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: 18 (1873)

Heft: 2

Rubrik: Rechtspflege [Fortsetzung]

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: 15.10.2025

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

Rechtspflege.

(Fortsetzung der im siebenzehnten Bande abgebrochenen Reihenfolge.)

69. Falliterklärung. Voraussetzungen. (Waadt.)

Die Direction der Actiengesellschaft du grand Hôtel in Vivis hatte in der Sitzung vom 27. September 1869 den Beschluß gefaßt, den am 1. October 1869 verfallenden Coupon ihrer Delegationen an die betr. (privilegirten) Gläubiger nicht auszuzalen, sondern das dafür Vorhandene an die Tilgung der schwebenden Schuld zu wenden. L'huillier und Rigolet in Genf, Gläubiger zweiter Hypothek im Betrag von Fr. 150,000, waren in der betr. Sitzung abweichender Meinung und gelangten nun auf den ihrer Ansicht entgegenstehenden Mehrheitsbeschluß an die Direction mit dem Ansinnen, sich in Folge § 34 des Gesetzes vom 14. December 1852 sur les sociétés commerciales fallit zu erklären. In einer nochmaligen Sitzung vom 27. November 1869 wies der Vorstand auch dieses Begehren ab und so verlangten nun die betr. Gläubiger bei dem Gerichte (Vivis) die Verhängung des Concurses über die Gesellschaft.

Der erwähnte § 32 sagt nun: La société est déclarée en faillite par le tribunal de district et ses biens mis en discussion conformément aux dispositions de la procédure civile 1—2. lorsqu'il est constatè que le société a cessé ses paiemens, ou qu'elle abuse du crédit d'une manière dangereuse pour l'ordre public.

Das Districtsgericht von Vivis wies das Begehren jedoch ab und ihm folgte auch das Cantonsgericht am 10. März 1870.

Considérant

que l'art. 34 de la loi de 1852, qui permet de demander la faillite d'une Société commerciale, est une disposition exceptionelle et rigoureuse, qui ne doit pas être appliquée extensivement.

Considérant que, d'après cet art. 34, la faillite est prononcée lorsque la Société abuse du crédit d'une manière dangereuse pour l'ordre public, ou lorsqu'elle a cessé ses paiements.

Attendu que les questions d'abus du crédit et de cessation de paiements sont dans l'appréciation du juge.

Considérant que le Tribunal de Vevey n'a pas admis que la Société abusât du crédit de manière dangereuse pour l'ordre public.

Que les instants l'ont eux-mêmes reconnu dans l'enquête.

Attendu qu'aucune des mesures prises par la Société ne constitue un semblable abus du crédit.

Considérant, quant à la cessation de paiements, qu'elle n'a pas été non plus admise par le Tribunal.

Attendu que, pour fonder la mise en faillite, il ne suffit pas d'un état de gêne momentanée, mais d'une cessation de paiements importante, résultant d'un ensemble de faits et de circonstances qui établissent que la Société ne peut faire face à ses engagements et qu'il y a danger à ce qu'elle continue à subsister.

Considérant qu'il n'est point établi que tel soit actuellement le cas de la Société du Grand-Hôtel.

Attendu qu'en différant le paiement de l'intérêt des délégations, la Société a eu pour but de payer la dette flottante, de sortir d'uue crise qui paraît momentanée, d'améliorer sa position et de sauvegarder les interêts des créanciers.

Considérant que l'assemblée des délégutaires a invité le conseil d'administration de la Société à suspendre le paiement de l'intérêt de la lettre de rente.

(Journal des tribunaux vaudois XVIII. pp. 178 ss.)

---

70. Firmaconcurs (Glarus).

Am 1. Februar 1865 erklärte Daniel Stüssi, Sohn, die Insolvenz der Firma Daniel Stüssi, Vater und Sohn, der er angehörte.

Am 18. Januar gl. J. hatte Daniel Stüssi, Vater, das in seinem Privatvermögen befindliche Grundwesen an seinen Bruder, den Altrathsweibel Andreas Stüssi von Riedern, wohnhaft in Glarus, verkauft und ihm, der sein Gläubiger war, so theilweise Deckung verschafft.

Nach dem zur Zeit geltenden (gegenwärtig abgeänderten*) Landesgesetze von Glarus (Landbuch § 212) können nun alle in den letzten 21 Tagen vor Ausbruch des Concurses durch den Falliten an einen Dritten, der nicht Creditor des Verauffallten ist, vorgekommenen Veräußernngen von Liegenschaften durch die Masse eingelöst werden. Ist der Erwerber dagegen Creditor, so ist jeder Verkauf, welcher von dem Verauffallten innert 14 Tagen vom Tage der Auffallerklärung

---

*) Vgl. dse. Ztschr. XVII. Gesetzgebung n. 133.

an geschehen war, kraftlos und es fällt — die Sache an die Masse zurück. . . .

Diesen „Rückfall“ beansprucht nun die Concursverwaltung von Daniel Stüssi, Vater und Sohn.

Der Käufer bestritt ihr aber das Recht, indem die Publication des Concurses erst am 4. Februar 1865 erfolgt sei, folglich der Termin der 14 Tage rückwärts die Veräußerung nicht erreiche; jedesfalls aber der Concurs über die Firma den Concurs über die Theilhaber nicht selbstverständlich herbeiführe, indem die Firma diesen Theilhabern als juristische Person gegenüberstehe.

Die Masse berief sich darauf, daß Daniel Stüssi, Vater, gegen die Publication des Concurses, auch soweit sie gegen ihn erfolgt sei, sich nicht verwahrt habe und er sie anerkenne.

Beide Instanzen (das Appellationsgericht von Glarus durch Spruch vom 26. October 1865) hielten den Rückfall für anwendbar, die zweite in Erwägung a. daß das Concursverfahren sowohl gegen die Firma Stüssi, Vater und Sohn, als die einzelnen Firmanten derselben in Folge der von Daniel Stüssi, sub 1. Februar 1865 abgegebenen und durch den Mitbetheiligten, Daniel Stüssi, Vater, keineswegs beanstandeten Insolvenzerklärung eingeschlagen und durchgeführt wurde;

b. nach gemeinem Rechte dem Firmagläubiger auch das Privatvermögen der einzelnen Associés in dem Falle haftbar ist, wenn, wie hier vorliegt, die Activen der Firma sowohl als auch der Associés zu deren Deckung nicht zureichend sind.

(Directe Mittheilung.)

---

71. Succession der Masse in die Rechte des Cridars (St. Gallen).

Im Januar 1862 fiel Caspar Schneeli zu Wallenstadt (C. St. Gallen) in Concurs. Er war Gemeinder der Firma Jakob Schneeli und Söhne.

Bei der Liquidation der Masse und Prüfung des Guthabens von Caspar Schneeli in der Societät Jakob Schneeli und Söhne fand sich ein Kaufbrief über ein in Untertrogen gelegenes Grundstück „im Boden“, das diese Societät am 13. April 1839 erkauft und dann am 13. März 1844 dem Jakob Schneeli, Vater, bei seinem Austritt aus der Societät gegen Belastung seiner Rechnung mit fl. 7000 überlassen hatte. Dieser Uebertrag war aber, weil nur zwischen den Söhnen und dem Vater geschlossen, nicht gefertigt worden, so daß die Concurscommission den Uebertrag als rechtlich ohne Folgen angriff. Durch Urtheil des Cantonsgerichts St. Gallen vom 6. Februar 1866 wurde sie in dieser Anschauung begründet erfunden, so daß das Gut „im Boden“ für den Antheil des Caspar Schneeli an dessen Concursmasse fiel. Diesen Antheil brachte die Masse am 21. Juni 1866 zur

Versteigerung, mit der Gantbedingung, der Erlös falle in erster Linie an die Hypothekargläubiger, der Rest in baar um Martini 1866 an die Massaliquidation oder wenn sie dem Erganter zur Zalung anweisen werde. Erganter war Jakob Schneeli, Vater, der im Jahr 1844 das Gut schon übernommen hatte. Der Gantschilling war Fr. 7769, 96.

Für diesen Kaufpreis stellte die Masse dem Erganter Rechnung, welcher gegenüber aber der Erganter seine frühere Verrechnung von fl. 7000 zur Compensation brachte.

Das Gericht des Seebezirks wies den Ganter mit seiner Einrede ab, wogegen die zweite Instanz (das Cantonsgericht) am 8. October 1866 die Compensation gelten ließ:

in Erwägung

— 3. daß das cantonsgerichtliche Urtheil vom 6. Februar 1866 der Klägerschaft die Hälfte des Gutes Boden als Eigenthum allerdings zugesprochen hat, weil der bestehende letzte Kaufbrief über das Gut „Boden" vom Jahre 1839 den Casp. Schneeli als Miteigenthümer aufgeführt und eine weitere angeblich i. J. 1844 geschehene Handänderung nicht protocollirt worden war, daß aber mit jenem Urtheil die Frage nicht präjudicirt wurde, ob dem Cridaren, resp. der Debitmasse aus jenem Eigenthumstitel her noch ein Forderungsrecht zustehe, aus den heutigen Vorlagen, insbesondere aus dem Uebereinkommniß vom 13. März 1844, aus den bestimmten Erklärungen des Casp. Schneeli vom 23. Aug. 1861 und 7. Juni 1864 selbst unzweifelhaft hervorgeht, daß Casp. Schneeli die Hälfte des Gegenwerthes der fraglichen Liegenschaft wirklich erhalten habe, ihm von daher also kein Forderungsrecht mehr zustehen könne, wobei der Umstand, daß in dem Concurse des Casp. Schneeli Seitens des Beklagten eine bezügliche Forderung nicht eingegeben worden, deßhalb von keiner rechtlichen Bedeutung erscheint, weil damals die Frage über das Miteigenthumsrecht am Gute Boden weder gelöst noch aufgehoben war, und überhaupt der Fallimentseintritt über Casp. Schneeli an dem im Jahr 1844 geregelten Rechts- und Forderungsverhältniß zwischen Vater Jakob und Sohn Casp. Schneeli, resp der Firma Jakob Schneeli und Söhne nichts geändert hat.

(Directe Mittheilung.)

---

72. Concurs. Was ist Activum? (Luzern).

Am 20. August 1864 fiel Jos. Koller in Gettnau (C. Luzern) in Concurs.

Derselbe war am 15. December 1862 von dem Fuhrwerk des Joh. Häni überfahren worden und erlitt dadurch außer andern Ver-

letzungen einen doppelten Armbruch. (Erst) am 10. Febr. 1865 verfällte der Richter den Häni zu folgenden Leistungen:

1. für dauernde Verminderung der Arbeitsfähigkeit eine jährliche Rente von . . . . . Fr. 180. —
2. für Schmerzengeld . . . . . „ 180. —
3. für Abwart . . . . . ; . . . . „ 180. —
4. für Arztconto . . . . . „ 157. 95

Die Gläubiger des Koller verlangten die Hereinziehung sämmtlicher Ansprüche Kollers in die Concursmasse.

Durch Spruch vom 5. April 1866 sprach das Obergericht von Luzern der Masse das Schmerzengeld und die Rente zu, das Uebrige nicht, mit folgender Begründung:

1) Daß der Concursausbruch nach allgemeinen und luzernischen Rechtsgrundsätzen zur Folge hat, daß alle übertragbaren Vermögensrechte des Concursiten insoweit auf die Creditoren übergehen, als es zu ihrer Befriedigung nothwendig ist, und von dieser Regel nur vereinzelte Ausnahmen gemacht werden können, welche entweder in der Natur des Gegenstandes (vergl. z. B. § 47 Conc.-Ges. und § 11 Betreibungs-Ges.) oder in entgegenstehenden Rechten Dritter ihren Grund haben (Weiske's Rechtslexikon II., S. 831 ff.);

2) daß aus dem zuletzt genannten Grunde die Reklamation der Gläubiger auf den Arztconto und den Abwartlohn unbegründet ist, indem die daherigen Beträge nicht als ein Guthaben des Klägers aufzufassen sind, welches der Verfügung der Creditoren anheimfällt, sondern mit Rücksicht auf das Urtheil vom 10. Februar 1865 dasselbe dem Kläger sub modo, d. h. mit der Zweckbestimmungen, fragliche Beträge an den Arzt und Abwart aushinzufolgen, zugewendet wurde, und die Gläubigerschaft den Nachweis nicht erbrachte, daß die Forderungen des Arztes und des Abwartes bereits vorschußweise getilgt seien, resp. die Rechte dieser Dritten nicht mehr entgegenstehen;

3) daß hingegen die für Schmerzengeld dem Koller zuerkannten Fr. 180 gewöhnliches Guthaben desselben bilden, welches im Concursfalle deu Creditoren anheimfällt, indem dasselbe keine besondere Zweckbestimmung hat, der Umstand aber, daß ausgestandene körperliche Schmerzen den daherigen Forderungsgrund bilden, die Natur jenes Guthabens so wenig ändert, als z. B. wenn der Erwerbsgrund Arbeit oder ein glücklicher Zufall ꝛc. wäre;

4) daß, was die Reklamation auf die Jahresrenten anbetrifft, dieselben unzweifelhaft als ein Ersatz für die durch jene Verletzung geminderte Arbeiskraft des Klägers demselben ausgesetzt wurden und sonach deren Zweckbestimmung die eines Aequivalentes für geminderten Verdienst ist, welch' letzterer, soweit er nach dem Concurs erworben wird, dem Concursiten gemäß § 11 Betr.-Ges. zu belassen ist;

5) daß daher jedenfalls die seit dem Concurstag — 30. August 1864 — erlaufenen Renten der Verfügung der Creditoren entzogen sind, gegen welche Auffassung nicht mit dem Umstand argumentirt werden kann, daß zu Gunsten des erbrechtlichen Nießbrauchs eines Ehegatten am Vermögen des andern keine Ausnahme hierorts gemacht zu werden pflegt, indem diesem Nießbrauch nicht die Natur eines Aequivalentes für Tag- oder Lidlohn zukommt;

6) daß hingegen die vor dem Concurstag nach Markzahl verfallenen Renten so wenig wie der vor dem Concurstage verfallene Lidlohn unter den § 11 Betr.-Ges. noch unter § 47 Conc.-Ges. fallen, zumal auch gemäß § 35 Betr.-Ges. Concursit bis zum Concurs die nöthigen Lebensmittel aus der Massa beziehen kann und letztere daher zum Bezug seines verfallenen Lidlohnes wie des daherigen Aequivalentes für diese Zeit berechtigt ist.

(Zeitschrift des bernischen Juristenvereins. Neue Folge. III. S. 31 f.)

---

73. Concurs. Lebensversicherung. Anspruch der Gläubiger darauf (Bern).

Nach dem Tode den Christian Hirschi (20. Oct. 1869) verzichtete dessen kinderlose Witwe geb. Gäumann auf die Verlassenschaft („sie verlangte die gerichtliche Vereinigung der Masse").

In derselben fand sich ein am 30. Sept. 1868 abgeschlossener Vertrag mit der allgemeinen Versorgungsanstalt im Großherzogthum Baden. Die Versicherungsprämie war jährlich Fr. 205. 90. Der Vertrag verpflichtete die Anstalt, „nach dem Tode des Christian Hirschi die Versicherungssumme an dessen Ehefrau geb. Gäumann oder, falls dieselbe früher versterben sollte, an dessen Bruder Friedrich Hirschi oder, falls der Tod des Versicherten nicht früher eintritt, nach seinem zurückgelegten 85. Jahr an ihn selbst zu bezalen." Das Versicherungscapital, abzüglich der drei ausstehenden Vierteljahrsprämien, betrug Fr. 9842. 59.

Dieses Capital sprach nun die Massaverwaltung gegenüber der im Vertrag bezeichneten Ehefrau an. Die Anstalt deponirte es bei dem Richteramt. Die Ehefrau anerbot Auszalung der bisher entrichteten Prämien.

Die Massaverwaltung erkannte in dem Capital einen Theil des Nachlasses, auf welche die Ehefrau verzichtet habe. Ansprüche aus dem Vertrag können nur die Contrahenten haben, in die Ansprüche Hirschis succedire die Masse; endlich trage das Geschäft das Gepräge einer Schenkung, entbehre aber aller Förmlichkeiten und sei bei mangelnder Tradition der Urkunde dahingefallen (Civilgesetz §§ 725 f.), abgesehen davon, daß Hirschi bei Einzalung des Vertrags bereits unter

seinen Geschäften stand und zum Nachtheil seiner Gläubiger handelte. — Die Witwe bestritt: daß das Geschäft könne als Schenkung betrachtet werden, da, was der Ehefrau anfallen würde, nicht aus dem Ehevermögen ausgegangen sei, sondern aus der Prämie, die sie ja anbiete. — Vielmehr sei der Versicherungsvertrag eine gesonderte Gattung von Geschäften und der vorliegende beruhe auf § 328 der Statuten: „Hinsichtlich des abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrages steht, so lange der Versichernde Mitglied der Anstalt ist, nur dieser mit der Anstalt in Vertragsverhältniß. Nach Abgang deß Versichernden tritt der Versicherungsnehmer und, wenn kein solcher im Vertrage oder später bezeichnet ist, der Rechtsnachfolger des Versichernden in die vertragsmäßigen Verbindlichkeiten des Versichernden, bei Vermeidung des Verlusts der vertragsmäßigen Rechte desselben." Diese Bestimmung sei die lex contractus.

