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: 1 (1882)

Rubrik: Schweizerische Rechtspflege

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 10.12.2025

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

Schweizerische Rechtspflege.

---

1. Canton Unterwalden ob dem Wald. Urtheile von Civil- und Obergericht vom 23. Februar und 7. Juni 1880.

Ausscheidung von Corporationsgut und Gemeindegut. Einwohnergemeinde gegen Bürgergemeinde Alpnacht.

Unterm 31. October 1875 fasste die Einwohnergemeinde von Alpnacht den Beschluss, es sei die Ausscheidung des vorgeblichen Corporationsgutes und des Gemeindegutes mit allen der Gemeinde zustehenden rechtlichen Mitteln anzustreben, und machte durch Eingabe an die Regierung vom 4. October 1878 die nachher zum Process gelangenden Begehren gegen die Bürgergemeinde geltend. Die in Art. 71 der Cantonsverfassung vorgesehene, von einem Ausschuss des Regierungsrathes angestrebte Vermittlung kam nicht zu Stande, so dass der Rechtsstreit an das Civilgericht gelangte. Das Weitere besagt das Urtheil.

I. Das Civilgericht des Cantons Unterwalden ob dem Wald

hat

in Streitsachen der tit. Einwohnergemeinde von Alpnacht, vertreten durch die Herren Gemeindepräsident Cantonsrath Matthias von Rotz, u. s. f. u. s. f. Kläger,

gegen

die tit. Bürgergemeinde von Alpnacht, vertreten durch die Herren Gemeindepräsident Civilrichter Ig. Britschgi, u. s. f. u. s. f. Beklagte,

über folgende Rechtsbegehren:

A. Von Seite der Einwohner-Gemeinde:

I.

a) Es sei der Gemeindefond gänzlich der Einwohnergemeinde, unter Zuschlag entweder derjenigen Beträge, welche

aus demselben für Erwerbung der auf Seite 21, 22 des Gutachtens[1]) aufgezählten Grundstücke bezahlt worden sind, oder des Eigenthumes an den betreffenden Grundstücken selber, auszuliefern. Es sei hievon der Zins zu vergüten seit dem Jahre 1871 zu 5 % per Jahr. Selbstverständlich wären auch die dem Armenfond zugewandten Fr. 10,000 zu restituieren, sofern dies noch nicht geschehen sein sollte.

b) Die Reinerträgnisse aus den gemeinsamen Gütern seien ohne Weiteres dem Gemeindefond zuzuwenden.

c) Das Schul- und Gemeindehaus sei der Einwohnergemeinde unbedingt abzutreten.

d) Sofern in Zukunft die Erträgnisse des Gemeindegutes (vergl. litt. a und b) zur Deckung der Auslagen der Einwohnergemeinde nicht genügen sollten, so seien, bevor Steuern bezogen werden dürfen, die Erträgnisse auch von Kuhalpen in Mitleidenschaft zu ziehen.

II.

a) Es sei zu untersuchen, ob nicht durch die aus dem Eindingen von fremdem Vieh erfliessenden Einnahmen ein hinlängliches Aequivalent für die Baukosten auf den Rinder- und Pferdealpen geschaffen sei, und ob daher das Streuerecht auf den genannten Alpen allen Einwohnern gleichmässig zuzusprechen, oder das Eindingen von fremdem Vieh zu verbieten sei.

b) Es sei zu untersuchen, ob nicht ein Theil der Hochwälder durch Abholzung zu Alpen umgewandelt worden sei; bejahenden Falls sei richtige Vermarchung vorzunehmen und dem Geschädigten angemessene Entschädigung zu leisten.

c) Es sei zu untersuchen, ob nicht der „Delliwald“ unter die gemeinsamen Güter zu rubricieren sei.

III.

a) Bezüglich der gemeinsamen Güter, also namentlich der Bann- und Hochwälder, Rinder- und Pferdealpen soll allen stimmberechtigten Einwohnern das gleiche Stimmrecht eingeräumt werden.

b) Jegliche Strafcompetenz des Corporationsrathes oder der Holzkammer sei aufzuheben. Bussen wegen Holzfreveln,

---

[1]) Nämlich des von der Klagpartei eingelegten Rechtsgutachtens von Dr. Joh. Winkler, »die Rechtsverhältnisse an den Gemeindegütern in Alpnacht.« Hiegegen ist im Druck erschienen »Antwort der Bürgergemeinde Alpnacht auf die Rechtsbegehren der Einwohnergemeinde Alpnacht an die hohe Regierung des Cantons Unterwalden ob dem Wald, von Dr Zemp. Lucern, 1879.«

sofern solche nicht in die Cantonscasse gezogen, sondern noch der Gemeinde überlassen würden, haben in die Einwohnergemeindecassen zu fliessen.

Anmerkungen.

a) Für den unerwarteten Fall, dass die Einwohnergemeinde mit obigem Rechtsbegehren in der Hauptsache unterliegen sollte, würde verlangt, dass die Strassen- und Wuhrpflicht namentlich auch bezüglich der Schlieren, gänzlich der Bürgergemeinde überbunden würde.

b) Die Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche bezüglich der Kuhalpen wird eventuell für ein späteres Verfahren vorbehalten.

Nachtrag.

ad I. a. Die auf Oberalp errichtete Gült von Fr. 6000 sei dem Gemeindefond einzuverleiben und demnächst zu tilgen.

ad II. Die Rechtsbegehren a—e seien eventuell inhaltlich positiv gestellt.

ad III. a) 1. Sämmtliche auf Nutzungen der Einwohner erhobenen Auflagen, welche nicht durch ein gerichtliches Urtheil rechtskräftig geworden, speciell die in I, 3, b—e des Resüme namhaft gemachten, seien aufgehoben.

b) eventuell: habe die Bürgergemeinde kein Recht, in Zukunft solche Auflagen zu decretieren.

B. Von Seite der Bürgergemeinde.

I.

Das gegnerische Begehren I c, lautend: „das Schul- und Gemeindehaus sei der Einwohnergemeinde unbedingt abzutreten“, sei, jedoch ohne jegliche Präjudiz für die übrigen Streitfragen, in dem Sinne gutzusprechen, dass das Haus, soweit es zu Schulzwecken dient, der Einwohnergemeinde zur Benutzung und gleichzeitig zum Unterhalt überlassen, im Uebrigen dagegen die Bürgergemeinde bei der bisherigen Benutzungsweise beschützt wird.

II.

Mit allen übrigen Begehren sub I, a, b, d, II, a, b, III, a, b, sowie mit den Begehren in der Rubrik „Anmerkungen“ seien die Gegner abzuweisen.

III.

In Beziehung auf die entstandenen und noch entstehenden Kosten des Streitfalles sei zu erkennen, dass dieselben aus-

schliesslich von demjenigen Theil der Einwohner von Alpnacht zu tragen seien, welche nicht gleichzeitig der Bürgergemeinde von Alpnacht angehören;

nach angehörten beidseitigen Vorträgen und abgelesenen maassgebenden Acten

in Erwägung gezogen:

1. Für Beurtheilung vorliegender Rechtsbegehren, insoweit dieselben Ansprüche der Einwohnergemeinde Alpnacht als solcher enthalten, ist maassgebend Art. 71 Abs. 2 [1]) der Cantonsverfassung. Dadurch dass diese Bestimmung in das cantonale Grundgesetz Aufnahme gefunden hat, ist vorab der Wille des Gesetzgebers constatiert, dass das Corporationsvermögen zur Bestreitung der Auslagen für öffentliche Gemeindezwecke herbeigezogen werden solle, oder doch jedenfalls unter Umständen herbeigezogen werden könne. Läge der Verfassung lediglich die Absicht zu Grunde, es sollen mit Rücksicht auf den ungemein erweiterten Pflichtenkreis der Einwohnergemeinde nur die entsprechenden Fonds für Specialzwecke an dieselbe übergehen, so könnte dem Art. 71 der Verfassung gar kein vernünftiger Zweck innewohnen und es hätte alsdann Art. 70 Absatz 3 [2]) vollkommen genügt. Die rechtliche Natur des Genossengutes hat allerdings ihre privatrechtliche Seite, insofern dasselbe für wirthschaftliche Zwecke und Privatnutzungen der Genossen bestimmt ist. Dieses Vermögen konnte jedoch nach der andern Seite hin von der öffentlich rechtlichen Stellung und Bedeutung der Gemeinde ebensowenig losgelöst werden, als die Genossenschaft, welcher es angehört, und welcher bis zur Verfassung von 1850 ausschliesslich und bis zur Verfassung von 1867 noch zu einem sehr bedeutenden Theile die Attribute zukamen, die seither an die Einwohnergemeinde übergegangen sind. Wenn allerdings gerade durch diese Umgestaltung der Gemeindeverhältnisse der privatrechtliche Character des Corporationsvermögens mehr in den Vordergrund getreten ist, so wollte doch der Gesetzgeber bei einer zu Gunsten der Einwohnergemeinde vorgesehenen Vermögensausscheidung auch

---

[1]) Abs. 1 bestimmt, dass Anstände über Kostendeckung der Bedürfnisse der Einwohnergemeinde richterlich zu entscheiden seien, und Abs. 2 fügt bei: »Maassgebend für den Richter ist vorab die rechtliche Natur des Genossenguts. Hinwieder fällt die bisherige Verwendungsart je nach Zulässigkeit der veränderten Verhältnisse in angemessenen Betracht«.

[2]) »Die vorhandenen Kirchen-, Pfrund- & Schulfonds dürfen nicht vermindert oder zu andern Zwecken verwendet werden. Wo deren jährlicher Ertrag nicht hinreicht, soll auf anderweitige Deckung Bedacht genommen werden.«

die frühere öffentlichrechtliche Natur der Corporationen und ihres Vermögens in Berücksichtigung gezogen wissen. Dass das Corporationsvermögen vielseitig für öffentliche Gemeindezwecke in Anspruch genommen wurde, ist eine Thatsache von unbestreitbarer Notorietät. Seine Verwendungsart begründet also theilweise die Ansprüche der Einwohnergemeinde. Eine Inanspruchnahme dieses Vermögens zu den gedachten Zwecken wäre jedenfalls noch in höherem Maasse erfolgt, wenn daherige Bedürfnisse schon in gegenwärtiger Ausdehnung vorhanden gewesen wären; denn die subsidiäre Haftpflicht des Genossengutes mit Bezug auf die Kostendeckung für mehrerwähnte Zwecke hat offenbar zu einer Zeit bestanden, wo die Gesammtheit der Kirchgenossen ausschliesslich den ganzen Gemeindeorganismus bildete. Wenn die Corporation sich für Zwecke der gegenwärtigen Einwohnergemeinde zu sehr weitgehenden Leistungen herbeigelassen hat, wie z. B. beim Kirchenbau, so konnten dieselben um so weniger vollständig auf Freiwilligkeit beruhen, weil diese Leistungen durch die Attribute der Gemeinde bedingt waren, welche das Genossengut besass. Dies ist aber auch bezeichnend sowohl für die rechtliche Natur als für die bisherige Verwendungsart dieses Gutes. Allerdings haben sich seither die Verhältnisse sehr wesentlich anders gestaltet, indem die gedachten Attribute der Einwohnergemeinde zugefallen sind. Der Gesetzgeber wollte auch diese veränderten Verhältnisse bei einer Vermögensausscheidung berücksichtigt wissen; jedoch geht aus Art. 71 der Verfassung hervor, dass er dadurch die Ansprüche der Einwohnergemeinde nicht als beseitigt betrachtete. Wenn nun vorliegend diese Ansprüche auf den sog. Gemeindefond abzielen, so fällt in Betracht, dass dieser Fond vermöge der Bestandtheile, aus denen er sich gebildet hat, nicht in vollem Umfange der Einwohnergemeinde zugeschieden werden kann. Vielmehr ist die Bürgergemeinde bei ihrem Eigenthumsrecht an dem Gemeindefond zu beschützen, insoweit derselbe nicht durch diesen richterlichen Entscheid an die Einwohnergemeinde übergeht. Es sind bei der in Frage stehenden Vermögensausscheidung die Vermögensverhältnisse und die Gemeindebedürfnisse zu berücksichtigen, wobei allerdings in Betracht fällt, dass für einzelne Gemeindezwecke Specialfonds bestehen. Der weitaus grösste Theil des Gemeindevermögens hat seiner Natur und seiner steten Bestimmung nach wirthschaftlichen Interessen zu dienen. Weder die Verfassung noch das vorliegende Beweismaterial bietet einen genauen Maassstab für die in Frage stehende Vermögensausscheidung. Die im Jahre 1871 zwischen

der Einwohner- und der Bürgergemeinde Alpnacht getroffene Uebereinkunft kann nicht als eine solche definitive Ausscheidung angesehen werden, vielmehr characterisiert sich dieselbe als einen bis zu solcher Ausscheidung normgebenden modus vivendi, was schon aus dem in fraglicher Urkunde ausdrücklich hervorgehobenen Willen der vertragschliessenden Theile hervorgeht, dass diese Vereinbarung „allen Rechten unbeschadet" getroffen werden wolle.

2. Wenn von Gütern die Rede ist, welche den Kilchern und Beisässen, resp. der Bürger- und der Einwohnergemeinde gemeinsam seien, so kann sich diese Gemeinsamkeit nur auf die Nutzniessung, nicht aber auf das Eigenthumsrecht an diesen Gütern beziehen. Letzteres ist der Corporations- bezw. Bürgergemeinde in verschiedenen Gerichtsurtheilen, zumal auch durch das Cantonsgericht unterm 11. Februar 1851 und unterm 26. Jänner 1865 ausdrücklich anerkannt worden, und zwar unter Hinweis auf eine Reihe früherer Verabkommnisse und Gerichtsurtheile. Immerhin hätte der Beweis der klagenden Partei obgelegen, dass ihr nicht ein blosses Mitbenützungsrecht, sondern das Eigenthumsrecht an diesen Gütern zustehe. Dieser Beweis kann aber mit Rücksicht auf die oben sub Ziff. 1 der Erwägungen enthaltenen Auseinandersetzungen nicht als geleistet angesehen werden. Diese Güter und ihre Ausbeute haben rein wirthschaftliche Zwecke und schon desshalb auch einen durchaus privatrechtlichen Character. Zu den verfassungsmässigen Attributen der Einwohnergemeinde stehen diese Güter in gar keiner unmittelbaren Beziehung.

3. Mit Rücksicht auf die sub Ziff. 1 der Erwägungen entwickelten Gesichtspunkte kann von einer über die dort bezeichneten Grenzen hinausgehenden Inanspruchnahme derjenigen Güter, deren Erträgnisse der Corporation ausschliesslich zufallen, für öffentliche Gemeindezwecke nicht die Rede sein. Die durch vorliegendes Urtheil festgestellte Vermögensausscheidung zwischen der Einwohner- und der Bürgergemeinde ist in dem Sinne eine vollständige und definitive, dass von nun an die Bürgergemeinde rechtlich nicht mehr genöthigt werden kann, an die Auslagen für öffentliche Zwecke der Einwohnergemeinde in anderer Weise beizutragen als das Privatvermögen.

4. Das Schulhaus hat offenbar Zwecken zu dienen, welche nunmehr in das Pflichten- und Thätigkeitsgebiet der Einwohnergemeinde eingreifen, und zwar ist es in erster Linie für Schulzwecke erstellt und bestimmt worden. Das Gebäude hat aus diesem Grunde an die Einwohnergemeinde überzugehen.

Da jedoch dasselbe seiner ursprünglichen Bestimmung nach auch für Zwecke der Bürgergemeinde benützt wurde, so rechtfertigt es sich, die frühere Eigenthümerin in ihrer Benützungsweise zu schützen, insoweit dadurch der Hauptzweck, welchem das Gebäude dient, — die Schule — nicht beeinträchtigt wird. Dem Maasse der Benützung hat auch der von den beiden Gemeinden an die Unterhaltungskosten des Gebäudes zu leistende Beitrag zu entsprechen.

5. Es ist durch verschiedene Gerichtsurtheile festgestellt, dass die Rechte der Beisassen in Alpnacht an den dortigen Genossengütern durchaus als ein Recht an fremder Sache anzusehen seien. Es ist selbstverständlich und auch im cantonsgerichtlichen Urtheil vom 26. Jänner 1865 ausdrücklich hervorgehoben, dass der Eigenthümer seine Dispositionsbefugnisse nicht in einer Weise auszuüben berechtigt ist, welche dem zur Nutzung Mitberechtigten seinen Nutzen wesentlich schmälert. Nun ist es aber Sache desjenigen, der sich über eine solche Schmälerung seines Rechtes beschwert, den Beweis zu leisten, dass dieselbe wirklich vorhanden sei. Dass durch das Eindingen von fremdem Vieh eine solche Verkümmerung des Mitbenutzungsrechtes der Beisässen bewirkt werde, geht aus dem vorliegenden Beweismaterial nicht hervor. Ebenso wäre eine Beschwerde der Beisässen wegen Abholzung von Waldungen, in welchen ihnen das Beholzungsrecht zusteht, nur dann begründet, wenn der doppelte Nachweis geleistet würde, dass eine solche Abholzung wirklich stattgefunden habe, und dass dies in einer Weise geschehen sei, wodurch die Ausübung ihres Beholzungsrechtes für die Gegenwart oder auch für die Zukunft beeinträchtigt werde. Ein solcher Beweis ist jedoch nicht einmal angetreten, viel weniger erbracht worden.

6. Sofern die Auflagen, welche von der Bürgergemeinde, resp. den Verwaltungsorganen derselben dekretiert werden, irgendwie einen onerosen Character in dem Sinne annehmen, dass dadurch den Beisässen die Ausübung ihres Servitutsrechtes wesentlich erschwert wird, müssen dieselben allerdings beseitigt werden. Einen solchen mit der vollen Ausübung ihres Rechtes unverträglichen Character derjenigen Auflagen, über welche die Beisässen sich beschweren, hätten dieselben auch nachzuweisen. Dieser Nachweis ist jedoch nicht geleistet und die Einrede der Gegenpartei ist nicht entkräftet worden, dass dadurch nur Auslagen bestritten werden, welche durch forstpolizeiliche oder derartige Verhältnisse bedingt sind, an welchen die nutzungsberechtigten Beisässen ebensowohl ein Interesse haben, als die Bürger.

7. Ueber das Eigenthumsrecht am Delliwald ist in der Uebereinkunft, welche anno 1790 anlässlich des bevorstehenden Kirchenbaues getroffen wurde, in sehr bestimmter Weise festgestellt worden, dass dasselbe für die Zukunft den Kirchgenossen, resp. der Bürgergemeinde zustehen solle. Diese Urkunde constatiert auch, dass dieser Wald schon damals den Kirchgenossen gehört habe.

8. Durch die Errichtung einer Gült auf Oberalp sind die Beisässen in keiner Weise in Ausübung ihrer privatrechtlichen Ansprüche an das Gemeindegut verkürzt worden, wesshalb für sie auch kein Grund zu daheriger Beschwerde vorhanden ist.

9. Von Seite der klagenden Partei ist nicht nachgewiesen worden, dass sie für Strassen- und Wuhrpflicht in einem die staats- und gemeindepolizeilichen Verordnungen und Verfügungen oder privatrechtliche Verpflichtungen überschreitenden Maasse in Anspruch genommen werde.

10. Das Stimmrecht über die sog. gemeinsamen Güter ist gleichbedeutend mit dem Dispositionsrecht. Lezteres hinwieder ist ein Ausfluss des Eigenthumsrechtes. Art. 43 der Bundesverfassung trifft diesfalls schon aus dem Grunde nicht zu, weil die Beisässen nicht Miteigenthümer der betreffenden Güter sind. Im Uebrigen handelt es sich hier um ein rein privatrechtliches Verhältniss. Die Nutzungen von diesen Gütern fallen nicht der Einwohnergemeinde zu, sondern den Bürgern und Beisässen.

11. Die Strafcompetenz der Korporationen ist denselben durch Art. 8 der Verfassung garantiert und durch wiederholte bundesräthliche Entscheide anerkannt worden. Diese Frage entzieht sich wegen ihrer staatsrechtlichen Natur der Beurtheilung des Civilgerichtes.

12. Mit Bezug auf den Kostenpunkt muss unterschieden werden zwischen den Begehren, welche die Einwohnergemeinde als solche zur Wahrung öffentlicher Interessen stellt, und denjenigen, welche auf privatrechtliche Interessen der nicht corporationsgenössigen Einwohner abzielen. Insofern die Process- und Gerichtskosten als durch erstere Begehren entstanden anzusehen sind, fallen dieselben der gesammten Einwohnergemeinde zur Last. Insoweit anzunehmen ist, die Kosten seien durch die privatrechtlichen Ansprüche der Einwohner verursacht worden, welche nicht der Bürgergemeinde angehören, sind sie auch durch dieselben ausschliesslich zu decken.

Zu Recht erkannt wurde

und zwar über sämmtliche Punkte mit Einmuth:

1. Die Bürgergemeinde Alpnacht ist verhalten, der dortigen Einwohnergemeinde an baarem Gelde oder sichern Werthtiteln, Fr. 25,000, schreibe fünfundzwanzigtausend Franken, aushinzugeben. Diese Summe ist von dem Zeitpunkte an zu verzinsen, wo dieses Urtheil in Kraft tritt. Dieselbe bildet einen Capitalbestand, welcher nicht vermindert werden darf, sondern von welchem nur der jährliche Zins zu verwenden ist. — Im Weitern ist der Gemeindefond als Eigenthum der Bürgergemeinde Alpnacht anerkannt.

2. Das Schul- und Gemeindehaus in Alpnacht ist Eigenthum der dortigen Einwohnergemeinde; die Bürgergemeinde hat jedoch das Recht, das Gebäude in bisheriger Weise mitzubenützen, insoweit und solange dadurch die Schulzwecke nicht beeinträchtigt werden. Die Bürgergemeinde hat an die Unterhaltungskosten in einer Weise beizutragen, welche der Benützung des Gebäudes von ihrer Seite entspricht.

3. Alle übrigen Rechtsbegehren der Einwohnergemeinde, d. h. die sub Ziff. I litt. b und d, Ziff. II litt. a, b und c, Ziff. III litt. a und b sowie die unter der Rubrik „Anmerkungen“ und „Nachtrag“ formulierten Rechtsbegehren sind abgewiesen.

4. Die durch diesen Process der Einwohnergemeinde Alpnacht verursachten Kosten sind zur Hälfte von der ganzen Einwohnergemeinde und zur Hälfte von denjenigen Einwohnern zu tragen, welche nicht der Bürgergemeinde angehören.

5. An die heutigen Gerichtskosten im Betrage von 182 Fr. 30 Rp. hat die klagende Partei 121 Fr. 52 Rp. und die beklagte Partei 60 Fr. 76 Rp. zu bezahlen.

6. Die aussergerichtlichen Kosten sind compensiert.

Sarnen den 23./27. Februar 1880.

Gegen dieses Urtheil appellierten beide Parteien.

II. Das Obergericht des Cantons Unterwalden ob dem Wald

(nachdem sich ergeben):

Zur Begründung ihrer sub I. a, b, und c gestellten Rechtsbegehren beruft sich die Klägerschaft auf Art. 71 der Cantonsverfassung und stellt im Ferneren die Behauptung auf, dass das Gemein- oder Corporationsgut die Bestimmung habe, vor-

ab den Bedürfnissen der Gesammtheit zu dienen. Vor dem Jahre 1850, als die Gesammtheit der Kilcher die politische Gemeinde bildete, seien in der Regel alle öffentlichen Bedürfnisse aus dem Gemeindegut bestritten und die einzelnen Kilcher und Beisässen nur in ganz ausserordentlichen Fällen in Mitleidenheit gezogen worden. Für diese ihre Behauptung beruft sich Klägerschaft auf den Compromiss vom 8. März 1670 betreffend Besteuerung der Bei- und Hintersässen. Diese Steueranlage sei nur durch die damalige financielle Klemme motiviert und dabei erklärt worden, dass die Beisässen in Zukunft nur im Falle ausserordentlicher Lasten zu Steuern herbeigezogen werden können. Klägerschaft beruft sich ferner auf den Compromiss von 1790 und das schiedsgerichtliche Urtheil vom 5. December 1826. Durch ersteren sei der ganze Erlös des den Herrn Kirchgenossen gehörigen Delliwaldes an den Neubau der Pfarrkirche bestimmt und durch letzteres die Losung des Hinterbergwaldes und der gänzliche Ertrag des Gemeingutes über Abzug der gewöhnlichen nothwendigen Ausgaben für Abtragung der Kirchenbauschuld angewiesen worden. Zudem finden sich in den Rechnungen über Einnahmen und Ausgaben der Kirchgenossen aus den Jahren 1833—1844 unter Anderem Ausgaben für Geistliche, Kirchenaltäre, für Erlegung eines Wolfes, für Reparaturen am Pfarrhof, für Schulhausbauten, Hebammenlehrlohn, für Feuerspritzenhaus, Feuerspritze u. s. w. Hiedurch glaube sie für die Zeit vor dem Jahre 1850 nachgewiesen zu haben, dass in Alpnacht die Gemeindegüter für die öffentlichen Gemeindebedürfnisse hafteten.

Die Mittel zu deren Bestreitung seien in der Regel in ordentlichen Einkünften, namentlich in Abgaben von Wald- und Alpnutzungen, Bussen und Zinserträgnissen gefunden worden. Im Laufe der Zeit sei auch ein Gemeindecapitalfond zusammengelegt worden, dessen Zweckbestimmung aus den Quellen, aus denen er zum grossen Theile zusammengeflossen, eruiert werden könne. Als solche werden namentlich bezeichnet: Die Bussen wegen unbefugten Holzens, Bauens, Holzverkaufens etc., die Auflagen auf Holzloose sowohl der Kilcher als Beisässen, der Erlös vom sog. Franzosen- oder Holzablagerungsplatz am Stad und von verkauften älteren Gemeindestrassen, Entschädigung für die von zwei Nidwaldnern im Hinterbergwald verübten Holzfrevel, die 14 Actien von je Fr. 700. — der Gasthofgesellschaft auf dem Pilatus für Abtretung des Bauplatzes und geliefertes Bauholz, endlich die von Herrn Holzhändler Grüter für eine Kirchenglocke vergabten Fr. 300. — a. W.

Dieser so geäufnete Gemeindefond sei bei der Bildung der Einwohnergemeinde derselben nicht übergeben, sondern von den Kilchern zur Hand genommen und in Corporationsfond umgetauft worden. Es müssen nun, weil aus dem Gemeindefond von Seiten der Bürgergemeinde nichts mehr geleistet werden wolle, ein Theil der Lehrerbesoldung, sowie die Auslagen für Unterhalt und Reparatur des Schulhauses und der Pfrundhäuser, ganz im Gegensatz zu früher, durch Steuern der Einwohnergemeinde gedeckt werden.

Anbelangend die Rechtsfrage II. behauptet die Klägerschaft: Die Beisässen haben unwidersprochen das Recht der Mitbenutzung der Rinder- und Pferdealpen, und die in neuerer Zeit vorgekommene Erhöhung des Schwendgeldes und des Hirtenlohnes sei eine unzulässige Verletzung des Compromisses von 1739. Auf die Streue von den Rinder- und Pferdealpen habe der Kilchersäckel nur Anspruch, sofern er die erlaufenen Baukosten voll und ganz bestreite, wie Art. 7 des Compromisses von 1739 es vorschreibe.

Die Bann- und Hochwälder seien zum grossen Theil von den Alpen umgeben und es habe sich die Corporationsverwaltung erlaubt, die an die Alpen anstossenden Waldstreifen abzuholzen, auf diese Art die Alpen zu vergrössern, die Wälder entsprechend zu verkleinern und die Rechte der Beisässen zu beeinträchtigen.

Das sub Ziffer 3 gestellte Rechtsbegehren begründet die Klägerschaft damit: Nachdem infolge Creierung der Einwohnergemeinden die allgemeine politische Rechtlosigkeit der Beisässen dahingefallen sei, scheine es die Consequenz zu verlangen, dass die gemeinsamen Angelegenheiten, seien sie polizeilicher oder wirthschaftlicher Natur, auch der gemeinsamen Besorgung übergeben werden, und dass somit hinsichtlich der Verwaltung und Nutzungsweise der für die Kilcher und Beisässen gemeinsamen Güter den Beisässen auch das volle Recht der Mitberechtigung und Mitentscheidung einzuräumen sei. Ein solches Recht der Niedergelassenen werde durch die Cantonsverfassung von 1867 nicht normiert, dagegen scheine dasselbe begründet zu sein durch den Art. 43 Abs. 4 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874. Durch diesen Artikel habe implicite mit dem Antheil an gewissen Gütern auch das bezügliche Stimmrecht verbunden werden wollen.

Für Beseitigung der Strafgerichtsbarkeit des Corporationsraths komme in Betracht, dass die meisten Straffälle, um die es sich vorliegend handle, Frevel am Corporationsgut betreffen. Wenn nun der Corporationsrath, der Vertreter der beschädigten

Genossenschaft, selber auch Richter sei, so handle er in eigener Sache, was nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen unzulässig und wohl auch durch Art. 58 der Bundesverfassung untersagt sei. Zudem enthalte das obwaldnerische Gesetz über das Strafrechtsverfahren die Vorschrift: „Ist eine Corporation Beschädigte oder Privatklägerin, so kommen deren active nutzniessende Mitglieder in Ausstand.“ Nach dieser Bestimmung sollte die Frage der Strafcompetenzen des Bürgergemeinderathes gar nicht mehr discutiert werden müssen.

Die Beklagtschaft bestreitet den von der Klägerschaft aufgestellten Grundsatz, dass das Gemeindegut der Bürger- und Corporationsgemeinde für öffentliche Zwecke zu haften habe. Die Bürgergemeinde von Alpnacht sei, wie wenige andre, in der Lage, die Erwerbung ihres Gemeinlandes urkundlich nachzuweisen. Gemäss der im Regierungsarchiv zu Sarnen liegenden Kaufsurkunde verkaufte Margaretha Gräfin von Strassberg und Frau zu Wohlhausen am 7. Brachmonat 1368 den Kilchgenossen zu Alpnacht alle die Stüren, Gülten, Gerichte und Rechtungen, die sie in dem Hof zu Alpnacht hatte. Dieser Kauf sei bestätigt und der Kaufpreis von den Abgeordneten der Kilchgenossen zu Alpnacht am 10. Jänner 1369 bezahlt und dafür quittiert worden.

Am 27. Herbstmonat 1427 haben sich die Kilchgenossen von Alpnacht in zwei Theile getheilt, nid dem Feld und ob dem Feld, und haben damals ihre Allmenden und Alpen, nicht aber ihre Waldungen getheilt. Nach dieser Theilung haben beide Theile besondere Einungen errichtet, welche im Laufe der Zeit sich zahlreich folgen und über die Nutzungsrechte am Gemeinland Aufschlüsse geben. Beklagtschaft citiert namentlich die Einungsbestimmungen aus den Jahren 1513, 1576, 1654 und 1637, worin die den Beisässen eingeräumten Nutzungsbefugnisse in Alpen und Waldungen enthalten seien, und führt ferner die Urtheile, Compromisse und Vergleiche an, welche sowohl über das Weidland und andern Grundbesitz, als auch über die Waldungen existieren. Aus diesen ergebe sich, dass sowohl die Gemeinalpen als die Waldungen zu Alpnacht wahres Eigenthum der dortigen Corporations- oder Bürgergemeinde seien und den Beisässen daselbst nur ein näher beschriebenes Servitutsrecht zustehe. Dieses könne niemals Beweis dafür bilden, dass die Gemeindegüter öffentliches Gut seien, gegentheils folge hieraus, dass die Gemeindegüter als Nutzungsgüter der Privaten dienen. Die Bürgergemeinde habe anerkanntermaassen den Besitz und die Verwaltung sämmtlicher im Streite liegender Objecte. Wolle die

Einwohnergemeinde vindicieren, so solle sie den Nachweis erbringen, dass diese Objecte von Anfang an oder im Laufe der Zeiten zu öffentlichen Zwecken bestimmt worden seien.

