formular wird in den Lehrbüchern folgendes angegeben:

„Einen Monat nach dato bezahle ich gegen dieses mein Billet an die Ordre des A. die Summe von 100 fl. Werth in Waaren."

Sonnleithner § 529.

Thöl, Wechselrecht II. § 294. Anm. 1.

Es scheint hieraus hervorzugehn, daß das Institut in der Zürcher-Wechselordnung, wie übrigens schon sein Name andeutet, nicht aus dem deutschen Wechselrechte, sondern aus demjenigen der romanischen Völker herstammt.

4. Dießfalls ist zu beachten, daß der französische, zwar ungefähr zwei Jahre später, als die zürchersche Wechselordnung erlassene, Code de Commerce, das Billet à Ordre in Art. 188 zu einem wechselähnlichen Institute macht und für dasselbe folgende Bestandtheile verlangt:

a. die Summe,

b. den Namen des Remittenten,

c. die Verfallzeit,

d. die Valuta in baar, in Waaren, in Rechnung oder wie immer; ferner, daß nach der französischen Praxis die Valuta zudem nicht etwa in unbestimmten Ausdrücken (Werth verstanden u. drgl.) angeführt werden darf, und daß dem Indossatar die Kenntniß der Unrichtigkeit oder Mangelhaftigkeit der angemerkten Valuta-Zahlung schadet,

Rogron, Code de comm. pg. 497.

In gleicher Weise drücken sich die Gesetze der Cantone Tessin (Art. 1312, 1314), Waadt (Art. 85), Neuenburg (Art. 85), Genf (Art. 188), Freiburg (Art. 176) und des Königreichs Sardinien (Art. 203) aus, das spanische Handelsgesetzbuch vom Jahr 1829 verlangt in Art. 563: daß „die Billets à Ordre den Ursprung und die Art des Werthes, den sie repräsentiren" enthalten; das Handelsgesetzbuch vom Jahr 1833 für Portugal, welches für die Billets den Valutavormerk ebenfalls fordert, erklärt dieselben für „Verschreibungen, durch welche ein Schuldner sich verbindlich macht, dem Creditor eine gewisse Summe innert einer bestimmten Frist zu bezahlen, mit dem Bekenntniß, daß jene Summe ihm geborgt worden sei oder daß er sie erhalten habe." (Kletke Encyklop. des Wechselr. I. p. 774. § 69)

5. Aus dem Obigen geht hervor, daß das Wort „Billet" nirgends ein Requisit des Billets an Ordre ist; daß ferner in der zürcherischen Praxis bis dahin, soweit erkennbar, stets nur solche Scheine als Billets à Ordre bezeichnet worden sind, die entweder die Zusicherung enthielten, daß „gegen diesen Schein" Zahlung erfolge, oder in denen sonst das Rechtsgeschäft, welches der Schuldverpflichtung zu Grunde lag, als von deren Gültigkeit durchaus unabhängig, höchstens als Valutavormerk, erschien. Es mag nun allerdings zweifelhaft sein, ob nach denjenigen Rechtsquellen, die sonst noch den Billets à Ordre Wechselkraft geben, jene Merkmale für solche Papiere unerläß-

lich seien; ja es sind dieselben nach einer der Quellen offenbar nicht erforderlich; auch muß zugegeben werden, daß es keinen Unterschied machen kann, ob die Valuta erst am Ende des Scheines oder schon früher vorgemerkt sei. Dagegen hindert dieß Alles nicht, daß der zürcherische Richter an jener Natur des Billets festhalte und in ihr gerade den wesentlichen Unterschied gegenüber einem gewöhnlichen, auf die causa debendi abstellenden, wenn auch cedirbaren Schuldschein erblicke; und er hat zu einer solchen Beschränkung der Wechselkraft von Schuldscheinen ganz besondere Veranlassung in den übrigen vom Schwurgerichtspräsidenten hervorgehobenen Bestimmungen der zürcherschen Wechselordnung und in dem Umstande, daß in den benachbarten Ländern die Wechselstrenge überhaupt nicht über die eigentlichen Wechsel ausgedehnt wird.