Die erste Instanz, der Gerichtspräsident von Bern, entschied zu Gunsten der Ehefrau (27. Oct. 1870)

in Betrachtung

1. daß das von der Witwe Hirschi in Anspruch genommene Recht auf die Versicherungssumme sich auf einen Vertrag zwischen dritten Personen gründet, zu welchem sie ihren Beitritt resp. die Annahme des von der Versicherungsgesellschaft gemachten Versprechens nicht ausdrücklich erklärt hat;

2. daß aber der Nachweis dieser ausdrücklichen Annahmserklärung nicht als ein Erforderniß ihrer Berechtigung aufzufassen ist, weil

a. unsere Gesetzgebung den Fall eines Vertragsabschlusses zu Gunsten eines Dritten — pactum in favorem tertii — überhaupt mit Stillschweigen übergeht;

b. aus allgemeinen Gründen des Rechtes und der Gesetzgebung aber kein Grund sich ergiebt, weßhalb ein förmlicher Beitritt des Dritten, sofern ihm aus dem fraglichen Vertrage nur Vortheile erwachsen können und der Promissar ein Interesse an der Erfüllung des Vertrages zu Gunsten des Dritten hat — was hier unzweifelhaft der Fall ist — gefordert werden sollte;

c. namentlich in Fällen, wie der vorliegende, über die Absicht beider Vertragscontrahenten, den dritten Berechtigten, hier der Witwe Hirschi, den Betrag der Versicherungssumme in erster Linie zuzuwenden, kein Zweifel sein kann;

d. auch aus den Umständen hervorgeht, daß die Klägerin von dem Abschlusse des Lebensversicherungsvertrages zu ihren Gunsten schon bei Lebzeiten ihres Ehemannes Kenntniß hatte;

e. endlich nach § 328 der Statuten der versichernden Gesellschaft der Beitritt des Versicherungsnehmers zum Vertrage stillschweigend vorausgesetzt, ja sogar gefordert wird, sofern derselbe die vertrags-

mäßigen Rechte beanspruchen will, was in casu von Seite der Witwe Hirschi geschehen ist;

3. daß insofern das vorliegende Rechtsgeschäft eine Schenkung des Ehemanns Hirschi an seine Ehefrau enthält, doch jedenfalls nicht das Versicherungskapital selbst als Gegenstand der Schenkung zu betrachten ist, weil:

a. letzteres, als erst nach dem Tode des Versicherten, Hirschi, verfallen, niemals im Vermögen desselben vorhanden gewesen ist;

b. auch das durch den Versicherungsvertrag entstandene Forderungsrecht vom Versicherten selbst nur in dem Falle geltend gemacht werden konnte, wenn er das 85ste Lebensjahr zurückgelegt haben würde;

c. die Uebertragung einer im Vermögen des Schenkers befindlichen Sache oder das Versprechen derselben wesentlich zum Begriffe der Schenkung gehört;

4. daß es gerade der dieser Art von Verträgen zu Grunde liegende Zweck ist, den durch frühzeitigen Tod des Versicherten seinen Angehörigen, welchen er eine standesgemäße Versorgung zu leisten schuldig ist, entstehenden Schaden zu ersetzen, und dieser Zweck als ein sittlich anerkennenswerther und rechtlich zulässiger bezeichnet werden muß;

5. daß überhaupt die materielle Grundlage des vorliegenden und jedes ähnlichen Lebensversicherungsvertrages darin liegt, daß der Versichernde — hier die allgemeine Versorgungsanstalt des Großherzogthums Baden — gegen die regelmäßige, jährliche Einzahlung eines gewissen Betrages — Prämie, — welcher einentheils aus einer gewöhnlichen Sparkasseneinlage, anderntheils aus einer Vergütung für das vom Versichernden übernommene Risico besteht, — die Verpflichtung übernimmt, dem im Vertrage bezeichneten, somit von Anfang an bestimmten Versichungsnehmer auf den Zeitpunkt des (natürlichen resp. nicht selbstverschuldeten) Ablebens des Versicherten eine bestimmte Summe (welche in thesi dem während der wahrscheinlichen Lebensdauer des Versicherten durch die jährlichen Einzahlungen, ausschließlich der Vergütung für das Risico, jedoch mit Zins und Zinseszinsen angesammelten Betrage gleichkommen soll), — das Versicherungskapital — auszubezahlen, somit die jährlichen Prämien bestimmt sind das Versicherungskapital zu bilden;

6. daß nach obigen Ausführungen von einer Schenkung nur die Rede sein könnte in Betreff der durch den Ehemann Hirschi bereits einbezahlten Prämienbeträge, in Bezug auf welche jedoch infolge des Anerbietens der Klägerin, dieselben der Masse zu restituiren, ein Streit nicht besteht;

7. daß der Besitz der Versicherungspolice an und für sich der Masse Hirschi kein Recht zum Bezug der Versicherungssumme gewährt, weil

a. in derselben bestimmte Personen als Versicherungsnehmer bezeichnet sind und die Forderung somit nicht in dem Papiere verkörpert ist;

b. laut § 359 der Statuten der allgemeinen Versorgungsanstalt die Gesellschaft nur an den wirklichen Bezugsberechtigten zu bezahlen verpflichtet ist und als solchen in erster Linie die in der Vertragsurkunde bezeichnete Person betrachtet (§ 359, Z 4);

8. daß somit die Unterzeichnung des Inventarisationsverbals durch Frau Hirschi vom 12. Oktober 1869 und folgenden Tagen, in welchem auch der fraglichen Police Erwähnung geschieht, für den Entscheid der Frage über das Recht zum Bezuge der Versicherungssumme unerheblich ist, indem das Eigenthum der Police immerhin ihr als dem Bezugsberechtigten zusteht;

9. daß die Klägerin durch die Ausschlagung der Erbschaft ihres Ehemannes ihr Recht zum Bezuge der Versicherungssumme nicht verloren hat, weil letztere nach den vorstehenden Ausführungen (3 und 5) niemals im Vermögen des Hirschi sich befunden hat, sondern erst nach seinem Tode existent wurde. —

Mit etwas anderer Begründung bestätigte das Dispositiv der Appellations- und Cassationshof von Bern (20. Jan. 1871):

1 Daß Witwe Hirschi ihren Anspruch auf die Versicherungssumme aus den Bestimmungen des Versicherungsvertrages herleitet;

2. daß dieselbe in diesem Vertrage als Versicherungsnehmer auf den Zeitpunkt des Ablebens des Versicherten Christian Hirschi in erster Linie genannt, somit zufolge desselben unzweifelhaft legitimirt ist, das Versicherungs-Kapital zu beziehen;

3. daß nach Satz. 685 C. Versicherungsverträge, insoweit die Rechte dritter Personen dadurch nicht beeinträchtigt werden, erlaubt sind und im vorliegenden Falle

a. allerdings Hirschi zur Zeit der Abschließung des Versicherungsvertrages unter seinen Sachen stand;

b. allein die Versicherungssumme niemals im Vermögen des Hirschi sich befunden hat und er auch — wenigstens unter der Voraussetzung, daß er das 85. Altersjahr nicht zurücklege — kein Recht zum Bezuge dieser Summe erlangen konnte; mithin mit Bezug auf dieses Kapital von keinem pfandbaren oder zur Masse gehörenden Vermögensrechte des Schuldners die Rede sein kann;

c. sich aus den Umständen nicht ergibt, daß die Versicherung in der Absicht abgeschlossen worden, die dafür bezahlten Prämien seinen Gläubigern in pflichtwidriger Weise zu entziehen und zudem die Klägerin anerboten hat, die bezahlten Prämienbeträge der Masse zu restituiren;

d. somit eine Beeinträchtigung der Rechte der Gläubiger oder der Versuch einer solchen hier nicht vorliegt;

4. Daß solche Verträge als eine besondere Vertragsart zu betrachten sind, mit welcher keine der im Civilgesetzbuch behandelten Vertragsarten derart analog ist, um deren Grundsätze auf sie in Anwendung bringen zu können;

5. daß das Gericht somit hier an die allgemeinen Rechtsgrundsätze gewiesen ist — § 296 P. — und aus denselben kein Grund sich ergibt, um den vorliegenden Vertrag, welcher ein erlaubtes Geschäft zum Gegenstande hat und mit den Erfordernissen eines gültigen Vertrages versehen ist, nicht als gültig zu betrachten;

6. daß insbesondere ein zum Vortheil eines Dritten abgeschlossener Vertrag, wenn der Dritte — wie hier die, für den Fall, daß Christian Hirschi das bezeichnete Alter nicht erreiche, genannten Personen — als Stellvertreter des Contrahenten betrachtet werden kann, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen gültig ist und der Dritte daraus ein Klagrecht erwirbt;

7. daß wenn übrigens der Vertrag nicht gültig wäre, den Gläubigern, so wenig als der Witwe, ein Recht auf die Versicherungssumme zustehen würde, indem dieselbe alsdann überhaupt nicht gefordert werden könnte;

8. daß somit die Bestimmungen des Vertrages Regel machen müssen;

9, daß in Betreff der durch Christian Hirschi einbezahlten Prämienbeträge, infolge des Anerbietens der Klägerin, dieselben der Masse zu restituiren, ein Streit nicht mehr besteht.

(Zeitschrift des bernischen Juristen-Vereins. Bd. VI. Nr. 8.)

---

74. 75. Concurs. Actio Paulliana. Allgemeine und locale Geltungsvoraussetzungen (Baselstadt.)

Der Holzhändler Heinrich Stüßi in Basel genoß seit einer langen Reihe von Jahren eines ausgedehnten Credits bei dem dortigen Zimmermeister Friedrich Lotz, der theils bei mehreren Bankiers Garantie für ihn geleistet hatte, theis und hauptsächlich jeweilen die von Stüßi ausgestellten Eigenwechsel indossirte. Dadurch wurde er Gläubiger Stüßi's für bedeutende Summen, wie denn die in den Monaten März bis Mai 1868 indossirten Wechsel allein schon die Höhe von circa Fr. 150,000 erreichen. Im Juni 1868, als Stüßi die Haltlosigkeit seiner Lage nicht mehr verbergen konnte, trat er Herrn Lotz an Zahlungsstatt einige Liegenschaften sowie den größten Theil seiner Mobiliaractiven an Flößen und Stämmen ab, die sich an verschiedenen Lagerplätzen in der Schweiz, Baden und Frankreich befanden.

Im Juli 1868 gerieth Stüßi in Concurs, und die Liquidation der Masse wurde von drr Creditorenversammlung Anfangs einer

Curatel übertragen, nach Schluß der Auskündung aber dieser wieder abgenommen und den Gerichtsämtern zugewiesen.

Im November 1868 führten diese letztern nun eine Klage gegen Herrn Lotz ein, in welcher sie die Frage, ob die Abtretungen von Stüßi an Lotz rechtsgültig seien oder nicht, dermalen nicht erörtern und dem gerichtlichen Entscheid unterwerfen zu wollen erklärten, sondern nur darauf klagten, daß (selbst bei Annahme der Gültigkeit jener Abtretungen) Herr Lotz widerrechtlich gewisse, in jenen Facturirungen nicht enthaltene und von ihm ohne Rechtstitel in Besitz genommene Activen theils ihnen vorenthalte, theils schon weiter veräußert habe, wofür er ersatzpflichtig sei. Die bezüglichen Begehren reduciren sich nach Wegfall der in der Klagbeantwortung zugestandenen und seither auch factisch erledigten Punkte auf zwei. Mit der Klagbeantwortung reichte Beklagter am 3. December 1868 eine Widerklage ein, dahin gehend, Widerbeklagte seien anzuhalten, die kurz vor dem Falliment Stüßi's von diesem an Widerkläger gemachten Abtretungen der Flöße Nr. 18—21, 134—141 und des Holzlagerplatzes in St. Jean de Losne sowie der Forderung an Romieur und Alibert in Beaucaire als rechtsgültig anzuerkennen. Widerbeklagte, in ihrer Widerklagbeantwortung, bestritten die Statthaftigkeit dieser Widerklage, da auf Anerkennung des Eigenthums nur gegen denjenigen könne geklagt werden, welcher den Besitzstand gestört habe oder zu stören versuche, was hier nicht der Fall sei. Sofern aber in der Widerklage eine Provocationsklage könnte erblickt werden, seien sie erbötig, durch Klagerhebung ihrerseits auch diese Frage zum Austrag zu bringen.

Widerbeklagte führten daher gleichzeitig mit Eingabe der Widerklagbeantwortung am 31. Dec. 1868 eine zweite Klage ein, welche des Begehren auf Rückerstattung sämmtlicher seit 9. Juni 1868 von Stüßi an Lotz abgetretenen Activen, resp. auf Ersatz des Werthes für die nicht mehr vorhandenen enthält. Diese in 19 Posten aufgeführten Activen sind zu einem Gesammtwerth von Fr. 166,055. 74 angeschlagen, wovon jedoch laut Vorverfahren zwei Posten (Nr. 14 und 15) im Betrag von zusammen Fr. 13,369. 31 wegfallen.

Begründet wird diese Klage damit, daß alle diese Abtretungen von Stüßi in vollem Bewußtsein seiner Insolvenz und in der sichern Aussicht auf den Concurs zur Schädigung der andern Gläubiger erfolgt seien und daß Lotz von dieser Lage Stüßi's vollste Kenntniß gehabt habe, somit alle Bedingungen der actio Paulliana des gemeinen Rechts, die auch in unserer Gerichtspraxis anerkannt sei, vorhanden seien.

Der Beklagte bestreitet in erster Linie die Anwendbarkeit der Grundsätze der actio Paulliana auf vorliegenden Fall, weil er erstens bei diesen Abtretungen keine Kenntniß von der Insolvenz Stüßi's

gehabt habe, der ihn immer mit ganz falschen Bilanzen hintergangen habe, und zweitens es sich um Abtretungen an Zahlungsstatt gar nicht handle, sondern um Verkauf, Facturirung und Tradition von Waaren gegen Uebernahme der Einlösung von Wechseln Stüßi's durch Lotz. Ueberhaupt aber seien die im Juni und Juli 1868 erfolgten Facturirungen gemäß der Collocations-Ordnung und dem Gesetz betreffend Beschränkung der Vindication von Mobilien vom 7. März 1864 unanfechtbar. (Die eventuelle Erörterung über einzelne auch die Annahme der Ungültigkeit sonstiger Abtretungen dennoch gültiger Geschäfte lassen wir hier weg.) — Die Widerklägerische Forderung stellt sich in dieser Gesammterörterung schließlich auf Fr. 152,686. 43 minus Fr. 27,940. 56, also auf Fr. 124,745. 87, und mit den zwei Posten der ersten Klage, Fr. 4043. 79 und Fr. 2983. 93, zusammen auf Fr. 159,714. 15 minus Fr. 27,940. 56, also Fr. 131,773. 59.

Nachträglich begehrten Kläger noch Ersatz der Werthverminderung, welche durch Nichtverkauf der an Beklagten abgetretenen Waaren entstehen könnte.

Das Civilgericht von Basel entschied durch Urtheil vom 21. September 1869 die Zulaßung der Widerklage im Grundsatz, unter folgenden Auseinandersetzungen.

Es hat um so weniger Anstand, beide Klagen in gemeinsamen Prozeßverhandlungen und Einem Urtheil zu erledigen, als der erste Posten der ersten Klage von dem principiellen Entscheide über die zweite Klage abhängig ist. Aus diesem Grunde mag auch dieser letztere Punkt, d. h. die Frage, ob die actio Paulliana begründet sei, zuerst besprochen werden. Das Tribunal sieht sich zu einer erneuten sorgfältigen Prüfung dieser Frage um so mehr veranlaßt, als es in allseitigem Interesse erscheint, daß divergenten Auffassungen früherer Sprüche und Differenzen zwischen den Ansichten beider Instanzen möglichst ein Ende gemacht werde. In erster Linie ist zu untersuchen, ob diese Klage in unserm hiesigen Recht begründet sei. Direct und ausdrücklichlch findet sich dieselbe in keinem Gesetz. Der § 487 der Gerichts-Ordnung spricht nur von der Anfechtbarkeit von Schenkungen eines überschuldeten Schenkers durch dessen Gläubiger. Daraus muß indeß nicht mit Nothwendigkeit geschlossen werden, daß die Absicht des Gesetzgebers darauf gegangen sei, in diesem einzigen Fall die Anfechtung von Handlungen in fraudem creditorum zu ermöglichen; mit ebenso gutem Grund kann behauptet werden, daß das Prinzip, welches hier in einer einzigen Anwendung förmlich gebilligt wird, durch § 698 allgemein reservirt sei. Das Hauptgewicht liegt aber auf den §§ 8—10 der Colloc.-Ordg. Die hier enthaltenen Bestimmungen, wonach Hypothekargläubiger, deren Hypotheken wenigstens vier Wochen vor Ausbruch des Falliments in das Hypothekenbuch sind eingetragen worden, ebenso Fahrnißpfandgläubiger, die einen wenigstens

vierzehn Tage vorher errichteten notarialischen Schuldtitel haben, endlich Faustpfandgläubiger, welche Fahrnißgegenstände faustpfändlich besitzen, auf ihre Pfänder collocirt werden sollen, könnten auf den ersten Blick im Zusammenhalt mit § 3 zu der Meinung veranlassen, daß alle Pfandbestellungen, die diesen formellen Requisiten entsprechen, ohne Rücksicht auf die sonstige Art ihres Zustandekommens unanfechtbar seien. Es kann aber diese Auffassung nicht die richtige sein, weil dadurch möglicherweise den schwersten Beeinträchtigungen der Concursmassen gesetzliche Sanction ertheilt wäre. Es ist nicht abzusehen, was der Gesetzgeber für einen Grund gehabt hätte, auf diesem indirekten Wege alle Verpfändungen, selbst die im Widerspruch mit aller guten Treue errichteten, mit absolutem Schutze zu umgeben und so der mala fides in fraudem creditorum einen Freibrief zu ertheilen. Halten wir uns an die bekannte Interpretationsregel, wonach ein Gesetz nicht in der Weise auszulegen ist, daß dadurch ein Widerspruch gegen den Zweck desselben entsteht, und ist unleugbar der Zweck dieser Bestimmungen eine Beschränkung der Gültigkeit von Pfandrechten, so können wir nur zu der Interpretation gelangen, daß dem Richter in Bezug auf alle Pfandrechte die Prüfung vorbehalten ist, ob sie in guten Treuen zu Stande gekommen seien, außer hinsichtlich der erst vier resp. zwei Wochen vor Concursausbruch errichteten Pfandbriefe, bei welchen er dieser Untersuchung absolut enthoben ist, und welche ohne Rücksicht auf bona und mala fides und selbst wenn die gute Treue des Pfandgläubigers keinem Zweifel unterläge, durchaus ungültig sind. Diese Auffassung wird dadurch unterstützt, daß der Tit. L. der alten Proceß-Ordnung von 1719, an dessen Stelle die Collocations-Ordnung von 1852 getreten ist, auch schon das Requisit des vierwöchentlichen Alters der Hypotheken enthält, dennoch aber damals nach dem Zeugniß des „lehrrichtigen Entwurfs der Stadt Basel Gerichtsübung von Stupanus", eines Büchleins, welches bekanntlich als Darstellung der Basler Gerichtspraxis in hohem Ansehen stand, die actio Paulliana angewendet wurde, und nach der ausdrücklichen Bemerkung auf S. 212 daselbst den vier Wochen der Sinn beigelegt wurde, daß der Beweis der fraus für die innert dieser Zeit geschlossenen Geschäfte nicht erforderlich, vielmehr diese Zeit gesetzt sei, „innert welcher vermuthet wird, daß etwas zum Betrug der Gläubiger gethan oder unterlassen worden." Da nun kein Grund ersichtlich ist; daß der Gesetzgeber von 1852 in dieser Hinsicht einen andern Zweck im Auge gehabt habe, seine Bestimmung vielmehr reine Reproduction der althergebrachten mit passender Ausdehnung auf Fahrnißpfandverschreibungen ist, so folgt wiederum aus anerkannter Interpretationsregel, daß der zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandene Rechtszustand, von welchem anzunehmen ist, daß er dem Gesetzgeber gegenwärtig gewesen sei, nicht habe aufgehoben

oder abgeändert werden wollen. Weiter dürfte angeführt werden, daß die hier vertretene Ansicht überhaupt die in der modernen Gesetzgebung und damit in der heutigen Rechtsanschauung liegende ist, und in dieser oder jener Form in die neueren Concursgesetze Eingang gefunden hat, so daß auch von dieser Seite keine Veranlassung besteht, von dem althergebrachten Rechte abzuweichen, um es früher oder später doch wieder aufzunehmen. Wie endlich das Gesetz über Beschränkung der Vindication von Mobilien von 1864 die Auffassung des Beklagten unterstützen kann, ist vollends nicht abzusehen, da dasselbe bloß den gutgläubigen Erwerber schützen will.