Derjenigen Fonds und Verwaltungen, welche durch die Verfassung von 1867 der Einwohnergemeinde übertragen worden seien, habe sich die Bürgergemeinde längst begeben.

Am 11./12. Hornung 1871 sei zwischen beiden Gemeinden ein Abkommniss zu Stande gekommen, wodurch einerseits die sowohl von der Bürger- als Einwohnergemeinde zur Aufbesserung der drei geistlichen Pfründen und an die Kirchenreparaturen zu leistenden Beiträge festgesetzt und andrerseits die gemeindepolizeilichen Auslagen der sämmtlichen Einwohnergemeinde überbunden worden seien. In Gemässheit dieses Abkommens habe der Bürgerrath dem Einwohnergemeinderath die Pfrundcapitalien der Pfarrhelferei- und Frühmessereipfründe ausgeliefert, ebenso die Capitalien des Kirchenfonds, der Jahrzeitstiftungen und des Lichterfonds.

Auch die Capitalien des Schulguts und der Organistenpfründe seien an Einwohnergemeinderath abgetreten worden. Sie — die Beklagtschaft — halte daher an diesem Abkommniss fest.

Anbelangend den Gemeindecapitalfond und die von der Klägerschaft angeführten Quellen, aus welchen derselbe grossentheils zusammengeflossen, müsse Folgendes bemerkt werden: die in Kilchernsäckel gefallenen Bussen rühren aus der Verwaltung der Gemeinwälder her, und das Recht zum Bussenbezug sei der Bürgergemeinde stetsfort bewilligt worden. Das Recht für Einforderung von Auflagen auf Holzloose vindiciere die Bürgergemeinde auch fürderhin, und sei dies eine im Rahmen der verfassungsmässigen Competenz sich bewegende Administrativmaassregel.

Der sog. Franzosenplatz sei durch ein Urtheil des Obergerichts vom 12. Februar 1851 der Kirchgenossengemeinde zugesprochen worden; der Verkauf von Strassenstücken sei nicht der Erwähnung werth; auf den Hinterbergwald haben die Beisässen keinen Anspruch, dieser gehöre ausschliesslich der Bürgergemeinde. Die 14 Actien der Gasthofgesellschaft auf dem Pilatus seien von der Corporation erworben worden dadurch, dass sie der Baugesellschaft einen Bauplatz und das nöthige Bauholz gab um einen Preis von Fr. 2000. — und den Mehrbetrag jener Actien in baar bezahlte. Die von Herrn Holzhändler Grüter für Anschaffung einer Kirchenglocke gemachte Vergabung sei mit dessen Zustimmung an die Orgelbaukosten verwendet worden.

Die hauptsächlichsten Einnahmen des Gemeindefonds rühren von den Genossenrechtseinkäufen vom Jahre 1532 — 1875 her, welche eine Summe von Fr. 26,781. — ergeben haben, sowie ferner von Holzerlös aus dem Schlierenwald, wo die Beisässen gar kein Nutzungsrecht haben; derselbe (Erlös) habe Fr. 12,287. — betragen.

Betreffend das in Rechtsbegehren III. prätendierte Stimmrecht der Klägerschaft, so bestehe ein solches in Angelegenheiten, welche das Gemeinland oder die genossenschaftlichen Gemeingüter überhaupt betreffen, für die Beisässen nicht. Die cantonale Verfassung von 1867 enthalte hierüber bestimmte Vorschriften.

Die Strafcompetenz der Bürgergemeinde in Hinsicht auf solche Dinge, welche mit der Verwaltung des Gemeinlandes zusammenhängen, sei verfassungsgemäss. Die neuesten Aufstellungen solcher Competenzen seien in den Verfassungen von 1850 und 1867 enthalten; ein Recurs von Nufer und Röthlin gegen die Ausübung einer solchen Strafcompetenz sei im Jahr 1868 vom schweizerischen Bundesrathe abschlägig entschieden worden.

hat in Erwägung gezogen:

A. Zum Entscheide der I. Rechtsfrage, des bezüglichen „Nachtrages“ und der „Anmerkungen“:

1. Durch die Cantonsverfassung von 1850, besonders aber durch diejenige von 1867 giengen die bis dahin den Corporationen zustehenden Rechte öffentlichen Characters: Schul- und Kirchenverwaltung, Gemeindepolizei, etc. auf die Einwohnergemeinden über. Mit diesen Rechten hatten letztere aber auch die bezüglichen Pflichten bezw. Ausgaben zu übernehmen. Aus § 70 letzter Absatz der Cantonsverfassung geht aber hervor, dass ihnen der Gesetzgeber zu diesem Behufe nicht bloss die bezüglichen Fonde anwies, sondern überdies erlaubte, das Corporationsgut für derartige Ausgaben mehr oder weniger herbeizuziehen. Nur in diesem Sinne kann § 71 der Cantonsverfassung für sich und im Vergleiche mit § 70 letzter Absatz eine ungezwungene Auslegung finden.

2. Die oben sub A zusammengezogenen Rechtsbegehren müssen theilweise als behufs Ausscheidung der zur Bestreitung öffentlicher Ausgaben bestimmten Güter von dem eigentlichen Corporationsgute, theilweise als zum Zwecke der Festsetzung

und Ausscheidung der auf der Corporation überdies gemäss § 71 der Cantonsverfassung lastenden Beitragspflichten gestellt, aufgefasst werden. Es hat demnach die Einwohnergemeinde Alpnacht den Nachweis zu leisten, dass sich wirklich zu öffentlichen Zwecken bestimmte Fonds oder Güter im Besitze der Corporation befinden. Für Ausscheidung der Beitragspflicht ist gemäss § 71, 2. Abs. der Cantonsverfassung dem Richter vorab die rechtliche Natur des Genossengutes maassgebend; hinwieder fällt die bisherige Verwendungsart je nach Zulässigkeit der veränderten Verhältnisse in Betracht.

3. Der von der klagenden Einwohnergemeinde erbrachte Nachweis, dass aus dem Corporationsfonde stetsfort verschiedene Ausgaben zu Gunsten der Einwohner, auch derjenigen, welche nicht zugleich Corporationsbürger waren, gemacht worden sind, bildet keineswegs einen genügenden Beweis, dass dieser Fond nun als öffentliches Vermögen der Einwohnergemeinde abzutreten sei. Ebensowenig ist durch die Thatsache, dass Gemeindeeinwohner, auch wenn sie nicht Bürger sind, einzelne Nutzungsrechte vom Corporationsgute besitzen, ein Miteigenthumsrecht derselben bewiesen. Könnten auch von einzelnen Einwohnern solche Miteigenthumsrechte erwiesen werden, so wären dies blosse, von den Rechten der Einwohnergemeinde als öffentlich-rechtliche Gemeinde vollkommen unabhängige Privatrechte.

4. Im Gegensatze zu dem vollständig mangelnden Beweis eines Eigenthumsrechtes von Seite der Klägerschaft hat die Beklagtschaft durch aufgelegte Urkunden bewiesen:

a) Dass die Kirchgenossen von Alpnacht unterm 7. Juni 1368 von der Gräfin Margaretha von Strassberg „alle Stiren, Gilten, Gerichte und Rechtungen, die si in dem Hof ze Alpnach hette und dass darzu old darine gehöret dass ir lidig und eigen were," gekauft haben ..... „also dass die Kirchgenossen und ir Nachkommen die vorgeschriben Stüren etc. und was darzu gehöret mit aller ehehaftige fürdarhin lidklich iemer me haben und niessen sont, besizen, besezen und entsezen und damitte tuon was si went und nach allem irem willen;"

b) dass durch Urtheil des Geschwornengerichts vom 22. April 1752, in Bestätigung früherer Acten, der Corporation das Eigenthum sämmtlicher Bann- und Hochwälder zugesprochen wurde;

c) dass gemäss Cantonsgerichtsurtheil vom 11. Februar 1851 das Eigenthumsrecht der Kilcher an den Ross- und Rinderalpen anerkannt sei;

d) dass der Corporationsfond aus Erträgnissen dieser

und anderer der Bürgergemeinde zugehöriger Güter, aus Bürgerrechtseinkäufen, Strafgeldern für Frevel am Corporationsgute u. s. w. zusammengelegt worden sei;

e) dass speciell der sog. Franzosenplatz, dessen Erlös die Einwohnergemeinde als ihr Eigenthum anspricht, durch Urtheil vom 13. Februar 1851 der Corporation Alpnacht zugesprochen wurde.

5. Das Schulhaus wird der Einwohnergemeinde durch ausdrückliche Erklärung der Corporation, soweit es Schulzwecken zu dienen hat, abgetreten. Ein weiter gehendes Anspruchsrecht kann von der Klägerschaft nicht nachgewiesen werden. Es erscheint im Gegentheil vollkommen gerechtfertigt, die Bürgergemeinde bei ihrer bisherigen Benutzungsweise zu beschützen, wobei die dem Maasse der Benutzung entsprechende Tragung der Unterhaltungskosten durch beide Gemeinden selbstverständlich erscheint.

6. Gemäss Cantonsgerichtsurtheil vom 27. Jänner 1831 sind die Alpen unwidersprochenes Eigenthum der Kilchgenossen. Ihr Erträgniss gehört also den Eigenthümern, wenn nicht von andrer Seite ein Anspruchs- oder Nutzungsrecht darauf nachgewiesen wird. Die Einwohnergemeinde hat ein solches Recht nicht nachgewiesen.

7. Wenn nun aber der Richter die bisherige Verwendungsweise des Corporationsgutes zu berücksichten hat, so geht aus verschiedenen aufgelegten Rechnungen und andern Beweismitteln hervor, dass die Corporation Alpnacht seit unvordenklichen Zeiten bedeutende Beiträge an die öffentlichen Ausgaben geleistet hat. Der Compromiss von 1670 und 1688 beweist auch, dass diese Ausgaben wenigstens grösstentheils nicht etwa blosse freiwillige, gegenüber den Beisassen gemachte Geschenke, sondern wirkliche Verpflichtungen waren. Hinwieder vermag aber die Einwohnergemeinde nicht nachzuweisen, dass das Corporationsgut über die privatrechtliche Beschränkung durch Weide etc. hinaus soweit nothwendig für öffentliche Zwecke gänzlich einstehen musste, bevor der einzelne Bürger eine weitere als die gewöhnliche Nutzung von Holz und Weide etc. erhielt. Es kann daher weder eine so weitgehende Belastung des Corporationsgutes, wie die Klägerschaft verlangt, ausgesprochen, noch eine Belastung überhaupt verneint werden. Die anno 1871 zwischen den heutigen Litiganten getroffene Uebereinkunft erhält durch die Schlussformel, dass „sie allen Rechten unbeschadet sein solle," nur den Character eines provisorischen, nicht aber eines die Corporation für alle Zukunft von ferneren Leistungen entbindenden Vertrages.

8. Weder dem Gerichte vorliegende Acten noch gesetzliche Bestimmungen enthalten die wünschenswerthen Anhaltspunkte zur genauen Fixierung der auf dem Corporationsgute lastenden Beitragspflicht. Ein Anhaltspunkt muss in der Summe der während der Herrschaft der alten Verfassung geleisteten Beträge gesucht werden, welche freilich nicht von Jahr zu Jahr die gleichen, sondern je nach den Forderungen der Umstände (z. B. beim Kirchenbau) grösser oder kleiner waren. Hinwieder muss in Betracht gezogen werden, dass in früherer Zeit weitaus der grössere Theil der Gemeindeeinwohner zugleich Bürger war, dass also die öffentlichen Ausgaben grösstentheils zu eigenen Gunsten gemacht wurden und dass auch kein Beisasse für oder gegen diese Ausgaben mindern oder mehren durfte. Wenn nun die Verfassung in vorliegendem Falle auch die veränderten Verhältnisse in Betracht gezogen wissen will, so sind solche freilich vorhanden, indem die Corporationsgemeinden als solche gegenwärtig zu den öffentlichen Ausgaben nicht nur nicht mitzusprechen haben, sondern auch speciell in Alpnacht die Corporationsbürger weitaus die Minderheit der stimmfähigen Gemeindebürger bilden.

9. Das vorliegende Actenmaterial gibt zu wenig Anhaltspunkte, um zu bestimmen, wie grosse Theile der zuzusprechenden Gesammtsumme für einzelne Zwecke z. B. Schule, Polizeiwesen etc. ausgeschieden werden sollen. Aus den vorliegenden Rechnungen erhellt indessen, dass weitaus der grösste Theil der frühern Ausgaben zu katholisch- kirchlichen Zwecken gemacht wurde, was jedenfalls bei Verwendung der durch gegenwärtiges Urtheil zuzusprechenden Summe in Betracht zu ziehen ist. —

10. Die Einwohnergemeinde hat nicht versucht nachzuweisen, dass die Corporation für die Wuhrarbeiten an den beiden Schlieren mehr zu leisten verpflichtet sei, als sie bis jetzt geleistet hat. Ebensowenig ist nachgewiesen worden, dass die Einwohnergemeinde als solche mit widerrechtlichen Wuhrlasten beschwert worden sei. Für den unentgeltlichen Bezug des Wuhrholzes sind bestimmte Wälder angewiesen. Der Beweis, dass auf andern nähergelegenen Corporationswäldern ein solches Servitut laste, wurde von der Klägerschaft nicht erbracht. Wenn die Einwohnergemeinde vorzieht, das Wuhrholz in näher gelegenen Corporationswäldern zu schlagen, so ist die Corporation vollkommen berechtigt, sich dasselbe bezahlen zu lassen.

B. Bezüglich der II. Rechtsfrage.

1. Wie schon oben nachgewiesen wurde, so steht den Beisassen auf den Rinder- und Pferdealpen ein Nutzungsrecht, nicht aber ein Eigenthumsrecht zu. Solange von diesen Nutzungsberechtigten nicht der Beweis erbracht wird, dass durch Eindingen von fremdem Vieh ihr Nutzungsrecht Schaden leide, kann der Richter nicht annehmen, dass die Corporation ihre Befugnisse als Eigenthümerin überschritten habe. Ein solcher Beweis wurde von der Klägerschaft nicht erbracht.

2. Die Forderung, dass das Streuerecht auf den Rinder- und Pferdealpen allen Einwohnern gleichmässig zugesprochen werden soll, beruht auf der irrthümlichen Annahme, dass dieselben Miteigenthümer dieser Alpen seien. Ein weiterer Beweis der Berechtigung wurde nicht zu erbringen versucht. Es ist daher auch diese Prätension abzuweisen.

3. Es wurde von der Klägerschaft wohl behauptet, aber nicht bewiesen, dass die Corporation den Beisassen ihnen zur Mitbenutzung zustehendes Waldareal durch Umwandlung in Weideland entzogen habe. Wäre dies auch der Fall, so müsste, da die Beisassen nicht Eigenthümer, sondern nur Nutzniesser sind, noch bewiesen werden, dass durch solche Umwandlung deren Nutzungsrecht wirklich geschmälert worden sei: ein Beweis, der ebenfalls mangelt.

4. Durch Uebereinkunft von 1790 wird Grund und Boden des Delliwaldes sammt dem künftigen Aufwachs der Corporationsgemeinde als Eigenthum zuerkannt, es ist also daherige Forderung der Einwohnergemeinde als eine gänzlich unbegründete abzuweisen.

C. Zur III. Rechtsfrage und bez. Nachträgen.

1. Wie schon oben angeführt wurde, so sind die Bann- und Hochwälder, Alpen, Weiden etc. Eigenthum der Corporationsgemeinde. Diese hat laut §. 75 der Cantonsverfassung ihr Gut zu verwalten, — hat gemäss frühern und spätern Gerichtsentscheiden darüber das Dispositionsrecht. Wird dieses Dispositionsrecht zum Nachtheile von Privatansprüchen ausgeübt, so ist der Geschädigte berechtigt, nach Anleitung der Cantonsverfassung sich an den Richter zu wenden; in keinem Falle hat aber der nutzniessende Beisasse ein Stimmrecht, welches mit dem Dispositionsrecht praktisch fast vollkommen identisch wäre, zu beanspruchen.

2. Durch §. 8 der Kantonsverfassung ist den Corporationen das Strafrecht über Frevel am Corporationsgute bis

auf einen gewissen Betrag zugestanden; Protestationen gegen dieses Strafrecht wurden auch von eidgenössischen und cantonalen Behörden bereits schon abgewiesen: Kein Gericht hat die Competenz, der Corporation Alpnacht dieses Strafrecht zu entziehen. Von jeher wurden daraus fliessende Strafgelder der Corporationscasse einverleibt; die Einwohnergemeinde hat auch nicht versucht zu beweisen, dass sie zu deren Bezug ein besseres Recht besitze als erstere.

3. Es wurde dem Gerichte nicht nachgewiesen, dass die Einwohnergemeinde Alpnacht, auch nicht, dass einzelne Bürger derselben für ihre berechtigten Nutzungen mit unberechtigten oder ungebührlichen Auflagen beschwert seien. Wenn gegenwärtig allenfalls höhere Taxen bezogen werden als früher, so sind die veränderten Umstände — verminderter Geldwerth etc. in Berücksichtigung zu ziehen. Der Corporation zum vorneherein für alle Zukunft die Errichtung solcher Auflagen zu verbieten, liesse sich nicht rechtfertigen, da die Möglichkeit des künftigen Eintrittes veränderter Umstände zugestanden werden muss; werden Auflagen stipuliert, die nach Ansicht der Einwohnergemeinde ungerechtfertigt sind, so steht derselben immer noch der Weg zu den Gerichten offen.

D. Bezüglich der Kosten:

Als streitende Parteien stehen heute die Einwohnergemeinde Alpnacht einerseits und die dortige Corporationsgemeinde andrerseits im Rechte. Nur diesen Parteien können Kosten auferlegt werden, nicht aber einer fingierten dritten Partei von Einwohnern, welche nicht Bürger sind. Eine solche Partei ist nicht vorgeladen, kann also weder zu einer Leistung verurtheilt, noch von einer solchen losgesprochen werden,

und daher

bezüglich der Kosten in einiger Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils

zu Recht erkennt:

I. Die Bürgergemeinde Alpnacht ist verhalten, der dortigen Einwohnergemeinde an baarem Gelde oder sichern Werthtiteln ein Vermögen im Betrage von Fr. 25,000. —, schreibe fünf und zwanzig tausend Franken, aushinzugeben. Diese Summe ist von dem Zeitpunkt an zu verzinsen, wo dieses Urtheil in Kraft tritt. Dieselbe bildet einen Capitalbestand, welcher nicht vermindert werden darf, sondern von

welchem nur der jährliche Zins zu Bestreitung der öffentlichen Bedürfnisse, wie solche der Einwohnergemeinde durch die Cantons-Verfassung von 1867 zugeschieden sind, zu verwenden ist.

Im Weitern ist der Gemeindefond als Eigenthum der Bürgergemeinde von Alpnacht anerkannt.

II. Das Schul- und Gemeindehaus in Alpnacht ist Eigenthum der dortigen Einwohnergemeinde; die Bürgergemeinde hat jedoch das Recht, das Gebäude in bisheriger Weise mitzubenutzen, insoweit und so lange dadurch die Schulzwecke nicht beeinträchtiget werden. Die Bürgergemeinde hat an die Unterhaltungskosten in einer Weise beizutragen, welche der Benützung des Gebäudes von ihrer Seite entspricht.

III. Alle übrigen Rechtsbegehren der Einwohnergemeinde d. h. die sub. Zif. I, Litt. b und d; Zif. II, Litt. a, b und c; Zif. III, Litt. a und b., sowie die unter der Rubrik „Anmerkungen" und „Nachtrag" formulierten Rechtsbegehren sind abgewiesen.

IV. Die Kosten dieses Urtheils im Betrage von 187 Fr. 90 Rp. sind zu $^3/_4$ von der Einwohnergemeinde und zu $^1/_4$ von der Bürgergemeinde zu bezahlen.

Ebenso werden die Kosten des Civilgerichts von 182 Fr. 38 Rp. zu $^4/_5$ der Klägerschaft und zu $^1/_5$ der Beklagtschaft auferlegt.

5. Als aussergerichtliche Entschädigung sind von Ersterer der Letztern Fr. 400 zu beguten.

Sarnen, den 7. und 8. Juni 1880.

(Directe Mittheilung.)

---

2. Canton Unterwalden ob dem Wald. Urtheil von Civil- und Obergericht vom 11. März und 3 April 1878.

Alpnutzungsrechte. Zulässigkeit einer Abänderung des „Einungs" durch Mehrheitsbeschluss.

Unterm 18. October 1877 revidierte der Corporationsrath der Theilsame Schwändi mit Zuzug einer weiteren Commission an Hand des Einungs vom 19. März 1876 die Alpordnung für ihre Corporation, welche dann am 4. November 1877 von der Theilengemeinde mit grosser Mehrheit genehmigt wurde.

Diese Alpordnung wich in einigen Bestimmungen der frühern gegenüber ab, weswegen Kläger und Mithafte an Hand Art. 77 der Cantonsverfasssung Anlass nahmen, die

Rechtskraft jenes Beschlusses als Minderheit gerichtlich anzufechten.

Kläger behaupten, diese Alpordnung stehe mit dem Einung in vielen Punkten zum Schaden der minder begüterten Theilern und zum Vortheil der grossen Bauern im Widerspruche.

Die Art. 17 und 19 des Einung bestimmen die Benutzung der Alpen:

a) sei das Atzungsgeld pr. Kuhschwere so festzustellen, dass die nicht alpenden Theiler eine billige Nutzung ziehen und die Auftreibenden auch ihre Rechnung finden;
b) dürfen die Alpen nur mit Vieh befahren werden, das in der Theilsame gewintert worden;
c) sollen die Alpen mit Ausnahme der Ochsenalp und der Gehrlisalp nur mit Kühen besetzt werden.

Alle diese drei Grundsätze seien von der Alpordnung verletzt. Der Nutzen der nicht alpenden Theiler sei in keinem Verhältniss. Auch der alte Grundsatz, dass nur in der Theilsame gewintertes Vieh auf den Theilenalpen gesömmert werden dürfe, sei von der Alpordnung durchbrochen. Durch die Bestimmungen, dass die fraglichen Kühe bis zum 1. Februar eigenthümliche Theilenkühe sein sollen und dass jeder Bauer auf jede Kuh ein Klafter „äusseres Heu“ hirten dürfe, gegen Bezahlung von 2 Fr. in die Theilencasse, werden eben Kühe als eigenthümliche Theilenkühe qualificiert, die nicht in der Theilsame, resp. da, aber mit fremdem Heu gewintert seien. Dahin gehöre auch die Bestimmung, dass das Weidätzen für diese Kühe vom 25. April bis 1. November ohne Absetzen frei sei.

Art. 17 der Alpordnung erlaube auch entgegen Art. 19 des Einungs auf jede Alp „etwelche Ziegen oder Schafe“ aufzutreiben und zwar mit Bewilligung des Corporationsrathes noch mehr als 5 Stück.

Nach Art. 1, 6, 8 und 10 der Alpordnung sei das Recht zu alpen nicht mehr ein Recht aller Theiler, sondern nur noch der Viehbesitzer. Nach Art. 5 werden nicht alle Genossen zur Bewerbung um die Alpen zugelassen, sondern nur die in Bauersamen von 34 Kühen zum Voraus geordneten Theiler. Die kleinern Bauern seien dadurch von den grössern expropriiert. Diese Bestimmung könne nicht bestehen, obschon sie auch in der letzten Alpordnung enthalten war.

Klägerschaft stellte daher unterm 19. Januar 1878 folgendes specielle Rechtsbegehren:

A. Die von der Mehrheit der Theilsame Schwändi am

4. November 1877 beschlossene Alpordnung sei in folgenden Punkten aufzuheben:

a) in Art. 1, 6, 8 und 10 bezüglich des Satzes, dass nur wirkliche Viehbesitzer zu alpen berechtiget seien;

b) bezüglich des ganzen Art. 5 (Bildung von sog. „Bauersamen", welche eine Alp beziehen können);

c) in Art. 3 der Sätze:

1) dass mit den Kühen, die Einer alpen wolle, das Weidätzen ausser der Theilsame vom 25. April bis 1. November ohne Absetzen frei sei;

2) dass die Kühe, die Einer alpen will, jedes Jahr bis 1. Februar eigenthümliche Theilenkühe sein müssen, und

3) dass Einer mit solchen Kühen ein Klafter äusseres Heu hirten dürfe.

d) bezüglich des ersten Satzes von Art. 17.

B. Die am 8. November vorgenommene Verloosung der Alpen der Theilsame Schwändi sei aufgehoben.

C. Beklagte tragen die sämmtlichen Kosten.

Die Beklagtschaft dagegen stellte folgende Behauptungen auf:

Die Alpen der Theilsame Schwändi gehören als ein Theil des Corporationsvermögens der Gemeinde (Theilsame Schwändi) an, was die Klägerschaft selbst annehme. Als solcher stehe ihr das Recht der Verwaltung und zum Erlass von Verordnungen, bezw. das Dispositionsrecht zu (Cantonsverf. § 75 und Einung § 15). Im Sinn des letztern erlasse die Theilsame jeweilig auf die Dauer von bestimmten Jahren zeitgemässe sachbezügliche Verordnungen zur Förderung des gemeinen Nutzens. Die angefochtene Verordnung sei vorläufig auf die Dauer von vier Jahren erlassen, statuiere in Art. 1 kein bleibendes Recht, sondern halte nur die Verbesserung und Hebung der Alpwirthschaft im Auge, worauf die §§ 12, 13, 2, 3, 16 und 19 der Alpordnung sich namentlich beziehen, und bezwecke damit die Bildung und Unterstützung des bäuerlichen Mittelstandes. Dafür spreche die Verfügung, dass das Alpen dem Armen mit einer Kuh, dem Begüterten dagegen nicht mit mehr als sechs Kühen möglich sei (Art. 6 gl. Verordn.).

Diese Verfügungen seien in wohlerwogenem Interesse der Theilsame und zur Hebung deren Viehstandes getroffen worden, zumal gegensätzliche Anschauungen gehoffte Resultate nicht erzielt und nebst privaten Unzukömmlichkeiten namentlich den Umstand der Verminderung des Viehstandes und somit auch des Theilsamereichthums hervorgerufen haben.

In Frage gestellte Alpordnung sei sub 4. November mit allen gegen zwei Stimmen sanctioniert und heutigen Process zu bestehen sub 2. Februar von der Corporationsversammlung einmüthig beschlossen worden.

Der Gemeindebeschluss, resp. die Alpordnung sei daher aufrecht zu erhalten, weil durch diesen Beschluss keine Privatrechte verletzt und dadurch nur die Art und Weise der Nutzung bestimmt werde. Keiner werde verlangen, dass ihm der Ertrag der Alpung in natura gegeben werde, wenn er als Nichtviehbesitzer solchen nicht brauchen könne. Als Aequivalent werden 9 Fr. demjenigen vorausbezahlt, der nicht alpe, und heute angefochtener Grundsatz sei in den verschiedenen Alpordnungen seit 1783 abwechselnd oftmals zur Geltung gelangt. Derselbe bestehe selbst in den meisten Gemeinden des Landes.

Durch die Bestimmung der „bauernsameweisen" Verloosung sei lediglich ein organisatorisches Mittel im Sinne angedeuteten Zweckes gefunden worden, das schon in verschiedenen Alpordnungen der Theilsame, wie auch in solchen andrer Gemeinden, Anwendung gefunden habe und niemals bestritten worden sei. Das Dispositionsrecht der Theilsame halte das öffentliche Wohl der ganzen Gemeinde im Auge und es seien desswegen auch bezüglich des Weiderechtes von Pferden und Schmalwaare und betreff der Benutzung von Allmend und Alp eingreifende Verfügungen getroffen worden.

Durch angefochtene Alpordnung werden keine Grundsätze des Einungs umgestossen, § 15 des Einungs erlaube nur minder wichtige Ausnahmen, das Weideäzen sei im Einung nirgends verboten und dasselbe liege der örtlichen Lage und der Bodenbeschaffenheit der Gemeinde wegen durchaus nicht im Interesse der Landeigenthümer. Ein Verhältniss, das in den übrigen Gemeinden nicht so vorwiegend vorkomme.

Durch die Fristbestimmung auf 1. Februar sei eingeschlichenen Gesetzesumgehungen ein Ziel gesetzt worden.

Mit der Bestimmung wegen Einführung eines Klafter Heus per Kuh sei das sog. Absetzen verboten und damit noch mehr im allgemeinen Interesse gehandelt worden, weil ehedem in Sache Inconvenienzen eingetreten, die damit zu verhindern gesucht werden.

Gegen eine Alpverloosung seien von der Klägerschaft innert guter Frist keine gesetzlichen Schritte gethan worden.

Aus diesen Gründen resumiert Beklagtschaft ihr Verlangen dahin:

1) die Rechtsfrage sei zu verneinen,

2) in keinem Falle sei für das laufende Jahr eine andre Verloosung vorzunehmen, und

3) die Klägerschaft sei zu Tragung aller Kosten und zu gebührender Entschädigung zu verpflichten.

Dies die im obergerichtlichen Urtheil gegebene Darstellung des Thatbestandes.

Wir lassen nun die Urtheile folgen.

I. Das Civilgericht des Cantons Unterwalden ob dem Wald

hat

in Streitsache des Peter Herrlig für sich und Mithaften als Theilenberechtigte der Theilsame Schwendi mit Fürsprech Herrn Grossrath Dr. Weibel von Lucern, Kläger,

gegen

Herrn Theilenvogt Burch Namens der Theilsame Schwendi mit Fürsprech Herrn Cantonsrath Dr. Peter Ming von Sarnen, Beklagte,

über die Rechtsfrage:

Ob die Beklagte rechtlich verpflichtet sei, die letzthin von der Mehrheit der Theiler angenommene Alpordnung aufzuheben, oder sie entsprechend abzuändern, indem selbe gegenüber dem Einung unstatthafte Bedingungen und weitere Unbilligkeiten auf- und angenommen haben? Alles unter Kostenfolge,

nach Anhörung der beidseitigen Vorträge und Ablesung der bezüglichen Acten in Erwägung gezogen:

1) Die Beklagtschaft behauptet zwar, es seien die Kläger gar nicht in der Lage, sich darüber zu beschweren, dass die Alpordnung der Theilsame Schwendi vom 4. November 1877 den Nichtviehbesitzern nicht gestatte, an der Alpverloosung Theil zu nehmen; denn die beiden Kläger seien Viehbesitzer und desshalb zur Theilnahme an der Alpverloosung berechtigt, mithin können sie durch die angefochtene Bestimmung in ihren Rechten und Interessen nicht verletzt worden sein. Diese Behauptung ist jedoch unstichhaltig und zwar aus doppeltem Grunde: denn

a. es könnte die Alpordnung unter Umständen die Rechte des kleinen Viehbesitzers zu Gunsten des grossen Viehbesitzers beeinträchtigen, und zudem stipuliert die eingeklagte Alpordnung für Jeden, der nicht mit der vollen Zahl von 6 Kühen die Alpen benutzt, eine Entschädigung, welche sich nach der

Zahl der von ihm nicht beanspruchten Alpplätze richtet; es hat also jeder Theiler ein Interesse daran, ob diese Entschädigung als ein genügendes Aequivalent für den Alpplatz anzusehen sei oder nicht;

b. es ist jedenfalls anzunehmen, dass jedes Mitglied einer Corporation berechtigt sei, Mehrheitsbeschlüsse der letzteren anzufechten, wenn es dieselben für unbillig und unzweckmässig hält, auch wenn der betreffende Corporationsgenosse persönlich unter den wirklich bestehenden Verhältnissen durch fragliche Beschlüsse gar nicht ungünstiger gestellt wäre. Denn die Verhältnisse eines Corporationsbürgers können sich im Laufe der Zeit anders gestalten. Ueberhin hat jeder Corporationsbürger ein unmittelbares Interesse daran, dass durch die Benützung des Corporationsgutes Niemand in seinem Rechte beeinträchtigt werde, und er kann dieses Interesse gerichtlich geltend machen, auch wenn diese Beeinträchtigung ihn persönlich durchaus nicht berührt.