6. Es ist auch kein Grund vorhanden, anzunehmen, daß ein Schuldner sich durch die Worte „oder dessen Ordre" verpflichten wolle, gegen einen neuen Erwerber der Forderung keine seinem Rechtsvorfahren entgegenstehenden Einreden zu erheben, wohl aber liegt eine solche Verpflichtung in dem Versprechen, die Summe bestimmt gegen die Herausgabe des Scheins und nur gegen diese zu zahlen oder überhaupt dem Indossatar auf einen bestimmten Tag einen Betrag zu zahlen, ganz abgesehen von der causa debendi, bestehe sie oder nicht.

7. Wendet man nun diese Grundsätze auf den von Heß zu Gunsten Kappelers ausgestellten Schuldschein an, so ergibt sich sofort, daß dieser nicht als Billet à Ordre bezeichnet werden kann. Das angeblich dem Scheine zu Grunde liegende Darlehen erscheint nicht als die Valuta, deren Vormerk einzig für den Aussteller und den Remittenten, allfällig auch noch für einen nicht gutgläubigen Erwerber Bedeutung hätte. Es ist vielmehr der Schein nichts anderes, als ein Schuldbekenntniß aus Darlehen, welchem die Bestimmung beigefügt ist, daß die Rückzahlung nicht nur an den Mitcontrahenten selbst, sondern auch an dessen Ordre erfolgen könne. Es müssen daher auch dem Cessionar des Scheines die aus dem angeführten Rechtsgeschäft oder aus dessen Aufhebung herfließenden Einreden gegenübergestellt werden können. Auf diese Natur des Scheines deutet auch die unbestimmte Verfallzeit, die bei Papieren mit Wechselkraft durchaus nicht üblich, ja deren Zuläßigkeit bei solchen überhaupt bestritten ist.

8. Die Frage der Schuld der beiden Angeklagten hing nun aber offenbar nicht einfach davon ab, ob der Schein Act. 4 ein Billet à Ordre und daher in der Hand eines Dritten gegen die Compensationseinrede geschützt sei oder nicht? Sie müßte vielmehr danach entschieden werden, ob die Angeklagten bei Anfertigung der beiden sich entgegenstehenden Scheine und Begebung des einen derselben im

Glauben gestanden seien, jene Papiere seien Billets à Ordre oder nicht. Denn wenn die Angeklagten das Erstere, wenn auch unrichtigerweise annahmen, so kann von einer absichtlichen Täuschung des Flaach, also von einem Betruge gegen denselben keine Rede sein.

9. Es könnte sich nun fragen, wenn der Schwurgerichtspräsident die allerdings zweifelhafte Natur jener Scheine in seinem Resumé als ganz unzweifelhaft dargestellt erklärt hätte, daß die Frage ganz offenbar entschieden werden müsse, daß an dem bösen Glauben dieser Letztern bei Begebung gar nicht gezweifelt werden könnte — ob nicht in einem solchen Resumé ein Cassationsgrund gefunden werden müßte, obgleich es schwer halten dürfte, diesen Fall unter den strikten Wortlaut eines der gesetzlichen Cassationsgründe zu subsumiren. Allein daß das Resumé so bestimmt gelautet habe, ist, wenn auch das Referat der Neuen Zürcher-Zeitung dafür zu sprechen scheint, nicht hergestellt; — der Vertreter der Staatsanwaltschaft hat es heute bestritten. Nach § 191 der Strafprozeßordnung, conform mit § 254 der frühern Strafproceßordnung könnte der Inhalt der Rechtsbelehrung nur durch ein sofort über dieselbe aufgenommenes Protokoll bewiesen werden; ein solches ist aber im vorliegenden Falle von den Parteien nicht verlangt worden und liegt daher auch nicht vor (cf. Zeitschr. XVIII. 337. Nr. 19 und Zeitschr. XIII. 118). Unter diesen Umständen war es lediglich Sache der Geschwornen, zu entscheiden, ob der Beweis geführt sei, daß die Angeklagten die Scheine im bösen Glauben begeben und nicht für gegen die Compensationseinrede geschützte Billets gehalten haben oder nicht; und wenn auch Momente dafür vorliegen mögen, daß von den Angeklagten mehr als eine Art Wechselreiterei, als ein Betrug in der von den Geschwornen angenommenen Weise beabsichtigt gewesen sei, so kann es nach der ausdrücklichen Bestimmung der Strafproceßordnung § 321 in fine der Cassationsinstanz nicht zustehen, auf eine Prüfung der materiellen Richtigkeit des Wahrspruches einzutreten und diesen aus materiellen Gründen aufzuheben.

(Directe Mittheilung.)