Ergiebt sich so das Resultat, daß unsre hiesige Gesetzgebung die Anwendbarkeit der Grundsätze der Paulliana nicht ausschließt, so fragt sich weiter, ob im vorliegenden Falle die Bedingungen derselben vorhanden sind. Die auf unsern Fall bezüglichen Grundsätze des gemeinen Rechts in dieser Hinsicht, wie sie z. B. in der vom Beklagten eingelegten Abhandlung Francke's auf Seite 262–264 und von den bedeutendsten Rechtslehrern auf Grund der Quellen übereinstimmend formulirt werden, gehen dahin, daß Abtretungen an Zahlungsstatt anfechtbar sind, wenn sie der Gemeinschuldner in Kenntniß seiner Insolvenz und Voraussicht des Concursausbruchs zu Gunsten eines Gläubigers, der diese Insolvenz kannte, vorgenommen hat. In unserm Falle liegen offenbar Abtretungen an Zahlungsstatt vor, wie dies der Beklagte in der Duplik durch seinen Anwalt zugestanden hat, nachdem in der Klagbeantwortung allerdings ein anderer Ausweg war versucht worden, der aber darum unhaltbar ist, weil die Facturirung der Waaren nicht gegen Uebernahme der Wechselverpflichtung stattfand, sondern dieser erst später nachfolgte und zur nachträglichen Deckung des Gläubigers dienen sollte. Daß aber Abtretungen an Zahlungsstatt nicht, wie die Duplik will, auf gleicher Linie mit wirklicher Zahlung stehen, hat seinen guten Grund darin, daß dieselben nicht Tilgung des Schuldverhältnisses auf die bei dessen Eingehung in Aussicht genommene Weise sind, sondern blos zur Deckung herbeigezogene Auskunftsmittel, die ihrem Wesen und Zweck nach der Pfandbestellung viel näher stehen als der Zahlung. Während daher keinem Gläubiger übel zu nehmen ist, daß er bei drohender Gefahr seine Vigilanz auf Lösung des Schuldverhältnisses in der von Anfang an beabsichtigten Weise richtet und zu wirklicher Zahlung zu gelangen sucht, wo solche bedungen war, erscheint es anderseits dem Rechtsgefühl anstößig, daß wo diese naturgemäße Lösung nicht mehr zu erreichen ist, im Bewußtsein des drohenden Concurses eine andere an deren Stelle gesetzt und auf einem Umwege der Erfolg, den das drohende Falliment haben muß, zu vereiteln gesucht wird. Der Beklagte beruft sich nun aber znr Rechtfertigung dieser Abtretungen darauf, daß sie in der That nur die Ausführung einer

schon bei Anfang des Creditverhältnisses mit Stüßi übereingekommenen Deckung gewesen seien, indem schon am 15. Mai 1848 Stüßi bescheinigte, „daß mein sämmtliches Holzlager jeweilen als Aequivalent für geleistete Bürgschaft, Wechsel und Baarzahlungen Herrn Friedr. Lotz als Versatz hinterlegt bleibt.“ Die durch dieses in Rechten ungenügende Actenstück nicht beschaffte Deckung sei vor dem Concurse, als Zweifel über den Zustand Stüßi's sich erhoben, realisirt und die reelle Sicherheit im Verkauf der Holzvorräthe gefunden worden. Es ist nun richtig, daß neuere Gesetze bisweilen die Pfandbestellung, die an sich ungültig wäre, noch anerkennen, wenn sie schon bei der Entstehung der Verbindlichkeit ausbedungen, aber erst später ausgeführt worden ist (siehe auch schweiz. Entwurf eines Handelsrechts Art. 466), aber nicht nur ist diese an sich singuläre Bestimmung nicht in ein Gesetz hineinzutragen, das, wie das hiesige, sich nicht ausdrücklich ausspricht, sondern sie träfe auch in unserm Fall gar nicht zu. Denn vorerst ist hier nicht eine Pfandbestellung erfolgt, der Act von 1848 also überhaupt nie zur Ausführung gekommen, zweitens aber und hauptsächlich kann sich jene Bestimmung nur auf solche Fälle beziehen, wo die Pfandbestellung aus irgend einem Grunde nicht sofort möglich war und Anfang und Ende der Manipulation sich in einem den Umständen entsprechenden Zeitraum zusammenfaßten, nicht die unverantwortlich lange Zeit von 20 Jahren zugewartet wurde, um eine Handlung vorzunehmen, die ebensogut am ersten Tage dieser Zeit hätte vorgenommen werden können.

Handelt es sich somit um reine Abtretungen an Zahlungsstatt zum Zwecke der indirekten Befriedigung eines Gläubigers vor andern, und zwar sowohl bei den Wechseln, wie später noch zu untersuchen ist, so ist weiter das Requisit der mala fides des Abtretenden, des Falliten Stüßi, ebenso unzweideutig vorhanden. Daß er seine Insolvenz kannte, ist unbestritten und bedarf darum keiner Erörterung. Dagegen ist geltend gemacht worden, daß er nicht in fraudem creditorum gehandelt habe, weil er in der Meinung gestanden, eine heilige Pflicht gegen Herrn Lotz zu üben, wenn er endlich die an sich ungültige Pfandverschreibung von 1848 zur Ausführung bringe.

Es ist dagegen zu erinnern, daß

1) die fraus creditorum schon angenommen wird, sobald der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit kennt (beispielsweise Windscheid Pandekten II, § 463, 2),

2) daß auch wenn auf das Motiv der Handlungsweise des Gemeinschuldners etwas ankäme, die Handlung nichtsdestoweniger als in fraudem creditorum erfolgt zu betrachten wäre, da die so plötzliche und umfangreiche Erfüllung einer zwanzig Jahre lang vernachläßigten und beiderseits vergessenen Pflicht von dem Ausführenden nothwendigerweise als ein den andern Gläubigern angethanes Unrecht

erkannt werden mußte und von Stüßi auch als solches anerkannt wurde, wie daraus hervorgeht. daß er trotz seinem angeblichen Pflichtgefühl gegenüber Herrn Lotz an alle Holzlieferanten des Oberlandes die Weisung ertheilte, ihre Waaren zurückzuhalten und dadurch zu retten.

Es bleibt somit nur noch das dritte Requisit der Paullianischen Klage: die Kenntniß des Herrn Lotz von der Insolvenz Stüßi's, zu besprechen. Dieselbe wird vom Beklagten durchaus bestritten und nur zugestanden, daß ihm Zweifel aufgestiegen seien, sein unbedingtes Vertrauen in Stüßi's Verhältnisse zu schwinden begonnen und das Alles in ihm den Wunsch veranlaßt habe, die Sache in Ordnung zu bringen, daher er auch nicht in blinder Wuth über Alles auf einmal seine Hand geschlagen, sondern während vierzehn Tagen in geschäftsmäßiger Weise die Sachen mit Stüßi regliert habe. Der Thatbestand entspricht doch diesen Behauptungen nicht. Was wirklich geschehen ist, geht weit über einen ordentlichen und reellen Handelsverkehr hinaus. Der Umfang der Abtretungen an sich schon, welche geradezu alles Vorhandene in ihren Bereich zogen und ungefähr sämmtliches Vermögen Stüßi's umfaßten, kann nicht damit in seiner Bedeutung abgeschwächt werden, daß gesagt wird, der Umfang der Deckung habe dem Umfang der Verpflichtung entsprochen. Wenn ein Schuldner sein sämmtliches Hab und Gut an Liegenschaften, Waaren, Wechseln einem Gläubiger an Zahlungsstatt abtritt, so kann dieser letztere unmöglich mehr der Ansicht sein, er lasse sich blos auf geschäftsmäßige Weise Deckung für seine Forderung geben, sondern er muß daraus entnehmen, daß der Schuldner völlig insolvent ist und nichts mehr hofft. Ebensowenig deutet auf gewöhnliche Deckung, wie sie in ordentlichem Geschäftsverkehr erfolgt, das Herumreisen Stüßi's mit Lotz von Ort zu Ort zu sofortiger Anhandnahme aller ergreifbaren Activen. Zudem hatte Herr Lotz damals Einsicht in die Bücher Stüßi's. Ob er täglich oder weniger oft auf Stüßi's Bureau war, ist gleichgültig; daß er auf dasselbe kam und dort gearbeitet hat, ist unzweifelhaft und durch einen von ihm geschriebenen und in Stüßi's Copierbuch eingetragenen Brief dargethan. Endlich verleugnen doch auch die Holzabtretungen, obschon sie sich durch vierzehn Tage hindurchziehen (was sich übrigens schon aus dem einfachsten Gebot der Klugheit erklären könnte), den Charakter eines blinden Dreinfahrens nicht, wie namentlich daraus hervorgeht, daß nach der Behauptung der Klagbeantwortung Herr Lotz sich das Klosterwaldholz, das Stüßi schon bezogen, aber noch nicht bezahlt hatte, von Stüßi facturiren ließ und zugleich in seinen Kauf gegenüber dem Verkäufer eintrat, also in der Eile zweimal dieselbe Waare kaufte. Nimmt man dazu, daß das schon seit Anfang Juni in Basel herumgebotene Gerücht von Stüßi's Insolvenz dem Beklagten nicht

leicht verborgen bleiben konnte, so kann nicht verkannt werden, daß die Kenntniß des Herrn Lotz von Stüßi's Zahlungsunfähigkeit außer allem Zweifel steht.

Aus diesen Gründen erachtet das Tribunal die Paullianische Klage in unserm Fall anwendbar und begründet.

Nach der rechtlichen Erörterung über die streitigen Posten faßt das Urtheil als Resultat zusammen:

Gerichtlich anerkannte Posten der Klagen . .	Fr.	145,982. 02
Gerichtlich anerkannte Gegenforderungen des Beklagten	„	36,118. 57
Bleibt anerkannt zu Gunsten der Kläger . .	Fr.	109,863. 45.

Es ist gemäß der von den Klägern gegebenen Erklärung verstanden, daß diejenigen Gegenstände, die noch in natura vorhanden sind, statt des dafür ausgesetzten Werthbetrages auch in natura zurückgegeben werden können, sofern sie sich noch in gehörigem Stande befinden.

Was schließlich das nachträgliche Begehren der Kläger auf Ersatz der Werthverminderung betrifft, welche die an Beklagten abgetretenen Waaren seit Erhebung der Klage durch Nichtverkauf erleiden möchten, so erscheint dasselbe nicht gerechtfertigt. Es war dem Beklagten nicht zuzumuthen, sich mit der Veräußerung streitig gewordener Gegenstände zu befassen und dadurch sich selbst möglicherweise in Nachtheil zu versetzen.

Das Appellationsgericht trat in seinem Urtheil vom 2. Juni 1870 diesen Anschauungen bei, unter folgender Präcisirung:

Die in den Rechtsgründen des civilgerichtlichen Urtheils enthaltene Anführung, es seien die erst vier, resp. zwei Wochen vor Concursausbruch errichteten Pfandbriefe durchaus ungültig, bedarf in Betreff der Verpfändung von Liegenschaften einer Berichtgung in dem Sinn, daß auch noch später eingeschriebene Pfandbriefe nach Sage des § 8 der Coll. Ordn. vom 7. Dec. 1852 gültig sind, in sofern der Beweis erbracht werden kann, daß dieselben in guten Treuen entstanden seien.

Wenn nun auch diese Bestimmung nicht zu dem im erstinstanzlichen Urtheil gezogenen weitgehenden Schluß berechtigt, daß dem Richter in Bezug auf alle Pfandrechte die Prüfung vorbehalten sei, ob sie in guten oder bösen Treuen entstanden sind, so liegt darin doch immerhin gegenüber dem alten § 165 G. O. eine bedeutende Annäherung an das Princip der Paullianischen Klage in seiner Anwendung auf Verpfändungen.

Daß dieses Princip in dem Gesetz vom 7. Dec. 1852 nicht zu allgemeiner und voller Geltung gebracht worden, kann darum nicht auffallen, weil dieses Gesetz, wie sein Eingang besagt, aus der Revision der nach Erlaß der Civil-Proceß-Ordn. vom 17. Oct. 1848 noch in

Kraft gebliebenen vier Titel des 1. Theils der Stadt-Ger.-Ordn. „vom gerichtlichen Proceß" hervorgegangen ist und sich daher seinem Gegenstande nach auf die daselbst enthaltenen Bestimmungen des rechtlichen Verfahrens und der Klagverjährung beschränkte, während der Satz von der Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen dem materiellen Rechte angehört und daher im Rechtssystem wie in den Gesetzbüchern seine Stelle abgesondert von der Rangordnung der Concursforderungen gewöhnlich bei den allgemeinen Lehren von den Verträgen findet. (Vgl. z. B. Zürcher Civilgesetz § 1019 u. ff. Code Civil § 1167. Vangerow Lehrb. § 697. Göschen Civilr. § 631.)

Da nun die Stadt-Ger.-Ordn. in ihrem noch geltenden II. Abschnitt „von den Contracten" zwar in tit. XX in Bezug auf Schenkungen die Voraussetzungen der Paullian ischen Klage aufgenommen hat, dagegen sowohl eines allgemeinen Theils als auch derjenigen speciellen Abschnitte entbehrt, wo die entsprechenden Bestimmungen über Abtretungen an Zahlungsstatt — um welche es sich im vorliegenden Falle handelt — ihre Stelle finden mußten, so ist klar, daß aus dem Mangel solcher nicht gefolgert werden kann, es habe der Gesetzgeber die entschiedene Absicht gehabt, die Anwendung der Grundsätze der Paulliana auf Verträge dieser Art auszuschließen.

Eine derartige, streng systematischer Anordnung entbehrende und lückenhafte Fassung älterer Codificationen bringt es überhaupt mit sich, daß manche Rechtssätze von allgemeiner Bedeutung sich nur in vereinzelten Anwendungen aufgenommen finden (vgl. z. B. Stadt-Ger.-Ordn. Ausgabe von 1849 §§ 608. 630–632. 339. 332 u. A.), und es wird daher nothwendig, überall wo das Gesetz unter ähnlichen Verhältnissen es an einer bezüglichen Rechtsregel ermangeln läßt, solche — sei's durch analogische Interpretation, sei's aus einer ständigen Gerichtspraxis oder in deren Abgang aus dem gemeinen Recht zu ergänzen, soll anders der Rechtszustand nicht an Unsicherheit oder Verwirrung leiden.

Ein solcher Fall liegt nun auch in Bezug auf die Rechtsfrage des gegenwärtigen Prozesses vor. Es läßt sich nicht verkennen, daß in dieser Beziehung eine Lücke im Gesetze vorhanden ist. Und unter dieser Voraussetzung ist der Richter nach § 698 G.-O. darauf angewiesen, den Entscheid aus jener andern Quelle zu schöpfen, welche zunächst an die Reihe kommt, nämlich aus Herkommen und Observanz.

Nun finden wir abgesehen von dem Zeugniß des „lehrrichtigen Entwurfes" über die Observanz im vorigen Jahrhundert allerdings in neuerer Zeit nur selten Fälle dieser Art, welche bei den Gerichten zur Behandlung gekommen sind. Immerhin wurde durch Urtheile der II. Instanz wiederholt der Grundsatz ausgesprochen, daß bei wesentlicher Benachtheiligung der Gesammtheit der Gläubiger zum Vortheil

Einzelner Abtretungen an Zahlungsstatt, welche in Voraussicht des Concursausbruchs vorgenommen worden, für ungültig erklärt und wieder aufgehoben werden können — und wo solche Handlungen aus Anlaß von eigentlichen Massadefraudationen zur Untersuchung gelangt sind, haben auch Strafurtheile beider Instanzen in Fällen von Pfandbetrug den Schuldnern dafür zur Strafe gezogen, sonst aber dieselben als Beschwerungsgrund seiner übrigen Handlungsweise erklärt und die öffentliche Mißbilligung darüber ausgesprochen.

(Vgl. Urtheil des Appellationsgerichts d. d. 11. Mai 1854 in S. Chr. Hoffmann c. Masse Mühlebach — Urtheil des Appellationsgerichts d. d. 31. Dec. 1868 in S. Götz u. Ecklin c. J. R. Liechtenhan — Urtheil des Appellationsgerichts d. d. 23. Januar 1868 in S. Chr. Jac. Meyer. — Urtheil des Criminalgerichts v. 10. April 1858, bestätigt vom Appellationsgericht 3. Juni 1858 in S. Jos. Ant. Zaugger.

Da nun übereinstimmende Entscheidungen der Gerichte, zumal insofern sie sich wie hier über einen längern Zeitabschnitt erstrecken und als Ausfluß einer gesunden Doktrin gelten können, eigentliches Gewohnheitsrecht bilden, so darf die Rechtsfrage des vorliegenden Prozesses auch für unser hiesiges Recht als durch die Observanz principiell im Sinne des klägerischen Rechtsbegehrens entschieden angesehen werden.

Wenn übrigens eine solche Gerichtspraxis auch nicht vorhanden wäre, so würden nach § 698 die gemeinrechtlichen Grundsätze für diese Materie Platz greifen, welche sich in demselben Sinne ausgebildet haben und als feststehend anzusehen sind, wie in den Rechtsgründen des erstinstanzlichen Urtheils sich entwickelt findet.

(Directe Mittheilung.)

---

76. Concursstellung der St. Gallischen „Fergger" (St. Gallen).

J. Wirth zum Sternen in Turbenthal, C. Zürich, hatte an F. Gemperle, Fabrikant in Flawyl, aus den Jahren 1866 und 1867 im Betrag von Fr. 836. 50 für Extrageschäftstouren zu verlangen. Da Gemperle im Jahr 1867 in Concurs fiel, verlangte Wirth von der Masse Zalung und zwar in der ersten Classe, in welcher die Lidlöhne der Knechte, Mägde und andern Dienstboten für das letzte Jahr vor Eröffnung des Concurses stehen, in der sechsten Classe, wo nach dem Gesetz vom 22. Nov. 1844 laut Art. 68. Ziff. 3 angewiesen werden die Arbeitslöhne der Handwerker (wenn sie keine Unternehmer von Großgewerben sind), jedoch mit Ausnahme der von denselben dafür gelieferten Stoffe. Die Concurscommission des Bezirksgerichtes Unter-Toggenburg verlegte die Forderung in die 1. Classe. Dagegen erhoben mehrere Creditoren Widerspruch, und Wirth, die Stellung in erster Classe aufgebend, verlangte in zweiter Classe nur noch Aufnahme in sechster Classe.