2) Es kann nun allerdings im Hinblick auf Art. 77 der Cantonsverfassung [1]) die Frage aufgeworfen werden, ob die vorwürfige Angelegenheit in die Competenz der administrativen oder der richterlichen Behörden falle. Für die Competenz der Gerichte spricht jedoch Absatz 2 und 4 des angeführten Verfassungsartikels. Es handelt sich um den Entscheid der Frage, ob durch die eingeklagte Alpordnung die Privatrechte einzelner Corporationsgenossen oder einer Categorie von Corporationsgenossen verletzt werden. Wenn in Art. 77 Absatz 3 der Cantonsverfassung dem Regierungsrathe die Befugniss beigelegt wird, Zwistigkeiten zu entscheiden, welche sich im Schoosse einer Corporation erheben, so hat dies offenbar Bezug auf Beschwerden über Verletzung formeller Bestimmungen der

---

[1]) Art. 77 Abs. 2: »Glaubt eine Minderheit oder wer immer Grund zu haben, über einen Beschluss der Einwohner- oder Bürgergemeinde oder der Corporationsversammlung wegen Verletzung gesetzlich zugesicherter oder ansonst zustehender Privatrechte sich zu beklagen, so kann die Rechtskraft jenes Beschlusses von betheiligter Seite gerichtlich angefochten werden. Abs. 3: Glauben hinwieder Gemeindegenossen Grund zu haben, sich über einen Beschluss zu beklagen, der ein allgemeines Interesse der Gemeinde oder einer Abtheilung derselben zum Gegenstande hat, wie die Verletzung der gesetzlichen oder reglementarischen Vorschrift bei der Fällung eines Beschlusses oder bei einer Wahl, über Erhebung oder Vertheilung einer Steuer und dgl., so haben sie sich mit einer Beschwerde an den Regierungsrath zu wenden« etc. Abs. 4 lässt, wenn sich Anstände erheben, ob ein Streitfall vor den Regierungsrath oder die Gerichte gehöre, den Regierungsrath diese Vorfrage entscheiden, jedoch in der Meinung, dass wenn die Natur des Streitfalls ernstlich zweifelhaft ist, eher gerichtliche Ueberweisung an den Civilrichter stattzufinden habe.

Gesetze oder Statutarrechte, oder auf Schlussnahmen, welche die den Corporationen verfassungsgemäss zustehenden hoheitlichen Befugnisse betreffen, z. B. Steuerbezug und dergl. Im vorliegenden Falle aber handelt es sich um Verfügungen von materiellrechtlicher Tragweite und um Feststellung des Anspruchs der Corporationsgenossen auf Theilnahme am Corporationsvermögen.

3) Bei Beurtheilung der einzelnen Punkte, in denen die mehrerwähnte Alpordnung angefochten wird, kommt es hauptsächlich darauf an, ob dieselben im Widerspruch stehen mit dem Einung der Theilsame Schwendi oder nicht; denn der Einung steht über der Alpordnung, letztere ist eine im Einung vorgesehene Vollziehungsverordnung über einzelne Einungsbestimmungen. Der Einung bildet das bleibende Statutarrecht der Corporation und kann nur auf dem genau festgestellten Wege revidiert werden. Die Alpordnung enthält nur Bestimmungen über die Benutzung eines Theiles des Corporationsvermögens, welche nach Ablauf einer kurzen Frist wieder abgeändert werden können innert den Schranken, die diesbezüglich durch den Einung gezogen sind. Wenn der Einung Grundsätze aufstellt, mit denen die Klägerschaft nicht einig geht, so kann doch darauf schon desshalb nicht eingetreten werden, weil die zur Anfechtung fraglicher Einungsbestimmungen verfassungsgemäss anberaumte Frist längst abgelaufen ist.

4) Wenn die Alpordnung feststellt, dass nur die viehbesitzenden Theilgenossen um die Alpen loosen können, so steht diese Bestimmung mit dem Einung durchaus im Einklang, denn der letztere unterscheidet in Art. 17 in sehr bestimmter Weise zwischen den „alpenden und den nicht alpenden Theilern“ und spricht den letztern ein billiges Alpgeld zu. Nun spricht aber die Natur der Sache dafür, dass die letztere Categorie aus denjenigen Theilern bestehe, welche kein Vieh besitzen. Wenn letzere von der Alpverloosung ausgeschlossen werden, so geschieht dies in Anwendung des der Theilsame zustehenden Dispositionsrechtes. Da das Eigenthumsrecht am Corporationsgut bei der Theilsame in ihrer Gesammtheit und nicht bei den einzelnen Theilern steht, so können letztere nicht über Rechtsverletzung klagen, wenn ihnen nicht der entsprechende Bruchtheil vom Nutzen zugewendet wird, der aus jedem einzelnen Bestandtheile des Corporationsvermögens gezogen wird, sondern es läge eine Rechtsverletzung nur dann vor, wenn denjenigen kein genügendes Aequivalent geboten wäre, welche von einem einzelnen Bestand-

theile des Corporationsvermögens ausgeschlossen sind, und wenn nebstdem dieses Vermögen nicht in einer die allgemeinen Interessen der Corporation fördernden Weise benützt würde. Im vorliegenden Falle könnte es sich also fragen, ob das Alpgeld für die Nichtviehbesitzer als ein entsprechendes Aequivalent angesehen werden könne. Wenn nun aber die Klägerschaft das Gegentheil behauptet, so ist sie für diese Behauptung beweispflichtig. In dem vorliegenden Actenmaterial aber ist der Beweis nicht enthalten, dass die bezüglichen Bestimmungen der Alpordnung eine ungebührliche Begünstigung des viehbesitzenden gegenüber dem nichtviehbesitzenden Theilengenossen in sich schliessen. Noch weniger ist der Beweis dafür erbracht, dass der gemeine Nutzen gefördert würde, wenn die Nichtviehbesitzer ebensogut wie die Viehbesitzer um die Alpen loosen könnten. Von einer Expropriation der Nichtviehbesitzer zu Gunsten der Viehbesitzer kann schon desshalb nicht die Rede sein, weil der Alpzins in die Corporationscasse fällt und weil auch von den Klägern nicht behauptet wurde, es sei dieser Zins nach einem unbilligen Maassstab festgesetzt worden.

5) In der Bestimmung, dass die Alpen bauernsammenweise zu benützen seien, kann jedenfalls keine Verletzung von Privatrechten gefunden werden; dieselbe gilt für alle in gleicher Weise, welche die Alpen benutzen. Ob dieselbe durch Rücksichten der Zweckmässigkeit begründet sei, darüber steht der Entscheid jedenfalls nicht bei den Gerichten.

6) Wenn Art. 3 Absatz 2 der Alpordnung feststellt, dass das auf die Alp aufzutreibende Vieh bis zum 1. Februar des betreffenden Jahres in das Eigenthum eines Theilgenossen übergegangen sein müsse, so ist diese Bestimmung insofern lückenhaft, als nicht gesagt ist, ob bis zu dem angegebenen Zeitpunkt ein Stück Vieh auch ausser der Theilsame gewintert werden könne oder nicht. Erstere Auffassung würde jedoch im Widerspruch stehen mit Art. 17 des Einungs, welcher verlangt, dass die Theilenalpen nur mit in der Theilsame gewintertem Theilenvieh befahren werden dürfen.

7) Die in Art. 3 Absatz 3 enthaltene Bestimmung, wodurch das Weidätzen ausser der Theilsame mit den Kühen, welche man auf die Alp treiben will, vom 25. April bis 1. November gestattet wird, widerstreitet keiner Vorschrift des Einungs; auch ist nicht einzusehen, wie durch diese Vergünstigung das gemeine Wohl oder die Privatrechte Einzelner verletzt werden könnten. Ueber die Zweckmässigkeit derartiger Verfügungen, welche eine Corporation in formell

gesetzmässiger Weise trifft, hat sie sich vor den Gerichten nicht zu verantworten.

8) Da Art. 17 des Einungs ausdrücklich vorschreibt, es dürfen die Alpen nur mit solchem Vieh befahren werden, welches in der Theilsame gewintert worden sei, und da dieser Art. im Wege von Verordnungen Vollmacht zu Begünstigungen dem Corporationsrathe nur in Einzelfällen einräumen will, so geht die Bestimmung zu weit, dass für jede Kuh ein Klafter äusseres Heu verwendet werden dürfe; denn was der Einung nur als Ausnahme für bestimmte Fälle und nur auf specielle Bewilligung des Corporationsrathes gestatten will, stellt die Alpordnung in umfassender Weise als Regel auf, ohne eine mit der Vorschrift specieller Bewilligung verbundene Würdigung des Einzelfalles zu fordern.

9) Wenn Art. 19 des Einungs gestattet, dass durch die Alpordnung auch der Auftrieb von Ziegen und Schafen als minderwichtige Ausnahme bewilligt werde, so ist es eine zu weit gehende Anwendung dieser Einungsbestimmung, wenn Art. 17 der Alpordnung es jeder Bauersame überlässt, 5 Stück Ziegen oder Schafe auf die Alp zu treiben, und überdies dem Corporationsrathe noch die Befugniss zu weitergehender Bewilligung einräumt.

10) Wird nun auch durch dieses gerichtliche Urtheil die eingeklagte Alpordnung in einzelnen Bestimmungen aufgehoben oder beschränkt, so liegt darin noch kein Grund, eine neue Alpverloosung vorzunehmen, indem sich die Bestimmungen dieses Urtheils auf weniger wesentliche und namentlich nicht auf solche Punkte beziehen, welche das Recht zur Theilnahme an der Verloosung regulieren. Zudem haben die heutigen Kläger keine Schritte gethan, um die Verloosung zu verhindern, bezw. aufzuschieben. Da die Verloosung, wie auch von den Klägern nicht bestritten wird, in formell gehöriger Weise vorgenommen wurde, so haben nun diejenigen, welche sich im Besitze eines Looses befinden, das Recht auf die Benützung des betreffenden Alpplatzes erworben, und es könnte ihnen dasselbe nur dann abgesprochen werden, wenn sie selbst zur Theilnahme an der Verloosung nicht berechtigt gewesen oder wenn Andere unberechtigterweise von derselben ausgeschlossen worden wären.

11) Im vorliegenden Processe handelt es sich keineswegs um Rechte an den Alpen, sondern es handelt sich nur um eine über die Benutzung derselben getroffene Verordnung, welche sich nur auf den Zeitraum von 4 Jahren erstreckt und nach Abfluss dieser Zeit innert den Schranken der Dis-

positionsbefugniss, welche der Corporationsgemeinde zusteht, abgeändert werden kann.

Zu Recht erkennt:

1) Das klägerische Rechtsbegehren wird abgewiesen, insofern dasselbe Aufhebung des Grundsatzes bezweckt, dass nur wirkliche Viehbesitzer „zu alpen“ berechtigt seien.

2) Art. 5 der Alpordnung wird aufrecht erhalten.

3) Art. 3 Absatz 2 der Alpordnung wird in dem Sinne aufrecht erhalten, dass die auf die Alpen zu treibenden Kühe sich den ganzen Winter über in der Theilsame befunden haben und am 1. Februar in das Eigenthum eines Theilengenossen übergegangen sein müssen.

4) Die Bestimmung über das Weidätzen ausser der Theilsame ist aufrecht erhalten.

5) Die Bestimmung, dass eine auf die Alp zu treibende Kuh mit einem Klafter äusseren Heues gefüttert werden dürfe, ist aufgehoben. Dagegen steht dem Corporationsrathe in Einzelfällen die Befugniss zu Begünstigungen bezüglich zu verwendenden äusseren Heues im Sinne des Einungs zu.

6) In Art. 17 werden die Worte gestrichen: „dürfen aber ohne Bewilligung des Corporationsrathes nicht 5 Stück übersteigen.“

7) Es hat in Folge dieses Urtheils keine neue Verloosung der Alpen stattzufinden.

8) An die Gerichtskosten im Betrage von Fr. 102. 70 hat die Klägerschaft Fr. 76. 70 und die Beklagtschaft Fr. 26 zu bezahlen.

9) Die Klägerschaft hat an die Beklagtschaft für Kosten und Mühewalt Fr. 10 zu bezahlen.

Sarnen, den 11/12. März 1878.

Gegen dieses Urtheil appellierten beide Parteien, die beklagte zog aber die Appellation rechtzeitig zurück.

II. Das Obergericht des Cantons Unterwalden ob dem Wald

(in obiger Streitsache)

hat zunächst folgende Momente in Erwägung gezogen:

1) Die der Theilsame oder Corporation „Schwendi“ zugehörigen Alpen bilden unbestrittenermaassen einen wesent-

lichen Bestandtheil des Gemeindeeigenthums, welch letzteres theils durch unvordenklichen Besitz geheiligt, theils durch nachweisbare Käufe erwiesen ist.

2) Schon eine constante, über Menschengedenken weit hinausgehende Uebung, aber noch mehr klare unzweideutige Bestimmungen unserer Verfassung von 1867 (so namentlich Art. 10 Absatz 1 und Art. 75) legen nun aber das Verfügungsrecht über das Gemeindeeigenthum in die Competenz der Gemeinden oder Corporationen, welchen dieses Eigenthum zugehört, wobei allerdings in der Verfassung eine wohl selbstverständliche Bestimmung enthalten ist, dass eine Minderheit gegen Gemeindebeschlüsse, welche nach ihrer Ansicht ihre wohlerworbenen Rechte und Ansprüche am Gemeindegute oder auch Privatrechte verletzen, den richterlichen Entscheid anrufen kann.

3) Kläger stehen daher heute, indem sie die Alpordnung vom 4. November 1877 anfechten, formell auf einem gesetzlichen Boden, und es kann ihnen die Legitimation zur Sache nicht bestritten werden, dagegen ist nun aber vom Richter zu prüfen, ob ihre Beschwerde auch materiell begründet sei, oder mit andern Worten: ob die Einwendungen, welche sie gegen die Alpordnung erheben, von solcher Tragweite seien, dass sie ihre Einsprache gegen diese Alpordnung begründen, und ein richterliches Einschreiten gegen selbe nöthig machen.

4) Letzteres ist nun aber bis auf einen kleinen untergeordneten Punkt nicht der Fall:

denn

ad A. der detaillierten Rechtsfrage:

1) Ob jeder Theiler oder nur wirkliche Viehbesitzer um die Alpen loosen dürfen?

so fällt hier in Betracht, dass die Mehrheit der Theilsame in Folge des ihr, wie oben ausgeführt, über die Alpen zustehenden, verfassungsgemässen Dispositionsrechtes, sowie kraft des Statutarrechtes der Gemeinde, Art. 15 und 17 des Einungs von 1876, an das Verlehnen oder Ueberlassen der Alpen zur Benutzung Bedingungen oder Vorschriften knüpfen darf, die sie im Interesse der Gemeinde erachten, vorausgesetzt, dass dadurch nicht ein Theil der Theiler auf Unkosten des Andern an der Participation des aus dem Besitze des Gemeindegutes resultierenden Nutzens beeinträchtiget wird, beziehungsweise dem einen Theiler zum Nachtheile des Andern der Mitgenuss dieses Nutzens — sei es in natura, sei es in einem Aequivalent an Geld oder Geldeswerth nicht verunmög-

licht wird. Im vorwürfigen Streitfalle hat nun aber die Klägerschaft den Beweis nicht erbracht, dass jene, welche, weil nicht Viehbesitzer, um die Alpen nicht loosen konnten, dadurch erheblich geschädigt werden, zumal sie dafür eine Entschädigung an Geld erhalten. Zum Ueberflusse kommt hiezu noch die unbestrittene Thatsache, dass eine ähnliche Bestimmung, wie die gegenwärtige Alpordnung (Ausschluss vom Alpen der Nichtviehbesitzer) auch schon in frühern Alpordnungen enthalten war, ohne dass nicht alpende Theiler hiedurch in ihren Rechten sich verletzt gefunden haben.

Ad 2 der Rechtsfrage:

Ob Bildung einer Gesellschaft oder sog. „Bauersame" zum gemeinsamen Bezuge einer Alp nach Art. 5 nicht aufzuheben sei?

Eine derartige Bestimmung in einer Alpordnung ist offenbar ein Ausfluss des Verfügungsrechtes über das Gemeindeeigenthum, welche Bestimmung solange nicht beanstandet werden kann, als deren Schädlichkeit nicht nachgewiesen ist. Wenn nun die beklagte Theilsame behauptet: gemachte Erfahrungen haben den Vortheil und die Zweckmässigkeit der Bildung einer solchen Vereinigung zum gemeinsamen Alpbezuge dargethan, und wenn von den Klägern der Nachtheil einer solchen nicht nachgewiesen und ebensowenig auch der Beweis erbracht werden konnte, dass einem Viehbesitzer auf chicanöse Weise der Eintritt in eine solche Vereinigung verwehrt worden sei, so liegt für den Richter kein Grund vor, eine solche Bestimmung aufzuheben.

Ad 3. Ob Kühe, mit welchen Einer alpen will, bis 1. Februar eigenthümliche Theilenkühe sein müssen, und ob Einer mit solchen Kühen ein Klafter äusseres Heu hirten dürfe? und ob ferner das Weidätzen ausser der Theilsame vom 25. April bis 1. November ohne Absetzen zu gestatten sei.

Die ersten zwei Fragen wurden bereits vom Civilgerichte im Sinne der Kläger erlediget, und es wurde von dem Beklagten das erstinstanzliche Urtheil nicht appelliert, somit bleibt es bei dem bezüglichen Dispositive des Civilgerichts.

Anbelangend das Weidätzen ausser der Theilsame, so fällt hier in Betracht, dass der Einung, dessen Bestimmungen bei Erlass der Alpordnung zu beachten waren, allerdings von Weideätzen nichts sagt, mithin in dieser Beziehung die Alpordnung frei sich bewegen konnte, dass derselbe aber in Art. 17 die ausdrückliche Bestimmung enthält: „Der alte

Grundsatz, dass die in und ausser der Theilsame sich befindenden Theilenalpen nur mit in der Theilsame gewintertem Vieh befahren werden dürfen, bleibt aufrecht erhalten," — aus welcher Bestimmung klar zu entnehmen ist, dass nur das Weidätzen, nicht aber das Hirten mit Heu ausser der Theilsame frei gegeben werden wollte. Nun aber ist bei den topographischen Verhältnissen des grösseren Theils der Theilsame Schwändi nicht anzunehmen, dass in gewöhnlichen Jahren schon bis 25. April die Kühe dort auf die Weide getrieben werden können, selbe mithin in diesem Falle bereits zu einer Zeit der Heufütterung entzogen würden, wo solches jedenfalls in dem grössern Theile der Theilsame nicht möglich wäre, wodurch hinwieder der dortige Heuconsum vermindert und folgerichtig auch der Heu verkaufende Güterbesitzer benachtheiliget würde, was gegen Sinn und Geist des Einungs wäre; dass dagegen in normalen Jahren vom 30. April an (Mai-Abend) ein solches Weidätzen auch in der Theilsame Schwändi als möglich und üblich angenommen werden darf;

Anbelangend das

4. Rechtsbegehren: dass der erste Satz in Art. 17 der Alpordnung aufgehoben werde, so fällt hier in Betracht: dass laut Art. 19 des Einungs alle Alpen — ausser „Ochsenalp und Gehrlisalp" — nur mit Kühen besetzt werden dürfen, wobei allerdings „minderwichtige Ausnahmen von der Regel durch die jeweilige Alpordnung festgesetzt werden können." Wenn nun aber diese Alpordnung in Art. 17 besagt: „der Bauersame ist überlassen, etwelche Ziegen oder Schafe in den Theilenalpen zu sömmern, dürfen aber ohne Bewilligung des Corporationsrathes nicht fünf übersteigen," so geht diese Bestimmung offenbar zu weit, indem sie schon als Regel mit fünf Ziegen oder Schafen zu alpen gestattet und überhin noch das Ueberschreiten dieser Zahl in die Competenz des Corporationsrathes legt. Mit Recht behaupten daher Kläger, dass durch eine solche Bestimmung die im Einung nur als ausnahmsweise Begünstigung aufgestellte Regel überschritten wird. Es hat aber auch die Beklagte das bezügliche Dispositiv des Civilgerichts, welches der Anschauung der Kläger Rechnung trägt, nicht appelliert, und es hat somit bei dieser Abänderung mit einer Verdeutlichung der dort undeutlichen Redaction zu verbleiben.

Anbelangend das zweite Hauptbegehren der Kläger: „dass die am 8. November abhin vorgenommene Verloosung der Alpen — der vorgerückten Zeit halber dieses Jahr in

Kraft bleiben möge, dann aber für das Jahr 1879 und folgende aufgehoben werde," so ist ein solches Begehren mit Rücksicht darauf, dass diese Verordnung in allen wesentlichern und wichtigern Bestimmungen vom Richter aufrecht erhalten wurde und dass die untergeordneten wenigen Abänderungen auf die vorgenommene Ausloosung gar keinen Einfluss haben, als völlig unbegründet zu bezeichnen.

Hinsichtlich endlich des letzten Begehrens der klägerischen Partei, „dass die Beklagten sämmtliche Kosten zu tragen haben", so widerstreitet es aller Billigkeit und Processpraxis, dass die verlierende Partei, welche kein Mandat zur Processführung von einem Andern erhalten hatte, nicht die Kosten des Processes zu tragen habe, zumal solche in vorliegendem Streitfalle den Process nicht für, sondern gegen die Theilsame und deren competent gefassten Beschlüsse geführt hat. Dagegen ist es allerdings nur ausnahmsweise üblich, dass ein Gericht, wenn bei einem nicht ganz einseitig entschiedenen Processe beiden Parteien Gerichtskosten in grösserer oder geringerer Quote auferlegt werden, dennoch der mehr verlierenden zu Gunsten der weniger verlierenden Partei eine Parteientschädigung auferlegt. Aus diesem Grunde rechtfertigt es sich denn auch, wenn die erstinstanzlich den Klägern auferlegte Parteientschädigung aufgehoben wird. Hinsichtlich der heutigen Gerichtskosten, so repartieren sich dieselben im Verhältniss des gerichtlichen Entscheides über die Rechtsfragen, und es können dieselben der Beklagten nicht höher als zu $^1/_5$ auferlegt werden mit Rücksicht darauf, dass sie eigentlich nur betreffend die etwas grössere Beschränkung des erlaubten Weidätzens ausser der Gemeinde in etwas unterlegen ist, dagegen aber hinsichtlich der drei Hauptbegehren (Beschränkung des Alpens auf die Viehbesitzer, Bildung von „Bauersamen" und Cassation der letzten Alpverloosung) bei der von ihr erlassenen Alpordnung geschützt worden ist,

Hinsichtlich der letztbezeichneten drei Hauptfragen mit Einmuth, im übrigen mit Mehrheit

zu Recht erkennt:

I. Die Alpordnung vom 4. November 1877 bleibt bis zu deren Ablauf oder Abänderung durch die zuständigen Gemeindebehörden richterlich geschützt, — mit Ausnahme der Dispositive 3 und 4 des civilgerichtlichen Urtheils, ferner der Bestimmung, dass das Weidätzen ausser der Gemeinde nur vom 30. April (statt vom 25. April an) bis 1. November gestattet sein soll, und endlich der Bestimmung, dass in einer

Alp nur 5 Ziegen oder Schafe gehalten werden dürfen und eine weitere Begünstigung durch den Corporationsrath unzulässig wäre.

II. Hinsichtlich der Gerichtskosten bei dem Civilgerichte bleibt es bei der von diesem Gerichte festgesetzten Repartition, soweit es die eigentlichen Gerichtskosten anbelangt, dagegen wird die Parteientschädigung von 10 Fr., welche die Kläger der Beklagten zu bezahlen gehabt hätten, aufgehoben.

III. An die heutigen Gerichtskosten von Fr. 127. 70 haben die Kläger $^4/_5$ und die Beklagten $^1/_5$ zu bezahlen. Die Parteikosten sind wettgeschlagen.

Sarnen, den 3/5. April 1878.

(Directe Mittheilung.)

Schweizerische Rechtspflege.

(Fortsetzung.)

---

3. Canton Neuenburg. Urtheile des Civilgerichts Locle und des Appellhofes vom 8. März und 5. Juni 1878.

Frauenverein für Armenunterstützung. Rechtliche Natur desselben.

In Ponts bestand ein Frauenverein für Armenunterstützung, le comité de couture des Ponts, als Privatgesellschaft zu wohlthätigem Zweck, ohne officiellen Character. Er unterstützte alle Armen des Ortes ohne Rücksicht auf Confession und Nationalität, und erhielt seine Mittel durch Geschenke und Vermächtnisse, Beiträge der Mitglieder und Collecten, und bisweilen durch Subventionen des Consistoire des Ponts. Nach der Trennung, die sich 1873 in der Neuenburger Kirche vollzog, entschied der Staatsrath von Neuenburg, dass das Vermögen dieses Comites Eigenthum der Pfarrgemeinde der Nationalkirche sei und unter die Verwaltung des Collegiums der Aeltesten fallen solle. Dieser Beschluss wurde durch den Präfecten von Locle dem Comite mitgetheilt und der Ehemann der Vorsteherin des Vereins, Robert-Sandoz, übermittelte dem Präfecten die Titel im Betrag von Fr. 6993. 40, die derselbe dem Pfarrer der Nationalkirche zu Ponts als Präsidenten des Collége des Anciens zuwies. Später erliess der Staatsrath einen gleichen Beschluss gegen die Société de couture des Bayards, welche letztere aber das Bundesgericht dagegen anrief; dieses cassierte den Beschluss, und behielt eine Entscheidung den Civilgerichten vor. Nun verlangte auch der Verein des Ponts sein Vermögen zurück, weil er in ganz gleicher rechtlicher Stellung sei. Das Collége des Anciens des Ponts als Beklagte machte geltend, dass der klagende Verein eine kirchliche Einrichtung gewesen sei, gegründet von dem Pfarrer zu Ponts und von ihm immer geleitet. Sein Vermögen gehöre daher der Nationalkirche. Eventuell, sollte der Verein als private Vereinigung angesehen werden, so sei doch Herr Robert, resp. dessen Ehefrau nicht berechtigt das Ganze zurückzuverlangen, denn die Mitglieder des Vereins hätten sich theils zur National-, theils zur freien Kirche gehalten, und

der Antheil der bei der Nationalkirche gebliebenen sei daher nicht herauszugeben, oder vielmehr, der Verein habe sich in zwei Vereine aufgelöst in Folge des Kirchengesetzes von 1873 und sein Vermögen sei daher in zwei Hälften zu theilen.

Das Civilgericht von Locle erkannte am 8. März 1878:

Considérant en droit que l'ancien comité de couture des Ponts, par son origine, sa constitution et son organisation, ne relevant que de lui-même, a les caractères essentiels d'une société privée;

que de semblables sociétés n'ont rien de contraire à la constitution et aux lois de ce canton;

qu'après la scission qui s'est produite dans l'Eglise neuchâteloise en 1873, une partie des membres du dit Comité de couture sont restés attachés à l'Eglise nationale et d'autres font partie de l'Eglise indépendante, mais que tous ont des droits égaux pour et dans l'intérêt des pauvres de la paroisse, aux valeurs dont le Comité de couture avait la gestion pour en faire l'application;

que dans ces conjonctures, le Collége des Anciens de la Paroisse des Ponts ne pouvait avoir qualité pour remplacer l'ancien Comité de couture dans l'administration des valeurs dont celui-ci avait la gestion;

que si l'ancien Comité de couture s'est dessaisi des fonds et valeurs dont il avait la gestion, c'est ensuite de l'ordre qui lui était donné à ce sujet, par l'autorité compétente, mais comme ce paiement n'était pas dû, l'art. 1006 du Code civil paraît applicable à l'espèce, à mesure qu'il statue, que ce qui a été payé sans être dû est „sujet à répétition";

que dans tous les cas, la circonstance qu'il pourra exister deux Comités de couture aux Ponts, ne paraît pas devoir être préjudiciable à l'oeuvre dont ces Comités s'occupent avec sollicitude;

qu'ainsi ces deux Comités ont besoin d'une part égale de ressources résultant des fonds et objets dont la gestion a été remise au Collége des Anciens de la Paroisse nationale des Ponts,

Par ces motifs

Le tribunal jugeant en premier ressort prononce:

1) Qu'il trouve la demande bien fondée dans ce sens, que le défendeur remettra les fonds et valeurs qu'il a reçus et dont l'ancien Comité de couture des Ponts avait la gestion, à celui-ci, en lui tenant compte des intérêts perçus, jusqu'au jour de la remise qui aura lieu.

2) Que ces fonds et valeurs seront partagés par égales portions entre le Comité de couture de la Paroisse nationale et celui qui continuera la même œuvre de Comité de couture et dont les membres font partie de l'Eglise indépendante du même lieu.

3) Compense les frais de ce procès, chaque partie devant en payer la juste moitié.

Der Appellhof, auf Appellation beider Theile, entschied am 5. Juni 1878:

Considérant que le Comité de couture des Ponts par son origine et son organisation a le caractère d'une société privée, et qu'il ne peut être considéré comme une institution ecclésiastique, ni par le fait qu'il a été fondé par le pasteur des Ponts ou par son épouse, ni par le fait qu'il recevait des subventions du Consistoire, ou que ses membres se réunissaient à la maison de cure, ni en raison des autres relations qu'il aurait soutenues avec des autorités ecclésiastiques;

que l'arrêté du Conseil d'Etat qui a été la cause de la remise des titres réclamés étant devenu sans valeur par suite du jugement rendu par le Tribunal fédéral dans une affaire identique, ne peut être un obstacle à la présente demande,

qu'il y a lieu ainsi à replacer le Comité dans la situation qu'il occupait avant cette remise des valeurs, tout en réservant les droits que peuvent avoir à leur répartition les membres de ce Comité qui ne se sont pas jointes aux demanderesses,

Considérant, en conséquence, que les conclusions de la demande doivent être admises, mais qu'il y a convenance en même temps à rappeler les dispositions de l'arrêt du Tribunal fédéral portant que les détenteurs de fonds de cette nature ne sont point autorisés à en disposer arbitrairement, et que la faculté de tous les ayants-droits est réservée pour empêcher que ces fonds ne soient détournés de la destination à la quelle ils ont été affectés, en vue d'oeuvres de charité,

par ces motifs

amende le jugement rendu en première instance,

déclare la demande bien fondée,

donne acte au défendeur de la déclaration faite à la barre de la Cour par le représentant du Comité demandeur qu'il tiendra à la disposition du Comité de la Cure, soit du

Collége des Anciens, la moitié des valeurs, objet de la présente demande,

et met les frais à la charge du Collége des Anciens.

(Recueil des arrêts de la Cour d'appel, tome XIII, pag. 282 ss.)

---

4. Canton St. Gallen. Urtheile des Cantonsgerichts vom 5. Mai und 10. Juli 1877.

Eigenthum an Quellen.