Um seinen Anspruch zu begründen, berief Kläger sich auf die notorische Unterscheidung zwischen den Stickerei-Ferggern im Rheinthal und den Werpfen-Ferggern im Toggenburg. Der Stickerei-Fergger sei dem Kaufmann gegenüber, für den er fergge, ein selbständiger Gewerbsmann, welcher ihm für das Arbeitsmaterial und Geschirr, für Stickerlohn und Mühwalt einen fixen, konvenirten Preis — Ferggerlohn — in globo bezahle, in dem Alles inbegriffen sei. Mit der Stickerin oder dem Sticker mache dann der Stick-Fergger den Arbeitslohn wieder selbständig aus und gebe ihnen in der Regel weniger, als wofür er diesfalls mit dem Kaufmann einig geworden sei. Anders verhalte es sich mit den Werpfen-Ferggern, welche als Mittelpersonen zwischen den toggenburgischen Fabrikanten und den einzelnen Webern, Spuhlern u. s. w. Dienste leisten. Der Werpfen-Fergger beziehe von dem Fabrikanten den Stoff, übergebe ihn dem Weber, welchem er den gleichen Weberlohn bezahle, wie er ihn mit dem Fabrikanten verabredet habe, und beziehe für seine Mühwalt eine kleine Provision. Bei einem solchen Verkehr stehe immer noch der Fabrikant direkte dem einzelnen Weber gegenüber und es verhalte sich rechtlich ganz gleich, wie wenn der Fabrikant die Werpfen durch seine Angestellten oder Dienstboten übergeben, das Gewobene von ihnen abgeholt und den Webern in gleicher Weise die Weberlöhne bezahlt hätte. Wolle man aber auch nicht annehmen, der Beklagte repräsentire als Werpf-Fergger unmittelbar die Weber und Spuhler, so erscheine er doch als Cessionar ihrer Forderungen, und er müsse als solcher mit diesen cedirten Forderungen in die sechste Classe locirt werden. Wirth brachte für seine Ansicht von den Bezirksgerichtscanzleien von Tablat, Werdenberg, Seebezirk und Neu-Toggenburg die Bescheinigung vor, daß von den dortigen Auffalls-Kommissionen die Forderungen der Weber, Spuhler, Zettler und Fergger bisher stets nach litt. b. des Art. 73 in die sechste Classe kollocirt worden seien. Von einer Bezirksgerichtskanzlei — derjenigen von Unter-Toggenbnrg — wird bezeugt: den Ferggerlöhnen habe die dortige Auffalls-Commission jederzeit unbeanstandet ein Vorrecht zuerkannt und zwar je nach Beschaffenheit der Forderung oder des Geschäftsverhältnisses des Ferggers zum verauffallten Fabrikanten in der ersten, zweiten, fünften oder sechsten Classe. Nicht selten seien die Fergger in die zweite Classe locirt worden, weil dieselben noch im Besitz der Waare und, sich als Faustpfandgläubiger gerirend, ohne Zusicherung des Vorrechts in einer andern Classe, die betreffenden Waaren nicht an die Debitmasse hätten abliefern wollen.

Gegenüber dieser Auffassung erklärte aber das Cantonsgericht von St. Gallen in seinem Spruch vom 14. April 1868 sich gegen jedes Privilegium,

— weil nach Art. 73 litt. b. des Concursgesetzes nur und ausschließ-

lich jene Arbeitslöhne der Handwerker, welche aus einem direkten und unmittelbaren Dienstverhältniß zwischen dem Arbeiter und dem falliten Dienstherrn hergeleitet werden können, privilegirt sind; im konkreten Falle aber unbestrittenermaßen das Schuldverhältniß nicht zwischen Gemperle und den Webern unmittelbar, sondern zwischen dem Beklagten als Fergger einer- und den Webern anderseits entstanden ist, das Forderungsverhältniß des Beklagten demnach als ein gewöhnliches Vertrauensgeschäft aufgefaßt werden muß, indem der Fergger gegenüber den Arbeitern als Repräsentant des Arbeitsgebers und als Schuldner der Arbeitslöhne und seine Zahlungen an die Arbeiter als Vorschüsse, resp. Darleihen zu Gunsten der Fabrik erscheinen.*)

(Directe Mittheilung.)

---

*) In Erweiterung dieser Motive sagt das Cantonsgericht in seinem Jahresbericht (S. 13) noch weiter: die Ferggerei ist bei uns in der Regel — und war es auch in concreto — ein Hülfsgeschäft unserer Fabrikation, gleichviel bestehe dieselbe in Stickerei oder Weberei. Der Fergger besorgt und vermittelt gewerbsmäßig die Ausführung von Fabrikationsgeschäften (Spuhlen, Zetteln, Weben u. drgl.) im Interesse und auf Rechnung eines Auftraggebers — des ihn kommittirenden Fabrikanten, aber unter eigenem Namen und gegen Provision. Der Fergger wird dem Dritten (dem Weber, Zettler, Spuhler ꝛc.) gegenüber persönlich obligirt, es wäre denn, was selten der Fall ist, er hätte lediglich und ausdrücklich als bloßer Stellvertreter des Kommittenten gehandelt. Der Fabrikant wird mit dem dritten Gläubiger oder Schulder des Ferggers nicht obligatorisch verbunden. Der Fergger ist verpflichtet, das den Dritten zur Verarbeitung abgelieferte Material abzugeben und die verarbeitete Waare dem Fabrikanten wieder zurückzuliefern. Hinwieder ist der Fergger berechtigt, für die Schulden, die er im Interesse der Ferggerei (Kommission) dadurch kontrahirt hat, daß er Weber-, Spuhl- ꝛc. Löhne bezahlte, Ersatz von dem Fabrikanten, beziehungsweise Kommittenten zu verlangen. Mit andern Worten: dem Weber, Spuhler ꝛc. gegenüber wird für die Weber- und Spuhlerlöhne der Fergger Schuldner derselben, hat aber das Recht, zu fordern, daß der Kommittent ihn für diese Schulden schadlos halte. Die vom Fergger an den Weber, Spuhler ꝛc. bezahlten Löhne erscheinen also dem Fabrikanten gegenüber als ein Vorschuß, den er dem letztern anvertraut, so daß der Fergger für dessen Ersatzforderung sowie für seine Provision lediglich an den Fabrikanten gewiesen erscheint. Der Fergger, der als solcher dem Weber u. s. w. im Interesse des Ferggergeschäfts die Löhne bezahlt, kann nach dem Erörterten auch nicht als Cessionar des

77. Concurs. Privilegium des Fahrhabeverkäufers. (Luzern.)

Am 5. Jan. 1869 kaufte und bezog Joseph Vonlaufen von Joseph Bürkli im Brand zu Oberkirch (C. Luzern) eine Kuh um den Preis von Fr. 255, die der Käufer durch einen Wechsel auf N. Sidler von Fr. 200 und eine Obligation auf sich selbst von Fr. 55 leistete. Schon einen vollen Monat früher (den 3. Dec. 1868) war dem Käufer die Aufrechnung*) gesetzt worden und Ende Januar 1869 dann der Concurs über ihn ausgebrochen. Die Kuh war in diesem Augenblick noch vorhanden und wurde um Fr. 262 amtlich versteigert.

In diesem Concurs verlangte nun Jos. Bürkli seinen Anspruch von Fr. 255 mit Bezugnahme auf das im Gesetz (Gesetz über das Concursverfahren vom 17. Juni 1849 § 29) ihm zustehende Privilegium. Diese Bestimmung lautet folgendermaßen: Der Eigenthümer von Futter hat ein vorzügliches Anspruchsrecht auf das an der Hirtung befindliche Vieh und der Verkäufer von beweglichem Gut auf die verkaufte Sache, beide nach Maßgabe des bürgerlichen Gesetzbuches. Und dieses sagt (§ 628): für Vieh, welches gegen baare Bezalung verkauft wird, bleibt dasselbe, wenn es der Käufer zur Hand nahm, ohne die Zalung zu leisten vierzehn Tage Pfand für die Kaufsumme, und der Verkäufer kann während dieser Zeit darauf oder, wenn die Sache bereits veräußert sein sollte, auf den Kaufschilling, wenn dieser noch aussteht, greifen. — Das gleiche Recht steht dem Verkäufer zu, wenn er nicht gegen baare Bezalung, sondern auf Termine verkauft und dann innert vierzehn Tagen, von Uebergabe der Sache an, im Aufrechnungsbefehl auf den Käufer gelöst wird.

Eine Anzal Concursgläubiger bestritten aber die Anwendbarkeit dieser zwei Stellen auf den vorliegenden Fall, da die Aufrechnung nicht auf den Kauf folgte, sondern ihm vorangieng und da die Kuh bereits bezalt und Kläger aus einem neuen Geschäft nur Wechsel- bzw. Obligationsgläubiger sei.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht Münster, wies aus angeführten Gründen den Kläger am 10. Juli 1869 ab.

Webers angesehen werden, eben weil der Weber den Lohn vom Fergger fordert, derselbe von diesem, und nicht von dem Fabrikanten bezahlt wird. Ob der Fergger für seine Provision und Ersatzforderung ein Retentionsrecht, beziehungsweise ein Faustpfand an den verarbeiteten Waaren geltend machen könne, lag in concreto nicht zur Entscheidung vor, zumal die geferggten Waaren in den Händen der Auffallskommission sich befanden.

*) Derjenige Zeitpunct im Schuldbetreibungsverfahren, an welchem dessen Vermögensstand vorläufig festgestellt wird. (Schuldbetreibungsgesetz vom 17. Brachmonat 1849. §§ 23. 25 f.)

Die zweite Instanz, das Obergericht von Luzern, dagegen sprach ihm die Fr. 262 des Steigerungserlöses durch Urtheil vom 31. August 1869 zu.

Es fand: wenn nun das gedachte vorzügliche Anspruchsrecht eintritt, wenn inner vierzehn Tagen nach dem Kaufe ein Aufrechnungsbefehl auf den Käufer gelöst wird, so muß solches um so mehr der Fall sein, wenn zu der Zeit des Kaufes dem Käufer die Aufrechnung schon gemacht war, es wäre denn der hier nicht nachgewiesene Ausnahmefall vorhanden, daß der Verkäufer um die Aufrechnung gewußt und doch kreditirt hätte;

Die von den Beklagten erhobene und von dem erstinstanzlichen Richter gutgeheißene Einwendung, die Kuh sei durch den indossirten Eigenwechsel des Sidler und Ausstellung eines Obligo's für die Restanz bezahlt, ist unrichtig; denn die Hingabe eines Wechsels für eine bestehende Schuld qualificirt sich ohne ausdrückliche oder aus den Umständen zu entnehmende Willenserklärung der Betheiligten, namentlich wenn die bestehende Schuld mit Pfandrechten u. s. w., wie die vorliegende, privilegirt ist, weder zur Novation noch zur Zahlung (S. Seuffert Arch. XXI. Nr. 118 und die dort angeführte Literatur), sondern bloß zu einer Anweisung, hinsichtlich welcher der Rechtssatz gilt: Anweisung ist keine Bezahlung. (Siehe auch §§ 745, 746 u. s. f. des bürgerlichen Gesetzbuches) Noch weniger bildet die von dem Käufer für Fr. 55 auf sich ausgestellte Obligation eine Zahlung, sondern nur das Versprechen einer solchen.

(Directe Mittheilung.)

---

78. 79. Concurs. Aufnahme der Kosten eines nach dem Concursausbruch entstandenen Strafprocesses gegen den Falliten in den Vertheilungsbescheid (Waadt.)

C. Neyroud, Chef des großen Viviserhauses C. Neyroud & Cie., erklärte sich am 10. Juli 1868 insolvend. Bei der Prüfung der Masse ergaben sich Unordnungen, Antedatirungen, Entfremdungen, Fälschungen und daraus eine amtliche Strafuntersuchung, die mit der Verhaftung Neyrouds (29. Oct. gl. J.) begann und mit dessen Verurtheilung (18. Nov. 1869) zu vierjähriger Einsperrung und Bezalung von $^4/_5$ der Kosten schloß. Für diese Kosten (Fr. 3293. 59) meldete sich die Behörde im Concurs, ward aber von der Liquidationsbehörde abgewiesen, weil der Concurs zur Vertheilung der Masse nur unter diejenigen führen könne, die bei Eröffnung des Concurses Gläubiger gewesen seien.

Das Bezirksgericht von Vivis erkannte aber dem Staat das Recht der Aufnahme unter die Gläubiger zu (25. und 26. Aug. 1870)

considerant en droit

Que pour pouvoir intervenir dans une discussion, il faut être créancier du discutant au moment de la cession de biens, ou prétendant à un titre quelconque;

Que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers et, dans le cas de faillite. le prix s'en distribue entr'eux par contribution, à moins qu'il n'y ait, entre les créanciers, des causes légitimes de préférence (Cc. art. 1569);

Qu'il n'est pas nécessaire, pour avoir part à cette distribution, d'avoir une créance déterminée, précise et reconnue, mais qu'il suffit d'être au bénéfice d'une simple prétention, basée toutefois sur un fait antérieur à la remise du bilan;

Considérant que la créance que l'Etat de Vaud a contre le condamné C. Neyroud, pour les frais qu'il a dû avancer à son sujet, à la suite du jugement criminel du 18 novembre 1869, ne résulte pas d'un fait volontaire de la part du demandeur, mais est une conséquence forcée des délits commis par le dit Neyroud et antérieurs à la cession de biens;

Qu'ainsi la dette de Neyroud vis-à-vis de l'Etat a existé du jour de l'existence des faits délictueux qui en ont été la cause, puisque l'Etat avait l'obligation de les réprimer, du moment où ils ont été commis, bien qu'il n'ait pu procéder et faire rendre la justice que dès l'instant où ces faits ont été dénoncés au magistrat compétent;

Considérant que l'on ne saurait admettre en droit que l'Etat ne puisse intervenir dans la discussion de C. Neyroud et Ce. pour le montant des frais en question, comme tout autre créancier chirographaire, parce que, comme représentant de la société, il avait le devoir de rendre la justice; que la procédure pénale a eu lieu depuis la cession de biens, et sans l'intervention directe des représentants de la masse dans l'enquête;

Que si l'autorité judiciaire a pleins pouvoirs pour la direction d'une enquête, on ne doit pas supposer qu'elle en abuse quant aux frais, mais on doit admettre qu'elle ne fait que le strict nécessaire pour arriver à la découverte de la vérité;

Attendu que le fait que l'Etat de Vaud n'était pas en mesure de déterminer le chiffre de sa créance au moment de la remise du bilan, ou même pendant le temps fixé pour intervenir, ne diminue pas le droit de l'Etat, puisqu'il pouvait intervenir en relief, comme il l'a fait, en vertu de l'art. 305 du Cpcpnc.;

Attendu qu'une masse en discussion embrasse aussi bien le passif que l'actif du débiteur admis à la cession de biens;

Attendu qu'il y a une différence essentielle à faire entre un failli, qui a commis des actes délictueux avant l'ouverture de sa

discussion, et celui qui en commettrait depuis; car si les frais faits pour la répression des premiers constituent une créance à la charge de la masse, il ne pourrait en être de même pour ceux faits pour la répression des derniers délits;

Considérant que ce serait une conséquence inadmissible que de dénier à l'Etat le droit d'intervention pour les frais en question, par le motif que la plainte n'a été déposée et que l'instruction n'a commencée que depuis la cession de biens, qui pourrait, dans certains cas donnés, ne précéder que de peu de temps la dénonciation du délit;

Attendu enfin que la circonstance que les frais étant admis à participer à la répartition des deniers d'une masse, serait suffisante pour empêcher la dénonciation des délits de la part des représentants des masses en discussion, n'est pas de nature à faire fléchir le droit de l'Etat en présence des dispositions des art. 1569 du Cc. et 305 du Cpcpnc.

Mit ähnlicher Motivirung die zweite Instanz, der Cassationshof, am 1. Nov. 1870.

considérant

que celui qui remet son bilan cède ses biens, au moment de leur mise en discussion, à tous ceux envers lesquels il a contracté des obligations;

Attendu que les délits pour lesquels Neyroud a été poursuivi et condamné ont été commis avant la remise de ses biens à ses créanciers;

Attendu, en conséquence, que la responsabilité de Neyroud envers l'Etat, touchant les frais occasionnés par les poursuites pénales, est née au moment de la perpétration des délits, et non avec l'enquête seulement, ainsi que le prétendait le recourant;

Attendu qui si cette responsabilité n'est qu'éventuelle pendant la poursuite, elle devient définitive par le jugement qui établit la culpabilité du failli, et doit remonter, quant à ses effets, jusqu'au moment du délit lui-même, vraie et seule source de l'obligation envers l'Etat;

Attendu que, dans cette position, l'Etat doit être considéré comme créancier de Neyroud ensuite de délits commis avant la remise du bilan. et que son intervention doit être admise à l'égal de celles des autres créanciers.

(Journal des tribunaux vaudois XVIII. pp. 562 ss. 689 ss.)

---

80. Concurs. Priorität neuer Gläubiger. (Appenzell-Außer-Rhoden.)

Nach dem Tode des J. J. Engler in Grub (C. Appenzell A.-Rh.) meldeten in dessen Nachlaß sich eine Anzal von Creditoren, die bei dessen früherm Concurs (1847) zu Verlust gekommen waren.

Die übrigen Creditoren desselben, welchen erst seither der Verstorbene schuldig geworden war, bestritten die Befugniß der frühern Creditoren, im Nachlaß des Verstorbenen ihre Zalung zu suchen, diese nur Zutritt zu Vermögen haben, das an den Schuldner durch Glück oder Erbfall gelange.

Beide Parteien beriefen sich auf § 14 des Gesetzes von Appenzell A.-Rh. über das Concursverfahren vom 29. April 1860/28. April 1861, welcher folgendermaßen lautet: „Wird ein Schuldner zu wiederholten Malen fallit, so haben nur die neuern Creditoren auf die jedesmal entstehende Masse Anspruch. — Wenn der Fallit durch Erbschaft oder Glückfall zu Vermögen gelangt, so steht allen seinen Gläubigern das Recht zu, denselben zur Nachzahlung des unbezalt gebliebenen Theiles ihrer Forderung anzuhalten."

Die Kläger führten zu ihrer Unterstützung an, das Vermögen des Verstorbenen betrage ungefähr Fr. 800 und übersteige um ein bedeutendes dessen neue Passiven und es treffe demnach der zweite Passus des genannten Gesetzes ein.

Das Obergericht des C. Appenzell A,-Rh. wies aber die Kläger ab (23. Nov. 1867)

in Erwägung,

a. daß bei gleichberechtigter Zulassung der frühern Debitmasse auch die neuern Creditoren nicht voll bezahlt werden könnten, also ein nochmaliger Auffall eintreten müßte; daß aber Engler für die bis 1847 contrahirten Schulden im soeben genannten Jahre verauffallt ist, derselbe für die gleichen Schulden demnach nicht noch einmal als Fallit erklärt werden kann;

b. daß überdies auch nach Analogie von Art. 14 des Gesetzes über das Concursverfahren zu dem sich ergebenden Nachlasse die neuen Creditoren den ersten Anspruch haben.

(Directe Mittheilung.)

---

81. 82. Concurs. Gleichstellung der Creditoren. (Thurgau.)