A. Die Besitzer der Wasserwerke an der Goldach in den Gemeinden Goldach und Tübach hatten Kenntniss erhalten, dass einige Grundbesitzer in der Gemeinde Tablat die Absicht hegen, die auf ihren Grundstücken befindlichen, in die Goldach abfliessenden Wasserquellen für die Wasserversorgung des Kantonsspitals und eines Theils der Stadt St. Gallen zu verkaufen, so dass der Abfluss dieser Quellen in die Goldach für die Zukunft nicht mehr stattfinden würde. Da sie sich dem Verkaufe der Quellen zu diesem Zwecke widersetzen zu wollen schienen, so erliess I. B. G. in G., einer der betreffenden Grundbesitzer, eine öffentliche Aufforderung zur gerichtlichen Geltendmachung ihrer Einsprachen. Nachdem diese erfolgt war, trat I. B. G. als Kläger mit dem Begehren auf, die gemachten Einsprachen aufzuheben und den Kläger in der freien Verfügung über seine Quellen zu schützen. Er begründete sein Begehren unter Hinweisung auf sein unbestrittenes Eigenthumsrecht an dem Grund und Boden und den darauf befindlichen Quellen und auf den Umstand, dass die Beklagten weder ein Miteigenthumsrecht besitzen, noch irgend welche sein Eigenthum beschränkende Dienstbarkeit nachzuweisen im Falle seien. Die Beklagten erwiederten darauf, die fraglichen Quellen finden ihren natürlichen Ablauf in die Goldach, welche überhaupt nur aus den Quellen der beidseitigen Uferabhänge alimentirt und als öffentliches Gewässer anerkannt werde. Mit Rücksicht auf die Erhaltung ihrer ungeschmälerten Zuflüsse seien an der Goldach eine Reihe kostbarer Wasserwerke errichtet worden, welchen die Goldach und das derselben zufliessende Quellwasser dienstbar geworden sei. Eine Ableitung der klägerischen Quellen involvire daher eine Störung des bestehenden Rechtszustandes, welche weder prinzipiell noch nach den Vorschriften des Dienstbarkeitsgesetzes geduldet werden müsse.

Nachdem das Gericht zuerst den Grundsatz aufgestellt

hat, dass der Grundeigenthümer ein unbeschränktes Verfügungsrecht über seine Grundstücke besitze, so lange nicht wohlerworbene Rechte Dritter auf dasselbe nachgewiesen werden, fährt es in der Motivirung des Urtheils in der Hauptsache folgendermaassen fort:

Nach der Natur der Sache und nach Art. 23 des Dienstbarkeitsgesetzes müsse die Freiheit des Eigenthums vermuthet werden und es sei daher Sache der Beklagten, die Beschränkung desselben, also ihre Behauptung, sie besitzen ein Mitbenutzungsrecht an den Quellen, beziehungsweise es laste auf denselben zu ihren, der Beklagten, Gunsten eine Dienstbarkeit, zu beweisen. Diesen Beweis glauben sie durch Hinweisung auf die von ihnen zur Benützung des Goldachwassers getroffenen Einrichtungen, auf die unvordenkliche Uebung und den natürlichen, nicht einseitig zu störenden Abfluss der Quellen im Sinne der Art. 12 a, 19, 20 und 26 des Dienstbarkeitsgesetzes leisten zu können. Allein gegen jene Einrichtungen irgend eine Einsprache zu erheben, habe Kläger niemals rechtliche Veranlassung gehabt. Aus dem Umstande, dass dies nicht geschehen sei, könne daher nicht auf eine stillschweigende Zustimmung zu denselben geschlossen werden. Ueberhaupt werde durch die blosse Benutzung eines öffentlichen Gewässers niemals ein Dienstbarkeitsrecht auf Privateigenthum erworben. Ebensowenig erwachse den Beklagten ein Recht auf die Quellen aus dem Umstande, dass sie ihren natürlichen Ablauf in die Goldach finden, weil aus dem Eigenthumsrechte von Grund und Boden auch das Recht fliesse, über die darauf befindlichen Quellen nach Willkür zu verfügen, sonach die Quellen abzuleiten, zumal die Beklagten nicht in der Lage seien, nachweisen zu können, dass sie selbst irgend welche Vorrichtungen auf dem Grundstücke des Klägers getroffen hätten, vermöge deren das Quellwasser derselben ihnen dienstbar geworden wäre. Bei dieser Sachlage könne es sonach auch nicht darauf ankommen, wie lange schon die Wasserwerke an der Goldach bestehen, und müsse die unvordenkliche Uebung, auf welche sich die Beklagten beziehen, ausser alle rechtliche Würdigung fallen. Aus diesen Motiven hat das Gericht, in Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils, das Begehren des Klägers aufrecht gestellt.

B. Auf dem am linken Ufer des Saumgassbächleins gelegenen Grundstücke des A. K. in E. entspringt eine Brunnquelle, deren Wasser in das genannte Bächlein abfliesst. A. K. ver-

kaufte diese Quelle schon im Jahre 1869 an A. R. Erst in neuester Zeit beabsichtigte Letzterer, dieselbe in einer besonderen Fassung wegzuleiten, so dass ihr Wasser dem Bächlein für die Zukunft entzogen werden sollte. G. E. in E., welcher mit seinem Grundstück auf der andern Seite an das genannte Bächlein grenzt und das Wasser des letztern zur Bewässerung seiner weiter unterhalb der Quelle des A. K. gelegenen Wiesen verwendet, erhob Einsprache gegen die beabsichtigte Ableitung, so dass der Erwerber derselben genöthigt war, sein Recht vor Gericht geltend zu machen. A. R. verlangte daher gerichtliche Anerkennung seines Eigenthumsrechtes an der Quelle und seiner Berechtigung, dieselbe nach Gutfinden wegzuleiten. Der Beklagte G. E. stellte dagegen das Begehren auf Abweisung der Klage und Anerkennung einmal, dass die Quelle, als Bestandtheil des Saumgassbächleins, Eigenthum der beidseitigen Anstösser resp. der Liegenschaften des A. K. und des Beklagten G. E. sei, und sodann Schutz bei der bisherigen Uebung, das Wasser auf seine anstossenden Wiesen abzuleiten. Während sich Kläger auf den Stand der Quelle am Ufer des Bächleins, aber immerhin noch auf A. K.'schem Boden, auf den geschehenen Kauf der Quelle, die unangefochten gebliebene Eintragung desselben in das Servitutenbuch der Gemeinde und die vom Beklagten selbst gemachten Versuche berief, diese Quelle gegen Anweisung einer andern abgetreten zu erhalten, suchte Beklagter geltend zu machen, die Quelle befinde sich im Bachbett und das Wasser derselben bilde einen integrierenden Theil des Bachwassers, auf welches er durch mehr als 30jährige, durch sichtbare künstliche Vorrichtungen möglich gemachte Benutzung zur Bewässerung seiner Wiesen eine den letztern zudienende Servitut erworben habe, zu deren Konstituierung das stillschweigende Zugeständniss des jenseitigen Grundeigenthümers um so mehr angenommen werden müsse, als das auf der Grenze beider Grundstücke befindliche Bächlein gemeinschaftliches Eigenthum der beidseitigen Anstösser sei.

Für das Gericht lag der wesentliche Entscheidungsgrund in dem Thatumstande, dass die Quelle, nicht wie der Beklagte behauptete, im Bachbett, sondern wie der Augenschein nachwies, noch auf dem Boden des A. K. entspringt, „daher sie als sein ausschliessliches Eigenthum und für so lange in seinem freien Verfügungsrechte stehend zu betrachten ist, als nicht Rechte Dritter auf derselben nachgewiesen werden können.“ Diese Rechte konnte das Gericht weder in dem bisherigen natürlichen Abfluss der Quelle in das allerdings beiden An-

stössern gemeinschaftlich zugehörige Bächlein, noch in den vom Beklagten weiter unten getroffenen, von keiner Seite angefochtenen Bewässerungs-Einrichtungen begründet finden und schützte daher den Kläger, in Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils, bei seinen Rechtsbegehren.

(Entscheidungen des St. Gallischen Cantonsgerichts aus den Jahren 1876 und 1877. S. 4 ff.)

---

5. Canton Schaffhausen. Obergerichtsurtheil vom 25. März 1876.

Eigenthum an Pflanzen getrennt von dem Eigenthum an Grund und Boden.

Das privatrechtliche Gesetzbuch § 417 bestimmt: „Einen Theil des Grundstückes bilden alle darin wurzelnden Pflanzen und deren Früchte, so lange sie damit verbunden sind.“ Eine Abweichung von diesem Grundsatze fand sich in der Gemeinde Stein. Dort verkaufte laut Kaufvertrag vom April 1872 B. dem A. ein Anwesen. In Art. 2 des Kaufvertrages ist gesagt: „In dem Kaufe sind ferner inbegriffen 5 Obstbäume, rings um den Garten auf Gemeindeboden stehend.“

Von einem dieser Bäume, den der A. als zu den gekauften gehörig anspricht, hat der B. nach Angabe des A. die Früchte bezogen und es verlangt A. in den Besitz des Baumes gesetzt zu werden.

Vor erster Instanz bestritt der Beklagte, diesen fraglichen Baum an den Kläger verkauft zu haben, indem er vorgab, denselben schon vor Abschluss des Kaufvertrages mit dem Kläger an seinen Vater verkauft zu haben, der auch die Früchte hievon eingeheimst habe.

Die erste Instanz hielt dafür, der Kläger müsse den Vater des Beklagten mit der Vindicationsklage in's Recht fassen und wies die Klage angebrachtermaassen ab. Hiegegen ergriff Kläger Appellation an das Obergericht, indem er den Standpunkt einnahm, dass er sich direkt an den Verkäufer zu wenden habe, damit dieser ihm das Eigenthum voll und ganz garantiere.

Das Obergericht musste zuerst die Frage einer Prüfung unterstellen, welche Klage eigentlich vorliege. Hiebei zeigte sich, dass der Kläger Eigenthum an dem Baum gewährleistet wissen will. Nach § 417 Pr.-R. bilden alle in einem Grundstücke wurzelnden Pflanzen und deren Früchte, so lange sie damit verbunden sind, einen Theil des Grundstückes. Nach § 489 Pr.-R. gehen fremde Pflanzen, welche in dem Boden des Grundeigenthümers Wurzeln geschlagen haben, als Be-

standtheile des Grundstückes in sein Eigenthum über. Es ist hienach ganz unbestritten, dass die Gemeinde Stein Eigenthümerin aller auf ihrem Grund und Boden wurzelnden Pflanzen ist. Es scheint nun aber der Rechtsirrthum in jener Gegend verbreitet zu sein, dass der Pflanzer jener Bäume auf Gemeindeboden Eigenthümer werde und es wurden dieselben folgerichtig ohne die Unterlage, den Grund und Boden, verkauft und der Kauf in das Grundbuch eingetragen. Consequenterweise müsste der Kläger aus dem Grunde mit seiner Klage abgewiesen werden, weil niemals Eigenthum an ihn überging und er daher aus diesem Titel nicht klagen konnte.

Diese Consequenz wollte das Gericht in seiner Mehrheit jedoch nicht ziehen, indem es unbillig wäre, in diesem concreten Falle einen Bewohner jener Gegend unter dem allgemeinen Rechtsirrthum der Letzteren leiden zu lassen.

Was für eine Natur hat aber das fragliche Rechtsgeschäft? Der Beklagte hatte bis zum Abschluss obgenannten Kaufes offenbar den Niessbrauch an den 5 auf Gemeindefeld stehenden Bäumen im Sinne der §§ 672 ff. Pr.-R. und er hat auch diesen Niessbrauchsbesitz an den Kläger übertragen. (§ 432 Pr.-R.) Nach § 673 Pr.-R. muss der Niessbrauch an Grundstücken in's Grundbuch eingetragen werden. Dies ist hier geschehen, allerdings zufolge des bestehenden Rechtsirrthums unter dem Titel Eigenthum.

Es kann sich nun fragen, ob der Kläger sich nicht einer Klagänderung im Sinne des § 198 Pr.-Ordn. schuldig gemacht habe und desshalb abzuweisen sei, indem er auf Uebertragung von Eigenthum klagte, die Natur der Klage aber factisch eine andere sei. Auch diese Frage hat die Mehrheit des Gerichtes verneint, ausgehend von der Erwägung, dass, wenn Eigenthumsklage hier neben der Klage auf Uebertragung von Niessbrauch möglich gewesen wäre, eine Abweisung aus dem formellen Grunde der Klagänderung hätte statthaben müssen, dass aber in concreto von einer Eigenthumsklage nicht gesprochen werden könne und eine solche absolut undenkbar sei, da von Anfang an rechtlich nur Niessbrauch gefordert werden konnte. Es muss angenommen werden, dass die klägerische Partei sich bei Anhebung der Klage nur im Ausdruck geirrt habe.

Dass der Kläger den richtigen Beklagten in's Recht gefasst habe, wurde angenommen, gestützt auf § 1335 Priv.-R., und demgemäss die Sache zur materiellen Behandlung an das Bezirksgericht zurückgewiesen.

(Bericht des Obergerichts von Schaffhausen an den Gr. Rath über die Geschäftsführung i. J. 1876 u. 1877, S. 33 ff.)

6. Canton Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 14. Mai 1880.

Character eines Miteigenthumsrechts an einem gemeinsamen Brunnen als selbständigen Vermögensobjectes.

Die Gebrüder Johannes, Jacob und Conrad F. ererbten von ihren Eltern zwei Wohnhäuser und zwei Scheunen, welche sie laut Theilungsurkunde vom 9. December 1864 in der Weise theilten, dass Conrad F. (Ehemann der Appellatin) das äussere Haus nebst Scheune für den Anschlag von Fr. 3600.— übernahm und die Gebrüder Johannes und Jacob die elterlichen Gebäulichkeiten für Fr. 6930. — an sich zogen. Unter den hierüber vereinbarten Bedingungen befindet sich auch die, dass dem Conrad F. das Recht an dem gemeinsamen Brunnen gegen Ueberbindung eines Dritttheils der Unterhaltungspflicht eingeräumt sei.

Infolge Bevogtigung von Johannes und Jacob F. kam deren Besitzthum auf die Gant und wurde von J. J. G. (Appellanten) ersteigert. Derselbe veräusserte das Haus und die Scheune getrennt und zwar letztere an einen Bruggmann mit einem Dritttheil Brunnenrecht, das Haus an einen Kollbrunner ohne Brunnenrecht. Er beansprucht nun für sein eigenes Besitzthum den übrig gebliebenen Dritttheil von dem zu den F.'schen Realitäten gehörenden Brunnen, während die Appellatin ihm durch Präsidialbefehl vom 6. Januar die Benutzung desselben für sein Haus und seinen Stall gänzlich untersagen liess und diese Inhibition damit begründet, dass der Brunnen nur zu den F.'schen Gebäulichkeiten gehöre und nicht beliebig auf andere Personen und Häuser übertragen werden könne, indem durch eine derartige Uebertragung die Rechte der Mitantheilhaber geschmälert werden, was in concreto wirklich der Fall sei.

Die erste Instanz schützte diesen Präsidialbefehl, von der Anschauung ausgehend, dass eine Translocation eines Antheilrechtes an einem Brunnen nur zulässig sei, wenn sämmtliche Mitinteressierte sich hiemit einverstanden erklären.

Der Appellant beschwert sich hierüber, indem er sich darauf beruft, dass ein Antheilrecht an einem Brunnen sich als ein selbständiges Vermögensrecht qualificiere, welches frei veräussert und verpfändet werden könne. Nun habe er von den ihm unzweifelhaft zugefallenen $^2/_3$ des Brunnens nur $^1/_3$ veräussert, so dass ihm noch $^1/_3$ übrig geblieben sei, den er beliebig verwenden dürfe, allerdings ohne Schmälerung der appellatischen Rechte. Er beschwert sich eventuell darüber,

dass der Appellatin Fr. 65. — Processkosten zugesprochen wurden.

Das Obergericht erklärte durch Spruch vom 14. Mai 1880 die Berufung als begründet und den Appellanten in Aufhebung des von der Appellatin ausgewirkten Präsidialbefehls als berechtigt, an dem streitigen Brunnen im Verhältniss von $^1/_3$ Berechtigung Wasser zu holen.

Gründe:

In Uebereinstimmung mit einer Entscheidung des zürcherischen Obergerichts in Ullmer's Commentar Ziff. 776 zu § 555 des dortigen Processgesetzbuches hat das thurgauische Obergericht laut Rechenschaftsbericht pro 1877 Seite 20 erkannt, dass das Rechtsverhältniss mehrerer Brunnenantheilhaber in Ermanglung abweichender Vertragsbestimmungen als Miteigenthum aufzufassen sei. Diesem Condominium kommt nun unzweifelhaft der Character eines selbständigen Vermögensobjectes zu, welches für sich allein beliebig veräussert und verpfändet werden kann. Wenn dasselbe selbst als eine Pertinenz zu einem Hause betrachtet werden wollte, so stünde es wiederum in der Befugniss des Hauseigenthümers, die Qualität als Zubehörde demselben zu entziehen.

Sofern es sich, wie in concreto, um nicht reell getheilte Antheilrechte an einem Brunnen handelt, so unterliegt deren Veräusserung allerdings der Einschränkung, dass durch dieselbe die Rechte anderer Antheilhaber nicht geschmälert werden dürfen. Wenn aber die Appellatin ihre Klage von diesem Standpunkte aus begründen will, so muss sie ihr Rechtsbegehren darauf richten, dass die zum Schutze ihres Rechtes nöthigen Vorkehrungen, eventuell die reelle Theilung des Wassers verfügt werden. (Directe Mittheilung.)

---

7. Canton Luzern. Obergerichtsurtheil vom 25. Januar 1879.

Eigenthumsübergang. Anzeichnen der Waare.

Im Concurse des Johann M. in Oberkirch machten die Gebrüder D. als Gläubiger folgende Eingabe:

Gebrüder D., Käsehandlung, Zürich, haben am 15. November 1877 von Johann M. eine Mulche Sommerkäse, Jahrgang 1877, gekauft. Ein Theil derselben, resp. 65 Stücke im Gewicht von 8146 Pfd., liegt noch im Käsekeller des Hüttenbauer L. in S. Diese Waare ist am 2. Jänner 1878

den Gebr. D. eingewogen und mit dem Waarenzeichen derselben angebrannt worden. Auch haben die Käufer sofort den Kaufpreis von Fr. 5702 baar ausbezahlt. Gebr. D. vindizieren daher die Käse als ihr Eigenthum. Diese Eingabe wurde von Fürsprech X. Namens der Milchlieferanten der Käsereigesellschaft in S. bestritten. In Folge dessen verlangen die Gebr. D. gerichtliche Beschützung dieser ihrer Concurseingabe.

Die Beklagten dagegen ziehen in ihrer Rechtsantwort den Rechtsschluss dahin: Kläger seien mit ihrer Eingabe im Sinne der Bestreitung nicht zu beschützen, sondern mit ihrer Klage abzuweisen, indem eine rechtliche Uebergabe und Uebernahme der Käse nicht stattgefunden; die fraglichen Käse seien stetsfort im Hüttenkeller verblieben und niemals in Macht und Gewahrsam der Käufer gelangt.

Obergerichtlich wurden die Kläger mit ihrem Begehren nicht beschützt, sondern dieselben mit ihrer Klage abgewiesen.

Motive:

Die vorliegende Klage gestaltet sich ihrem Wesen nach als eine Eigenthumsklage. Demgemäss liegt dem Kläger der Beweis ob, dass die angesprochenen, unbestrittenermaassen im Hüttenkeller der Beklagten befindlichen Käse ihr Eigenthum seien, was durch einen rechtsgültigen Titel und eine rechtmässige Erwerbungsart zu geschehen hat.

Was vorerst den erforderlichen Titel betrifft, so berufen sich Kläger auf den Kaufsvertrag vom 15. November 1877, dessen Existenz und Beweiskraft nicht bestritten ist. Gemäss diesem Vertrage verkaufte Johann M. den Klägern seine Mulche ganz fetter Käse in S. vom Mai bis Ende October 1876 um den Preis von 70 Fr. pr. Cntr. franco auf die Station Nottwil geliefert und per Stück gewogen. Durch diesen Kaufsvertrag ist der Erwerbstitel des Klägers auf die beanspruchten Käse erstellt.

Zum Eigenthumsübergang gehört aber auch noch eine Erwerbungsart resp. eine rechtliche Uebergabe. (§ 286 u. ff. des bürg. G.-B.) Das Vorhandensein dieses zweiten Requisites zum Eigenthumserwerb ist im Fragefalle von den Beklagten bestritten. Es ist demnach zu untersuchen, ob und inwieweit diese Bestreitung richtig sei. Bei diesem Untersuche fallen folgende Momente in Betracht. Im allegierten Kaufsvertrage vom 15. November ist gesagt, dass die Käse franco auf die Station Nottwil geliefert werden müssen. Aus dieser Bestimmung, sowie aus dem übrigen Inhalt des Vertrages ergiebt es sich, dass vorliegend von den Contrahenten ein

Lieferungskauf mit Fixierung eines bestimmten Lieferungsortes (Station Nottwil) abgeschlossen wurde. In solchen Fällen aber gilt nach der Natur der Sache schon als Regel, dass Lieferung und Uebergabsort zusammenfallen, resp. dass die Tradition oder Eigenthumsübertragung am verträglich fixierten Orte sich vollzieht. Eine Ausnahme von dieser Regel ist allerdings nicht ausgeschlossen, allein dieselbe müsste oder muss immerhin von den Parteien selbst entweder ausdrücklich (expressis verbis) statuiert werden oder dann aus concludenten Handlungen als gewollt sich unzweifelhaft ergeben. Eine solche Ausnahme oder Abänderung der im Kaufsvertrage vorgesehenen Traditionsart wird von den Klägern behauptet. Der Beweis hiefür ist aber in keiner Weise erstellt. Denn vorab ist zu constatieren, dass die angerufenen Zeugen nicht aussagen können, dass anlässlich des Einwägens und Anbrennens etc. den 2. Jänner 1878 unter den Contrahenten bezüglich der Uebergabe und der Uebernahme ausdrücklich etwas anderes bestimmt worden sei, als im Kaufsvertrage vom 15. November 1877 festgesetzt war, speciell nicht, dass die Tradition im Käsekeller des Hüttenbauers L. zu erfolgen habe. Sodann sind aber auch die von Kläger zur Constatierung einer stattgefundenen körperlichen, eventuell symbolischen Uebergabe angezogenen Handlungen nicht genügend, um daraus auf eine stillschweigende Vertragsabänderung bezüglich Tradition schliessen, resp. annehmen zu können, dass letztere sich am 2. Jänner 1878 im Käsekeller der Beklagten factisch vollzogen habe. Diesfalls kann weder von einer physischen noch von einer symbolischen Uebergabe die Rede sein, denn:

a) Eine physische Uebergabe ist zum Vorneherein ausgeschlossen, da die betreffenden Käse vom Verkäufer den Käufern niemals „von Hand zu Hand", wie der Art. 287 des b. G.-B. besagt, übergeben worden sind.

b) Aber auch eine symbolische Uebergabe liegt hier nicht vor. Es ist zwar allerdings richtig, dass am 2. Jänner 1878 die reclamierten 65 Stücke im Käsekeller des Hüttenbauers eingewogen, von den Klägern mit ihrem Waarenzeichen (G. D.) angebrannt und das Gewicht auf dem Laib markiert worden ist. Ebenso muss zugegeben werden, dass in diesen Vorkehrungen sowohl nach lucernischem Recht (§ 287 des bürg. G.-B.) als nach handelsrechtlichen Grundsätzen (Zeitschrift für schweizerisches Recht, B. I, S. 536) objectiv ein Merkmal einer symbolischen Uebergabe gefunden werden kann. Allein das Vorhandensein dieser äussern Zeichen einer symbolischen Uebergabe genügt hier nicht, indem das subjective

Erforderniss, die Absicht der Contrahenten, durch diese Zeichen Eigenthum zu übergeben oder zu übernehmen, unter obwaltenden Umständen nicht angenommen werden kann. Denn durch die Einwägung und Anzeichnung der Waare kann auch die juridische Ausscheidung und Individualisierung des Gekauften aus der gesammten Gattung bezweckt werden, wodurch die Gefahr übergeht und die Waare gebilligt und die gesammte Kaufssumme fixiert wird. Dass im Klagefalle das Einwägen und Anzeichnen der Käse lediglich die Bedeutung hat, die Auswahl der einzelnen Kaufsobjecte zu treffen und die Identität der ausgewählten Käse herzustellen resp. dieselben vor Verwechslung zu sichern, ergibt sich nicht nur aus dem Umstand, dass die Uebergabe und zwar eine physische in der Art und Weise wie oben dargethan fixiert wurde, sondern hier speciell aus der Thatsache, dass im Kaufsvertrag die einzelnen Käse, welche in den Kauf gegeben resp. genommen wurden, nicht näher bezeichnet sind, also die Auswahl der Käse den Käufern noch vorbehalten ist. Nach dem Angeführten ist also die verträgliche Fixierung der Lieferung und damit der Traditionsort in keiner Weise alteriert worden. Da aber unbestrittenermaassen ein Transport fraglicher Käse auf die Station Nottwil nicht stattgefunden, dieselben vielmehr stetsfort im Hüttenkeller verblieben sind, hat auch eine Eigenthumsübertragung der Käse auf Kläger nicht stattgefunden und es ist folgerichtig der von ihnen angestrengte Eigenthumsbeweis nicht gelungen.

(Auszüge aus den Verhandlungen des Obergerichts von 1879, Nr. 500.)

---

8. Canton Basel-Stadt. Urtheil des Civilgerichts vom 3. März 1882.

Recht der „halben Hofstatt“ zwischen zwei von einem und demselben Eigenthümer herstammenden Liegenschaften.

Der § 15 des Gesetzes vom 26. September 1881 über Nachbarrechte an Liegenschaften bestimmt (übrigens auf Grund althergebrachten Rechts): „Wer ein Gebäude frei auf der Grenze seines Grundstückes errichten will, ist berechtigt, hiefür vom Nachbar die sog. halbe Hofstatt, d. h. den Boden für die Hälfte der Mauerdicke, in jedem Fall aber nicht mehr als 40 cm. unentgeltlich in Anspruch zu nehmen. Will der Nachbar seinerseits später auch bauen, so hat er das Recht, sich in eine solche halbscheidige Mauer mit einem Beitrag an deren

Baukosten einzukaufen und sie als gemeinschaftliche Scheidemauer zu benützen.“ § 19: „Die Eigenthumsgrenzen der beiden Grundstücke werden weder durch die Benützung der halben Hofstatt von Seite des einen Nachbars noch durch den Einkauf in die Scheidemauer von Seiten des andern geändert.“ Die im § 15 erwähnte Einkaufspflicht kam in folgendem Falle zur Verhandlung.

Der Maurermeister A. Kuhn war Eigenthümer zweier neben einander liegender Parcellen und baute auf die eine ein Haus unter Inanspruchnahme der halben Hofstatt auf der andern. Hierauf gerieth er in Concurs. Beide Parcellen wurden am gleichen Tage und auf gleicher Gant versteigert und die mit dem Haus bebaute von E. Buser, die unbebaute von R. Rüfli erworben. Letzterer fieng dann auch auf seiner Liegenschaft an ein Haus zu bauen. Buser machte ihn auf seine Verpflichtung aufmerksam, sich in die Scheidemauer einzukaufen, und der Baumeister des Rüfli nahm die Ausmessung und Abschätzung des Giebels vor, aus welcher sich als Einkaufssumme der Betrag von Fr. 806 ergab. Indess wurde diese Summe nie bezahlt, obschon Buser beständig mit Erwirkung von Bauverboten drohte und Rüfli dagegen baldige Reglierung in Aussicht stellte. Endlich, als der Bau schon beinahe vollendet war, erlangte Buser noch ein Bauverbot, worauf Rüfli die Fr. 806 gerichtlich deponierte, um die Aufhebung dieses Bauverbots zu erwirken. Buser klagte nun vor Civilgericht auf Zusprechung dieser deponierten Fr. 806, in erster Linie auf Grund wiederholter Anerkennung der Zahlungspflicht Seitens des Beklagten, in zweiter Linie auf Grund der ihm (Bekl.) schon laut Gesetz obliegenden Pflicht zum Einkauf in die Scheidemauer. Beklagter Rüfli verlangte Abweisung der Klage, da er die Schuld nie anerkannt, sondern bloss Deposition behufs Vermeidung des Bauverbots zugesagt habe und auch laut Gesetz keine Verpflichtung zum Einkauf begründet sei.

Das Civilgericht Basel verurtheilte durch Urtheil vom 3. März 1882 den Beklagten zur Zahlung der eingeklagten Fr. 806, und zwar schon auf Grund der vom Beklagten gegebenen Zusagen. Der bezügliche Passus des Urtheils interessiert uns hier nicht, da er einfach auf einer Interpretation der unter den Parteien geführten Correspondenz beruht. Das Gericht nahm aber Veranlassung, sich auch über den zweiten vom Kläger geltend gemachten Grund auszusprechen. Es fährt daher in seiner Motivierung also fort:

„Hiebei ist es rechtlich gleichgültig, ob der Beklagte

diese förmliche Zahlungspflicht eingegangen hat unter einer nachher als irrig erachteten Auffassung des Gesetzes; er hatte Zeit und Gelegenheit genug, sich über den Sinn des Gesetzes zu belehren, und wenn er das unterlassen und in irrthümlicher Interpretation des Gesetzes eine Verpflichtung auf sich genommen hat, so leidet er nur unter seiner eigenen Unbedachtheit. Uebrigens handelt es sich auch nicht einmal um eine solche irrige Auffassung des Gesetzes, indem vielmehr in der That der Beklagte schon kraft Gesetzes zum Einkauf in die Scheidemauer verpflichtet gewesen wäre. Die in der Klagbeantwortung ausgeführte Ansicht, dass das Recht der halben Hofstatt in unserm Falle nicht Platz greife, beruht auf der Idee, dass ein Eigenthümer mehrerer Parcellen sich selber die halbe Hofstatt weder geben noch nehmen könne, dass er also im heutigen Fall nicht ein Haus mit dem Recht der halben Hofstatt auf die eine Parcelle gebaut habe, sondern ein Haus mit halber Scheidemauer auf die eine Parcelle und eine halbe Scheidemauer auf die andere Parcelle, und dass dann bei der stattgehabten Versteigerung der beiden Parcellen der eine Käufer auch nur das Gebäude mit halber Scheidemauer, der andre Käufer den leeren Grund und Boden mit einer halben Scheidemauer erworben habe. Diese Auffassung ist aber nicht nur unnatürlich künstlich, sondern auch juristisch zum mindesten nicht nothwendig. Unnatürlich und künstlich, weil sie das durch die Eintheilung eines Grundes und Bodens in besondre Parcellen geschaffene natürliche Verhältniss derselben zu einander verkennt, juristisch nicht nothwendig, weil die einzelnen Parcellen desselben Grundeigenthümers gegen einander Träger von Rechten und Lasten sein können, und wie z. B. die Errichtung von Servituten auf einer Parcelle zu Gunsten einer andern des gleichen Eigenthümers bei uns zugelassen ist, so auch kein Grund besteht, das Recht der halben Hofstatt als unmöglich zu bezeichnen. Der Natur der Sache entspricht es vollkommen, dass ein auf der einen Parcelle gebautes Haus als mit dem Recht der halben Hofstatt darauf gebaut aufgefasst wird, und dass wenn der Eigenthümer später die eine oder die andre dieser Parcellen oder beide verkauft, sich durch diesen Verkauf nicht die für jenes Haus errichtete Giebelmauer als in zwei Hälften getheilt rechtlich scheidet. Das würde ja zu den widerwärtigsten Consequenzen führen, z. B. zu dem Satze, dass der neue Eigenthümer der unbebauten Parcelle von dem Eigenthümer des Nachbarhauses genöthigt würde, die Hälfte an die Reparaturkosten der Giebelmauer zu zahlen, obschon er sie gar nicht benützt, bloss weil

er Eigenthümer der Hälfte sei, oder andrerseits zu dem Satze, dass der Eigenthümer der unbebauten Liegenschaft berechtigt sei, die halbe Dicke der Scheidemauer wegzubrechen, weil er einziger Eigenthümer derselben sei. Macht man sich solche Consequenzen klar, so wird man nicht mehr zweifeln können, dass auch Gebäude und Liegenschaften desselben Eigenthümers unter sich dem Rechte der halben Hofstatt unterstellt sind; ist dasselbe auch practisch nicht wirksam, solange beide Parcellen in einer Hand sind, so wird eben seine Wirksamkeit um so nothwendiger bei Veräusserungen; aus dem Rechte der halben Hofstatt folgt aber von selbst auch die Einkaufspflicht der andern Partei." (Directe Mittheilung.)