Gegen die Witwe Anderes geborne Fehr, wohnhaft und handeltreibend in Stein a. Rh. (C. Schaffhausen), war von mehrern Creditoren die Betreibung angehoben und bis zu der Auffallswarnung gelangt. Zur Sicherung ihrer Forderungen hatten mehrere der Gläubiger Arreste bis zu dem Betrag von Fr. 1050 erwirkt. Mitten aus

diesen Betreibungen heraus heirathete die Frau den Rudolf Hagen in Frauenfeld (C. Thurgau) und übersiedelte dorthin. Kurz nach der Verheirathung brach da über den Ehemann der Concurs aus. Die gegen die Frau laufenden Forderungen als von dem Manne angeheirathet, wurden nun von den Gläubigern in diesem Concurs angemeldet und von der Concursbehörde in 5ter Classe d. h. unter den unversicherten locirt.

Hiegegen erhoben diese Gläubiger Einsprache, indem die Auffallswarnung des Schaffhauser Schuldentriebsgesetzes der Thurgauischen „Schatzung" gleichstehe und diese einen Anspruch zur Aufnahme in die 3te Classe gewähre.*) Sie verlangten demgemäß Aufnahme in diese 3te Classe, indem die böswillige Entfernung von Stein die Lage der Schuldnerin doch nicht verbessern könne. Die Concursmasse ließ vortragen: Es handle sich nicht um den Concurs der Frau, sondern des Mannes. Höchstens könnten erworbene Pfandrechte an Effecten der Frau zur Sprache kommen, solche Pfandrechte aber seien gar nicht vorhanden gewesen, und wären sie es gewesen, so wären sie erloschen. Die Schaffhauser-Betreibung gebe nur bei niedern Summen Ansprüche auf Arreste und bei hohem Gesamtverbote auf's Vermögen, welche denen, die sie erlangten, im Concurs Vorzugsrechte, aber nicht Pfandrechte verschaffen. Auswärtige Vorzugsrechte können aber nicht in den inländischen Concurs eingreifen. Alles was die Gläubiger verlangen können, sei: in der Anwendung des Gesetzes nicht schlechter gestellt zu werden, als die übrigen Gläubiger (Ullmer staatsrechtliche Praxis n. 546).

Die erste und die zweite Instanz wiesen die Klagpartei ab, erstere, das Bezirksgericht Frauenfeld, mit Spruch vom 8. Juni 1866

in Erwägung:

— 3. zunächst nun kein Zweifel walten kann, daß für diese vorehelichen Schulden der Ehefrau das Gemeingut der beiden Ehegatten haftet, da bei bestehender Gütergemeinschaft das Vermögen beider Ehegatten für die vorehelichen Schulden beider nach den §§ 92 u 93. des priv. Gesetz-Buches behaftet ist und die Folgen des Concurses ökonomisch wenigstens beide Ehegatten in gleicher Weise treffen;

4. daß bezüglich der Stellung dieser vorehelichen Schulden der Ehefrau im Concurse sodann durch die Concordate vom 15. Juni 1804 und 7. Juni 1810 außer Frage gestellt ist, daß nur das thurgauische Concursgesetz als das des Cantons, in welchem der Concurs ausbrach, maßgebend sein kann, daß aber sämmtliche Schweizerbürger nach den

*) Vgl. Concursgesetz von Schaffhausen vom 14. März 1850. § 43 (Art. VII) mit dem Rechtstriebgesetz von Thurgau vom 14. Juni 1850 § 36 f. und Concursgesetz dess. Cantons vom 14. Sept. 1853. § 103. (II. Cl. n. 4.)

gleichen Rechten zu behandeln sind, welche dieses Gesetz dem thurgauischen Staatsbürger gewährt, somit auch Privilegien, welche dem Creditor nach thurgauischem Rechte zustehen, auch dem Creditor zu Gute kommen müssen, welcher die Voraussetzungen dieser Privilegien in einem andern Cantone gegenüber dem in Concurs gerathenen Vermögen bereits erwarb.

5 daß nun die Kläger als ein solches Privileg die im Canton Schaffhausen erlangten Auffallswarnungen und Arreste geltend machen und diese den thurgauischen Vorrechten mit Pfandschatzung, mit Collocation in 2ter Classe gleichstellen, eventuell ein anderes Privileg behaupten, wie sie im Canton Schaffhausen ein solches durch Collocation in der 3ten Classe, 7te Abtheilung erlangt haben würden;

6. daß sonach zunächst in Frage kömmt, ob diese erlangten Rechte wirklich einer thurgauischen Pfandschatzung gleichstehen, in welcher Hinsicht die Kläger sich darauf stützen, daß mit der Auffallswarnung schon das Vermögen der Debitorin im Canton Schaffhausen verheftet gewesen sei (§ 59 des schaffhausischen Rechtstriebgesetzes) und sie dadurch eine Sicherheit erlangt haben;

7. daß eine solche bloße Verheftung des Vermögens, welche Verkauf und Verpfändung des beweglichen Vermögens verbietet, nicht genügen würde, um ein Recht dem thurgauischen Schatzungsrechte gleichzustellen, welch letzteres einen speziellen Akt der Pfandaufnahme und Pfandbestellung voraussetzt, daher zunächst zu untersuchen ist, ob die Kläger in Stein wirklich absolute Pfandrechte erwerben, in welcher Hinsicht sich ergibt:

a. daß nach schaffhausischem Betreibungsrechte der Rechtstrieb in drei Categorien zerfällt, von denen die erste der abgekürzte Rechtstrieb für Forderungen unter fl. 20 (§ 21 u. f.) nach den §§ 22 u. 23 cit. loco in der Frist von 25 Tagen nach dem Rechtsbote ohne weiters eine specielle Pfandnahme mit Eintrag in das Pfandprotocoll (§ 28) vorschreibt, während bei der zweiten Categorie, beim Executionsrechtstriebe für fl. 20—50 (§ 38 u. f.) das nämliche nur mit verlängerter Frist gilt, dagegen aber bei der dritten Classe des ordentlichen Rechtstriebes über fl. 50 (§ 52 u. f.) der speziellen Pfändung ein zweites Rechtsbot und eine Auffallswarnung vorangehen muß, welch letztere dem Gläubiger nur das Recht gibt, für die Forderung bis auf fl. 50 einen Arrest zu verlangen.

8. daß die Pfändungen der ersten und zweiten Categorie nun unbedingt unserer Pfandschatzung gleichzustellen wären, indem in sämtlichen Fällen die Rechte des Creditors durch spezielle Pfandnahme gesichert werden, — unter den Klägern sich aber nur Einer (J. G. Hurter) findet, der ein solches Pfand aus dem Executionsrechtstriebe hat, daher seine Pfandrechte, sofern sie nicht durch ein später noch in Frage kommendes Depositum von Fr. 1700 in Stein,

befriedigt sind, im Concurse wie Schatzungsrechte in der zweiten Classe zu collociren wären;

9. daß Auffallswarnungen dagegen diesen Rang nicht einnehmen können, da sie nur eine Verheftung des Vermögens involviren, welchen Effekt ein thurgauisches noch nicht zur Pfändung gelangtes Rechtsbot in gleicher Weise hat, ohne daß es vor der Pfandaufnahme ein Privileg begründen könnte — eine Analogie, die insbesonders auch daraus hervorgeht:

a. daß das schaffhaussische Rechtstriebgesetz erst „nach" erfolgter Auffallsbewilligung eine spezielle Pfandnahme vorschreibt;

b. daß auch das schaffhaussische Concursgesetz wirkliche Pfandvorzugsrechte und andere Vorzugsrechte unterscheidet und erstere unter die zweite Classe, letztere, worunter die Auffallswarnungen, aber unter einem andern Titel subsumirt;

c. daß ebenso das schaffhaussische Privatrecht (Abschnitt 9 Cap. V.) ausdrücklich die Unterscheidung von Pfandrechten und bloßen Vorzugsrechten aufstellt;

10. daß nun allerdings die von einzelnen Klägern geltend gemachten Arreste eine solche ausdrückliche Pfandnahme mit sich bringen würden, sie daher dem thurgauischen Schatzungsrechte gleichgestellt werden müßten, in welcher Hinsicht sich aber ergibt:

a. daß nach schaffhaussischem Rechtstriebgesetz (§ 60) eine Pfandnahme nur bis auf fl. 50 statt hat, also nur bis auf diesen Betrag die Forderung als eine pfandrechtlich gedeckte sich darstellte;

b. daß für diese Arreste in Stein der Betrag von Fr. 1707 als Pfand deponirt ist, welcher nicht in die Masse gezogen werden will und welcher vollständig gegnügen würde, die sämmtlichen Kläger für ihre behaupteten Arreste sicher zu stellen, während für eine weitere Ausdehnung der Pfandansprüche über die fl. 50 hinaus es übrigens nach jenen Concordaten der Richter der gelegenen Sache wäre, der in Sachen zu entscheiden hätte;

11. daß nach all diesen Ergebnissen die Ansprüche auf Collocation in der zweiten Classe als unbegründet sich ergeben, die Kläger aber eventuell Collocirung in einer andern privilegirten Classe verlangen, in welcher Richtung sich ergibt:

a. daß die Auffallsbewilligungen im schaffhaussischen Concursrechte allerdings den Vorzug der III. Classe, 7te Abtheilung haben;

b. daß dagegen im thurgauischen Rechte das Institut der Auffallswarnung sich nicht findet und das Concursgesetz keine bezügliche Abtheilung enthält;

c. daß der Canton concordatsrechtlich und nach der Bundesverfassung nur gehalten ist, andere Cantone nicht schlimmer zu stellen, als seine eigenen Angehörigen (Ullmer Nr. 207) und er wegen der nothwenigen Einheit des Verfahrens nicht unterscheiden kann, ob in

andern Cantonen der Creditor in Folge anderer uns unbekannter Verhältnisse besser gestellt wäre oder nicht;

d daß zudem die rechtliche Analogie des thurgauischen Rechtsbotes, das noch nicht zur Schatzung gelangt ist, mit der Auffallswarnung vom Prinzipe der Gleichstellung aus von vorneherein nicht zulassen würde, dem ähnlichen fremden Rechtsverhältnisse einen Vorzug einzuräumen, welchen das thurgauische Rechtsverhältniß nicht genießt;

12. daß somit diese Auffallswarnungen jeder Berechtigung zum Vorzuge im Concurse entbehren.

Das Obergericht des C. Thurgau, mit Spruch vom 30. August 1866

in Erwägung:

— 3. daß keinem Zweifel unterliegen kann, daß für die Realisirung der Gläubigerrechte der Appellanten das thurgauische Concursgesetz maßgebend sein muß, und daß, wenn die Appellanten als ursprüngliche Gläubiger der Ehefrau Hagen vor den Verehlichung im Canton Schaffhausen wirklich Pfandrechte erworben hätten, solche durch den Wegzug der Ehefrau bei der Verehlichung in herwärtigem Canton keineswegs erloschen wären, sondern mit dieser Qualität auch gegenüber dem Ehemann, der für die vorehlichen Schulden der Frau haftet, geltend gemacht werden könnten;

4. daß nun aber den Forderungen der Appellanten ein privilegirter Character, sei es mit Pfandrecht in der zweiten oder sonst in einer andern Classe, nicht zuerkannt werden kann, denn es muß von den Appellanten selbst zugegeben werden, daß Rechtstriebsforderungen der dritten Art mit dem Fr. 50 übersteigenden Betrag nach dem Rechtstriebgesetz des Cantons Schaffhausen ein eigentliches Pfandrecht nicht erlangen können, sondern nur die Auffallswarnung mit der Berechtigung zum Concursbegehren. Und auch das dortige Concursrecht collocirt solche Forderungen unbestrittenermaßen nicht in die zweite Classe unter die Forderungen mit Pfandrecht, sondern unter und nach privilegirten Forderungen anderer Art in der dritten Classe. Die thurgauische Classenordnung im Concurse kennt aber ein solches Privilegium der Rechtstriebgläubiger als solcher, wenn sie noch keine Schatzungs- oder Pfandrechte erlangt haben, nicht, und es können deshalb die Forderungen der Appellanten in keine andere Classe als in diejenige der nicht bevorzugten Currentgläubiger, in die fünfte, eingereiht werden.

(Directe Mittheilung.)

---

83. Concurs. Gleichstellung aller Gläubiger in der Anwendung des Landesgesetzes. (Glarus.)

Nach dem Concursrecht der östlichen Schweiz, u. A. des C. St. Gallen steht es den Gläubigern, welche zu Verlust gekommen sind, zu, sich Glücksscheine ausstellen zu lassen. Der Sinn dieser Erklärungen der Concursbehörde ist a. die Anerkennung der im Concurs geltend gemachten Forderung, soweit sie nicht der Schuldner oder die Concursbehörde bestreitet oder bezweifelt, b. die Eröffnung eines Anspruchs an den Schuldner auf den Fall, daß er später durch Erbschaft oder Glücksfall wieder zu Vermögen kommt, auf dieses Vermögen. Würde dagegen der Fallit in der Folge abermals aus welcher Veranlassung immer wieder in den Concurs gerathen, so können die Glückscheinsgläubiger nur dann Anspruch an die Masse machen, wenn nach Befriedigung aller Gläubiger und Deckung des Frauengutes noch ein Ueberschuß sich erzeigen sollte. (Concursgesetz von St. Gallen vom 22. Nov. 1844. §§ 89—96.)

In der Concursmasse des Caspar Joseph Stucki, Milchhändler von Oberurnen, meldete Caspar Steiner von Schännis, C. St. Gallen, einen solchen Glücksschein im Betrag von Fr. 809. 44 Ct. an, der ihm in einem frühern über Stucki im C. St. Gallen ausgebrochenen Concurs von der Concursbehörde ausgestellt worden war. Die Glarnerische Massaverwaltung wies aber die Meldung zurück und in Uebereinstimmung mit ihr die erste Gerichtsinstanz des C. Glarus, gestützt auf obige Sätze des Concursrechtes von St. Gallen über die beschränkte Geltung des Glückscheines.

Die zweite Instanz, durch Urtheil vom 26. Nov. 1863, gewährte der Forderung gleiche Rechte wie den Concursgläubigern, gestützt darauf, daß, wenn dieser Glücksschein für die weitere Geltendmachung der durch denselben nicht begründeten, sondern blos bescheinigten Forderung auf die St. Gallische Gesetzgebung verweist, jene Verweisung doch nur den Sinn haben kann, daß wenn im Canton St. Gallen ein zweiter Concurs über den Schuldner ausbrechen sollte, alsdann, wie sich von selbst versteht, die St. Gallischen Gesetze in Anwendung kommen würden;

3. daß dagegen der neue Concurs des Stucki im Canton Glarus ausgebrochen ist, demnach auch für denselben einzig und allein die hiesigen Gesetze maßgebend sind, nach welchen, wie sich aus §§ 214 und 215 des Landsbuchs ergibt, alte und neue Gläubiger gleiche Rechte haben;

4. daß zudem nach Art. 48 der Bundesverfassung und § 209 des Landsbuchs alle Schweizerbürger in Concursfällen für ihre Forderungen die gleichen Rechte haben sollen, wie der Bürger und Einwohner des Cantons Glarus, und fernerhin der Art. 2 des Concordates

vom 15. Juni 1804 noch ausdrücklich sagt, daß die Gleichheit in Collocationen und Concursen, welche ein Canton den Einwohnern des andern zusichert, nach den besondern Gesetzen desjenigen Cantons, wo das Falliment ausbricht, zu verstehen sei.

(Directe Mittheilung.)

Civilproceß.

84. Klagdomicil. (Neuenburg.)

Im Jahr 1865 verließ Samuel Picard seinen bisherigen Wohnort Chaurdefonds, um sich in Mexico niederzulassen, wo er das Haus Picard und Ziwy gründete. Bei Auflösung des Hauses, dessen Liquidation dem Genossen Ziwy übertragen gewesen zu sein scheint, kehrte Picard wieder nach Chaurdefonds zurück, wo einige Monate nach dieser Rückkehr, nemlich am 18. November 1868 eine Vorladung von Gebr. Picard ihm zukam.

Die Vorladung betraf einen Anspruch der Kläger an das Haus Picard und Ziwy von Fr. 2909. 50 Ct., Saldo eines auf den 2. October 1867 abgeschlossenen Contocorrents und 6% Zinsen davon seit genanntem Tag u. s. w.

Der Entgegnung des Samuel Picard, daß für diesen Anspruch er vor dem Richter des Gesellschaftsitzes zu belangen sei, indem in Chaurdefonds er nur augenblicklich sich aufhalte, setzte das klägerische Haus den Art 13 des neuenburgischen Civilgesetzes entgegen: Un Neuchâtelois ou un étranger, lorsqu'ils résident dans le canton, peuvent être cités devant les tribunaux neuchâtelois pour les obligations contractées par eux en pays étranger, womit der Satz des Gerichtsorganisationsgesetzes (Art. 72), „es sei in persönlichen Forderungen der Belangte vor dem Richter seines Wohnorts zu suchen", auf die Fälle beschränkt werde, welchen ohne Gefahr für das Anliegen und Anspruch der ordentlichen Richter zu finden sei.

Beide Instanzen gaben dem Kläger Recht, das Bezirksgericht von Chaurdefonds am 8. Juni 1869, das Appellationsgericht des Cantons Neuenburg am 5. Juli gleichen Jahrs,

— attendu que le compté produit à l'appui de la demande constate que, dès le 1er février 1865, Picard frères et Picard et Ziwy ont été en relations d'affaires commerciales et que l'action qui peut être la conséquence de ces relations a le caractère d'une action personnelle ayant pour objet les obligations qui ont été contractées à Mexico par la société Picard et Ziwy, dont le défendeur était l'un des associés solidaires;

Considérant que le citoyen Samuel Picard a bien réellement résidé à la Chaux-de-Fonds après son retour de Mexico;

Que cette résidence a duré plusieurs mois et a provoqué l'intervention de l'autorité locale pour réclamer le dépôt de papiers d'origine et le paiement d'une taxe municipale;

Considérant dès lors qu'aux termes de l'article 13 du code civil, le citoyen Samuel Picard a été légalement assigné devant le Tribunal de la Chaux-de-Fonds, aussi bien en son nom propre qu'en sa qualitê d'associé solidaire de la Société Picard et Ziwy.

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

85—91. Zahlungsdomicil wiefern auch Gerichtsstand?

Diese Frage ist in der letzten Zeit in der Schweiz mehrfach zur amtlichen Erörterung gekommen. Wir lassen hier sieben Sprüche folgen, welche alle mehr oder weniger von einander abweichen.

Der erste Fall kam im C. Neuenburg zur Entscheidung.

Im Besitz von Gustav Godefroy in Paris befanden sich zwei Tratten, ausgestellt zu Issy am 12. Juli 1854, beide im Betrag von Fr. 10,000, die eine per 1. Februar, die andere per 1. März 1865 von J. B. Etienne und auch beide acceptirt „payable à Paris" von Alexander Favre, Baron von Buttlar-Brandenfels.