---

9. Canton Appenzell-Inner-Rhoden. Spangerichtsurtheil vom 19. September 1879.

Strassenunterhaltspflicht der Anstösser als Servitut behandelt.

In Sachen

Joh. Ant. Ullmann zum Rössle in der Lank

gegen

Karl Anton Suter zur Linde auf der Steig, Franz Anton Herb und Joh. Anton Dörig,

Puncto in Frage liegender Unterhaltungspflicht der alten Strasse Steig-Lank.

Nach Erstellung der neuen Gemeinde- oder Bezirksstrasse Steig-Lank weigerten sich die erwähnten Anstösser zur alten Strasse zum fernern Unterhalte derselben, indem sie der Meinung waren, dass diejenigen, welche dieselbe ferners befahren wollen, auch zum Unterhalte pflichtig seien. Gegenüber Ullmann wollen sie es nicht begreifen können, dass er auf das Fahrrecht auf der alten Strasse nicht verzichte, indem ihm durch die Einmündung, welche von der neuen Strasse bis hinab zur Lanken-Brücke erstellt worden ist, ein genügender Ersatz geleistet worden ist. Dass selbst diese Einmündung dem freien öffentlichen Verkehre übergeben worden ist, seien sie im Falle, durch eine schriftliche Bescheinigung der Vorsteherschaft Schlatt-Hasler nachzuweisen. Von Carl Anton Suter wird dann noch besonders bemerkt, dass er in Folge der Erstellung der neuen Strasse neue Beschwerden

erhalten habe und dass es sich daher keineswegs rechtfertigen könnte, wenn er die alte Strasse als Fahrrecht für Ullmann gleichwohl unterhalten müsste.

Als Kirchen-, Schul- und Prozessionsweg, ebenso als Sennthumfahrrecht erklären sich die Anstösser bereit die alte Strasse zu unterhalten, was genügend sein dürfte, indem das Befahren des alten Steigrickes einer wirklichen Thierquälerei gleichkommen müsste. Sie verlangen daher unter Kostenfolge Abweisung des von Ullmann gestellten Begehrens.

Ullmann dagegen erklärt, dass die Besitzung zum „Rössle" in der Lank seit jeher im Besitze des Fahrrechtes durch die alte Strasse gewesen und dass auch die Anstösser von jeher in Folge s. Z. getroffenen Verträgen pflichtig gewesen seien, für den Unterhalt der Strasse zu sorgen. Dass dieses in letzter Zeit nicht mehr geschehen, ergebe sich durch die Besichtigung der Strasse, welche sich z. Z. in einem wirklich verwahrlosten Zustande befinde. Dieses alte Recht lasse er sich trotz Erstellung der neuen Strasse nicht verschmälern, wesswegen er verlangt, dass die Gegenpartei auch zum fernern Unterhalte derselben pflichtig erklärt werde, um so mehr, als der Besitzer von Suter's Heimat s. Z. ein Stück Boden als Ersatz für den Unterhalt der Strasse erhalten habe.

Nach weiterer Abhörung der Berichterstattungen und Zeugenschaften von J. B. Krüse, alt Wassermann Brüllisauer, J. B. Wetter und J. Gschwend „Schleckerbepi", sowie Besichtigung des Streitobjectes zieht das H. Cantonsgericht in Erwägung:

1) Dass allseitig anerkannt wird, dass Ullmann als Besitzer des Rössle von jeher das unbedingte Fahrrecht durch die Strasse Steig-Lank besessen hat, dass daher der Richter sich keineswegs mit der Frage des Bestehens eines Fahrrechtes, sondern lediglich mit der Frage des Unterhaltes der besagten Strasse zu befassen hat.

2) Dass auch seit jeher die Anstösser an diese Strasse pflichtig gewesen waren, für den Unterhalt der Strasse zu sorgen, was in den Augen des Gerichtes als eine auf den betreffenden Liegenschaften haftende Beschwerde anzusehen ist, die in Folge der Erstellung einer neuen Bezirksstrasse um so weniger aufgelöst werden kann, als die betr. Anstösser ihre Liegenschaften mit den ehevorigen Rechten, Pflichten und Beschwerden übernommen haben.

3) Wird von der klägerischen Partei, Joh. Anton Ullmann, erklärt, dass der Besitzer von Suter's Liegenschaft s. Z. ein kleines Stück Boden für die Uebernahme des Un-

terhaltes der Strasse erhalten habe und dass nun heute die Beklagtschaft keineswegs im Falle sei, das Gegentheil durch stichhaltige Beweiskraft darthun zu können, gegentheils die Richtigkeit der Erklärung Ullmann's sogar durch zwei Zeugen nachgewiesen wurde, demnach in Bestätigung des zweitinstanzlichen Urtheils

zu Recht erkannt und gesprochen:

1) Es ist Ullmann in seinem gestellten Rechtsbegehren zu unterstützen und die betr. Anstösser an die Strasse verpflichtet, dieselbe auch in der Folge wiederum zu unterhalten und in einem unklagbaren Zustande zu halten; namentlich für den gehörigen Abfluss des Wassers besorgt zu sein.

2) Die erlaufenen Unkosten hat die verlierende Partei, Suter, Herb und Dörig zu bezahlen. (Directe Mittheilung.)

---

10. Canton Zug. Urtheile des Cantons-, des Ober- und des Cassationsgerichts vom 20. Juli, 30. October 1878, 31. März und 23. Mai 1879.

Hypothek. Pflicht zu Eintragung alter Hypotheken in das Hypothekenbuch.

In Handen des Bürgerwaisenamtes Menzingen befand sich eine Verschreibung: „Altsäckelmeister Christian Schön zu Adelmattschwyl von Gl. 282, — gleich Fr. 521. 70 — gegen eine ehrsame Gemeinde Menzingen, errichtet anno 1654," welche von der Inhaberin gegen den jetzigen Eigenthümer der Liegenschaft Adelmattschwyl Rathsherrn J. A. Bumbacher nebst Zins à 5% seit 11. November 1871 gerichtlich geltend gemacht wurde. Das Cantonsgericht wies durch Urtheil vom 20. Juli 1878 diese Klage ab,

in Erwägung

Dass Klägerschaft ihr Rechtsbegehren hauptsächlich darauf stützt, dass benannter Gültposten laut Verschreibung „Altsäckelmeister Christ. Schön zu Adelmattschwyl von Gl. 282 = Fr. 521. 70 gegen eine ehrsame Gemeinde Menzingen, errichtet anno 1654," auf des Beklagten Liegenschaft hafte, niemals verrufen und bis 1871 von des Beklagten Rechtsvorgängern stetsfort verzinset worden sei; dass dagegen Beklagter die Anerkennung benannten Gültpostens namentlich aus dem

Grunde verweigert, dass derselbe sich im Hypothekenbuch nicht eingetragen befinde, und ihm als Zuständer des verauffallten Heimwesens Adelmattschwyl vom Jahre 1875 in der Ueberschlagssumme von Fr. 46,964. 26 auch niemals überbunden worden und auch in keiner nach 1654 gefertigten Gülten als auf benannter Liegenschaft haftender Vorstand verzeichnet sei;

Dass, betreffend die Frage über die Existenz und Gültigkeit des bestrittenen Gültpostens von Gl. 282 = Fr. 521. 70 laut Verschreibung vom Jahr 1654, dessen Verzinsung ab Seite der Rechtsvorgänger des Beklagten bis zum Jahre 1871 ausser Zweifel steht, als einzig maassgebend die Bestimmungen des Hypothekargesetzes (§§ 6 und 30 Al. 2) vom 29. December 1859 betrachtet werden können, demgemäss „die Hypothekenbücher einzig und allein über Bestehen, Rang und Grösse der Hypothek, sowie über die Richtigkeit der Unterpfande entscheiden und das Recht einer Hypothek durch die Eintragung in das Hypothekenbuch erlangt wird";

Dass zugestandener- und erwiesenermaassen der benannte Gültposten im Hypothekenbuch sich nicht eingetragen befindet, demnach auch nicht als existent zu betrachten ist, dass, da an der Hand der Hypothekenbücher, als allein entscheidend und maassgebend, weder die Verhaftung der beklagtischen Liegenschaft von Adelmattschwyl, noch eines andern Unterpfandes überhaupt für den streitigen Gültposten von Gl. 282. — zur Zeit ermittelt werden konnte, und die blosse Verschreibung vom Jahre 1654 hiefür nicht genügt, benannter Posten demnach bei der Zustandserklärung der verauffallten Liegenschaft vom Jahre 1875 dem Zuständer auch nicht überbunden werden konnte und in der Zustandsumme von Fr. 46,964. 26 laut Hypothekenausweis auch nicht enthalten ist;

Dass die Rechtsbeständigkeit dieses Gültpostens in Bezug auf die beklagt'sche Liegenschaft als Unterpfand um so mehr zu bezweifeln ist, als derselbe in keiner der seit 1654 gefertigten Gülten als Vorstand sich verzeichnet befindet; aus dem Umstande aber, dass benannter Posten von den Rechtsvorgängern des Beklagten bis 1871 verzinset worden und dass aus den Hypothekar-Controlen, die erst seit 1804 geführt werden, nicht ersichtlich sei, dass benannter Gültposten verrufen worden, nicht zu Ungunsten des Beklagten gefolgert werden kann.

Auf Rückweisungsbeschluss des Obergerichts vom 17. August in Folge neu eingelegter Beweismittel der Klagpartei

wurde dieses erste Urtheil durch neues Urtheil vom 30. October 1878 aufrecht erhalten,

in Erwägung

Dass Klägerschaft laut Rückweisungsbeschluss des Obergerichts d. d. 17. August 1878 ihr erneuertes Rechtsbegehren auf die Einlage eines neuen Beweismittels, resp. Tauschbrief zwischen P. J. Zürcher und Baptist Elsener vom 4./6. November 1824 stützt, worin unter den Capitalanweisungen der streitige Posten mit den Worten „dem Lunzi Röllin Capital Gl. 282" enthalten sei, und zwar mit Hinweis sowohl auf das Hypothekenbuch Menzingen I Fol. 19 und 158, als auf das Kaufprotocoll der Standescanzlei IX Fol. 185 und XX Fol. 266;

Dass die Einlage des Tauschbriefes zwischen Pet. Jos. Zürcher und Bapt. Elsener vom 4./6. November 1824 nichts zu ändern vermag, indem:

a) wenn auch in dem benannten Tauschbrief von 1824 der streitige Capitalposten von Gl. 282 „auf Lunzi Röllin" angewiesen ist, und auch in einem spätern Kaufvertrag zwischen Baptist Elsener und Carl Jos. Elsener d. d. 19. September 1845 benannter Posten in Zusammenhang dreier Posten (Gl. 24 ss. 35, Gl. 200 und Gl. 282) im Gesammtbetrage von Gl. 506 ss. 38 mitenthalten erscheint, damit nur der Ausweis geleistet ist, dass benannte Posten in den Handänderungs-Verträgen angewiesen wurde;

b) dagegen immerhin der Nachweis mangelt, dass der streitige Posten im betreffenden Hypothekenbuche irgendwo eingetragen oder vorgemerkt worden;

c) dass laut §§ 6 und 30 Al. 2 des Hypothekargesetzes aber betreffend die Rechtsbeständigkeit einer Hypothek oder Unterpfands-Versicherung auf Liegenschaften nicht der Handänderungs-Act, als bloss obligatorisches Verhältniss zwischen Käufer und Verkäufer, sondern einzig das Hypothekenbuch, das allein ein dingliches Recht bedingt, maassgebend ist;

Dass, was die Einrede der Klägerschaft betreffend Nichtrückwirkung des Hypothekargesetzes vom 29. December 1859 betrifft, diese Einrede als irrelevant dahin fällt, indem:

a) benanntes Gesetz in dieser Beziehung betreffend Errichtung von Liegenschafts-Unterpfanden und deren Eintragung in das Hypothekenbuch, behufs ihrer Rechtsbeständigkeit kein neues Recht geschaffen, sondern nur altes Recht und bisher geübten Hypothekargebrauch erneuert und beibehalten hat, wie sich dies aus den allegierten Amts- und

Stadtrathschlussnahmen von 1803 bis zur Zeit des Erlasses des neuen Gesetzes von 1859 ergiebt;

b) eine rückwirkende Kraft benannten Gesetzes auf frühere Verhältnisse nur insoweit ausgeschlossen wäre, als der Nachweis geleistet würde, dass mit der Erneuerung des Hypothekargesetzes Verhältnisse, die früher nicht bestanden hatten, oder anders gestaltet waren, betroffen worden, was aber betreffend Errichtung und Eintragung von Hypotheken zur Zeit, und so lange Hypothekenbücher bestanden haben, nicht vorliegt;

Dass, was die übrige Actenlage, soweit sie durch die Einlage des neuen Beweismittels, resp. den Tauschbrief von 1824 nicht verändert worden ist, betrifft, darauf neuerdings einzutreten um so weniger geboten ist, als dieselbe im Cantonsgerichtsurtheil vom 20. Juli 1878 hinlänglich gewürdigt worden ist.

Das Obergericht dagegen verurtheilte in Abänderung dieser Erkenntnisse durch Urtheil vom 31. März 1879 den Beklagten zur Anerkennung des Capitals von Fr. 521. 70 und Zins à 5% seit 11. November 1871,

in Erwägung

1) Dass schon nach allgemein anerkannten notorischen Rechtsgrundsätzen eine öffentliche Urkunde, welche von der zuständigen Behörde in gehöriger Form ausgestellt ist, so lange als rechtskräftig und öffentlich rechtsverbindlich anzuerkennen und zu schützen ist, bis entweder deren strafrechtlich zu constatierende Unächtheit oder deren Aufhebung durch Verzicht oder öffentlichen Widerruf unzweideutig nachgewiesen ist;

2) Dass dieser allgemeine Rechtsgrundsatz speciell auch in unserer cantonalen Civilprocessordnung in deren § 70 ausdrücklich als für den Richter maassgebend und bindend aufgestellt ist und nach seinem Schlusssatz solche Urkunden vollen Beweis bilden sollen;

3) Dass ohne Anerkennung und consequente Durchführung dieses Hauptgrundsatzes in der Oeffentlichkeit zu allgemeiner Gefährde Treu und Glauben geradezu aufhören müsste;

4) Dass das grundsätzlich Wesentliche und Entscheidende einer Gült-Errichtung im eigentlichen gegenseitigen Schuldvertrag zwischen Gläubiger und Schuldner selbst liegt, und keineswegs in der nachträglichen Einzeichnung in ein allgemeines Protocoll, und dass daher rechtsgrundsätzlich dem

Gültinstrument seine Kraft und Wirkung durch die auf ein Grundstück bezügliche und selbes belastende Uebereinstimmung zwischen den Contrahenten gegeben wird, keineswegs aber durch einen ausserhalb des Schuldvertrags stehenden Beamten;

5) Dass, wenn auch schon in früherer Zeit es übungsgemässe Regel war, die je errichteten Gültverschreibungen in eine Sammlung derselben, in das Hypothekenbuch, einzutragen, diese Uebung in Fällen, in denen ihr aus Gleichgültigkeit, Vergesslichkeit oder sonst zufällig nicht nachgelebt wurde, rechtlich die Gültigkeit eines im Uebrigen gehörig ausgestellten Gültinstrumentes durchaus nicht ausschliessen konnte. Für die Zeitperiode, während welcher die Eintragung einer Gültverschreibung nicht bei Strafe deren Ungültigkeit oder Unverbindlichkeit Dritter gegenüber positiv gesetzlich vorgeschrieben war, kann das zeitweilige Nichteingetragensein einer Gültverschreibung keine zerstörende Wirkung auf dieselbe ausüben, indem eine blosse Uebung in ihrer Rechtsconsequenz gegen eine auf ein Unterpfand gehörig ausgefertigte öffentliche Schuldverschreibung nach allen allgemeinen Rechtsgrundsätzen und speciell nach unsern cantonalen Gesetzen durchaus nicht aufzukommen vermag. Gegen eine solche, formell und materiell richtig ausgestellte, öffentliche Urkunde gilt weder Zeugenbeweis, noch unvordenkliche Uebung, noch Verjährung;

6) Dass, wenn das Hypothekargesetz von 1859 in gesetzlicher Regulierung bis dahin bestandener hypothekarischer Uebungen regelmässigen und unregelmässigen Gewohnheiten, allgemein verbindliches, positives, neues Recht geschaffen hat, wornach die Gültigkeit, resp. die öffentlich und allgemein bindende Rechtskraft unterpfändlicher Schuldverschreibungen von der conformen Eintragung in's Hypotheken-Protocoll abhängig gemacht wird, so ist hieraus zweierlei zu constatieren, nämlich:

a) dass zweifelsohne vor Erlass dieses Gesetzes Fälle von Nichteintragung einzelner Gültverschreibungen in's Hypothekenprotocoll vorgekommen sind;

b) dass dieses Gesetz auf die vor dessen Erlass in gehöriger Form errichteten, aber zufällig in's Protocoll nicht eingetragenen unterpfändlichen Schuldverschreibungen durchaus nicht annullierend rückwirken kann;

7) Dass fragliche Gültverschreibung bereits über 200 Jahre auf dem bezüglichen Unterpfand fortwährend und ohne Anstand verzinset und bei den in den Jahren 1824 und 1845 stattgefundenen Handänderungen desselben dem Uebernehmer in ihrem gleichwerthigen Betrag aufgeschrieben, angewiesen

und angerechnet worden ist, dass daher eine rechtliche Haftung des vorliegenden Gültinstrumentes auf diesem Unterpfand vernünftigerweise schon von daher als unzweifelhaft erscheinen muss;

8) Dass, wenn bei einer nachfolgenden Handänderung des Unterpfandes per Falliment diese Gült auch den Grundlasten angereiht wird, dem eventuellen Zuständer gar kein Unrecht geschieht, indem der formelle Mangel am Hypothekenprotocoll im Moment von dessen Erscheinen durch die Deposition, resp. Präsentation des rechtsförmigen Original-Gültinstruments gleichzeitig gehoben wird, der allfällige Zuständer daher seine Interessen wahren und in gesetzlich zulässiger Verschiebung der Fallimentsschlussverhandlung nach gepflogenem Untersuch den Zustand erklären oder ausschlagen kann;

9) Dass der Umstand, wornach die Hypothekarcanzlei-Auszüge in einzelnen seltenen Fällen weil möglicherweise nicht absolut vollständig auch nicht mehr absolut zuverlässig sind, bei unserer Rechtsfrage nicht maassgebend werden kann, indem Zweckmässigkeit und Convenienz keinen Rechtsgrund bilden, aus welchem die Gültigkeit einer auf ein bestimmtes Unterpfand lautenden gehörig ausgestellten Schuldverpflichtung annulliert werden kann. — Der Staat kann übrigens, wenn er solche Inconvenienzen im Interesse öffentlicher unbedingter Glaubwürdigkeit von Hypothekar-Protocollauszügen vermeiden will, ganz einfach eine allgemeine Hypothekarbereinigung vornehmen, wobei alle dabei vorkommenden Unregelmässigkeiten in das ordentliche gesetzliche Geleise gebracht werden können. Dagegen kann ein vor 1859 in gehöriger Form auf ein bestimmtes Unterpfand ausgefertigtes Gültinstrument, wegen der seitherigen Unterlassung einer solchen Hypothekarbereinigung, mit Recht durchaus nicht annulliert, oder entwerthet, oder des Unterpfandes beraubt werden;

10) Dass die fragliche Gült von 282 Gl., errichtet anno 1654, gehörig gefertigt, bezw. vom damaligen Landschreiber unterzeichnet und vom Ammann gesiegelt, vorliegt, und nach Form und Inhalt ein öffentliches hypothekarisches Actenstück bildet, das auch von den Liegenschaftsbesitzern und Rechtsvorfahren des Vorbeklagten stets anerkannt und verzinset, sowie Letzterer auch des Kasp. J. Elsener's Falliment, wobei diese Gült unter Rechtsverwahrung angemeldet wurde, vorbehaltlos überschlagen und daher mit allen darauf haftenden Pflichten, Rechten und Lasten übernommen hat;

11) Dass aus allem Angeführten — und namentlich dass die fragliche Gült bei den Handänderungen von 1824 und 1845

den Rechtsvorfahren des Vorbeklagten haftend betrachtet wurde, und wenn noch allfällig Zweifel walten könnten, solche dadurch des Vollständigsten gehoben würden, als die im Jahre vorher (1653) errichtete 600 Gl. haltende Gült die ganz gleichen Unterpfande und Anstösserei ausweist, wie die heute streitige Gült, in welcher obige 600 Gl. vorgestellt sind, in Kräften besteht und vom Vorbeklagten verzinset wird, bezw. auf dessen Liegenschaften auf Bethlehem haftet; — dass die fragliche streitige Gült laut Zeugniss der Hypothekarcanzlei nie gerichtlich verrufen wurde.

Eine Cassationsbeschwerde des Beklagten wies das Cassationsgericht durch Urtheil vom 23. Mai 1879 als unbegründet ab,

in Erwägung

1) Dass Cassationskläger sein Cassationsgesuch auf § 115 lt. b Zif. 2 und 3 der C.-P.-O. stützt, behauptend:

a) das fragliche Urtheil enthalte einen offenbaren Irrthum hinsichtlich einer entscheidenden Thatsache, darin bestehend, dass man à priori und als unbestritten annahm, als hafte die Gült auf dem heutigen Heimwesen Adelmattschwyl des Vorbeklagten, und

b) sei gegen den klaren und unzweideutigen Buchstaben des Gesetzes geurtheilt worden, nämlich gegen die §§ 6 und 30 des Hypothekargesetzes von 1859;

2) Dass diese Einreden sich aber als unstichhaltig und unbegründet herausstellen, indem:

ad a:

a) bewiesener- und unbestrittenermaassen die fragliche Gült bisanhin, bezw. bis sie streitig geworden, von den Rechtsvorfahren des Vorbeklagten anerkannt und verzinset wurde;

b) diese Gült bei den Handänderungen der Liegenschaften, nämlich bei den dem Gemeinderathe und der Hypothekarcanzlei gefertigten und vom Landammannamte besiegelten Tausch- und Kaufbriefen, zwischen Pet. Jos. Zürcher und Bapt. Elsener vom 4. November 1824 und zwischen Rathsherrn Bapt. Elsener und Carl Jos. Elsener vom 19. September 1845, den Käufern als Haftung auf den von ihnen erworbenen Liegenschaften, die nun der heutige Vorbeklagte besitzt, angewiesen wurde;

c) vom Vorbeklagten, — obwohl diese Gült beim Falliment über K. Jos. Elsener, Bethlehem, den 22. December 1874 eingegeben und daherige Rechte gewahrt wurden und wovon Vorbeklagter Kenntniss haben musste, — der Zustand vorbehaltlos und unbedingt erklärt wurde;

d) die anno 1653 um Gl. 600 von Altsäckelmeister Christ. Schön gegen Michl. Meienberg sel. Erben errichtete und dato der Corporation Zug gehörende Gült, vom Vorbeklagten, als auf seinen Liegenschaften haftend, anerkannt ist, für welche eingesetzt sind: „myn Huss und gantzen Hoff, matten und weydt, Alles an einandern gelägen, Adelmattschwyl genannt, Ist ungevehr füff und zwentzig küen wintterj und dryssig gutter khüen Sommerj“;

e) für die heute streitige Gült, errichtet anno 1654 von Christ. Schön, Altsäckelmeister, gegen die l. Gemeinde Menzingen um Gl. 282, als Unterpfand eingesetzt ist: „myn Huss, Hoff, Matten und Weydt, aneinander gelägen, zur Adelmattschwyl genannt, Ist ungevehr fünff und zwentzig Khüe Wintterj und dryssig Khüe Sommerj“;

f) sowohl die Anstösserei als die Vorstände (Haftungen) in beiden Gültinstrumenten ganz gleichlautend sind und genau miteinander übereinstimmen, und in der Gült von 1654 als letzter Vorstand (Haftung) der Gültposten, errichtet 1653 von Gl. 600 des Michl. Meienberg's sel. Erben aufgeführt ist, — woraus zu entnehmen, dass der gleiche Schuldner und Liegenschaftsbesitzer, der im Jahre 1653 gegen Michl. Meienberg's sel. Erben eine Gült von Gl. 600 errichtet hat, anno 1654 auf gleichen Unterpfanden gegen die Gemeinde Menzingen eine solche von Gl. 282 errichten liess;

3) Dass aus dieser Cumulation von zusammentreffenden Thatumständen und wie sie im obergerichtlichen Urtheil vom 31. März 1879 enthalten sind, so lange angenommen werden muss, es hafte die fraglich streitige, gehörig ausgefertigte Gült auf des Vorbeklagten Liegenschaften, bis stricte das Gegentheil vorliegt, vom Vorbeklagten ein solcher Beweis aber nicht geleistet ist und derselbe sich nur auf Vermuthungen fusst, als könnte diese Gült bei Theilung der Güter auf andere übertragen worden sein; — daher von Irrthum hinsichtlich entscheidender Thatsachen mit Grund nicht die Rede sein kann;

ad b:

a) dass das Hypothekargesetz vom 29. December 1859 in § 54 besagt: „Dieses Gesetz tritt mit 1. Jänner 1860 in

Kraft", — somit Hypotheken, vor dem 1. Jänner 1860 errichtet, die Rechtsformen ihrer Errichtungszeit an sich tragen müssen und nach ihrer Entstehungszeit zu beurtheilen sind, da laut allgemeinem Rechtsgrundsatze kein Gesetz rückwirkende Kraft haben darf, und namentlich ein Gesetz vom Jahre 1859 nicht in Anwendung zu bringen ist auf eine über 200 Jahre früher errichtete Gült, und früher erworbene Rechte Dritter nicht durch später erlassene Gesetze ohne anderes vernichtet werden dürfen;

b) dass zudem das erwähnte Hypothekargesetz vom Jahre 1859 nirgends besagt, dass solches auf ältere Hypotheken bezogen werden dürfe, oder bezogen werden müsse, bezw. dass es über die Vergangenheit gebiete;

4) Dass, da das angerufene Hypothekargesetz erst mit 1. Jänner 1860 in Kraft getreten ist, die streitige Gült aber von 1654 datiert, mit Bezugnahme hierauf, mit Grund nicht behauptet werden kann, es habe das Obergericht gegen den Buchstaben eines damals bestehenden Gesetzes geurtheilt;

5) Dass der Cassationsrichter einzig zu prüfen hat, ob die für Begründung der Cassation angerufenen Bestimmungen — gegebenen Falles die des § 115 b Zif. 2 und 3 der C.-P.-O., — eintreffen, sich auf Weiteres aber nicht einzulassen hat; — dass er aber auf die Einrede des Vorbeklagten, betreff der angeblichen Capitalbereinigung von 1804, welche von Wichtigkeit wäre, wenn hätte gezeigt werden können, dass die Hypothek-Inhaber damals unter poena praeclusi aufgefordert worden seien, ihre Titel einzureichen, — erklären muss, dass ein solcher Beweis nicht erbracht wurde.

(Rechenschaftsbericht des Obergerichts von Zug über das Amtsjahr 1878, S. 36 ff.)

---

11. Canton St. Gallen. Urtheile der Recurscommission vom 22. December 1877 und 2. Februar 1878.

Miethpfandrecht. Begriff der „schatzungsmässigen" Gegenstände.

A) A. E. in St. G. hatte dem Kupferschmid W. sein Handwerkszeug abgekauft, dasselbe erst im Besitze desselben belassen, dann aber, als er in Concurs gerieth, zu Handen gezogen. Als W. sich zur Fortbetreibung seines Berufes bei C. E. in St. G. eingemiethet hatte, überliess ihm A. E. wieder das Handwerkszeug. W. konnte aber die Miethe nicht

bezahlen und C. E. griff desshalb nach Art. 99 lit. a des Schuldentriebgesetzes auf das im Local befindliche Handwerkszeug. Da A. E. dem C. E. die auf letzteres geltend gemachten Faustpfandrechte bestritt, und sein Eigenthumsrecht geltend zu machen suchte, so entstand ein Process, in welchem die Gerichtscommission St. G. den A. E. mit seiner Klage abwies, wesentlich darauf gestützt, dass er sowohl als W. den Vermiether C. E. in dem Glauben gelassen haben, das Handwerkszeug gehöre dem W., dass er überdiess noch Entschädigung für die Ueberlassung des Handwerkszeugs von W. bezogen und demnach aus dem Gebrauch desselben in dem vermietheten Local für ihn selbst Vortheile erwachsen seien.

Die Recurscommission cassierte dieses Urtheil, weil nach dem Art. 99 lit. a für Miethzinse nur auf schatzungsmässige Gegenstände des Schuldners .gegriffen werden dürfe. Unter solchen können nur Gegenstände verstanden werden, welche Eigenthum des Schuldners seien, und der Umstand, dass C. E. keine Kenntniss davon hatte, dass das Handwerksgeschirr des W. dem A. E. gehöre, erscheine nicht entscheidend, da ja im täglichen Verkehr häufig z. B. entlehntes Mobiliar in eine Wohnung gebracht werde, ohne dass daraus für den Vermiether ein Faustpfandrecht abgeleitet würde.

B) W.-E. hatte mit der Wittwe W.-W. am 1. Mai 1877 einen Miethvertrag mit vierteljähriger Kündigung über eine Wohnung abgeschlossen und letztere mit seiner Familie bezogen. Am 6. Juni fiel er in Concurs, in welchem das sämmtliche vorhandene Mobiliar als Eigenthum der Ehefrau angesprochen und von der Concurscommission als solches anerkannt wurde. Die Vermietherin hatte keine Forderungs-Eingabe für den Miethzins gemacht und erscheint daher auch nicht als Gläubiger im Concurse des W.-E. Als aber die Familie des letztern auf Jacobi die Wohnung verlassen wollte, retinierte sie den gesammten Hausrath zur Deckung des Miethzinses von Fr. 175 und erwirkte eine Sicherheitsschatzung auf denselben. In der Folge wurde der Hausrath auf Befehl des Bezirksamtes, bis zur Austragung der darüber entstandenen Streitigkeiten, in einem Niederlagshaus deponiert. Die Ehefrau des W.-E. klagte nun vor Bezirksgericht auf Abweisung der auf ihr Mobiliar von der Wittwe W.-W. erhobenen Anspruchsrechte, auf Vergütung des an das Niederlagshaus zu bezahlenden Miethzinses und Abweisung der Widerklage betreffend Bezahlung des Miethzinses von Fr. 175. Das Bezirks-

gericht, von der Ansicht ausgehend, dass die Hausräthlichkeiten der Ehefrau für den Miethzins zu haften haben, wies die Klage ab und schützte die Wittwe W.-W. bei ihrer Widerklage. Die Ehefrau W.-E. verlangte darauf Cassation dieses Urtheils, durch welches, nach ihrer Ansicht, die Art. 139 und 140 des Vormundschaftsgesetzes, Art. 47, 48 und 99a des Schuldentriebgesetzes und Art. 65 und 79 des Concursgesetzes verletzt worden seien.