Der Acceptant hatte in der Zwischenzeit sein Domicil nach Petit-Cortaillod (C. Neuenburg) verlegt, wo nun auch präsentirt und protestirt und dann geklagt wurde.

Der Acceptant erhob verschiedene Einwendungen gegen die Schuld selbst, beschränkte sich aber mit Vorbehalt dieser Einreden auf die Bestreitung der Zuständigkeit der neuenburgischen Gerichte, indem Präsentation und Protest hätten sollen in Paris erfolgen und dort auch hätte sollen geklagt werden.

Die erste Instanz, das Bezirksgericht Boudry, am 16. Oct. 1865, und die zweite, das Appellationsgericht von Neuenburg, am 6. November gl. J., billigten aber die entgegengesetzte Ansicht:

Erstere

considérant

que s'agissant de poursuites à lui adresser au paiement de ces valeurs, elles doivent être exercées au lieu de son domicile;

que le domicile actuel du citoyen de Buttlar n'est pas contesté, et est bien réellement celui où les poursuites ont été faites;

considérant que les mots „payables à Paris", insérés dans l'acceptation de chaque traite, ont dû avoir une signification autre

que celle qu'ils ont aujourd'hui, quand le débiteur était domicilié à Paris;

que dans les circonstances où ces traites ont été créées et acceptées, elle peuvent ne pas être régies, au fond, par la loi neuchâteloise, mais que ces mots: „payables à Paris", n'expriment point une élection de domicile entraînant attribution de for quant au tribunal chargé de l'application de la loi; ce tribunal devant être celui du domicile du débiteur;

considérant que les formalités et les délais à observer en ce qui concerne les protêts, s'appliquent essentiellement aux rapports des endosseurs et aux droits de recours qu'ils ont à exercer entre eux, tandis que la position du citoyen Buttlar est celle d'un accepteur qui reste débiteur en tout état de cause, qui n'est point aux mêmes droits que les endosseurs et n'en peut par conséquent réclamer les priviléges;

considérant que dans la supposition où il eût été plus régulier de lever d'abord les protêts à Paris, et d'y faire des perquisitions, la position du débiteur vis-à-vis de son créancier, restait la mêmes en cas de non-paiement; les poursuites à lui adresser devant lui être faites au lieu de son domicile, conformément aux législations fédérales et cantonales sur la matière, et au traité du 18 juillet 1828, à moins de conventions contraires entre parties, conventions qui, dans l'espèce n'existent pas.

Letztere

que s'agissant de poursuites en payement de titres, d'effets, ou de créances, ces poursuites doivent être faites au domicile de celui auquel elles sont adressées;

que, dans l'espèce, il n'est point contesté que le domicile du citoyen de Buttlar ne soit à Cortaillod, où les poursuites ont été faites;

que les mots „payables à Paris" insérés dans l'acceptation des deux traites invoquées, dans l'espèce, par l'accepteur pour prétendre qu'il ne pouvait pas être poursuivi, à Cortaillod, ne constituent point une élection de domicile entraînant une attribution de for qui ne permettrait pas au porteur de poursuivre l'accepteur à son domicile réel.

(Recueil des arrêts de la cour d'appel du c. de Neuchâtel. VII. p. 401 ss.)

Der zweite Fall ward im C. Genf entschieden.

Am 20. Februar 1871 hatte nemlich die eidgenössische Bank auf Grund einiger in Genf domicilirter Billets à ordre der Walliserbank ein Contumazurtheil gegen diese erwirkt. Betrag, Ausstellungs- und

Verfalldaten sind im bezüglichen Urtheil nicht angegeben. Ebensowenig das fragliche Domicil, sondern über alle diese Thatsachen ist Bezug genommen auf den „exploit introductif".

Am 8. März gl. J. erhob die Bank von Wallis dagegen Einwendungen, welche dann am 13. gl. M. vor dem Handelsgericht von Genf zur Erörterung kamen und die Aufhebung des Contumazurtheils auf Grund der Incompetenz des contumacirenden Richters zur Folge hatten.

Der Purgationskläger behauptete, nie habe die Bezeichnung eines Klagdomicils einen andern Zweck gehabt als die Bestimmung des Orts, wo der bezügliche Protest zu erheben wäre; und läge auch bei Privaten etwa in einer solchen Domicilerwählung ein Verzicht auf den einheimischen Richter vor, so könnte ein solcher doch bei einem Staat nicht präsumirt werden um des öffentlichen Interesses willen, das er vertrete; abgesehen hievon, entscheide der Art. 50 der schweizerischen Bundesverfassung, und es vermöge dagegen die weitläufige Berufung auf österreichische und preußische Gerichtssprüche nichts und ebensowenig der Art. 420 des französischen Civilproceßgesetzes und Art. 111 des Civilgesetzes, um so weniger als alle diese angerufenen Bestimmungen immer wieder ein wirklich erwähltes Domicil voraussetzen, was hier fehle.. Eiu solches wirklich erwähltes Domicil sei auch die Geltungsbedingung für das Walliser Wechselgesetz vom 12. Nov. 1856, welches Wechselklagen vor das Wohnortsdomicil des Schuldners oder dessen Wahldomicil weiset.

Der Purgationsbeklagte berief sich namentlich auf den Art. 60 des Genfergesetzes vom 5. Dec. 1832 (Gerichtsorganisationsgesetz), welches an den Genferrichter weise les individus qui auront élu domicile dans le canton, und auf Art. 420 des französischen Civilproceßgesetzes, dessen Geltung für Genf nie dahingefallen sei, wie denn auch beinahe alle europäischen Gerichte, namentlich aber die Genfergerichte immerfort aus der Bezeichnung eines Zalungsdomicils die Folgerung der Belangbarkeit des Schuldners vor dem bezüglichen Richter gezogen haben, als womit auch die Walliser Gesetzgebung selbst in angeführter Stelle einig gehe.

Das Handelsgericht war mit der Purgationsklage einig:

Attendu en fait

que le Banque Fédérale réclame de l'Etat du Valais le paiement de quatre effets de commerce stipulés payables à Genève au domicile de la Banque de Commerce;

qu'il s'agit ainsi d'une réclamation personnelle contre un débiteur Suisse ayant domicile et solvable;

attendu en droit

que le débiteur Suisse doit être poursuivi devant son juge naturel (Constitution Fédérale article 50);

que ce juge naturel est celui du domicile, soit, dans l'espéce, les tribunaux Valaisans;

que ce droit, assuré au débiteur Suisse par la Constitution Fédérale peut être invoqué par lui tant qu'il n'y a pas renoncé;

attendu en droit que cette renonciation a lieu lorsque le débiteur n'a pas demandé, préalablement à toute autre exception ou défense, le renvoi de la contestation devant les juges compétens (loi de procédure civile article 65), cette incompétence étant essentiellement personnelle;

attendu, en second lieu, qui cette renonciation résulte également d'une élection de domicile régulière (Code Civil article 111), ou de la soumission expresse du débiteur à une juridiction déterminée;

mais que rien de semblable n'a lieu dans l'espéce;

qu'en effet l'Etat du Valais a soulevé l'incompétence avant d'avoir attaqué le fond;

que d'autrepart on lui oppose seulement les termes des effets souscrits par lui au profit de la Banque Fédérale;

attendu en fait que les dits effets ne renferment ni élection de domicile ni stipulation attributive de jurisdiction, mais seulement l'engagement de l'Etat du Valais de payer à Genève au domicile de la Banque du Commerce, soit l'indication d'un lieu pour le paiement;

attendu que ce lieu est suffisant pour le paiement jusqu'aux formalités judiciairès exclusivement;

que cette indication a son utilité pratique incontestable;

qu'il serait infiniment désirable que cette indication entrainât l'élection de domicile dans le sens juridique du mot;

que ce serait hautement dans l'interêt du commerce, mais que dans l'état actuel de la législation et même des habitudes du commerce, on ne saurait inférer de cette indication du débiteur à la jurisdiction de ses juges naturels;

attendu d'ailleurs que l'article 420 du code de procédure civile Français est sans application à l'espéce;

qu'en effet, comme disposition de procédure civile contentieuse il a été abrogé par l'article 2 de la mise à exécution de la loi de Procédure genevoise du vingt-neuf Septembre mil huit cent-dix-neuf;

qu'au surplus, fût il encore en vigueur, il seraît sans force légale vis-à-vis de l'article 50 de la Constitution Fédérale de mil huit cent quarante-huit;

attendu en conséquence que l'Etat du Valais est encore fondé

à invoquer le bénéfice de l'article 50 de la dite Constitution, et à réclamer le renvoi de la contestation par devant les Tribunaux Valaisans.

(Directe Mittheilung.)

Wie in Genf, so in Bern waren ähnliche Billets eingeklagt und am 23. Februar und 9. März 1871 durch Contumazurtheil der Staat Wallis auf Grund der Unterschrift des Chefs seines Finanzdepartements zu deren Bezalung verfällt worden.

Die Entscheidung der Gerichte (hier der zweiten Instanz) über die Competenz ward aber in diesem Fall nicht nachgesucht, sondern von der Regierung von Wallis unterm 18. Merz gl. J. eine Beschwerde an den Bundesrath gerichtet über Verletzung des Art. 50 der Bundesverfassung. In der Auseinandersetzung derselben Sätze, welche in Genf verwendet worden waren, berief sich Wallis auch noch auf einen Entscheid des französischen Cassationshofes vom 10. April 1861 und fügte formale Bedenken hinzu über die Art, wie die Vorladungen an den Belangten gerichtet worden seien.

In selbständiger Auffassung des Gegenstandes trug das Justizdepartement im Bundesrath auf grundsätzliche Anerkennung der Anschauung an, die in der Beschwerde von Wallis vertreten sei. Der motivirte Antrag ist in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins Bd. VII. n. 4 zu finden.

Der Bundesrath trat aber darauf nicht ein, sondern entschied sich für Abweisung der Beschwerde,

in Erwägung

1. In der vorliegenden Angelegenheit hat der Bundesrath nur über die Gerichtsstandsfrage zu entscheiden; denn die von dem Rekurrenten in zweiter Linie aufgeworfene Frage, ob der Chef des Departements der Finanzen berechtigt gewesen sei, im Namen des Staates Wallis vollgültige Verpflichtungen einzugehen, wird alsdann von dem als competent erfundenen Richter zu erledigen sein, vor welchem auch die weiterhin noch gemachten Einwürfe über formell unrichtiges Verfahren und anderweitige Rechtshängigkeit des gegenwärtigen Streites auszutragen sind, sofern sie überhaupt durch den Entscheid in der Hauptsache nicht wegfallen.

2) Die Gerichtsstandsfrage ist nach ihrer rechtlichen Seite im Grunde nicht streitig; denn es sind beide Parteien völlig darüber einig, daß ein schweizerischer Schuldner verlangen kann, daß er nach Art. 50 der Bundesverfassung vor dem Richter seines festen Domizils gesucht werden müsse, gleichzeitig aber auch, daß es in der Berechtigung jedes Schuldners steht, sich einem andern Gerichtsstande zu unterwerfen. Streitig ist vielmehr nur, ob im Spezialfalle der

Schuldner Letzteres gethan habe? Es handelt sich daher im Grunde um die Interpretation einer Willenserklärung des fraglichen Schuldners.

3) In dieser Beziehung ist nun Thatsache, daß der Aussteller der fraglichen Wechsel in diesen Papieren ausdrücklich ein anderes als sein gewöhnliches Domizil als Zahlungsdomizil bezeichnet hat und es frägt sich jetzt, ob der Schuldner sich damit nur ein Recht habe wahren wollen oder ob es unter den Parteien die Meinung gehabt habe, daß im Falle der Nichtzahlung auch die rechtlichen Schritte zur Zahlungsnöthigung in diesem Domizil angebracht werden können.

4) Dabei ist nicht außer Betracht zu lassen, daß durch die Wahl eines andern Domizils überhaupt die Regel des Art. 50 der Bundesverfassung von dem Aussteller schon preisgegeben worden ist, und daß es sich im Grunde bloß darum handelt, zu entscheiden, in welchem Umfange von der Regel des Art. 50 habe abgewichen werden wollen.

5) Der Entscheid über diese Frage ist nun unbedingt wesentlich davon abhängig, was im Wechselverkehr gemeinhin unter diesem Ausdruck verstanden zu werden pflegt, da anzunehmen ist, daß der Aussteller eines Wechsels als eines zur Zirkulation in weiteren Kreisen bestimmten Papiers beim Gebrauche technischer Ausdrücke sich auch an die in jenen Kreisen übliche Bedeutung solcher Worte anschließen wolle. In dieser Beziehung ist nun aber nachgewiesen, daß Gesetzgebung, Wissenschaft und Praxis von Deutschland, Oesterreich und Frankreich, übereinstimmend die Bezeichnung eines Zahlungsdomizils in einem Wechsel als eine Anerkennung des Gerichtsstandes dieses Domizils auffassen.

6) Noch entscheidender ist aber, daß im Spezialfalle sowohl die Gesetzgebung des Cantons Wallis, als diejenige des Cantons Bern mit jenem Ausdrucke die gleiche bezeichnete Rechtsfolge verknüpfen. Diese Uebereinstimmung der beiden Gesetzgebungen wäre zwar an und für sich für die Gerichtsstandsfrage nicht entscheidend, wohl aber erscheint sie als maßgebend für die Interpretation einer zweideutigen Willenserklärung, da vernünftigerweise doch nicht angenommen werden kann, der Fiskus eines Staates verstehe beim Gebrauche eines technischen Ausdruckes darunter etwas ganz anderes, als was sein eigenes Gesetzbuch darunter versteht.

7) Das Gewicht dieser Argumentation wird noch dadurch verstärkt, daß Art. 46 des bürgerlichen Gesetzbuches des Cantons Wallis selbst ganz allgemein den Grundsatz aufgestellt hat, daß die Wahl eines Domizils behufs der Vollziehung eines Aktes den Richter des erwählten Domizils für die Beurtheilung aller aus diesem Akte hervorgehenden Klagen und Rechtsansprüche kompetent macht, so daß der Art. 80 des Gesetzes vom 20. November 1856, welcher alsdann noch für Handelseffekten den gleichen Grundsatz speziell aufstellt, für die

letztern nicht etwa ein ausnahmsweises Recht schafft, sondern nur das gemeine Recht bestätigt.

8) Wenn man daher auch gar keinen Werth darauf legen will, daß der Creditor, zu dessen Gunsten der Wechsel ausgestellt wurde, nach seiner Gesetzgebung bona fide anzunehmen berechtigt war, der Schuldner habe durch die Wahl jenes Ausdruckes auch die Zuständigkeit des bernischen Richters anerkennen wollen — eine Annahme, welche in den eigenthümlichen Verhältnissen des Falles, der Qualität des Schuldners als Fiskus, dessen Verfolgung im eigenen Lande, ja stets ausnahmsweise Schwierigkeiten bietet, und in der Nothwendigkeit der Domizilirung der Wechsel auf einem bekanntern Platze behufs Erleichterung ihrer Zirkulation noch ihre ganz besonderen Gründe hatte, — so genügen doch schon die angeführten Gründe, um dem Bundesrathe die Ueberzeugung beizubringen, daß die Wahl des Domizils Bern bei Unterzeichnung dieser Wechsel die Anerkennung der Zuständigkeit des bernischen Gerichtsstandes bedeutet und involvirt habe.

(Directe Mittheilung.)

Denselben Entscheid erließ der Bundesrath am 20. Juni 1871 bezüglich einer Beschwerde desselben Standes Wallis über den Erlaß des Gerichtspräsidenten von Basel dd. 1. März, wodurch die Regierung dieses Cantons und die Bank von Wallis zur Beantwortung einer Klage auf Zalung ähnlicher Billets im Betrag von Fr. 100,000 aufgefordert worden war.

Gegen beide Entscheide ergriff der Stand Wallis den Recurs an die Bundesversammlung, welche jedoch denselben abwies.

Und wieder dieselbe Frage, aber auch wieder in etwas veränderter Gestalt gelangte an den Bundesrath in einem Fall, den die Luzernergerichte entschieden hatten.

Im Besitz der Herren Gebr. Crivelli & Cie. in Luzern befand sich nemlich ein Eigenwechsel des Candid Billiger in Klein-Dietwyl (Canton Aargau) über Fr. 870. 50 an Ordre des Philipp Billiger, zalbar im Domicil der Inhaber, Banquiers in Luzern. Der Wechsel hatte eine Schuld der Handelsgesellschaft Klein-Dietwyl an die Herren Crivelli & Cie. zu decken. Als der Wechsel bei Verfall nicht eingelöst ward, erhoben die Inhaber im Wechseldomicil (zu Luzern) Betreibung gegen den Aussteller, welche auch vom Gerichtspräsidenten von Luzern gegenüber den Einwendungen des Belangten aufrecht erhalten ward. Und auch der bei der Justizcommission des Obergerichts dagegen erhobene Recurs wurde durch Beschluß derselben vom 13. Mai 1871 abgewiesen,

in Erwägung

Gemäß § 96, Absatz 3 des luzernischen Wechselgesetzes müsse ein Wechselschuldner in dem Falle nicht an seinem Wohnorte belangt werden, wenn er ein von jenem verschiedenes Wechseldomizil erwählt habe. Ein solches werde aber von dem Aussteller eines Eigenwechsels (unter anderm) dann gewählt, wenn er an einem von seinem Wohnorte verschiedenen Orte den Wechsel zu zahlen verspreche. Nun habe zwar der Gerichtshof in einem frühern Urtheile allerdings grundsätzlich angenommen, daß die bloße Wahl eines vom Wohnorte ver-verschiedenen Zahlungsortes bei Eigenwechseln, welche von aufrechtstehenden Schweizerbürgern ausgestellt werden, die in einem vom Zahlungsorte verschiedenen Cantone wohnen, noch nicht den Gerichtsstand für die Wechselschuld begründe, da dieß dem Art. 50 der Bundesverfassung widersprechen würde. Allein im Specialfalle gehe die Unterwerfung des Wechselschuldners unter die luzernische Jurisdiktion deutlich aus dem Umstande hervor, daß Rekurrent an seinem Wohnorte, als nach dortiger Gesetzgebung nicht wechselfähig, gar nicht belangt werden könne, somit die Ausstellung des Wechsels nur Bedeutung gehabt haben könne, wenn als Sinn der fraglichen Clausel die Unterwerfung unter die luzernische Wechseljurisdiktion angenommen werde.

Im Canton Aargau gilt nemlich der Grundsatz, daß wechselfähig nur sei, wer im Ragionenbuch dieses Cantons eingeschrieben sei. Und da nun der Unterzeichner des Eigenwechsels, C. Villiger, dies persönlich nicht ist, so ging er mit Berufung auf diese Thatsache weiter an den Bundesrath, auch wieder weil § 50 der Bundesverfassung verletzt sei.