Bei Beurtheilung dieses Recurses fielen folgende Fragen in Betrachtung:

1) Ob die Ehefrau zur Vermietherin in ein Schuldverhältniss getreten und dieser gegenüber mit ihrem Vermögen haftbar geworden sei? Diese Frage wurde verneint,

a) weil der Miethvertrag vom Ehemann, auf „eigenen Namen und eigene Rechnung“ abgeschlossen worden ist und die Ehefrau hiefür nur dann hätte verbindlich gemacht werden können, wenn ihr nach Art. 139 und 140 des Vormundschaftsgesetzes ad hoc ein Schutzvogt bestellt worden wäre und dieser der Verpflichtung der Ehefrau seine Zustimmung gegeben hätte;

b) weil der Vermiether nach Art. 99 lit. a des Schuldentriebgesetzes überhaupt Faustpfandsrechte nur auf die in's Miethlocal eingebrachten „schatzungsmässigen Gegenstände des Schuldners“, aber nicht auf diejenigen seiner Ehefrau, seiner Kinder oder von Drittpersonen hat;

c) weil, wenn auch der Ehemann berechtigt ist, Fahrnisse der Ehefrau zu verkaufen oder zu verpfänden, um aus dem Erlös Haushaltungs-, Miethzins- oder andere Schulden zu bezahlen, aus dem blossen thatsächlichen Einbringen des Mobiliars der Ehefrau in die für sich und die Familie gemiethete Wohnung noch nicht geschlossen werden darf, dass er damit dem Vermiether ein generelles Pfandrecht auf dasselbe habe einräumen wollen; denn dasselbe konnte sich von Gesetzeswegen nur auf „schatzungsmässige Gegenstände des Schuldners“ beziehen und es wäre also eine besondere Willensäusserung jedenfalls nothwendig gewesen, wenn er es auch auf die Mobilien der Frau hätte ausdehnen wollen.

2) Ob die Wittwe W.-W., nachdem sie unterlassen, im Concurse des W.-E. eine Eingabe zu machen, überhaupt noch eine Ansprache für Miethzins, beziehungsweise ein Recht auf das Mobiliar der Ehefrau des Falliten besessen habe? Auch diese Frage wurde verneint, weil nach Art. 79 des Concursgesetzes der Gläubiger, welcher ohne statthafte Gründe die Forderung am Rechtstag einzulegen versäumt hat, der Ansprache

sowohl der Masse als dem Falliten gegenüber für immer verlustig wird, und weil, da auch die durch Faustpfänder versicherten Forderungen nach Art. 35, 45 und 69 des Concursgesetzes in der Masse liquidiert werden müssen, die W.-W. die Ansprüche der Ehefrau des W.-E. auf die Mobilien im Concurse des Ehemannes der letztern anzufechten gehabt hätte.

Auf diese Motive hin wurde das bezirksgerichtliche Urtheil nichtig erklärt.

(Entscheidungen des St. Gallischen Cantonsgerichts von 1876 und 1877, S. 7 f. und von 1878 S. 1 f.)

---

12. Canton Thurgau. Obergerichtsurtheil vom 22. August 1881.

Zechschulden auch als Naturalobligationen nicht wirksam.

J. H. H. in A. verlangte von G. Sch. in A. die Zurückbezahlung von fünf verschiedenen Darleihen im Gesammtbetrag von Fr. 800, welche er ihm in der Zeit vom 1. October 1879 bis 14. Januar 1880 gegeben habe. G. Sch. bestritt nicht, dass er diese Beträge jeweilen erhalten habe; dagegen behauptete er, J. H. H. habe sie ihm zur Tilgung theils bereits erlaufener, theils nachher entstandener Wirthshausschulden gegeben. Ausserdem machte er im Compensationswege eine Schneiderrechnung von Fr. 45. 50, die durch Cession auf ihn übergegangen sei, und eine Kostgeldforderung von Fr. 50. — für einen Arbeiter, der im Auftrag des J. H. H. von G. Sch. verpflegt worden sei, geltend. J. H. H. erklärte, dass, falls die Hauptsache zu seinen Gunsten entschieden werde, er die Schneiderrechnung und Kostgeldforderung anerkenne.

Die erste Instanz ging davon aus, dass in dem alten Wirthschaftsgesetz, welches zur Zeit der Contrahierung der Wirthschaftsschulden bestanden habe, der Grundsatz enthalten gewesen sei, für Trinkschulden werde kein Recht gehalten. Darin liege nicht nur, dass sie nicht selbständig eingeklagt, sondern auch dass sie nicht im Compensationswege geltend gemacht werden können, und im speciellen Falle dies um so eher, als es sich um Trinkgelage handle, wie sie in § 19 des Wirthschaftsgesetzes als unter allen Umständen strafbar bezeichnet werden. Es wurden desshalb die Wirthschaftsschulden nicht geschützt; J. H. H. dagegen bei seiner Offerte behaftet, jedoch in der Meinung, dass G. Sch. in Bezug auf die durch Cession erworbene Forderung die Garantie zu übernehmen habe, dass der ursprüngliche Gläubiger sie nicht ebenfalls geltend mache.

G. Sch. als Appellant verlangte dann im Wege der Berufung, dass seine Gegenforderung zur Compensation zugelassen werde, eventuell dass ein höherer Betrag als der von der ersten Instanz gutgeheissene geschützt werde, und eventuellst, dass von Zins- und Kostenzusprache an die Gegenpartei Umgang genommen werden möchte. Die Gegenforderung qualifiziere sich nicht als Trinkschuld, und selbst wenn sie eine solche wäre, könne sie als Naturalobligation im Compensationswege geltend gemacht werden. Es handle sich nicht um Darleihen. Mindestens sei Appellant nicht verpflichtet die Zahlungen im Betrag der vorher aufgelaufenen Uerten zurückzugeben.

Der Appellat J. H. H. drang auf Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils. Er sei vom Appellanten systematisch ausgesogen worden. Die Bestellung werde bestritten. Die Gegenforderung bestehe lediglich aus Trinkschulden und für solche werde kein Recht gehalten. Dieser Grundsatz sei durch das neue Wirthschaftsgesetz nicht aufgehoben worden. Das thurgauische Recht kenne die Naturalobligationen nicht. Die Summen seien als Darleihen gegeben worden und von solchen müssten Zinsen berechnet werden.

Das Obergericht des C. Thurgau entschied (22. Aug. 1881):

Die Berufung sei unbegründet, und die appellatische Forderung im Betrag von Fr. 704. 50 nebst Zins à 5% von den Dahrlehensdata an rechtlich geschützt, sowie Appellant zu einem zweitinstanzlichen Gerichtsgeld von Fr. 40. — und zu einer Entschädigung des Appellaten an seine Gesammtprocesskosten mit Fr. 40. — verurtheilt.

Gründe:

Es handelt sich hier darum, ob Appellant gegenüber der von ihm anerkannten Schuld von Fr. 800. — mit einer Forderung aus Wirthschaftszeche compensieren könne. Das frühere Wirthschaftsgesetz hat den Satz enthalten, dass für Trinkschulden kein Recht gehalten werde; in das neue, jetzt geltende Wirthschaftsgesetz wurde diese Bestimmung nicht aufgenommen. Es ist desshalb in das Ermessen des Richters gestellt, ob er diesen Grundsatz anwenden wolle oder nicht. Das Obergericht hält ihn für durchaus gerechtfertigt und weicht desshalb von der früheren thurgauischen Praxis nicht ab. Es ist dies nicht gegen die Intentionen des Gesetzgebers, denn es ergibt sich aus den Verhandlungen des Grossen Rathes über das jetzige Wirthschaftsgesetz, dass er lediglich eine Vorschrift privatrechtlicher Natur nicht in ein Polizeigesetz aufnehmen wollte, dass also nur ein formeller Grund die Nichtaufnahme dieser Bestimmung veranlasste.

Nun fragt es sich, ob die vom Appellanten geltend gemachte Forderung eine Trinkschuld sei, für welche kein Recht gehalten werde. Es kann nicht gesagt werden, dass von vorneherein jede Schuld für das in einem Wirthshaus oder Gasthof verzehrte oder bestellte nicht einklagbar sei; vielmehr sind die concreten Verhältnisse zu prüfen. Damit das Klagerecht verwirkt sei, muss auf Seiten des Wirthes Immoralität vorliegen, er muss die Schwachheit oder den Leichtsinn des Gastes benutzt haben, um denselben zu unverhältnissmässigem Consum zu veranlassen. Aus den Akten, besonders aus der vom Appellanten eingelegten Rechnung, wonach Appellat oft viele Personen in einem aussergewöhnlichen Grade regaliert haben soll, ergibt sich dies im vorliegenden Fall.

Die Frage, ob eine Naturalobligation zurückgeblieben sei, muss verneint werden. Ihr Vorhandensein in einem solchen speciellen Fall würde der Absicht der Bestimmung, dass für Trinkschulden kein Recht gehalten werde, widerstreiten. Denn sonst würde sie gerade den raffinierten Wirthen die Gelegenheit bieten, den Grundsatz illusorisch zu machen. Es spricht auch die Analogie gegen die Annahme einer Naturalobligation. In der bisherigen thurgauischen Praxis werden Spiel- und Trinkschulden gleichmässig behandelt. § 1766 des zürcherischen Privatrechts bestimmt ausdrücklich, dass Spielschulden nicht zur Compensation mit anderen Forderungen zugelassen werden, und hieraus ist zu schliessen, dass das gleiche mit Trinkschulden der Fall sei.

Um auf das eventuelle Appellationsbegehren einzutreten, so ist zu entscheiden, ob in der Aushingabe von Geld Seitens des Appellaten nicht eine Zahlung der bereits verfallenen Trinkschulden liege. Es geben zwar hierüber die Akten nicht ganz genauen Aufschluss, doch sprechen überwiegende Gründe dafür, diese Zahlungen als Darleihen zu betrachten. Die Beträge sind rund und stimmen nicht mit den angeblichen Zechschulden; es ist auch nicht nachgewiesen und nicht zum Beweis verstellt, dass sie wirkliche Zahlung von Schulden gewesen seien.

Nachdem sich der Richter dafür ausgesprochen hat, dass die Zahlungen des Appellaten Darleihen seien, müssen auch Zinsen von denselben geschützt werden.

Was den Kostenpunkt anbetrifft, so erscheint es in Rücksicht auf die Natur des Streitgegenstandes als angemessen, dem Appellaten nur Fr. 40. — Kostenentschädigung im Ganzen zu sprechen. (Directe Mittheilung.)

---

13. Canton Appenzell-I.-Rh. Obergerichtsurtheil vom 21. August 1879.

Gültigkeit eines Mobiliarverkaufs. Actio Paulliana.

Nach ergriffener Appellation gegen ein bezirksgerichtliches Urtheil vom 10. Juni nehmen Vorstand:

Herr alt Statthalter Sonderegger als Vertreter der bestellten Curatel der freiwilligen Masse der Wwe. Inauen zum Weissbad

gegen

Hrn. Regierungsrath C. Sonderegger in Heiden, verbeiständet durch Hrn. Fürsprecher Dr. Suter in St. Gallen.

Ebenso nimmt das gleiche Curatel Vorstand gegen Hrn. Hptm. J. B. Broger dahier, in Sachen einer ergriffenen Appellation gegen ein bezirksgerichtliches Urtheil vom 17. Juni,

puncto eines in Frage liegenden Mobiliarverschriebes.

Das geschichtliche und rechtliche Verhältniss des Processes ist folgendes:

A. Betreffend des Hrn. R.-R. Sonderegger in Heiden.

1) Unterm 30. Juli 1878 verkaufte Wwe. Inauen sel. an Hrn. R.-R. C. Sonderegger ein bedeutendes Quantum, — in einem Verzeichnisse näher angedeutete Mobilien für den vereinbarten Kaufpreis von 15,000 Fr. Dabei wurde bedungen, dass Wwe. Inauen die betr Gegenstände zu jeder Zeit um die gleiche Summe wiederum an sich ziehen könne. Ferners ist bemerkt, dass die Kaufsumme gegenseitig verrechnet sei und dass die Verkäuferin die erwähnten Mobilien gegen entsprechenden Zins benutzen könne, habe aber die allfälligen Reparaturen selbst zu besorgen resp. auf ihre Kosten wiederum herstellen zu lassen.

2) Hr. Hptm. J. B. Broger, der an Wwe. Inauen ebenfalls 2600 Fr. zu gut gehabt, erhielt von diesem Mobiliarverkaufe Kenntniss und liess sich angelegen sein, denselben auflösen zu können, bezw. für sein Guthaben sich durch den gleichen Vertrag sichern zu lassen. Es gelang ihm dann auch in Folge Anwendung verschiedener Mittel, dass ihn Hr. Sonderegger in gleichen Rechten für seine Forderung am Kaufvertrage anstehen liess, was aus wörtlich folgender Erklärung Hrn. Sondereggers vom 26. August 1878 lt. von der Landescanzlei gefertigtem, dem Gerichte vorgelegtem Verschriebe hervorgeht:

„Laut schriftlicher Erklärung des Hrn. R.-R. Sondereggers selbst hat derselbe statt obiger Summe nur noch eine Forderung von 12,400 Fr.; dagegen tritt in die bezahlte Lücke mit der gleichen Forderung im Betrage von 2600 Fr. Hr. Hptm. Broger, Müller an der Gasse, mit verhältnissmässiger Gleichberechtigung an dem oben bezeichneten Inventar, wovon ohne Wissen der Gläubiger nichts veräussert werden darf."

3) Unterm 7. December 1878, als schon bekannt war, dass im Weissbad entweder so oder anders liquidiert werden müsse, übersandte Hr. Sonderegger der hiesigen Landescanzlei eine schriftliche Erklärung, dass er auf den unterm 30. Juli 1878 mit Frau Inauen z. Weissbad abgeschlossenen Mobiliarverkauf für seinen Antheil von Fr. 12,400 verzichte, unter amtlicher Anzeige an den mitbetheiligten J. Broger, unter der selbstverständlichen Voraussicht, dass die Creditorenversammlung sich zu einem Accord, eventuell zu einem Verkauf vom Weissbad sammt Mobiliar herbeilasse.

4) Von der Curatel wird im Fernern durch Hrn. Hptm. Broger als Mitbetheiligter an diesem Kaufverschriebe nachgewiesen, dass Hr. Sonderegger bei der ersten Creditorenversammlung im Weissbade des bestimmtesten die Erklärung abgegeben habe, dass er im Falle der gütigen, aussergerichtlichen Liquidation von seinem Mobiliarverkaufverschriebe zurücktreten werde.

5) Im Monat April l. J. schrieb dann aber Hr. Sonderegger wiederum an die Landescanzlei: „Da die Bedingungen, unter welchen er den 7. December 1878 den unterm 30. Juli 1878 getroffenen Mobiliarverkauf mit Frau Inauen sel. z. Weissbad für seinen Antheil von 12,400 Fr. von der Creditorschaft in keiner Weise erfüllt worden, so falle hiemit der Verzicht auf denselben völlig dahin und beharre er mit all seinen Rechten auf dem s. Z. getroffenen Mobiliarkauf, wovon im Protocoll gef. Notiz genommen werden solle."

6) Gegen diese letztere Erklärung von Hrn. Sonderegger wird nun von der Weissbadcuratel protestiert, indem der Vertrag erstens als fingiert, zum Nachtheile weiterer Creditoren abgeschlossen, betrachtet wurde, und zweitens, weil Hr. Sonderegger sowohl schriftlich als auch mündlich auf den noch erwähnten Vertrag verzichtete; ohne dass er nachzuweisen im Falle sei, dass er diesen Verzicht zur gehörigen Zeit und an richtiger Stelle zurückgezogen habe; gegentheils habe er als Mitglied der Curatel stets mitberathen und auch mit besonderer Mühe für die aussergerichtliche Liquidation sich verwendet.

7) Herr Sonderegger dagegen glaubt, dass eine Zurückziehung des Verzichtes nicht nothwendig gewesen, indem die in der Verzichtleistung vom 7. December 1878 aufgestellte Bedingung — Verkauf des Weissbades sammt Mobiliar — nicht erfüllt worden und damit der Verzicht alle rechtliche Kraft von selbsten verloren habe.

B. In Sachen des Hrn. Hptm. Joh. Bapt. Broger.

Bekanntlich hatte Hr. R.-R. Sonderegger in Heiden sich von der Wwe. Inauen z. Weissbad unterm 30. Juli 1878 für 15,000 Fr. Mobiliar verschreiben lassen. Später hatte Hr. Sonderegger den Hrn. Broger für eine Forderung von 2600 Fr. in gleichen Rechten an dem erwähnten Mobiliarverschriebe anstehen lassen. Es handelt sich nun um die Gültigkeit oder Richtigkeit dieses Verschriebes. Hinsichtlich des geschichtlichen Zu- und Herganges verweise auf das Protocoll des Bezirksgerichtes vom 10. Juni, bei welcher Sitzung der Process Sonderegger erstinstanzlich seine Erledigung gefunden hat.

Gemäss bezirksgerichtlichem Protocoll wird nun von Hrn. Hptm. Broger erklärt, dass er keineswegs im gleichen Rechtsverhältnisse, wie Hr. Sonderegger stehe. Erstens habe er den Mobiliarverschrieb im Willen und Einverständnisse der Wwe. Inauen erhalten und habe auch zu keinen Zeiten etwelchen Verzicht auf denselben geleistet, gegentheils stets seine Rechte in ausdrücklichster Form gewahrt. Er stellt das Gesuch, diesen Fall nicht mit einem Fallimentsfalle zu vergleichen, indem kein Falliment vorliege, und er daher mit einer aufrechtstehenden und selbständigen Person gehandelt habe.

Er führt u. a. auch an, dass er s. Z. eine Anzahlung von 600 Fr. erhalten hätte; da ihm aber Wwe. Inauen durch den Mobiliarverschrieb volle Sicherheit garantiert habe, habe er derselben sogar diese 600 Fr. wiederum belassen. Auch habe er seitdem wiederum für 600 Fr. neuerdings creditiert, was gewiss unterblieben wäre, wenn er für die ältere Schuld von 2600 Fr. nicht volle Sicherheit zu besitzen glaubte. Er gewärtiget daher in seiner Rechtsansprache geschützt zu werden.

Die Gegenpartei dagegen erklärt, dass die Anforderung Brogers ein Bestandtheil des Mobiliarkaufverschriebes von Hrn. Sonderegger ausmache. Dieser Kaufverschrieb ermangle aber aller und jeder rechtlichen Grundlage, denn es sei zu constatieren, dass Hr. Sonderegger dazumal bereits oder gar kein offenes Guthaben an Wwe. Inauen hatte, sondern sich nur für allfällig nachträglichen Credit zu schützen suchte. Auch habe Hr. Sonderegger nie berechtiget sein können, von

sich aus einen Creditor der Wwe. Inauen faustpfandsweise zu sichern; nun angenommen, aber nicht zugegeben, es sollten dem Hrn. Broger für 2600 Fr. Mobilien faustpfandsweise zugeschrieben worden sein, so wäre seine Anforderung dennoch abzuweisen; indem er die als Faustpfand erhaltenen Gegenstände nicht zur Hand genommen, währenddem es doch schon im Begriffe des Wortes „Faustpfand" liege, dass dasselbe in den Händen des Faustpfandgläubigers zu liegen habe. Sie verlangen daher Abweisung des Broger'schen Rechtsbegehrens.

Das h. Cantonsgericht zieht in der obschwebenden Processfrage der Weissbad-Curatel gegen Hrn. R.-R. Sonderegger in Heiden nach reiflicher Ueberlegung und erdauernder Berathung in Anbetracht,

1) dass allerdings anzuerkennen sei, dass zwischen Hrn. Sonderegger und der Wwe. Inauen zum Weissbad unterm 26. Jänner 1876 ein Vertrag betr. den Kauf von Mobilien im gegenseitigen Einverständnisse abgeschlossen wurde, welcher auch unterm 30. Juli 1878 auf der Landescanzlei verschrieben wurde;

2) dass aber nach Ansicht des Cantonsgerichtes Wwe. Inauen nie habe im Rechte stehen können, einen derartigen Mobiliarverkauf zum Schaden und Nachtheile der übrigen Creditoren abzuschliessen, besonders wenn man bedenkt, dass derselbe nicht einmal für eine schon bestehende Schuld, sondern lediglich nur für den zukünftigen Credit zu Stande kam, so müsste auch unstreitbar eine Gefährde für den öffentlichen Credit dadurch entstehen und würde auch den widerrechtlich und verbotenen geheimen Verträgen Thür und Thor geöffnet, was vom Gerichte aus unmöglich unterstützt und gebilliget werden kann;

3) wenn auch dieser erwähnte Vertrag auf rechtlicher Grundlage sich bewegte, so müsste anderseits erklärt werden, dass sich Hr. Statthalter Sonderegger sowohl schriftlich als mündlich, wie durch Hrn. Hptm. Broger behauptet wird, bei der maassgebenden Stelle, bei der Creditorenversammlung im Weissbad, ohne etwelche Bedingungen (nebst der freiwilligen Austragung der Masse) gestellt zu haben, zurückgezogen hatte;

4) dass auch des bestimmtesten vorliegt, dass im Falle die Zurücktretung vom Vertrage nicht erfolgt wäre, die Bestimmung der gütigen Liquidation nicht zur Ausführung hätte kommen können, indem an deren Stelle die zwangsweise oder concursrechtliche Liquidation getreten wäre, in welchem Falle dem Vertrag ebenfalls keine rechtliche Gültigkeit hätte beigelegt werden können;

5) ist zum Ueberfluss noch zu erwähnen, dass die Meinung des Hrn. R.-R. Sonderegger, als hätte er durch erwähnten Vorbehalt seine Capitalien dadurch sichern können, dass das Weissbad sammt Mobiliar zu Gunsten der Capitalien veräussert werden müsse, keineswegs stichhaltig ist, indem die Capitalien lediglich das Weissbad sammt den dazu gehörigen Immobilien als Unterpfand verlangten und das Mobiliar auch in beiden Fällen nur ausschliesslich den Currentgläubigern hätte zudienen müssen, demnach in Zusammenfassung dieser Gründe

zu Recht erkannt und gesprochen:

1) Es sei Hr. R.-R. Sonderegger in Heiden mit seinem gestellten Rechtsbegehren abzuweisen.

2) Die erlaufenen Gerichts- und Appellationskosten hat die verlierende Partei zu tragen.

3) Von Zusprechung allfälliger Entschädigungen wird Umgang genommen.

In Sachen des Processes gegen Hrn. Hptm. J. B. Broger zieht das h. Cantonsgericht in Erwägung:

dass auch die Abtretung des Mobiliarverschriebes des Hrn. Sonderegger an Broger keine Gültigkeit haben könne, indem der gesammte Mobiliarkaufverschrieb von 15,000 Fr. als nicht zu Recht bestehend erklärt wurde und daher auch Hr. Broger als in den gleichen Rechtsverhältnissen stehend, zu betrachten ist;

Beschlossen:

1) Es sei Hr. Broger mit seinem Begehren ebenfalls abgewiesen, wesswegen er auch mit der fraglichen Forderung von 2600 Fr. die Masse zu erdulden habe.

2) Die erlaufenen Gerichts- und Appellationskosten hat Broger zu tragen.

3) Von Zusprechung allfälliger Entschädigungen wird Umgang genommen. (Directe Mittheilung.)

---

14. Canton Tessin. Urtheil des Districts- und des Appellationsgerichts vom 12. November 1879 und 10. Juni 1880.

Reduction des Pachtzinses wegen Ungunst der Natur.

Die Gemeinden Medeglia und Robasacco verpachteten im Jahre 1875 dem L. Richina die Alp Caneggio auf sechs Jahre (1876—1881) für den Pachtzins von Fr. 1555 zur Beweidung mit einer dem Belieben des Pächters überlassenen

Anzahl Viehes und während einer beliebig langen Zeit des Jahres ohne Beschränkung auf bestimmte Monate. Im Jahre 1879 konnte der Pächter wegen eines in ungewöhnlich grosser Menge gefallenen Schnees das Vieh erst nach dem 10. Juni auftreiben und auch da noch in sehr kleiner Zahl, weil die Alp noch grossentheils mit Schnee bedeckt war. Er klagte daher wegen verminderter Nutzung auf eine Reduction des Pachtzinses. Das Districtsgericht von Bellinzona wies durch Urtheil vom 12. November 1879 den Kläger ab, unter folgender, von der Civilkammer des Appellationsgerichts am 10. Juni 1880 bestätigten Motivierung:

Visto come la legge all' art. 859 del Codice civile sancisca in materia di locazione la regola generale, che se al conduttore è tolto per casi fortuiti l'uso di parte della cosa locata, egli ha diritto alla diminuzione dell' affitto in proporzione del minore godimento;

Ritenuto però che a questa regola generale devesi derogare allorchè trattasi di beni rurali, avendo il legislatore particolarmente stabilito all' art. 868 del Codice Civile, sotto la rubrica delle regole particolari alle locazioni dei beni rurali, che quando la locazione è fatta per più anni, il massaro o fittajuolo non avrà diritto ad alcuna riduzione d'affitto, sebbene per casi fortuiti sia un qualche anno perita una porzione o la totalità del frutto;

Considerando che la disposizione dell' art. 868 C. c. si estende a tutti i beni rurali, e non alle sole masserie, ed è basata sul riflesso che una buon' annata compensa un' altra cattiva;

Ritenuto che fra i beni rurali devonsi comprendere altresì i terreni montivi ed alpestri produttivi, avvegnacchè sotto la denominazione generica di beni rurali s'intendono tutti i beni di campagna che danno prodotti naturali od industriali;

Ritenuta adunque l'applicabilità dell' art. 868 C. c. al caso concreto, il contratto di locazione dell' alpe di Caneggio essendo stato fatto per la durata di sei anni;

Considerando che nella presente questione non trattasi della perdita della cosa locata, cioè del terreno costituente la sostanza del contratto, ma unicamente del frutto annuale;

Ritenuto che dal complesso delle risultanze testimoniali non emerge che per effetto dell' abbondanza della neve caduta sull' alpe in discorso, il terreno di quell' alpe sia stato in qualche parte distrutto, sebbene si possa ritenere diminuito il prodotto. (Repertorio di Giurisprudenza patria, 2. sem. 1881. Vol. I. p. 17 ss.)

---

15. Canton Basel-Stadt. Civilgerichtsurtheil vom 3. Februar 1882.

Anrechnung einer Zahlung des Schuldners auf eine andere Schuld als die von ihm angegebene.

In Sachen Massa-Verwaltung der Concursmasse Domon in Biel, vertreten durch Marcellus Nordmann in Chaux-de-Fonds, Kläger,

gegen

die Firma Oswald Gebrüder & Cie. dahier, Beklagte,

hat das Civilgericht Basel folgendes Urtheil eröffnet:

Thatsachen:

Der Uhrenfabrikant Ovide Domon in Biel stellte am 15. Februar 1880 einen Eigenwechsel aus an Ordre des Marcellus Nordmann in La Chaux-de-Fonds im Betrage von Fr. 1200. — zahlbar auf 25. Februar 1880. Nordmann setzte den Wechsel in Circulation; derselbe wurde jedoch am Verfalltag vom Aussteller nicht eingelöst und gelangte protestiert in die Hand der Beklagten, als 4. Indossanten zurück.

Am 28. Februar 1880 schrieb Domon den Beklagten, sie möchten den Wechsel zurückbehalten; er werde unfehlbar bis Mittwoch 3. März Deckung senden. Schon am 2. März jedoch liessen Beklagte den Wechsel an ihren Vormann Bickart Sée & Wahl in Colmar zurückgehen.

Am 4. und 5. März, nicht am 3., wie versprochen war, traf die Zahlung von Domon ein. Da Beklagte noch im Besitze eines andern protestierten Eigenwechsels waren, welchen Domon am 28. November 1879 an Ordre Louis Tschopp in Biel im Betrage von Fr. 800. — ausgestellt hatte, und der auf 20. Februar 1880 fällig war, so verwendeten sie den empfangenen Betrag zur Deckung ihres Guthabens aus diesem Wechsel im Betrag von Fr. 808. 65 und theilten dies am 6. März 1880 dem Domon mit, indem sie ihn zugleich in Kenntniss setzten, dass sie den Rest von Fr. 391. 35 dem Louis Tschopp gutgebracht hätten. Hiegegen protestierte Domon ohne weitern Erfolg, als dass Beklagte sich bereit erklärten für Restitution der dem Tschopp gutgeschriebenen Fr. 391. 35 an Domon besorgt sein zu wollen.

In der Folge erhob Marcellus Nordmann, welcher dem Domon jene Fr. 1200. — behufs Einlösung des Wechsels vorgeschossen hat, und an den der Wechsel trotzdem in Folge der anderweitigen Verwendung dieses Geldes seitens der Be-

klagten unbezahlt zurückgelangt war, Klage gegen die Beklagten auf Auszahlung der Fr. 1200. —, indem er sich als Inhaber des Wechsels zu dieser Forderung für befugt hielt.

Durch Urtheil des Civilgerichts vom 29. Juni 1880, welches rechtskräftig geworden ist, wurde jedoch seine Klage Mangels Activlegitimation abgewiesen, da ein directer Anspruch des Wechselinhabers aus der Zahlung von Domon gegen die Beklagten nicht entstanden sei, vielmehr nur Domon wegen unrichtiger Ausführung seines Mandats die Beklagten zur Verantwortung ziehen könne.

Unterdessen ist Ovide Domon in Concurs gerathen und seine Concursmasse, vertreten durch den frühern Kläger Marcellus Nordmann, fordert nun mit Klage vom 19. November 1881 an Beklagten Zahlung der Fr. 1200.— nebst Zins à 5 % seit 6. März 1880. Dies Begehren stützt sich darauf, dass Beklagte der guten Treue zuwider das für Deckung des Wechsels von Fr. 1200. — empfangene Geld im Widerspruch mit dem erhaltenen und angenommenen Zahlungsauftrag zu einem andern Zweck verwendet hätten.

Zudem sei der Wechsel an Ordre Tschopp, welchen Beklagte mit dem von Domon geschickten Geld bezahlt hätten, durch Domon anderweitig gedeckt worden, so dass Tschopp an denselben nichts mehr zu fordern habe.

Beklagte verlangen Abweisung der Klage über den anerkannten Betrag von Fr. 391. 35. Sie machen geltend, dass sie bei Empfang des Geldes nicht mehr im Besitz des fraglichen Wechsels gewesen seien, so habe ihnen das Recht zugestanden, ihre andere Forderung gegen Domon aus dem Wechsel Ordre Tschopp damit auszugleichen.

Auch wenn man übrigens annehmen wollte, dass sie sich verpflichtet hätten, bis 3. März mit der Rücksendung des Wechsels Nordmann zu warten, so sei das Geld doch auf diesen Termin nicht eingetroffen, und es hätte somit die Zahlung so wie so nicht mehr auf den Wechsel Nordmann verwendet werden können.

Rechtsgründe:

Wenn ein Creditor mehrere Forderungen gegen einen Schuldner hat, so steht es allerdings im Belieben des Schuldners zu bestimmen, welche von diesen Forderungen er zuerst decken will; wären daher im Moment der Zahlung von Domon Beklagte noch im Besitz beider Wechsel des Domon gewesen, so hätten sie nach Maassgabe der vom Schuldner er-

haltenen Weisung den Wechsel Ordre Nordmann mit der empfangenen Zahlung ausgleichen müssen.

Allein nachgewiesener Maassen fanden sie sich nicht mehr im Besitze jenes Wechsels und waren sonach pflichtig das für Ausführung des erhaltenen Auftrages empfangene Geld an den Auftraggeber wieder zu restituieren. Diese Schuld aber konnten sie ohne Zweifel mit der ihnen zustehenden anderweitigen Forderung gegen Domon compensieren.

Nur dann könnte diese Compensation als unzulässig angesehen werden, wenn Beklagte beim Eintreffen der Fr. 1200. — den Wechsel Ordre Nordmann noch in Händen gehabt und doloser Weise sich dessen entäussert hätten. Allein dies ist nicht der Fall.

Es fragt sich also bloss, ob dadurch, dass Domon die Forderung, für welche er dem Tschopp den Wechsel ausgestellt hatte, direct an diesen bezahlt hat, die Forderung der Beklagten aus diesem Wechsel gegen den Aussteller irgendwie berührt werde, allein dies muss verneint werden, da dem Wechselinhaber bekanntlich ein durchaus selbständiges und von seinem Vormann unabhängiges Recht gegenüber dem Aussteller zusteht.