Auch diesen Recurs wies der Bundesrath durch Entscheid vom 26. Juli 1871 ab,

in Erwägung:

1) Die Parteien sind darüber einig, daß ein schweizerischer Schuldner verlangen kann, daß er nach Art. 50 der Bundesverfassung vor dem Richter seines festen Domizils gesucht werden müsse. Anderseits muß aber auch zugegeben werden, daß es in der Berechtigung jedes Schuldners steht, sich freiwillig einem andern Gerichtsstand zu unterwerfen. Es handelt sich also nur darum, ob im Specialfalle der Schuldner letzteres gethan habe, und um dieses zu ermitteln, muß auf dessen Willensäußerung abgestellt werden;

2) in dieser Beziehung ist nun Thatsache, daß der Aussteller des fraglichen Wechsels in diesem Papiere ausdrücklich ein anderes als sein gewöhnliches Domizil als Zahlungsdomizil bezeichnet hat, und es frägt sich somit, ob der Schuldner sich damit nur ein Recht habe wahren wollen, oder ob es unter den Parteien die Meinung gehabt

habe, daß im Falle der Nichtbezahlung auch die rechtlichen Schritte zur Zahlungsnöthigung in diesem Domizil angebracht werden können;

3) dabei ist nicht außer Betracht zu lassen, daß durch die Wahl eines andern Domizils überhaupt die Regel des Art. 50 der Bundesverfassung von dem Aussteller schon preisgegeben worden ist, und daß es sich im Grunde bloß darum handelt, zu entscheiden, in welchem Umfange von der Regel des Art. 50 habe abgewichen werden wollen;

4) der Entscheid dieser Frage ist nun unbedingt wesentlich davon abhängig, was im Wechselverkehr gemeinhin unter dem Ausdrucke „zahlbar im Domizil" verstanden zu werden pflegt, da anzunehmen ist, daß der Aussteller eines Wechsels als eines zur Circulation in weitern Kreisen bestimmten Papiers beim Gebrauche technischer Ausdrücke sich auch an die in jenen Kreisen übliche Bedeutung solcher Worte anschließen wolle;

5) im Spezialfalle tritt aber der besondere Umstand hinzu, daß der ganze Geschäftsverkehr unzweifelhaft darauf hinweist, daß sich Rekurrent dem luzernischen Gerichtsstand habe unterwerfen wollen. Der Forderung der Herren Crivelli, Realkaution zu leisten und für alle Consequenzen sich dem luzernischen Gerichtsstand zu unterwerfen, ansonst der Verkehr abgebrochen werde, unterzog sich Rekurrent, indem er Werthschriften hinterlegte und die schriftliche Erklärung abgab, er wähle für alle Folgen des Verkehrs das Büreau der Genannten als Domizil;

6) wenn nun der Wechsel unter den oben im faktischen Theil angegebenen Umständen in Luzern ausgestellt und domizilirt wurde, so ist auf ihn auch der § 96 der dort gültigen Wechselordnung anwendbar. Glaubt Rekurrent, seine Haftbarkeit aus den von ihm angeführten Gründen ganz bestreiten oder vermindern zu können, so mag er dieselben vor dem urtheilenden Richter anbringen. Hierorts ist nur über den streitigen Gerichtsstand zu entscheiden; in die materielle Rechtssprechung hat der Bundesrath sich nicht zu mischen. (Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins. N. Folge VII. S. 110 f.)

Sehr verwandt mit diesem Fall ist ein anderer, den am 18. Juli gl. Jahrs das Civilgericht Basel entschied.

Die Handelsbank in Basel besaß nämlich von Korff in Bremen eine Tratte, Ordre eigene, von Fr. 4992. 93 mit folgender Adresse:

„Herrn J. Dalcher in Pratteln, zahlbar bei Hrn. Gebr. Weber in Basel," und mit folgendem Accept: „angenommen für Franken Viertausendneunhundertneunzig und zwei $^{92}/_{100}$ zahlbar bei Gebr. Weber in Basel. S. Dalcher."

Die Tratte ist zur Deckung einer Sendung Petroleum bestimmt, die nach Aussage des Beklagten gar nicht abgegangen ist, so daß er

im Zahlungsort die Tratte protestiren ließ. Auf Grund des Acceptes wurde Beklagter zu Basel im Zahlungsort vorgeladen, bestreitet aber den dortigen Gerichtsstand für die Angelegenheit, indem die einfache Bestimmung des Zahlungsortes, ohne Bezeichnung desselben als Domizil den Gerichtsstand nicht mitbestimme, wie dies allein bei domizilirten Wechseln nach § 98 der Wechselordnung der Fall sei.

Der Kläger beruft sich für die Zuständigkeit auf die bei der ganzen Handelswelt geltende Gleichstellung der Ausdrücke „zahlbar bei" und „im Domizil bei", auf die Behandlung dieser Frage in deutschen Gesetzgebungen und auf einen neulich erlassenen Entscheid des Bundesrathes dd. 20. Juni 1871, als für welche Auffassung auch die Zweckmäßigkeit spreche.

Das Civilgericht folgte dieser Anschaunng durch Urtheil vom 18. Juli 1871 in folgender Auseinandersetzung:

Die Behauptung des Beklagten, es seien Wechsel mit einfacher Bezeichnung eines Zahlungsortes nicht gleichzustellen den Wechseln mit Bezeichnung eines Zahlungsdomizils und demnach nicht unter die Bestimmungen des § 98 der hiesigen Wechselordnung zu unterordnen, ist nicht haltbar und hat allerdings die hiesige Anschauung vollständig wider sich.

Und wenn also allein diese behauptete Verschiedenheit gegen den hiesigen Gerichtsstand vom Beklagten angerufen wird, so muß ihm Unrecht gegeben werden. Ebensowenig kann freilich für die Anschauung des Klägers die Thatsache angeführt werden, daß eine Mehrzahl deutscher Gesetzgebungen in der gesonderten Aufstellung eines Zahlungsdomizils die Begründung des Gerichtsstandes finder, weil diese Gesetzgebungen Gebieten angehören, in welchen überhaupt der Erfüllungsort auch das Forum begründet, was in der Schweiz der Fall nicht ist, seit der § 50 der Bundesverfassung nach der staatsrechtlichen Praxis des Bundesraths den Wohnort in so starker Ausschließlichkeit für den Gerichtsstand in Anspruch nimmt.

Es bleibt demnach allein die Frage übrig, wiefern die Erwählung eines Zahlungsdomiziles bzw. Feststellung des Zahlungsortes außerhalb des Wohnsitzes eines Schuldners eine Prorogation des Gerichtsstandes im Sinne der Parteien liegt. Denn daß die Parteien auch gegenüber dem § 50 der Bundesverfassung eine solche Gegenabrede treffen können, ist nicht bestritten.

Nun ist anzunehmen, daß ein Schuldner, der im Accept einen Ort außer seinem Wohnsitz zur Zahlung wählt, auch die Gesetzgebung im Auge habe, die am bezeichneten Zahlungsorte gilt. Ja dies stimmt sogar recht eigentlich mit einem besonders häufigen Zweck der Domizilirung zusammen: ein Papier umlauffähig — negociabel — zu machen, das es nicht wäre, wenn der Wohnort als Zahlungsort bezeichnet würde. Wenn also Basel als Zahlungsort bezeichnet

wird, so ist auch die Wechselordnung von Basel anwendbar und demnach die Bestimmung des § 98 derselben als Wille der Parteien aufzufassen.

Gegen diesen Entscheid erfolgte kein Recurs.

(Directe Mittheilung.)

---

92. Eventualprincip im Betreibungsverfahren? (Schaffhausen.)

Den Kindern des N. Graf in Ramsen, C. Schaffhausen, war früher zum Vormund gesetzt der Waisengerichtssecretär Brendel in Schaffhausen. Unter dessen Verwaltung war diesen Waisen ein Vermögensschaden von Fr. 5778. 50 Ct. erwachsen. Derselbe hinterließ eine Witwe und fünf Geschwister, resp. von denselben Neffen bzw. Nichten. Nach dem Tode des Vormunds Brendel (22. Dec. 1864), nemlich am 17. Jan. 1865, wurde der Schuldenruf mit Fristansetzung bis 17. Febr. gl. J. erlassen. Es ergab sich an Activen die Summe von Fr. 1491. 70 und an Passiven Fr. 3077. 60, also Mehrschulden Fr, 1585. 90. Weil die Activa niedrig angeschlagen erschienen und aus verschiedenen andern Gründen wurde die Erbschaft nicht ausgeschlagen, sondern unter die Erben vertheilt.

Erst nach Abschluß des Termins meldete der Vormund der Kinder Graf die erwähnte Schadenersatzforderung und, als sie nicht bezalt wurde, hob er gegen die Erben des verstorbenen N. Graf Schuldbetreibung an. Die Erben legten dagegen Rechtsvorschlag (Begehren um Einstellung der Betreibung) ein und der Gerichtspräsident von Schaffhausen bewilligte dieselbe und wies den Kläger mit dem Begehren um Rechtsöffnung ab. Die zu Unterstützung des Rechtsvorschlages geltend gemachten Gründe waren: 1. er, der Vormund der minderjährigen Erben sei nicht vor Waisenbehörde geladen worden (um Einsicht vom Inventar zu nehmen); 2. der Waisengerichtspräsident habe ihm bemerkt, seine Mündel seien gar nicht Erben; 3. dieselben seien almosengenößig.

Gegen die Verweigerung der Rechtsöffnung recurrirte der Vormund der Kinder Graf an das Obergericht, wo dann der Vertreter der betriebenen Erben erwiderte: die Forderung sei in ihrer Höhe nicht dargethan, auch mehr daran abgezalt, als abgerechnet worden, die Betriebenen seien nicht alle als Erben berufen, haben demnach auch nicht Anlaß gehabt, sich über Annahme oder Verzicht zu erklären, endlich sei der Kläger mit seiner Meldung insofern verspätet, als er erst nach dem Termin sich gemeldet habe und für mehr also nicht haften könne, als an ihn gelangte. Der Kläger bestritt die Zulaßung dieser nachgebrachten Erwiderung und erachtete, das Betreibungsrecht müsse ihm gestattet sein, immerhin vorbehalten die Rückforderung auf dem Proceßweg.

Das Obergericht bestätigte aber die Verweigerung der Rechtsöffnung, aus folgenden Gründen:

— 4. Aus der Aufzeichnung des Rechtstriebsbeamten über die durch den Betriebenen bei Erwirkung des Rechtsvorschlages vorgebrachten Gründe geht hervor, daß derselbe die Schuldpflicht überhaupt bestritten habe;

5. die Eventualmaxime greift hier nicht so weit Platz, daß Einwendungen, die bei der Erwirkung des Rechtsvorschlages nur allgemein in der Bestreitung der Forderung überhaupt mit gemacht, aber nicht besonders accentuirt wurden, nachher nicht mehr geltend gemacht werden dürften;

6. sowohl die bei Erwirkung des Rechtsvorschlages ausdrücklich gemachten als die erst im Rechtsöffnungsverfahren näher ausgeführten Einwendungen sind aber nicht zur Entscheidung auf dem Wege des abgekürzten Verfahrens geeignet, sondern erheischen durchaus die Verhandlung auf dem ordentlichen Wege;

7. jedenfalls ist die Forderung des Betreibenden dem Mangel eines Zugeständnisses auf Seite der Betriebenen gegenüber nicht in einer Weise liquid dargethan, daß Rechtsöffnung ertheilt werden könnte.

(Directe Mittheilung.)

---

93. 94. Incidentalprocedur. (Freiburg.)

M. Déglon, Bezirksgerichtspräsident in Milden (Moudon), C. Waadt, hatte gemeinsam mit Florentin Bussard gegen baar von Pidaux Holz gekauft (23. Aug. 1866). Seinen Antheil trat Bussard, der den Kauf nicht halten konnte, an Déglon ab (3. Oct. gl. J.). Auf einen Theil dieses Holzes legten am 6. November gl. J. Dutoit in Drognens (Waadt) und Bays in Siviriez in dem Bahnhof von Romont Beschlag (Wagon H. n. 54), indem sie ihrerseits sich als Eigenthümer erklärten, da sie vielmehr von Bussard das Holz gekauft haben, wie Déglon ganz gut wisse, indem er zu ihnen, Bays und Dutoit nach Siviriez gekommen sei, um zu sehen, wie sie mit Bussard stehen, und damals gesagt habe: „Ich will Bussard aus seiner Bedrängniß ziehen und ihm Geld vorstrecken. Ich will mir dasselbe Holz von ihm abtreten lassen und Ihnen zum gleichen Preis abtreten. Sie können dann Bussard noch Fr. 100 auszalen, den Ueberrest aber mir vorbehalten. Ich bin bei Bussard halt im Vorschuß für gelieferten Wein und muß sehen, wie ich mir helfe.“ Ja noch einige Tage vor der Beschlaglegung habe Déglon zu Dutoit gesagt, er werde nichts in dieser Sache thun, ohne ihn noch gesprochen zu haben. Déglon habe ihnen also Fr. 471. 30 Vorzalungen an Bussard zu verguten, für welche sie in Folge des Beschlags die Deckung verlieren würden. Dutoit und Bays verlangten demnach nicht nur Auf-

hebung des Beschlags, sondern widerklagsweise überdies Anerkennung ihres Eigenthums an dem mit Beschlag belegten Holz durch den Beschlagnehmer Déglon.

Es ist an dieses Geschäft und diese Schutzmaßregeln, daß nun folgende Verhandlungen vor dem freiburgischen Gericht des Glanebezirks sich anschließen, die wir hier unverändert mittheilen und die geeignet sind zu Würdigung des freiburgischen Civilprocesses beizutragen.

(Sitzung vom 23. Jan. 1866). A l'appui, les défendeurs Dutoit et Bays déclarent dors et déjà, tant sur leur ensemble que sur leurs détails déférer à M. Déglon, président du tribunal à Moudon, le serment décisoire.

Ils contestent les allégués de leur partie adverse, et si celle-ci ne renonce pas à sa demande d'autition de témoins, désormais inutile, ils disent ne pas s'y opposer, mais ils protestent pour les frais. Ils réservent de compléter la série des faits sur lesquels le serment est déféré.

M. Déglon, président, prend acte de la non-opposition aux preuves demandées.

Il prend acte pareillement de la délation de serment; avant de s'expliquer sur ce point, il estime que sa partie adverse doit catégoriser tous les faits sur lesquels M. Déglon a à se prononcer, se réservant alors ou d'accepter purement et simplement le serment déféré ou de le référer à ses adversaires sur tout ou partie des faits allégués.

Pour couper court, le défendeur déclare n'avoir pas d'autres faits que ceux énoncés ci-dessus.

M. Déglon prend acte de cette catégorisation; il répondra par exploit sur l'exposé qui vient d'être fait, attendu que de son côté M. Déglon déclare dors et déjà déférer le serment à M. Dutoit sur la question de savoir si Bussard ne lui a pas reconnu ou fait connaître que l'instant ne voulait entrer dans aucune relation avec lui.

M. Dutoit répond que Bussard lui a effectivement tenu ce propos, mais que plus tard M. Déglon lui-même lui a dit le contraire. Sur cette déclaration il accepte le serment qui lui est déféré, et il est prêt à le solenniser quoique le fait soit insignifiant au procès,

Quant aux procédés que la partie adverse se propose de suivre pour répondre à la délation du serment du défendeur, M. Dutoit ne peut l'admettre, et il demande que M. Déglon soit tenu de répondre à cette audience s'il accepte le serment ou s'il le réfère, au besoin il conclut à être admis dans cette demande par jugement incidentel avec dépens.

Vu les preuves testimoniales demandées, l'absence de M. Bays et les nombreux détails contenus dans la dictée adverse, ainsi que les art. 322 et suivants du code de procédure civile, 2201 et suivants du code civil, M. Déglon demande de son côté qu'il lui soit accordé un délai suffisant pour s'expliquer sur chaque point de l'appointement adverse et pour se décider, ensuite de la délation dont il prend acte, s'il l'accepte ou s'il la réfère, ou enfin s'il a d'autres preuves à administrer.

Il conclut à être admis dans cette demande et partant à libération de la demande adverse, ce pareillement avec depens.

Ensuite des observations faites par M. le président du tribunal, les parties conviennent de ne pas donner suite à cet incident.

(Sitzung vom 13. Febr. 1866.*) Le comparant demande d'entrée de cause que M. Dutoit produise la procuration qu'il a offerte de la part de M. Bays.

M. Dutoit produit la procuration demandée.

M. Déglon prénd acte de la procuration produite, sous la réserve que la partie adverse fera légaliser sa signature.

Reprenant le fond de la cause, M. Déglon produit le mandat de réforme qu'il a fait notifier à sa partie adverse sous date du 11 courant.

Tout en se référant à cet exploit et sous les déclarations qu y sont mentionnées, M. Déglon dit qu'il limite ses conclusions au procès à celles mentionnées sous le n° 2 du protocole de la dernière séance, notamment à la nullité du séquestre placé sur ses bois, ce avec dommages-intérêts fixés au chiffre de 250 fr. sous réserve de la modération du juge.

A l'appui de sa conclusion, il produit ses actes de propriété et cense produite la lettre de M. le préposé aux marchandises à la gare de Romont,

Le défendeur, avant de se prononcer sur la réforme de l'adversaire, requiert celui-ci de préciser le point de la procédure auquel il entend faire remonter les effets de cette réforme.

M. Déglon, se référant à son mandat, répète qu'il se borne aux dictées faites dans la dernière séance, soit à la restriction de ses conclusions en ne prenant que celles formulées en nullité de séquestre, estimant que les autres questions, demeurant réservées, doivent être débattues devant le juge de son domicile.

Cette conclusion étant ainsi restreinte, il va sans dire que les opérations des preuves annoncées par M. Déglon tombent sous le coup de cette réforme et que la partie adverse pourra s'expliquer sur la conclusion prise de cette manière restreinte au procès.

---

*) Die Quelle liest irrig 1867.

Sur ce, le défendeur déclare s'opposer à la réforme notifiée et demandée par la partie adverse, à moins que celle-ci ne consente au maintien dans le procès de la conclusion reconventionnelle qui a été prise par lui.

M. Déglon estime que des conclusions restreintes et partant nouvelles étant prises par lui au procès, la partie adverse doit procéder à nouveau sur celles-ci, mais ce procédé est indépendant de celui sur la réforme.

Tout en réservant les droits respectifs des parties ensuite de la réforme, M. Déglon conclut à ce que celle qu'il vient de faire et qu'il a formulée à la partie adverse par exploit du 12 courant, soit déclarée admissible avec dépens.

Tout en prenant acte de ce fait, que M. Déglon n'a songé à se réformer, c'est-à-dire à refuser de discuter la question de propriété des bois litigieux que depuis le jour où les défendeurs lui ont déféré le serment décisoire, ceux-ci concluent à libération de la conclusion incidentelle, pareillement avec dépens.

Pour éviter tout doute, M. Déglon réitère au protocole que dans sa réforme il réserve l'art. 116 du c. p. c. en ce qui concerne le fait, du reste déclare accepter le serment déféré.