Das Gericht hat demnach

Erkannt:

Beklagte sind zur Zahlung von Fr. 391. 35 Cts. an Klägerin verfällt und bei ihrer Erklärung behaftet den Wechsel Ordre Tschopp de Fr. 800. — an Klägerin herauszugeben. Mit der Mehrforderung ist Klägerin abgewiesen und trägt die ordinären und extraordinären Kosten.

(Directe Mittheilung.)

---

16. Canton Neuenburg. Urtheile von Civilgericht Chaux-de-Fonds und Appellhof vom 2. Februar und 4. April 1878.

Verwendung einer Zahlung zur Deckung einer andern Forderung entgegen der vom Schuldner jener Zahlung gegebenen Bestimmung.

Robert fils in Rotterdam, Schuldner von J. Cuttat in Pruntrut, hatte an dessen Ordre eine Tratte von 1000 Fr. auf H. A. Robert père mit Verfalltag 15. Mai 1876 gezogen. Am 15. Mai benachrichtigte Robert père den Cuttat, dass er von seinem Sohne das Geld für Einlösung der ersten Tratte

nicht erhalten habe, und ersuchte ihn, ihm die Fr. 1000 zu schicken, damit er den Wechsel einlösen könne. Cuttat übermittelte ihm am 16. Mai diese Summe, und der Wechsel wurde damit bezahlt. Robert fils dagegen schickte an Cuttat am 16. Mai eine neue Tratte auf seinen Vater für Fr. 1000 mit Verfall auf Ende Juli, als Ersatz für die nicht bezahlte vom 15. Mai. Somit war Robert Sohn Schuldner des Cuttat für diese Fr. 1000 per Ende Juli, und Robert Vater Schuldner des Cuttat für die ihm zur Einlösung des Wechsels vom 15. Mai übersandten Fr. 1000. Am 27. Juli 1876 schrieb Robert Vater an Cuttat, er müsse im Besitz eines Wechsels seines Sohnes auf 31. Juli sein; zu dessen Tilgung schicke er ihm hiemit ein Billet von Fr. 1000 per 15. November, er möge dasselbe girieren und ihm den Erlös zuschicken, damit er (Robert Vater) den Wechsel seines Sohnes auf 31. Juli einlösen könne. Cuttat unterliess das. Nichtsdestoweniger zahlte Robert Vater den Wechsel auf 31. Juli mit Geld, das er von seinem Sohne erhalten hatte. Cuttat escomptierte das Billet von Robert Vater am 10. August und behielt das Geld als Ersatz der am 16. Mai an Robert Vater geschickten Fr. 1000. Letzterer verweigerte dann am 15. November die Zahlung dieses Billets und Cuttat, an den es auf dem Regresswege zurückkam, betrieb ihn nun dafür nebst Protestkosten. Robert Vater erhob Rechtsvorschlag, weil er aus diesem Billet an Cuttat nichts schulde, sondern es ihm nur zur Deckung für den (von ihm eingelösten) Wechsel seines Sohnes übergeben habe, damit er (Cuttat) ihm den Erlös zustelle, was derselbe nicht gethan habe. Zudem seien die Protestkosten ungerechtfertigt, weil kein Protest vorliege. Cuttat behauptete, dass er diesen Wechsel als für seinen Vorschuss vom 16. Mai empfangen geltend machen dürfe.

Das Civilgericht Chaux-de-Fonds erkannte am 2. Februar 1878 zu Ungunsten des Betriebenen,

Considérant, qu'en effet, Cuttat a envoyé le 16 mai 1876, Fr. 1000 à H.-A. Robert, auquel il ne devait rien, et que cette somme a été employée pour payer une traite au 15 mai, tirée par le fils Robert et qui aurait dû être payée par lui;

Que le billet en vertu duquel on poursuit, forme l'équivalent de cette somme et qu'il constitue un titre régulier pour le créancier;

Considérant, en ce qui concerne la seconde raison de clame que le créancier a fait un compte qui n'est pas justifié parce qu'il indique des frais de protêt, etc., et qu'il n'est pas établi qu'il y ait eu un acte de protêt;

und wies daher den Rechtsvorschlag bezüglich der Hauptsumme (Fr. 1000) zurück. Der Appellhof reformierte dagegen am 4. April 1878 und wies den Cuttat mit seiner Betreibung aus dem Rechte sowohl bezüglich der Hauptsumme (Fr. 1000) als der Protestkosten (Fr. 23):

Considérant qu'il résulte des pièces produites que le 27 juillet 1876 le citoyen Henri-Auguste Robert a envoyé à J. Cuttat son billet de Fr. 1000, au 15 novembre 1876, en l'accompagnant de la lettre suivante: „Vous devez avoir sur moi, pour fin courant, une traite de Fr. 1000, tirée par mon fils, à Rotterdam. N'ayant pas encore reçu la dite traite, je vous remets ci-inclus no 5968 Fr. 1000, au 15 novembre sur moi-même, que vous voudrez bien négocier et m'en envoyer le montant pour fin courant, afin qu'il n'y ait pas de frais. Pour le cas où d'ici à samedi cette couverture me serait parvenue, je vous télégraphierai."

Considérant que les termes de cette lettre indiquent que H.-Aug. Robert n'a donné son billet de Fr. 1000, au 15 novembre 1876 à Cuttat que pour lui garantir la traite de son fils à fin juillet de même valeur;

Considérant que cette traite a été négociée par Cuttat et lui a été effectivement payée ainsi que le prouve la reproduction de cet effet de commerce et ainsi que Cuttat le reconnaît lui même;

Considérant que le clamant a par sa correspondance depuis le 10 août jusqu'au 7 novembre 1876 réclamé à Cuttat le renvoi de son billet au 15 novembre 1876, sans avoir pu l'obtenir;

Que Cuttat a néanmoins négocié ce billet le 10 août 1876 et que c'est en vertu de ce billet non payé à son échéance qu'il poursuit H.-Aug. Robert.

Considérant que les faits qui précèdent établissent que le clamant n'a remis ce billet à Cuttat que pour garantir le paiement de la traite de son fils au 31 juillet; que cette traite ayant été payée le billet souscrit par le clamant est devenu sans valeur par l'effet de l'extinction de la dette principale dont il n'était que la garantie;

Qu'en conséquence, la première raison de clame est bien fondée;

Considérant au surplus que si le poursuivant estime qu'ensuite du versement de Fr. 1000 qu'il a fait le 16 mai 1876 au clamant, celui-ci serait son débiteur, il doit lui ouvrir une action principale pour faire déterminer quelle a été, en raison de leurs relations réciproques, la destination précise de ce

versement; mais il ne peut reporter ce versement sur le billet au 15 novembre 1876, qui ne lui a été remis que dans un but spécial et pour un objet déterminé;

En ce qui touche la seconde raison de clame:

Considérant que la première ayant été déclarée bien fondée, celle-ci devient sans objet.

(Recueil des arrêts de la Cour d'appel, tome XIII, p. 194 ss.)

---

17. Canton Basel-Stadt. Urtheile des Civil- und des Appellationsgerichtes vom 19. December 1879 und 26. Februar 1880.

Gesellschaftsverhältniss. Umfang desselben und Tragweite der gemeinschaftlich ausgestellten Vollmacht.

I. Civilgerichtliches Urtheil vom 19. December 1879.

Thatsachen.

Am 5. Juni 1879 wurde die Liegenschaft des Falliten Benjamin Müller-Fritz, Sect. III, Parc. 164 des Grundbuchs mit Haus Steinenthorstrasse 6 gerichtlich versteigert. Auf diesem Grundstück ruhten in 1. Hypothek Fr. 20,000. — in 2. Hypothek Fr. 19,000. — verbürgt durch R. Hoch, Bierbrauer, in 3. Hypothek Fr. 10,000, verbürgt durch denselben R. Hoch in solidarischer Verbindung mit G. Bubeck, Metzger. Die Gesammtbelastung betrug mit Einschluss der Capitalzinse bis 5. Juli 1879 Fr. 50,280. 35 Cts.

Vor der Gant einigten sich Hoch und Bubeck über gemeinsamen Ankauf der Liegenschaft und bevollmächtigten den Anwalt Garnjobst, auf dieselbe in ihrem Namen bis auf Fr. 50,000. — zu bieten. In Folge dessen wurde ihnen die Liegenschaft zum Preis von Fr. 29,000 zugeschlagen. Den Zehntel des Kaufschillings erlegte jeder der beiden Ersteigerer zur Hälfte, den Rest führte R. Hoch allein am 6. October an die Gerichtscasse ab.

Nach der Gant einigten sich beide Käufer über Vermiethung des Hauses zu einem Miethzins von Fr. 2600. — und bevollmächtigten ferner den Anwalt Garnjobst, mit den Creditoren behufs Stehenlassen der Hypotheken Unterhandlungen anzuknüpfen. Sämmtliche Creditoren erklärten sich hiezu bereit.

Da sich nun aber Bubeck weigerte, die Obligation über die 2. Hypothek, für welche Hoch allein sich verbürgt hatte, zu unterzeichnen, kam es zum Process, in welchem Hoch als

Kläger verlangt, dass Bubeck (Beklagter) gerichtlich angehalten werde, die Hälfte der auf der Liegenschaft ruhenden Hypotheken mit Inbegriff der 2. zu übernehmen.

Er begründet sein Gesuch damit, dass unter den Parteien die gemeinsame Uebernahme des Hauses um den Werth der darauf ruhenden Lasten verabredet gewesen sei. Hiefür beruft sich Kläger auf das Zeugniss von Anwalt Garnjobst, sowie auf die demselben ertheilten Vollmachten zur Steigerung bis auf Fr. 50,000 und zur Anknüpfung von Unterhandlungen mit den Creditoren; auch die Festsetzung des Miethzinses auf Fr. 2600. — welche Summe ungefähr dem Jahreszins von Fr. 50,000 gleichkomme, spreche für genannte Verabredung.

Beklagter stellt jedoch eine solche Verabredung vollständig in Abrede. Von der Bürgschaft des Klägers auf der 2. Hypothek habe er vor der Gant gar keine Kenntniss gehabt; überhaupt sei die Frage: in welches Verhältniss Beklagter zu den auf der Liegenschaft ruhenden Lasten durch den Kauf treten solle, weder vor noch nach der Gant bestimmt in's Auge gefasst worden. Beklagter habe somit für nichts einzustehen als für die Hälfte des Gantpreises und die Hälfte der von ihm selbst mit dem Kläger verbürgten 3. Hypothek.

Der als Zeuge abgehörte Anwalt Garnjobst sagt aus, es sei unter den Parteien verstanden gewesen, dass die Lasten von beiden gemeinsam zu tragen seien; dass Kläger auch für die 2. Hypothek als Bürge hafte, sei dem Beklagten durch den Zeugen selbst vor Unterzeichnung der Steigerungsvollmacht mitgetheilt worden, jedoch habe eine ausdrückliche Abmachung, wonach Bubeck auch für diese 2. Hypothek einzustehen hätte, allerdings weder mündlich noch schriftlich stattgefunden; es sei dies eben stillschweigend verstanden gewesen.

Rechtsgründe:

Der klägerische Anspruch stellt sich dar als Anspruch aus einem Gemeinschaftsverhältniss, und es handelt sich darum zu entscheiden, ob eine Last, für welche ein Gemeinschafter persönlich verpflichtet ist, in den Kreis der Gemeinschaft hineingehöre, und also vom Beklagten, als dem andern Gemeinschafter mitzutragen sei.

Hiefür hat Kläger selbstverständlich den Nachweis zu leisten, und er versucht dies in Ermanglung eines eigentlichen Societätsvertrags theils durch den Inhalt der gemeinsam ausgestellten Vollmachten, theils durch die Berufung auf mündliche Verabredung.

Die erste vor der Gant ausgestellte Vollmacht besagt nun, dass die Parteien gemeinsam die Liegenschaft eventuell bis zu einem Preise von Fr. 50,000. — ersteigern wollten; die 2. nach der Gant ausgestellte beweist, dass im Allgemeinen vom Stehenlassen der Hypotheken die Rede war, und es ist unzweifelhaft, dass Beklagter von der 2. Hypothek und der hierauf bezüglichen Bürgschaftsverpflichtung des Klägers Kenntniss hatte. Auch die Feststellung des Miethzinses auf Fr. 2600 mag als Indiz dafür gelten, dass den Parteien ein Werth der Liegenschaft von Fr. 50,000 vorschwebte. Es ergiebt sich auch aus den Angaben des Zeugen, dass dieser sowohl wie der Kläger stetsfort der Ansicht waren, nach dem Sinne der Vereinbarung werde die Liegenschaft um den Gesammtwerth der darauf ruhenden Lasten gemeinsam erworben, und es habe daher auch Beklagter diese sämmtlichen Lasten mitzuübernehmen.

Allein alle diese Momente genügen nicht, um eine Verpflichtung von solcher Tragweite wie die Uebernahme einer fremden Schuld in so hohem Betrage zu begründen. Hiefür wäre doch wenigstens Voraussetzung, dass diese Verpflichtung von den Parteien als eine Consequenz ihres gemeinsamen Handelns vorher in Ueberlegung gezogen worden wäre. Dies ist aber nicht der Fall, denn es liesse sich sonst nicht denken, dass man über einen Punkt, der für den Kläger einer der wichtigsten der ganzen Vereinbarung sein musste, ein einfach stillschweigendes Einverständniss angenommen hatte. Vielmehr scheint es, dass beide Parteien bei Ausstellung der Steigerungsvollmacht nur den Fall bestimmt in's Auge gefasst hatten, wo der Gantpreis sich in den Grenzen der beidseitig verbürgten dritten Hypothek halten und somit die beidseitigen Interessen identisch sein würden. Auch die 2. Vollmacht zur Anknüpfung von Unterhandlungen mit den Creditoren ist nicht bestimmt genug, um annehmen zu können, dass der Beklagte im klaren Bewusstsein der obwaltenden Verhältnisse sich damit habe bereit erklären wollen, für die 2. Hypothek als Mitschuldner einzustehen.

Nach alledem kann dem Klagbegehren nicht Folge gegeben werden. Jedoch fällt für die Kosten in Betracht, dass auch der Beklagte an der unter den Parteien herrschenden Unklarheit die Mitschuld trägt.

Das Gericht hat daher

Erkannt:

Kläger ist mit seiner Klage abgewiesen. Die Kosten sind getheilt. —

II. Appellationsgerichtliches Urtheil vom 26. Februar 1880.

In der Recurssache des R. Hoch gegen G. Bubeck wurde im Anschluss an die thatsächliche Darstellung des erstinstanzlichen Urtheils,

in rechtlicher Beziehung jedoch in

Erwägung:

Wenn das civilgerichtliche Urtheil annimmt, es scheine, dass beide Parteien bei Ausstellung der Steigerungsvollmacht nur den Fall bestimmt in's Auge gefasst hatten, wo der Kaufpreis sich in den Grenzen der beidseitig verbürgten dritten Hypothek halten werde, so mag es mit dieser Annahme seine Richtigkeit haben. Allein daraus folgt gerade, dass die Parteien bei Ertheilung der Vollmacht unzweifelhaft die bestimmte Absicht hatten, die sämmtlichen auf der Liegenschaft ruhenden Lasten gemeinschaftlich zu übernehmen.

Dafür nun dass diese Absicht auf die hauptsächlich vor Augen gehabte Eventualität einzuschränken sei, und dass die Parteien, wenn sie auch den nunmehr eingetretenen Fall bestimmter in's Auge gefasst hätten, für denselben etwas Anderes stipuliert haben würden, dafür fehlt jeglicher Anhaltspunkt in der Vollmacht sowohl als in den übrigen Acten, dagegen aber spricht schon der Umstand, dass ja alsdann die Interessen der beiden Käufer einander direct entgegengestanden hätten, und dass unmöglich der gleiche Bevollmächtigte bei Ankauf des Hauses diese sich widerstreitenden Interessen zu gleicher Zeit hätte wahren können. Die gemeinschaftliche Tragung sämmtlicher Vorhypotheken, gleichviel bei welchem Kaufpreis, erscheint also unter den vorliegenden Umständen als eine nothwendige und selbstverständliche Consequenz der gemeinschaftlich ertheilten Vollmacht, bis auf Fr. 50,000. — zu bieten, und brauchte eben desshalb nicht für einen einzelnen Fall noch speciell hervorgehoben zu werden.

Diese Auffassung wird nun noch durch folgende actenmässige Thatsachen unterstützt. Einmal beauftragten die beiden Parteien unmittelbar nach der Gant, am 9. Juni vorigen Jahres, den gleichen Bevollmächtigten, sich bei den betreffenden Creditoren behufs Stehenlassen ihrer Capitalien zu verwenden, und ihnen die nächsthin fälligen Marchzinse zu versprechen, ohne dass hiebei ein Unterschied zwischen den einzelnen Hypotheken oder zu Gunsten der einen oder der andern Partei gemacht wurde. Sodann weist auch der Miethvertrag vom 30. Juni v. J., durch welchen die Parteien das Haus einem Wirthe

für den jährlichen Miethzins von Fr. 2600. — vermietheten, darauf hin, dass sie demselben einen wirklichen Werth von ungefähr Fr. 50,000. — beilegten, welcher beiden zu gleichen Theilen zu Gute kommen solle, aus welcher Thatsache auch wieder ein Schluss auf die beabsichtigte gemeinschaftliche Tragung der Lasten zu ziehen ist, gleichviel welches der nominelle Ankaufspreis sei. Endlich liegt auch noch das ausdrückliche Zeugniss des bevollmächtigten Rechtsanwalts bei den Acten, welcher die betreffenden Vollmachten verfasst und geschrieben hatte. Derselbe sagte vor Gericht des bestimmtesten aus, die Absicht der Parteien bei Ertheilung der Vollmacht sei auf gemeinschaftlichen Ankauf des Hauses und auf gemeinschaftliche Uebernahme sämmtlicher Hypotheken gegangen, gleichviel um welchen Preis das Haus schliesslich ersteigert werde.

Unter diesen Umständen muss der dem Kläger obliegende Beweis als erbracht angesehen werden.

Zu Recht gesprochen und erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben.

Beklagter ist im Sinne des klägerischen Rechtsbegehrens gehalten, die Hälfte der auf der erkauften Liegenschaft haftenden Hypotheken zu decken.

Beklagter Appellat trägt sämmtliche Kosten beider Instanzen, mit einem zweitinstanzlichen Urtheilgelde von Fr. 60. —

(Directe Mittheilung.)

---

18. Canton Thurgau. Obergerichtsurtheil vom 3. März 1881.

Recht des Frachtführers auf die Entschädigung für gestohlenes Frachtgut Mangels eines reclamierenden Eigenthümers.

Unterm 13. Mai 1878 verurtheilte die thurgauische Criminalkammer eine Anzahl von Schiffleuten der schweizerischen Nordostbahngesellschaft wegen Unterschlagung von Frucht auf den Bodenseedampfbooten und den Bierbrauer Simon Fleisch in Romanshorn wegen Hehlerei des betreffenden Getreides. In dem Strafprocess trat kein Damnificat auf, welcher das unterschlagene Getreide beansprucht hätte, und es hat dann an Stelle des oder der Damnificaten der thurgauische Fiscus die Ersatzklage für das entwendete Gut, resp. dessen Werth im Betrage von Fr. 2427. 62 gegenüber Bierbrauer

Fleisch als Besitzer desselben gerichtlich geltend gemacht. Durch Urtheil vom 25. Februar 1879 schützte das Obergericht qualitativ die Ansprache des Fiscus, davon ausgehend, dass nach erlassenem Strafurtheil der Verbrecher nicht im Genusse des aus dem Verbrechen gezogenen Vortheils belassen werden dürfe, dass also der Staat, welcher für den Strafvollzug zu sorgen habe, in den Fällen, in welchen nicht die Damnificaten selbst Genugthuung für das erlittene Civilunrecht verlangen, an deren Stelle dies thun könne, um das ihnen entzogene Gut für sie zu verwalten oder bei Unterlassung einer Reclamation derselben solches dem Staatsvermögen einzuverleiben. Quantitativ wurde die Forderung auf Fr. 1500. — reduzirt.

Die Nordostbahn verlangt nun die Aushingabe dieser Summe vom Fiscus, denn sie sei Damnificatin. Für das veruntreute Gut sei sie verantwortlich gewesen und die Frage, ob sie sich mit den Eigenthümern des unterschlagenen Gutes bereits auseinander gesetzt habe, sei irrelevant. Die Nordostbahn müsse aus dem Güterdienst her beträchtliche Summen als Entschädigung bezahlen.

Der Fiscus machte dagegen geltend, dass die Nordostbahn nicht Damnificat sei, auch in der Strafuntersuchung keine bezüglichen Ansprüche erhoben und erst im April 1879 ihr Rechtsbegehren geltend gemacht habe. Sie könne nicht nachweisen, dass sie wegen der unterschlagenen Frucht von einem Eigenthümer derselben belangt worden sei.

Die erste Instanz wies die Klage ab, weil die Nordostbahn nicht Damnificatin, auch nicht als solche aufgetreten sei, und selbst zugeben müsse, dass die Eigenthümer des defraudirten Getreides ihr gegenüber keine Klage erhoben hätten, auch infolge Verjährung keine solche mehr anheben könnten. Sie habe desshalb keine besseren Ansprüche auf das unterschlagene Getreide als der Fiscus.

Die Nordostbahn appellierte hierüber. Die Fr. 1500. — resp. nach Abzug der Unkosten Fr. 1324. 21 seien das Aequivalent für das Getreide, welches von den Schiffen der Nordostbahn entwendet worden sei. So gut wie auf das Getreide habe auch auf dessen Aequivalent die Nordostbahn Ansprüche; als Frachtführer und auch als Depositar sei sie im Besitze des Getreides gewesen und für dasselbe verantwortlich, könne somit auch die Rechte aus demselben geltend machen. Die Nordostbahn, aus deren Schiffen und Magazinen die Frucht entwendet worden sei, müsse als Damnificatin betrachtet werden, habe somit bessere Rechte auf das Entwendete als der Staat.

Der Fiscus als Appellat bestreitet, dass der Frachtführer im Sinne der §§ 501 und ff. des zürch. P. R. Besitzer der ihm zum Transport übergebenen Gegenstände sei. Die Appellantin sei nicht Damnificatin, sie hafte selbst nicht mehr für die ihr 1876 zum Transport anvertraute Frucht. Der Fiscus sei berechtigt, auf das corpus delicti Beschlag zu legen.

Durch Urtheil vom 3. März 1881 erklärte das Obergericht des Cantons Thurgau die Berufung als unbegründet.

Gründe.

Durch Urtheil des Obergerichts vom 25. Februar 1879 ist die Ansprache des Fiscus des Cantons Thurgau auf das von Simon Fleisch und Mitbetheiligten unterschlagene Gut in der Meinung gutgeheissen worden, dass er das den wirklichen Damnificaten entzogene Vermögensobject zu verwalten habe und bei Unterlassung einer Reclamation von Seiten derselben dem Staatsvermögen einverleiben könne. Ein Dritter, welcher dieses unterschlagene Gut, resp. dessen Surrogat, beansprucht, hat den Nachweis zu leisten, dass er rechtlich als Damnificat zu betrachten sei. Es fragt sich desshalb, ob der Appellantin dieser Beweis gelungen sei.

Dadurch, dass sie im Strafprocess nicht als Damnificatin aufgetreten ist, ging sie allfälliger Rechte nicht verlustig. Es muss zugegeben werden, dass ein Besitzer in fremdem Namen, welcher für die Sache verantwortlich ist, gegenüber demjenigen, welcher diese Sache gestohlen oder unterschlagen hat und dessen Gehülfen, eine Klage auf Herausgabe dieser Sache (actio furti) hat. Allein dieser Fall liegt hier nicht vor. Der Angesprochene ist nicht der Entwender, sondern der Staat, welcher im öffentlichen Interesse — damit der Verbrecher nicht im Genuss des aus dem Verbrechen gezogenen Vortheils bleibe — das betreffende Vermögensobject zu Handen genommen hat, und er besitzt nicht auf eigenen Namen, sondern für Rechnung der wirklich Geschädigten. Gleichwie also die Nordostbahn vor der Unterschlagung für Dritte Besitzrechte ausübte, so übt nunmehr der Staat für die gleichen Dritten die Besitzrechte aus und bietet mindestens so viel Garantie als die Appellantin dafür, dass der Vermögensgegenstand dem effektiv Geschädigten wieder zurückgestellt werden könne. Dann ist aber von der Appellantin zugegeben, dass sie für das unterschlagene Getreide nicht haftbar gemacht wurde und dass sie für dasselbe, weil die sechsmonatliche Verjährungsfrist längst abgelaufen ist, nicht mehr haftbar gemacht werden

kann. Es sind desshalb alle Momente, gestützt auf welche sie auf den Namen Dritter eine Ansprache geltend machen könnte, weggefallen. Auf eigenen Namen kann sie nicht als Damnificatin auftreten, da sie selbst nicht behauptet, direct durch die Unterschlagungen geschädigt worden zu sein.

Es ist somit klar, dass die Appellantin, welche von 1878/79 nicht daran dachte, für die Damnificaten aufzutreten, und ausserdem gegenüber den eigentlich Verletzten sich als Frachtführer auf eine sehr kurze längst abgelaufene Verjährungsfrist berufen kann, nicht bessere Rechte auf das dem Verbrecher abgenommene Gut hat, als der Appellat, welcher sich rechtzeitig der Interessen der Damnificaten im öffentlichen Interesse annahm und gegenüber den Damnificaten als Geschäftsführer nach den gewöhnlichen Rechtsgrundsätzen haftet.

(Directe Mittheilung.)

---

19. Basel. Schiedsgerichtsurtheil vom 15. November 1880.

Wiefern ziehen falsche Angaben über den Betrag von Brandschaden Verlust der Versicherungssumme nach sich.

In Sachen U. Leuthold von Hasleberg, Schnitzler, Kläger

gegen

Schweizerische Mobiliarversicherungsgesellschaft, Beklagte

hat das auf Grund der Gesellschaftsstatuten von den Parteien ernannte Schiedsgericht folgendes Urtheil gefällt.

Die in Betracht kommenden Thatsachen sind diese:

In der Nacht vom 12. auf 13. December 1879 brach im Holzschnitzwaarenladen des Klägers, das sich im Parterrelocale des Hauses Kronengasse 2 in Basel befand, Feuer aus, und die Waaren wurden zum grössten Theile vernichtet. Laut Versicherungsschein vom 17. April 1879 hatte Kläger bei der beklagten Gesellschaft die Holzschnitzwaaren für den Werth von Fr. 18,000 versichert und war für diesen Betrag der Beklagten auf 5 Versicherungsjahre beigetreten. Demgemäss wandte er sich sofort nach dem Brandfalle, durch Schreiben d. d. 15./16. December, an den Hauptagenten der Beklagten in Basel, J. C. Asch, gab an, dass ein ganz kürzlich erst, etwa Mitte Novembers, aufgenommenes Inventar seines Waarenlagers einen Werth im Betrag von Fr. 29,513. 80 ergeben habe, und ersuchte unter Betheuerung der Richtigkeit dieser

Angabe um Mittheilung derselben an die Direction behufs baldiger Untersuchung und Reglierung. Auf das von J. C. Asch sofort gestellte Begehren, das vor dem Brande aufgenommene Inventar einzulegen, antwortete Kläger am 17. December, es sei ihm das unmöglich, da sämmtliche Geschäftspapiere verbrannt seien, er könne aber „mit bestem Wissen und Gewissen die Versicherung geben, dass die Ihnen unterbreitete Summe des Inventars sich von den in meinem Locale befindenden Waaren ergab und auf das Bestimmteste vorhanden waren.“ Am 19. December ernannten beide Parteien Experten zur Abschätzung des Brandschadens, welche durch „Verdict“ d. d. 20. December zu einer Summe von Fr. 12,239. 90 gelangten, und zwar wie sie erklären, im Beisein und vollständigen Einverständnisse des H. U. Leuthold, auf dessen Angaben betreffend die Stückzahl sie sich hätten verlassen müssen. Inzwischen war Kläger wegen des Verdachtes vorsätzlicher oder fahrlässiger Brandstiftung in Untersuchung gezogen worden, welche indess durch Beschluss der Ueberweisungsbehörde vom 6. Januar 1880 wegen mangelnden Beweises des Thatbestandes dahingestellt wurde. Da aber Kläger auch in dieser Untersuchung die Summe von Fr. 29,500 als Betrag seines Schadens aufrecht erhalten hatte, und die Beklagte der Ueberzeugung war, dass Kläger sie durch falsche Angaben zu schädigen beabsichtigte, so beantragte und erlangte sie Untersuchung gegen den Kläger wegen Betrugsversuchs. Auch diese Untersuchung endete mit einem Dahinstellungsbeschluss, die Motive desselben sagen unter Anderm, es sei zwar anzunehmen, dass Kläger vorsätzlich seinen Schaden viel zu hoch angegeben habe, aber darin liege kein Betrugsversuch, weil solche Angaben ohne irgend welchen bestimmenden Einfluss auf die Entschliessungen der Gesellschaft seien, und zudem § 82 der Gesellschaftsstatuten hinreichenden Schutz gegen zu hohe Entschädigungsforderungen gewähre. Nunmehr zeigte die Beklagte durch Schreiben des Hrn. Asch vom 15. März 1880 dem Kläger an, dass sie gestützt auf Art. 82 Ziff. 2 der Gesellschaftsstatuten beschlossen habe, ihn von allem Recht auf Entschädigung und von der Theilnahme an der Gesellschaft auszuschliessen. Dieser Art. 82 Ziff. 2 lautet:

„Es wird von allem Recht auf Entschädigung und von der Theilnahme an der Gesellschaft ausgeschlossen:

1) .....

2) wer über den Betrag eines Brandschadens, den er selbst oder ein Anderer erlitten, falsche Angaben gemacht hat.

Kläger antwortete sofort, dass er sich diesem Beschluss nicht unterziehe, und provocierte gemäss Tit. 4 der Gesellschaftsstatuten ein schiedsrichterliches Verfahren.

In seiner Klage verlangt er Verurtheilung der Beklagten zur Zahlung von Fr. 17,660 (nämlich die Fr. 18,000 des Versicherungsscheines abzüglich Fr. 340 als Werth der geretteten Waaren), eventuell von Fr. 12,239. 90 als des durch die Experten festgestellten Schadensbetrages. Er spricht der Beklagten das Recht ab, von Art. 82 Ziff. 2 Gebrauch zu machen, selbst wenn Kläger sich falscher Angaben schuldig gemacht hätte. Denn wenn diese Bestimmung so ausgelegt werde, wie Beklagte es thue, so widerspreche das dem Wesen des Rechts und der Willensfreiheit und habe überhaupt keinen Sinn, weil aus einer solchen falschen Angabe keine Gefahr für die Gesellschaft entstehen könne. Höchstens könnte also dieser Art. 82 nur Angaben treffen, welche geeignet wären, die Gesellschaft materiell zu schädigen, nämlich Angaben mit Betrugsversuch. Im speciellen Falle aber habe Kläger gar keine falschen Angaben gemacht, die Ansicht der Ueberweisungsbehörde, wie solche in ihrem Dahinstellungsbeschluss ausgesprochen worden, sei eine private Meinungsäusserung ohne bindende Kraft für Andere, und die Schatzung der Experten sei Mangels aller Anhaltspunkte erfolgt. Er, Kläger, sei auch zur Eidesleistung über die Höhe des Schadens bereit und müsse Mangels andrer Beweismittel gemäss Art. 76 der Statuten dazu zugelassen werden. Die Beklagte rechtfertigt den Art. 82 mit der Nothwendigkeit, auf die Wahrheitsliebe der Versicherten einen strengen Druck zu üben, glaubt, dass aus den geretteten Büchern und Aufzeichnungen des Klägers sich gar wohl der Werth der Waaren wenigstens annähernd bestimmen liesse, dass aber Kläger absichtlich diese Schriften zurückhalte, um nicht gegen sich selbst zu beweisen, und dass eben darum auch keine Veranlassung sei, ihn zum Eide zuzulassen. In der Rückäusserung auf die Klagbeantwortung legt der Kläger dann die geretteten Bücher, ein Postbüchlein und ein Einnahmebuch, ein, welche indess zu keinen sichern Resultaten zu gelangen gestatten.

Rechtsgründe.

Soll der Bestimmung des Art. 82 Ziff. 2 der Statuten ein in Rechten erträglicher Sinn zukommen, so kann es nur der sein, dass wissentlich falsche Angaben des Versicherten über Anzahl und Werth der verbrannten Gegenstände in der Absicht die Schatzungsexperten zu täuschen, überhaupt die

Untersuchung des Brandschadens ungehörig zu beeinflussen und eine unrichtige Taxation des Brandschadens dadurch herbeizuführen, von dem Anspruch auf Entschädigung ausschliessen. Uebertriebene Schadenersatzforderung für sich allein kann nimmermehr dieses Recht des Versicherers begründen, solang der Versicherte sich nicht bei der Abschätzung des Brandschadens durch die laut Statuten dazu berufenen Organe wissentlich falscher Angaben schuldig macht. Schon darum nicht, weil die Strafe des Verlusts jeglichen Schadenersatzanspruchs in gar keinem natürlichen Verhältniss stände zu dem an sich unverfänglichen, weil unmaassgeblichen und nichts präjudicierenden Fehler einer übertriebenen Schadenersatzforderung, und, auch bei strengster Aufrechthaltung der Pflicht des Versicherten zu Beobachtung der guten Treue, das Recht eine Verletzung dieser Pflicht in einer rechtlich unwirksamen und folgenlosen Handlung nicht erkennen kann. Selbst die Versicherungsbedingungen solcher Gesellschaften, welche wie z. B. der Phönix genauer als die heutige Beklagte neben einander Uebertreibung des Schadensbetrags und Uebertreibung der Zahl der verbrannten Gegenstände als Grund der Ausschliessung aufführen, gestatten nicht die Annahme, dass blosse zu hohe Ersatzforderung an sich darunter zu ziehen sei, sondern stehen unter der Voraussetzung, dass solche Angaben zum Zweck einer Irreführung der Gesellschaft in dem zur Ermittlung des Schadens stattfindenden Verfahren seien gemacht worden.

Diese für den Versicherten mildere Auffassung und Interpretation muss um so mehr der strengen Auslegung des § 82 durch den Versicherer vorgezogen werden, als die Versicherungsgesellschaften, indem sie die Statuten als integrierenden Bestandtheil jedes Versicherungsvertrags erklären und die Versicherten ohne Weiteres dabei behaften, jegliche Mitwirkung des Versicherten bei Abfassung des Vertrags ablehnen; sie legen ihm den Vertrag fix und fertig vor und zwar in einer Form, welche die Voraussetzung, dass der Versicherte alle Bedingungen desselben gelesen habe und kenne, in den meisten Fällen zur Fiction macht. Mag das auch für den Versicherer bei dem grossen Umfang der von ihm abgeschlossenen Geschäfte nothwendig sein, und soll die bindende Kraft der Statuten unbestritten bleiben, so ist doch nicht zu übersehen, dass der Vortheil hiebei entschieden auf Seite des Versicherers liegt. Dem entspricht es aber auch, dass die Versicherungsgesellschaft sich bei Zweifel über die Tragweite einer Bestimmung ihrer Bedingungen die dem Versicherten günstigere

Auslegung gefallen lassen muss, weil es ihr obgelegen hätte, die von ihr emittierten Bedingungen in zweifelloser Weise zu fassen.

Im vorliegenden Falle könnte also höchstens von Anwendung des Art. 82 mit der von der Beklagten beanspruchten Wirkung dann die Rede sein, wenn Kläger bei Vornahme der Schatzung vom 20. December 1879 sich erweislich betrügerischer Angaben schuldig gemacht hätte. Und diese Auffassung muss um so mehr als richtig erscheinen, als der Kläger selbst bei Erhebung seiner Forderung von Fr. 29,500 im Schreiben vom 15./16. December an den Vertreter der Beklagten eine nähere Untersuchung der Angelegenheit durch die Beklagte in Aussicht genommen hatte, also nicht den Anspruch erhob, dass seine Forderung von vorneherein maassgebend sein solle. Dafür aber, dass Kläger bei der Schatzung vom 20. December pflichtwidrig gehandelt habe, liegt nichts vor, und die Beklagte selbst scheint die Schatzung vom 20. December als richtig anzusehen, indem die Klagbeantwortung S. 15. den Umstand, dass Kläger zum Nachtheil der Beklagten einen unerlaubten Gewinn von Fr. 5660. 10 zu machen bezweckt, d. h. statt Fr. 12,239. 90 die ganze Versicherungssumme von Fr. 18,000 reclamiert, als Grund ihrer Zahlungsweigerung angiebt.

Da auch sonst die Beklagte eventuell gegen den durch die Experten ermittelten Betrag von Fr. 12,239. 90 nichts eingewendet hat, und auf Eidesleistung des Klägers verzichtet, das Schiedsgericht also keine Veranlassung hat, die Richtigkeit dieser Summe zu untersuchen, andrerseits aber der Kläger irgendwelche Anhaltspunkte für grössern Schaden nicht beigebracht hat, und er daher weder nach hiesigem Processrechte noch nach den Gesellschaftsstatuten einen Anspruch auf Zulassung zum Beweise durch Eid hat, so hat das Schiedsgericht mit Stimmeneinhelligkeit erkannt:

Beklagte ist zur Bezahlung von Fr. 12,239. 90 an den Kläger verurtheilt. Die Kosten sind gemäss Art. 94 der Statuten unter die Parteien getheilt. (Directe Mittheilung.)

---

20. Canton Basel-Stadt. Urtheile des Civil- und des Appellationsgerichts vom 12. März und 29. April 1880.

Sicherung des Weiberguts durch Liegenschaften aufgehoben bei Zwangsversteigerung.

Die Baumeister Bachofen und Spiess übernahmen im Auftrag des Joseph Kamer die Ausführung einer grössern

Baute in dessen Haus Spalenberg 26. Nach Vollendung der Arbeiten betrug ihre Forderung hiefür Fr. 5875. 98. Da sie keine Zahlung erhielten, verlangten sie von Kamer eine Hypothek auf die Liegenschaft, und Kamer war dazu bereit, aber seine Frau verweigerte ihre Einwilligung, weil die Liegenschaft als einziges Activum in einem allfälligen Concurse die einzige Sicherung des Frauengutes sei. Bald darauf erhob ein Hypothekargläubiger Pfandbetreibung auf die Liegenschaft, welche demzufolge an gerichtliche Gant kam. Bachofen und Spiess ersteigerten sie am 8. Januar 1880 um den Preis von Fr. 46,000, zahlten sofort am folgenden Tage, 9. Januar die sämmtlichen darauf haftenden Hypothekschulden, im Betrag von Fr. 41,763. 35 und verrechneten den Rest (Fr. 4236. 65) auf ihre Forderung an Kamer. Auf dieser Grundlage wurde von der Betreibungsbehörde am 10. Januar die Pfandcollocation publiciert. Am gleichen Tage erklärte sich Joseph Kamer insolvent, in seinem Concurse meldete die Ehefrau Elise Kamer eine Forderung für eingebrachtes Vermögen von ca. Fr. 6000 an. Sie verlangte nun, dass in Abänderung der Pfandcollocation vom 10. Januar, und unter Ausschluss der von Bachofen und Spiess vorgenommenen Compensation der Ueberschuss von Fr. 4236. 65 ihr auf Rechnung ihres Weibergutsanspruchs zugewiesen, eventuell dass er in die Concursmasse eingezahlt werde. Sie stützt ihren Anspruch 1) auf § 361 der Gerichtsordnung von 1719 [1]), nach welchem die Liegenschaften zur Sicherung des Weibergutes dienen müssten, soweit nicht die Frau selbst zu Veräusserung oder Belastung einwillige. Letzteres sei in diesem Falle nicht geschehen und so komme der Frau der Mehrerlös über die von ihr bewilligte Pfandsumme zu gut, da er an die Stelle des zur Sicherung des Frauenguts unbelastet gebliebenen Liegenschaftstheils getreten sei. 2) auf § 107 und 109 des Concursgesetzes von 1875 [2]), indem sie ausführt, dass durch die Compensation ihr Weibergutsvorrecht verletzt und zudem den Hrn. B. und Sp. Befriedigung für

---

[1]) G. O. § 361: »Es soll auch kein Mann befugt sein, zu Präjudiz seiner Ehefrauen einig liegend Stuck Gut..... ohne Wissen, Willen und Zuthun seiner Ehefrauen kräftiglich zu verpfänden, zu verkaufen, oder sonsten zu veralieniren und zu entäussern, etc.«

[2]) § 107: »Gläubiger des Gemeinschuldners sind berechtigt ihre ausstehenden Forderungen mit allfälligen Gegenforderungen, welche dem Gemeinschuldner ihnen gegenüber zustanden, zu compensieren,« etc. § 109: »Folgende Rechtshandlungen, die der Gemeinschuldner innert sechs Wochen vor der Concurseröffnung vorgenommen hat, sind ungültig..... 3) Die Tilgung einer verfallenen Schuld, insofern sie nicht durch Baarzahlung oder andere übliche Zahlungsmittel ist bewirkt worden.»

ihre Forderung durch ein nicht übliches Zahlungsmittel verschafft worden sei.

B. und Sp., als Beklagte, wandten ein, der Zuschlag der Liegenschaft an sie sei vor dem Concurse Kamers erfolgt, sie seien also im Momente der Compensation dem aufrechten Kamer gegenüber gestanden, und nichts habe die Compensation mit dessen liquider Schuld gehindert. Wäre Kamer zur Zeit der Gant schon fallit gewesen, so hätten sie, Beklagte, die Liegenschaft nicht ersteigert, denn dann hätten sie nicht mehr compensieren können. Auch wenn sie keine Gegenforderung an Kamer gehabt hätten, so wäre doch der Ueberschuss über die Hypothekenschulden nicht der Frau zugefallen, sondern der Käufer der Liegenschaft hätte ihn an den aufrechtstehenden Mann herauszahlen müssen, ohne dass es die Frau hätte verhindern können.

Das Civilgericht, durch Urtheil vom 12. März 1880 (bestätigt durch appellationsgerichtliches Urtheil vom 29. April 1880), wies die Klägerin, Frau Elise Kamer, ab, und hielt die Liegenschaftscollocation vom 10. Januar aufrecht, unter folgender Motivierung.

„Nach dem hier geltenden System der ehelichen Gütergemeinschaft (vgl. G. O. § 547) sind alle Forderungen der Ehegatten Forderungen der Gemeinschaft, und alle Schulden derselben Schulden der Gemeinschaft. Der Compensation von solchen Forderungen und Schulden steht also nichts entgegen.

Dieses Verhältniss ändert allerdings mit dem Concurs des Ehemannes, indem nun das Vermögen der Frau selbständige Natur gewinnt, und die Frau in privilegierter Stellung als Creditorin des Mannes auftritt für Alles, was sich von ihrem Eingebrachten nicht mehr vorfindet (§§ 148, 154 des Concursgesetzes).

Die Gültigkeit der Compensation im vorliegenden Fall hängt also nur davon ab, ob sie noch vor dem Concurs, d. h. noch während der Gemeinschaft stattgefunden hat. Die einmal vollzogene Compensation kann natürlich durch den Concurs nicht mehr rückgängig gemacht werden, wie dies der § 107 des Concursgesetzes ausdrücklich anerkennt. Vorbehalten bleiben nur die Fälle der §§ 109 und 110 des Concursgesetzes.

Die Forderung der Eheleute Kamer für den Ueberschuss am Liegenschaftserlös ist nun nicht erst entstanden mit der Collocation, sondern schon im Moment des Zuschlags, also vor dem Falliment des Kamer, zu einer Zeit, wo ein Weibergutsanspruch noch gar nicht bestand. Nach dem Gesagten muss daher die Compensation zugelassen werden.

Dass auch kein Ungültigkeitsgrund der §§ 109 oder 110 vorliegt, bedarf kaum der Erörterung; der § 110 ist von der Klägerin selbst nicht angerufen worden. Von § 109 kann nur l. 3 in Betracht fallen, wonach die kurz vor Concursausbruch erfolgte Tilgung einer verfallenen Schuld des Cridars ungültig erklärt wird, wenn sie nicht durch Baarzahlung oder andere übliche Zahlungsmittel geschehen ist. Nun ist ja allerdings die theilweise Tilgung des Anspruchs der Beklagten durch den Mehrwerth der von ihnen aus dem Vermögen des Cridars erworbenen Liegenschaft bewirkt worden, aber es wird Niemand behaupten wollen, dass die Versteigerung der Liegenschaft eingetreten sei, um die Forderung der Beklagten zu tilgen, vielmehr erscheint diese Tilgung als eine durchaus nebensächliche Folge eines von ganz andern Motiven bestimmten Vorgangs, der umsoweniger angefochten werden kann, als er durch die gerichtliche Autorität selbst herbeigeführt worden ist.

Wenn nun klägerischerseits behauptet wird, es stehe dieses Resultat im Widerspruch mit dem Art. 173 und 283 (neu 361) der G. O. von 1719, so ist das Letztere nicht richtig; denn die Versteigerung hat nicht zum Praejudiz der Klägerin, sondern kraft der von ihr selbst in der Pfandurkunde gegebenen Einwilligung stattgefunden; und was den § 173 anbetrifft, so liegt demselben die aus unserm heutigen Recht gänzlich beseitigte Auffassung einer Generalhypothek der Frau an dem Vermögen des Mannes zu Grunde; er kann also abgesehen davon, dass er längst aufgehoben ist, auch zur Erklärung des heute geltenden Rechts nicht mehr verwerthet werden."

(Directe Mittheilung.)

---

21. Canton Basellandschaft. Urtheil des Obergerichts vom 1. April 1881.

Anerkennung des Heimatrechtes des Erblassers bezüglich des Testamentsinhaltes.

In Sachen J. U. Schweizer-Schraner und Consorten in Itingen

gegen

Joseph Schraner in Itingen

wurde am 1. April 1881 in Erwägung:

Am 22. December 1879 verstarb in Itingen, wo er sich seit Jahrzehnten aufgehalten hatte, Joseph Schraner, Schmied von Laufenburg, und hinterliess als Erben aus 2 Ehen 6 Kinder:

Anna, Elisabeth, Xaver, Franziska, Joseph und Johannes. Die Erbfolgeordnung hatte er, wie es nach aargauischem Recht zulässig ist, in einem Testament geordnet, welches am 11. Mai 1879 in Rheinfelden errichtet worden war. Die formelle Gültigkeit dieses Testaments ist in der Processeinleitung nie beanstandet worden. In diesem Testament ist der heutige Beklagte zum voraus mit einem Drittheil der gesammten Verlassenschaft bedacht, die übrigen $^2/_3$ sind sämmtlichen Erben zu gleichen Theilen zugewiesen. Am 19. März 1880 wurde auf Grund des Testaments von der Bezirksschreiberei Sissach die Abtheilung vorgenommen und behändigten die Erben die nach dem Testament auf sie entfallenden Erbsquoten, die durch das Testament verkürzten Erben mit dem Vorbehalt allfälliger Klagen gegen den Testamentsact. Das Testament wurde dann in der Folge von den Miterben des Joseph Schraner gerichtlich angefochten, nach der Processeinleitung aus dem einzigen Grunde, weil es entgegen dem Sinne des Concordats betreffend die Testierungs- und Erbrechtsverhältnisse der Niedergelassenen vom 15. Juli 1822 errichtet worden sei. Nachdem das Bezirksgericht Sissach sich anfänglich incompetent erklärt hatte und durch Urtheil des Obergerichts vom 26. November 1880 die Sache zur materiellen Behandlung an die erste Instanz zurückgewiesen worden war, hat die letztere mit Urtheil vom 19. Januar 1881 das Testament als gültig erklärt und die Miterben des Joseph Schraner mit ihren Einsprachen abgewiesen.

Obschon in der heutigen Appellationsbeschwerde das in Frage gezogene Testament auch in formeller Beziehung angefochten worden ist, so hat aus processualen Gründen das Obergericht einzig mit der Frage sich zu befassen, welche von den Parteien in der Processeinleitung erörtert worden ist, der Frage nämlich, welches Recht bei Beurtheilung der vorliegenden Erbsstreitigkeit zur Anwendung zu kommen habe, das aargauische als das heimatliche Recht des Erblassers Schraner, oder das basellandschaftliche als das Recht seines Wohnorts.

In dieser Beziehung ist dem erstinstanzlichen Urtheil vollständig beizupflichten. Nach einer in der Schweiz ziemlich allgemein anerkannten Rechtsregel ist die Fähigkeit über sein Vermögen letztwillig zu verfügen, ein persönliches Recht, das in der Regel durch die Aenderung des Wohnsitzes unberührt bleibt. Diesem Grundsatze hat denn auch im Jahr 1822 die Mehrzahl der Kantone dadurch Ausdruck gegeben, dass sie in dem Concordat betreffend Testierungs- und Erbrechtsverhältnisse der

Niedergelassenen vom 15. Juli 1822 dahin übereingekommen sind, dass die Erbverlassenschaft ab intestato eines Niedergelassenen und die Fähigkeit zu testieren, sowie der Inhalt eines Testaments nach den Gesetzen und durch den Richter des Heimatortes zu beurtheilen seien. Wenn nun auch der damals noch ungetrennte Kanton Basel diesem Concordat nicht beigetreten ist, so ist doch gemäss constanter Praxis der Gerichte und der Bezirksschreibereien wenigstens bei Erbschaften von im herwärtigen Kanton ohne Testament verstorbenen Niedergelassenen das Recht des Heimatortes unbedingt anerkannt worden und hat das Obergericht noch vor nicht langer Zeit (Urtheil des Obergerichts in Sachen Zürcher contra Zürcher vom 27. März 1872) diesen Grundsatz auch hinsichtlich testamentarischer Verfügung sanctioniert.

In der That existiert denn auch kein innerer Grund, warum der hiesige Richter eine nach dem heimatlichen Gesetz des Erblassers zulässige letztwillige Verfügung als ungültig erklären sollte. Die Berufung der appellantischen Partei auf die bei Ablehnung des erwähnten Concordats abgegebene Erklärung der Gesandtschaft Basel: „In Ansehung der Erbschaften ab intestato anerkennt die Regierung unbedingt die Gesetze und den Richter der Heimat, für testamentarische Verfügungen und Eheverträge hingegen müssen die Gesetze und das Forum des Wohnorts unbedingt behauptet werden“ — trifft desshalb nicht zu, weil dieser Erklärung, die ja zunächst nur bezweckte, dem Canton Basel freie Hand zu behalten, eine gesetzgebende Kraft nicht zukommt und dieselbe höchstens die damalige Praxis beurkunden könnte. Dass aber damals eine Gerichtspraxis im Sinne der Kläger nicht bestanden hat, geht am deutlichsten aus dem Gutachten des Waisengerichtes hervor, auf welchem jene Erklärung der Gesandtschaft fusst. Nach diesem Gutachten war man damals weit davon entfernt testamentarische Verfügungen mit Eheverträgen, die nach Heimatrecht gültig und zulässig sind, nicht anerkennen zu wollen; dagegen wollte man allerdings Testamente und Eheverträge, die von Niedergelassenen nach territorialem Recht gültig errichtet werden, gegen Anfechtungen auf Grund des heimatlichen Rechts sicher stellen, und in diesem Sinne ist auch das von Klägern citierte Urtheil des Appellationsgerichtes von Baselstadt aufzufassen. Die Anwendung des heimatlichen Rechtes wird in jenem Gutachten sogar, abgesehen von Erbschaften ab intestato ausdrücklich anerkannt für den Fall, wenn Niedergelassene, die Erben in auf- und absteigender Linie haben, gemäss ihrem Heimat-

recht Ehepakte abgeschlossen oder testamentarische Verfügungen getroffen haben. Diesem Gutachten der Waisenbehörde entspricht die spätere Praxis der Basler Gerichte, und dass sich seit der Trennung bei uns ein gegentheiliger Gerichtsusus ausgebildet habe, ist nicht nachgewiesen. Dem Urtheil des Obergerichts von Baselland vom 18. September 1841, welches für testamentarische Verfügungen und Eheverträge das Heimatrecht ausschloss, steht das bereits citierte aus dem Jahr 1872 entgegen. Die Berufung der appellantischen Partei auf den Art. 45 der Bundesverfassung, nach welchem die Niedergelassenen in Beziehung auf die civilen Verhältnisse in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes stehen, trifft schon desshalb nicht zu, weil das in jenem Artikel vorgesehene Bundesgesetz bis heute noch nicht erlassen ist.

Da nun der Richter weder durch Gesetz noch durch konstante Gerichtspraxis an das Territorialprincip gebunden ist, so steht der Anerkennung der vorliegenden nach dem heimatlichen Recht zulässigen letztwilligen Verfügung kein Hinderniss entgegen, welche Anerkennung auch nach Ansicht des Obergerichts einer natürlichen Auffassung des ganzen Verhältnisses am besten entspricht. Dass nach dem Rechte des Cantons Aargau ein Vater über den dritten Theil seiner Verlassenschaft frei verfügen kann, ist nicht bestritten worden und gerichtskundig;

erkannt:

Das Urtheil des Bezirksgerichts Sissach vom 19. Januar 1881 ist bestätigt. (Directe Mittheilung.)

---

22. Canton Thurgau. Obergerichtsurtheil vom 29. September 1881.

Testament zu Gunsten des Ehegatten durch nachfolgende Ehescheidung aufgehoben.

Die verstorbene Frau L. Sp., welche unterm 23. April 1879 von dem Joh. Sch. geschieden wurde, hat am 27. October 1877 ein Testament errichtet, wonach sie denselben, der damals noch ihr Ehemann war, zum Erben ihres gesammten Vermögens einsetzte. J. O., welcher in erster Ehe eine Schwester der Frau Sp. geheirathet hat und aus dieser Ehe zwei Kinder besitzt, beansprucht Namens derselben die Hinterlassenschaft, indem er behauptet, dass wegen Auflösung der Ehe durch Scheidung das Testament nicht mehr zu Recht bestehe, also

die Erbfolge ab intestato einzutreten habe. Der geschiedene Ehemann J. Sch. dagegen verlangt Vollzug des Testamentes.

Die erste Instanz erklärte das zu Gunsten des Ehemannes errichtete Testament vom 27. October 1877 als ungültig. Es sei zu berücksichtigen, dass die Ehe wegen Geisteskrankheit der Erblasserin geschieden worden sei, und zu untersuchen, ob sie bei gesunden Geisteskräften das Testament revoziert oder hätte fortbestehen lassen. Das erstere sei anzunehmen, denn sie habe offenbar ihren Mann in seiner Eigenschaft als Ehegatten zum Erben eingesetzt, und müsse präsumiert werden, dass dieser Wille durch Auflösung der Ehe aufgehört habe, selbst wenn die Ehe nicht durch Verschulden des Mannes aufgelöst worden sei. Derselbe habe das Scheidungsbegehren gestellt und dadurch gezeigt, dass er mit der Testatorin nicht mehr in dem Verhältniss leben wolle, welches die Voraussetzung ihrer letztwilligen Verfügung gewesen. Diese Präsumption werde unterstützt durch die Bestimmung des § 106 des Erbgesetzes, aus welcher hervorgehe, dass der Gesetzgeber angenommen habe, es wolle nach der Scheidung der Ehegatte in der Regel nicht mehr die letztwillige Verfügung zu Gunsten des anderen Ehegatten aufrecht erhalten.

J. Sch. appellierte. In der Berufungsinstanz verlangte er, dass das Testament geschützt werde. Das Erbgesetz führe die Fälle auf, in denen eine letzte Willensverordnung aufgehoben sei, ein solcher liege hier aber nicht vor. Es dürfe nicht per analogiam geschlossen werden. Die Ehefrau sei nicht geisteskrank gewesen, nach der Scheidung habe weder sie, noch das Waisenamt, welches von der Existenz des Testaments Kenntniss gehabt, dasselbe zurückgezogen. Die Zuwendung sei für die Person des Appellanten im allgemeinen gemacht worden.

Appellat sucht um Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nach. Beim Testament sei der Wille der Testatorin in's Auge zu fassen. Sie habe dem Ehemann und Erben eine Vergünstigung zukommen lassen wollen, derselbe habe darauf durch Anhebung der Scheidungsklage verzichtet. Die physische Unmöglichkeit, dass die Testatorin das Testament zurücknehmen konnte, ersetze den Akt der Zurücknahme. Die Testatorin sei vor Anhebung der Scheidungsklage und bis an ihr Ende geisteskrank gewesen.

Das Obergericht des Cantons Thurgau wies durch Spruch vom 29. September 1881 die Berufung als unbegründet ab.

Gründe.

Die verstorbene Frau L. Sp., geschiedene Ehefrau des Appellanten, bestimmte in ihrem Testament vom 27. October

1877, dass ihre ganze Hinterlassenschaft — mit Ausnahme von Fr. 100. — mit ihrem Ableben ihrem Ehemann, Joh. Sch. in L. als Eigenthum zufallen solle. Es ist unbestritten, dass die Ehe des Appellanten mit der Testatorin unterm 23. April 1879 wegen des körperlichen und geistigen Zustandes der letzteren geschieden und dass die Testatorin unter Vormundschaft gestellt wurde. Fraglich ist, ob jene testamentarische Bestimmung in Kraft bestehe.

Das Obergericht verneint diese Frage. Der Umstand, dass die Testatorin von der Scheidung an geisteskrank gewesen sei, wird zwar vom Appellanten bestritten, es ist derselbe auch nicht dargethan, namentlich nicht erstellt, dass die Testatorin nach der Scheidung nicht lichte Zwischenräume (dilucida intervalla) gehabt habe. Allein das Obergericht misst diesem Punkt keine processentscheidende Bedeutung bei, indem dasselbe principiell weiter geht als die erste Instanz. Aus dem Wortlaut und dem Sinn des Testamentes vom 27. October 1877 zieht dasselbe nämlich den Schluss, dass die Zuwendung, welche eine ganz exceptionelle Begünstigung enthält, nicht der Person des Joh. Sch. im allgemeinen gemacht werden wollte, sondern insoweit derselbe in einem besonders nahen Verhältniss zur Testatorin stand, d. h. ihr Ehemann war. Diese letztere Qualität ist desshalb für die Willensrichtung der Erblasserin bei der Testamentserrichtung als der bestimmende Faktor zu betrachten, und es kann das Testament nach Wegfall desselben keine Bedeutung mehr haben, wenn es auch nicht förmlich zurückgezogen wurde, weil dasselbe die Grundlage verloren hat. Diese aus der Natur der Verhältnisse sich ergebende Schlussfolgerung könnte nur dadurch aufgehoben werden, wenn sich aus besondern Verumständungen oder auf dem Wege des directen Gegenbeweises zur richterlichen Ueberzeugung ergeben würde, dass ein solches Testament ein anderes Motiv zur Grundlage hätte oder trotz eingetretener Scheidung aufrecht erhalten werden wollte, wofür in concreto alle Anhaltspunkte fehlen.

(Directe Mittheilung.)

---

23. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 2. November 1877.

Hinfälligkeit des Erbvortheils der Söhne in Bezug auf Liegenschaften bei schon erfolgtem Verkauf durch den Erblasser.

Das bürg. Ges.-B. § 392 bestimmt, dass die Liegenschaften, welche ein Vater hinterlässt, den Söhnen in einem mäs-

sigen Anschlage überlassen werden müssen, dass bei Uneinigkeit der Erben hierüber jede Partei einen Schätzer und der Friedensrichter den Obmann erwähle, welche die Schatzungssumme fixieren, und dass den Söhnen die Liegenschaft um drei Viertheile derselben zu überlassen sei.

Am 19. Mai 1875 starb in S. Dr. D. Einige Monate vorher hatte derselbe das ihm gehörige Haus dem X. verkauft, ohne dass bei Lebzeiten des Verkäufers die Fertigung an den Käufer erfolgte. Nach dem Tode des Verkäufers D. verlangte der einzige Sohn desselben von den übrigen Erben, resp. von seinen Schwestern Anerkennung des ihm nach § 392 des b. G.-B. gebührenden Erbsvortheils ab dem vom Erblasser besessenen Haus, beziehungsweise von der an dessen Stelle getretenen Kaufsumme von Fr. 22,000. Dieses Begehren sucht der Kläger zu begründen, einerseits gestützt auf die Thatsache, dass, weil das fragliche Haus zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht abgefertigt gewesen, dasselbe im Nachlasse des Erblassers sich befunden habe; anderseits in Hinsicht auf den Umstand, dass die erbsrechtlichen Ansprüche auf die hinterlassene Liegenschaft zur Zeit des Todes des Erblassers existent geworden, somit die seitherige Fertigung die bereits erworbenen Rechte des Klägers nicht alterieren könne.

Obergerichtlich wurde Kläger mit seinem Begehren abgewiesen.

Motive:

Es ist allerdings richtig, dass vor dem Hinscheide des Dr. D. eine Zufertigung der vor demselben dem X. verkauften Liegenschaft an den Käufer nicht stattgefunden; ebenso ist auch bis zu diesem Moment (19. Mai 1875) eine factische Uebergabe der Liegenschaft an X. nicht erfolgt, indem Nutzen- und Schadensanfang erst auf den 1. Juli 1875 festgesetzt war. Es muss daher der Erblasser bis zu seinem Tode als im factischen und juridischen Besitze der verkauften Liegenschaft angesehen werden. Allein trotz dieses Verhältnisses, welches durch die am 6. Juli 1875 unter gegenseitiger Wahrung der Erbrechte erfolgte Fertigung nicht alteriert werden konnte, kann vorliegend von einer Anwendung des § 392 des b. G.-B. zu Gunsten des Klägers nicht die Rede sein. Zwar bestimmt der citierte § 392, dass die Liegenschaften, welche ein Vater hinterlässt, den Söhnen auf Verlangen in einem mässigen Anschlage überlassen werden müssen und zwar um drei Viertheile des wahren Werthes. Nun ergiebt es sich aber, dass das hier begründete Recht des Erbvortheils nicht

als ein absolutes sich qualifiziert, sondern nur da zur Realisierung kömmt, wo eine Liegenschaft wirklich in die Theilung fällt, nicht aber in dem Falle, wo der Vater bei Lebzeiten über die Liegenschaft verfügt hat. Vorliegend hat nun Vater D. das von ihm besessene Haus schon im December 1874 an X. verkauft. Demgemäss kann Kläger als Erbe des Verkäufers nicht mehr Rechte auf fragliches Haus beanspruchen, als dieser selbst im Momente seines Todes noch besessen hat, nämlich das Recht der Benutzung des Hauses bis zum 1. Juli 1875, welchem sodann die Verpflichtung gegenübersteht, das Haus dem Käufer X. zu übertragen, resp. zufertigen zu lassen. Bei dieser Sachlage kann daher das verkaufte Haus nicht mehr in die Erbsmasse des Vater D. gezogen werden. Wenn nun hier statt der Liegenschaft der Kaufpreis dafür, resp. die Kaufsrestanz in die Erbsmasse fällt, so kann Kläger hierauf den Beklagten gegenüber kein anderes Erbvorrecht beanspruchen, als dieses in § 391 des b. G.-B. vorgeschrieben ist.

(Auszüge aus den Verhandlungen des Obergerichtes 1877, Nr. 377.)