De son côté, M. Dutoit, pour plus de clarté aussi, répète qu'il ne s'oppose à la réforme de la partie adverse qu'autant que celle-ci a pour but d'enlever au procès la question de propriété posée par elle-même, posée à nouveau par la conclusion reconventionnelle et dans le cœur de laquelle entre directement le fait sur lequel le serment décisoire a été déféré à M. Dutoit et accepté par celui-ci.

M. Déglon, de son côté, estime que l'admissibilité de la réforme doit être séparée de toute autre question, etq ue les droits respectifs des parties doivent demeurer réservés pour que chacune puisse conclure comme elle l'entendra, ou opposer de même à toute conclusion ensuite de la décision sur l'admissibilité de la réforme en principe.

M. Dutoit estime au contraire que, dans le cas particulier, on ne peut admettre une réforme qui a pour but et qui aurait inévitablement pour conséquence de retrancher du procès une conclusion déjà posée, relativement à laquelle seulement et uniquement le serment accepté par M. Dutoit peut avoir un effet.

Sur ce, la parole est successivement accordée aux défenseurs des parties pour le développement oral de leurs moyens, puis il est procédé au jugement.

Le tribunal trouve que la question à juger consiste à savoir si M. Déglon, président du tribunal à Moudon, est en droit de conclure à être admis, avec dépens, dans la réforme qu'il a fait notifier à sa partie adverse, le 11 courant, et portant à limiter ses conclusions au procès, à celle mentionnée sous le n° 2 du protocole de la séance du 23 janvier, soit à la demande de nul-

lité du séquestre avec dommages-intérêts, fixés à 250 fr., sous réserve de la modération du juge, ou si par contre MM. Dutoit et Bays sont en droit de conclure à libération, pareillement avec dépens.

Sur quoi, considérant que, sous date du 23 janvier écoulé, M. Déglon a fait assigner MM. Dutoit et Bays devant le tribunal de la Glâne, pour leur faire reconnaître:

1° Son droit de propriété sur les bois qu'ils ont fait séquestrer le 6 novembré dernier à la gare de Romont, dans le wagon portant la lettre H et le n° 54,

2° La nullité de ce séquestre avec dommages-intérêts fixés à 250 fr., sous réserve de la modération du juge;

Qu'en séance hodierne, M. Déglon a déclaré vouloir restreindre ses conclusions au procés à celle prise en principe sous le n° 2 conformément au mandat de réforme qu'il a fait notifier à sa partie adverse le 11 courant, mais que celle-ci s'y oppose ;

Qu'aux termes de l'art. 114 du code de procédure civile, la partie qui estime que l'instruction d'une affaire n'est pas dirigée d'une manière favorable à ses intérêts, peut recourir à la réforme; que celle-ci, aux termes de l'art. 115 du même code, annulle tous les actes du procès jusqu'au point que détermine la partie qui se réforme sous les restrictions mentionnées à l'article 116 du même code;

Qu'aux termes de l'art. 119, 3me alinéa, la réforme peut avoir lieu jusqu'au jugement au principal;

Que dès lors la réforme en principe ne peut jamais être refusée lorsqu'il est fait offre des frais frustraires, et qu'au reste dans l'espèce, la réforme laisse subsister, conformément à l'article 116 du code précité, le serment défére au défendeur Dutoit;

Qu'au surplus les parties peuvent en tout état de cause restreindre leurs conclusions;

Par ces motifs, le tribunal juge et prononce:

M. Déglon est déclaré bien fondé dans sa conclusion incidentelle, et MM. Dutoit et Bays éconduits de leur opposition.

Les frais de cet incident suivront le sort de ceux de la cause au fond.

Ce jugement est immédiatement communiqué aux parties.

Sur ce, M. Dutoit se reportant au point où remonte la réforme, requiert M. Déglon de fournir les suretés pour les dépens présumés du procès.

M. Déglon est en droit de s'opposer à cette réquisition vu l'entrée en matière, mais sans préjudice de droit, son avocat se porte personnellement caution jusqu'à concurrence du chiffre qui sera fixé par M. le président.

Le chiffre des suretés est fixé à 150 fr.

M. Dutoit accepte le cautionnement intervenu. Il conclut à

libération de la demande de la partie adverse par le motif que lui et son consort sont propriétaires des bois litigieux, et reconventionnellement il conclut à ce que M. Déglon soit condamné à reconnaître ce droit de propriété en leur faveur; subsidiairement, à ce qu'il soit condamné à leur payer le montant de 471 fr. 30 c. qui leur est redû par Florentin Bussard, le tout pareillement avec dépens.

M. Déglon ne peut admettre les conclusions adverses telles qu'elles sont formulées. Vu l'heure avancée, il prie le tribunal de lui accorder le terme nécessaire pour se prononcer par exploit sur leurs conclusions, déclarant dors et déjà qu'il conclut pour la conclusion première de la partie adverse à son renvoi à mieux agir avec dépens, et pour la question reconventionnelle, à ce que celle-ci, vu l'incompétence du juge, soit déclarée inadmissible, pareillement avec dépens.

Les défendeurs concluent à libération avec dépens de cette double demande,

MM. Dutoit et consort consentent au délai demandé, protestant toutefois pour les frais.

(Sitzung vom 23. Jan. 1867): Le comparant, M. Déglon, demande suite de cause.

M. Dutoit déclare être également prêt à suivre en cause. Il dépose la procuration de M. Bays déjà produite.

Sur ce, M. Déglon déclare reprendre ses conclusions incidentes mentionnées au protocole de la séance du 13 février dernier, ce avec suite de frais.

M. Dutoit reprend les siennes en libération, pareillement avec dépens.

La parole est successivement accordée aux défenseurs des parties pour le développement oral de leurs moyens, puis il est procédé au jugement.

Le tribunal trouve que la question principale à juger consiste à savoir si M. Déglon, président du tribunal de Moudon, est fondé à conclure à ce que MM. Dutoit et Bays, à Siviriez, soient condamnés avec dépens à reconnaître la nullité du séquestre par eux imposé le 6 novembre dernier, sur des bois chargés à la gare de Romont dans le wagon portant la lettre H et le n° 54, avec dommages-intérêts fixés, sous réserve de la modération du juge, à 250 fr., ou si MM. Dutoit et Bays sont en droit de conclure d'abord à libération de la conclusion adverse, puis renconventionnellement à ce que M. Déglon reconnaisse leur droit de propriété sur les bois litigieux, et subsidiairement à ce qu'il leur paie le montant de 471 fr. 30. c. qui leur est redû par Florentin Bussard, le tout avec dépens.

Il constate ensuite que la question incidente à juger préala-

blement consiste à savoir si M. Déglon est fondé à conclure à ce que les défendeurs soient renvoyés à mieux agir quant à leur première conclusion et à ce que la question reconventionnelle soit, vu l'incompétence du juge, déclarée inadmissible, le tout avec dépens, ou si par contre MM. Dutoit et Bays sont fondés à prendre une conclusion libératoire de cette double demande incidentelle, pareillement avec dépens.

Statuant sur cette question préliminaire, le tribunal considère,

En fait:

Que par exploit du 6 novembre dernier, MM. Bays et Dutoit, à Siviriez, ont fait signifier à M. Robadey, chef de gare aux marchandises à Romont, la défense de se dessaisir sous quel prétexte que ce soit d'un chargement de bois prêt à être expédié par un tiers sur le wagon portant la lettre H et le n° 54, cela en leur qualité de propriétaires de dite marchandise;

Que le 8 du même mois M. Déglon, président du tribunal de Moudon, à fait sommer MM. Bays et Dutoit de reconnaître la nullité de leur défense, les faisant assigner en cas de refus devant le juge de paix de Romont pour tenter la conciliation;

Que celle-ci n'ayant pas abouti, M. Déglon a fait citer les prénommés Bays et Dutoit devant le tribunal de la Glâne où il a conclu à la première séance à ce que ceux-ci soient condamnés à reconnaître son droit de propriété sur les dits bois et partant à la nullité de la défense en question, mais qu'à la seconde séance il a demandé et obtenu une réforme tendant à ne laisser subsister au procès que la seconde conclusion;

Que MM. Bays et Dutoit ont conclu à libération de la demande adverse, puis reconventionnellement à ce que M. Déglon reconnaisse leur droit de propriété sur les bois litigieux et subsidiairement à ce qu'il leur paye un montant de 471 fr. 30 c par eux livrés à Florentin Bussard;

Qu'il a été produit au procès deux actes; l'un par lequel M. Déglon, de concert avec Florentin Bussard, avait acquis une forêt dans le canton de Vaud et a repris plus tard la part de son associé, l'autre par lequel Florentin Bussard a vendu à MM. Dutoit et Bays une certaine quantité de planches à rendre en gare à Romont:

Que la question de savoir par qui les bois en litige ont été conduits à la gare de Romont n'a été ni éclaircie, ni même posée dans les débats.

En droit:

Quant à la demande de renvoi à mieux agir:

Que c'est M. Déglon lui-même qui a nanti de la cause le tribunal de la Glâne et que celui-ci, ayant été accepté par les dé-

fendeurs, se trouve compétent pour connaître de la conclusion qui est prise en libération de la demande de nullité;

Que dès lors MM. Dutoit et Bays ne sauraient être renvoyés à mieux agir parce qu'ils concluent en première ligne à libération de la demande introduite contre eux; l'appréciation des motifs à à l'appui de cette conclusion et même de leur admissibilité étant toujours réservée au juge;

Quant aux conclusions reconventionelles:

Que la conclusion reconventionelle subsidiaire n'est en réalité qu'une conclusion alternative, soit une offre faite à la partie adverse et que partant c'est la conclusion principale qui doit essentiellement être prise en considération dans la question dé savoir si la reconvention est admissible;

Qu'aux termes de l'art. 26 du code de procédure civile, le tribunal saisi de l'action est aussi compétent pour connaître de la demande reconventionnelle;

Que celle-ci doit, aus termes de l'art. 284 du code précité, être en rapport quelconque avec le demande orîginaire;

Que dans l'espèce les conclusions reconventionnelles de MM. Dutoit et Bays sont en rapport direct avec la conclusion au fond de l'acteur, puisqu'elles ont trait, la première au droit même de propriété des bois litigieux et la seconde à la bonification du prix de ces bois;

Que pour faire prononcer l'inadmissibilité de la conclusion par laquelle les défendeurs prétendent faire constater qu'ils sont propriétaires des bois en litige, il faudrait établir que le tribunal de la Glâne n'est pas compétent pour connaître de cette question et qu'en la retenant il commet une distraction de for, mais que cela n'est nullement établi, attendu:

a) Que M. Déglon n'a vocation de demander la nullité de la défense de laisser disposer des bois que pour autant qu'il se fasse reconnaître comme le véritable propriétaire de ces bois où du moins comme en étant nécessairement le propriétaire présumé, mais que loin de justifier de cette qualité, M. Déglon a retiré la conclusion qui tendait à faire reconnaître son droit de propriété et que dès qu'il n'a pas même posé en fait que ce serait lui qui aurait amené les bois en gare, il n'existe pas plus de présomption en sa faveur qu'en celle du défendeur;

Qu'en effet le seul fait établi par M. Déglon, celui qu'il a acheté une forêt a exploiter, ne prouve point que les bois séquestrés à la gare de Romont ne peuvent qu'être sa propriété;

Qu'ainsi la question controversée de la propriété réelle ou présumée des bois est inséparable de celle relative à l'appréciation du bien ou mal fondé de la défense notifiée au chef de gare;

b) Qu'il serait fait application du même principe à l'égard d'un indigène, domicilié dans le canton, de sorte que l'admission de la conclusion reconventionnelle n'a rien de contraire à la disposition de l'art 48. de la constitution fédérale;

c) Qu'il ne s'agit pas, dans l'espèce, d'une réclamation personnelle, comme si MM. Dutoit et Bays avaient séquestré pour des dettes personnelles à M. Déglon et hors du canton de son domicile, des biens qu'ils reconnaîtraient être la propriété de ce dernier, que partant il n'y a pas lieu à invoquer la disposition de l'art. 50 de la constitution fédérale;

d) Qu'il s'agit au contraire d'une action réelle mobilière, laquelle, aux termes de l'art. 21 du code de procédure civile, est intentée devant le juge du domicile du défendeur et que les défendeurs au procès sont MM. Dutoit et Bays;

Que la défense notifiée au chef de gare n'a été qu'une mesure conservatoire qui ne peut être envisagée comme une introduction de cause, puisqu'elle n'était pas adressée à M. Déglon et qu'elle a seulement provoqué le procès actuel comme l'aurait provoqué une prise de possession ou voie de fait quelconque mais qu'en définitive celui-là est acteur dans l'action réelle mobilière qui fait instance devant les tribunaux pour revendiquer la chose, et celui-là est défendeur qui s'oppose à la revendication et veut faire valoir ses droits meilleurs;

e) Qu'au reste, il a été admis par la jurisprudence fédérale que, même en matière de saisie, le propriétaire réel de la chose peut seul invoquer l'art. 50 de la Constitution fédérale et que s'il y a doute il doit prouver ses droits de propriété (décision du Conseil fédéral du 27 septembre 1854, fol. 309 du recueil);

Considérant enfin que M. Déglon n'a pas de motifs pour tenir à ce que la question de propriété soit soumise à un autre tribunal que celui de la Glâne, qui est déjà nanti, puisque les défendeurs l'avaient établi lui-même seul juge de la cause, en lui déférant le serment décisoire;

Par ces motifs le tribunal juge et prononce:

Les conclusions de M. Déglon concernant le renvoi à mieux agir des défendeurs et l'inadmissibilité de leurs conclusions reconventionnelles sont écartées;

Partant les défendeurs sont admis à prendre au procès les conclusions qu'ils ont formulées.

Il sera statué sur les frais de cet incident en même temps que sur ceux de la cause au fond.

Darauf ward der Recurs an das Cantonsgericht ergriffen, welches folgenden Spruch erließ (15. Juli 1867):

Le tribunal cantonal trouve que la question à décider consiste à savoir:

Si M. Déglon est fondé à conclure à ce que MM. Dutoit et Bays soient renvoyés avec dépens, à mieux agir, quant à leur conclusion en libération de sa demande en nullité du séquestre qu'ils ont imposé le 6 novembre dernier sur les bois chargés à la gare de Romont dans le wagon portant la lettre H et le n° 54, avec dommages-intérêts fixés, sous réserve de la modération du juge, à 250 fr., et en ce qui concerne leur demande reconventionnelle, à ce que celle-ci, vu l'incompétence du juge, soit déclarée inadmissible, pareillement avec dépens; ou si MM. Dutoit et Bays sont en droit de conclure avec dépens à la libération de cotte double demande.

Considérant en fait. — Que par exploit du 6 novembre 1866, MM. Dutoit et Bays ont fait signifier à M. Robadey, chef de gare aux marchandises à Romont, la défense de se dessaisir, sous quelque prétexte que ce soit, d'un chargement de bois, prêt à être expédié par un tiers, sur le wagon portant la lettre H et le n° 54, cela en leur qualité de propriétaires de dite marchandise;

Que le 8 du même mois, M. Déglon a fait sommer MM. Dutoit et Bays de reconnaître la nullité de leur défense;

Que la conciliation sur cette sommation n'ayant pu avoir lieu, M. Déglon a cité les prénommés Dutoit et Bays devant le tribunal de la Glâne, où il a conclu, à la première séance, à ce que ceux-ci soient condamnés à reconnaitre son droit de propriété sur les dits bois et partant à la nullité de la défense en question, mais qu'à la seconde séance, M. Déglon a demandé et obtenu une réforme tendant à ne laisser subsister au procès que la demande en nullité de la prédite défense;

Que MM. Dutoit et Bays ont conclu à libération de la demande adverse, puis reconventionnellement à ce que M. Déglon reconnaisse leur droit de propriété sur les bois litigieux, — et subsidiairement à ce qu'il lenr paie un montant de 471 fr. 30 c., par eux livrés à Florentin Bussard;

Que là-dessus s'est élevée la question incidente à trancher aujourd'hui en deuxième instanee.

Considérant en droit. — Que la demande de M. Déglon tendant à faire prononcer la nullité de séquestre soit défense, du 6 novembre 1866, est fondée sur l'incompétence du juge fribourgeois pour permettre cette mesure dans la circonstance;

Qu'il suit de là: Qu'à teneur de l'art. 41 du c. p. c. le litige principal existant entre parties doit être traité incidemment et séparément de toute autre question, puisqu'il revêt en réalité le caractère d'un déclinataire.

Que les défendeurs ayant mêlé à leur conclusion en libération des conclusions actives tendant à la reconnaissance de leur propriété, ils ont dès lors mal procédé

Qu'à un autre point de vue les défendeurs ont aussi pris des conclusions irrégulières et vicieuses, puisque:

1° En matière de séquestre, que la loi assimile à la saisie, il n'y a jamais lieu d'admettre une demande reconventionnelle;

2° Des termes des art. 267 et 284 du c. p. c. il résulte que le défendeur ne peut opposer une demande reconventionnelle que s'il n'a pas conclu à libération de la demande au fond;

Que dans l'espèce les conclusions reconventionnelles des défendeurs n'étant d'ailleurs point alternatives, ainsi que les premiers juges l'ont admis, mais se trouvant au contraire en liaison intime avec leur conclusion en libération, cette cumulation n'est point compatible avec les dispositions de la loi et ne peut en conséquence être sanctionnée par le juge;

Par tous ces motifs, le tribunal cantonal arrête:

M. Déglon est admis dans les conclusions; partant, MM. Dutoit et Bays sont éconduits des leurs en libération.

(Journal des tribunaux vaudois. XV. pp. 463 s. 480 s. 503 s.)

---

95. Schiedsspruch. Weiterzüglichkeit. (Waadt.)

Am 6. März 1869 hatten in Folge Schiedsvertrages vom 16. Januar gl. Jahrs in einer Streitsache über Arbeit im Kellergeschosse der Johanna Bidal und daherigen Schaden, die Schiedsmänner J. C. Montant, F. Küpfer und John Joly einen Spruch zwischen der Bidal und Johann Brüderlin, beide in Nyon, ausgefällt.

Die Bidal ergriff gegen diesen Spruch den Recurs. Der Gegner bestritt die Zuläßigkeit des Recurses, da im Schiedvertrag der Spruch als unweiterzüglich erklärt sei.

Der Cassationshof der Waadt ließ aber diesen Theil des Vertrages nicht gelten, sondern verfügte am 28. April 1869 Aufhebung des Schiedsspruchs:

attendu

Que le recours, contre les jugements rendus, est un droit qui est conféré aux parties par la constitution et l'ensemble des lois judiciaires; qu'à raison de son caractère, ce droit doit être considéré comme étant d'ordre public;

Qu'il suit, de là, que les parties ne peuvent y renoncer valablement avant que le jugement ne soit intervenu, soit, comme dans l'espèce, par compromis arbitral;

Qu'ainsi la clause, sur laquelle s'étaie le moyen préjudiciel. est nulle et de nul effet.

(Journal des tribunaux vaudois. XVII. pp. 282 s.)