

**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:** 2 (1883)

**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:** 08.02.2026

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

## **Schweizerische Rechtspflege.**

---

### **1. Canton Zürich. Urtheil des Cassationsgerichts vom 14. August 1882.**

Collision der Rechte. Anwendbarkeit badischen  
Rechts in Bezug auf einen Ehevertrag.

Am 8. Mai 1878 starb auf einer Reise in Paris Karl Kopf von Lahr (Baden), wohnhaft in Riesbach (Zürich). Zwischen den Kindern erster Ehe und der Witwe Albertine, geb. Künzlin und ihren Kindern entstand Streit über die Erbtheilung. Es hatten nämlich die Eheleute Kopf-Künzlin am 23. August 1851 als Verlobte vor dem Amtsrevisorat Lahr in Gegenwart zweier Zeugen einen Heiratsvertrag abgeschlossen, nach dessen Vorschrift die Witwe Theilung des Vermögens verlangte, während die Kinder erster Ehe diesen Vertrag nicht als massgebend betrachtet wissen wollten, weil das Zürcher Recht die Anwendung des badischen Landrechts als des Heimatsrechts des Erblassers nicht verlange, sondern bezüglich des Erbrechts und des ehelichen Güterrechts Zürcher Recht auch materiell massgebend sei. Das Bezirksgericht Zürich (Spruch vom 18. Mai 1881) und das Obergericht (Urtheil vom 31. December 1881) erklärten die Klage der Kinder erster Ehe für begründet, von der Ansicht ausgehend, dass der, nach Zürcher Recht ungültige, Ehevertrag nur als rechtsbeständig gelten könnte, wenn das badische Recht das auch für auswärts wohnende Staatsangehörige bestimmt vorschriebe, dass das jedoch nicht der Fall sei. Dieser Entscheid wurde wegen Gesetzesverletzung vor Cassationsgericht gezogen, welches in Abweichung von den recurrierten Urtheilen das badische Recht als massgebend erklärte und den Ehevertrag demgemäss aufrecht erhielt. Die hier mitgetheilte Motivierung des Cassationsgerichts giebt den genügenden Aufschluss über die Differenzen zwischen den Auffassungen der Gerichte. Die Motive des Cassationsgerichts sagen:



1. Die von der beklagten Partei rechtzeitig erhobene Nichtigkeitsbeschwerde richtet sich vorzüglich gegen Dispositiv Ziffer 1 u. 4 und geht auf Aufhebung des obergerichtlichen Erkenntnisses in dem Sinne, dass erkannt werde:

a) für die Beerbung des verstorbenen Kopf seien die Bestimmungen des badischen Erbrechts massgebend;

b) der zwischen dem Erblasser Kopf und seiner Ehefrau Alb. Kopf am 23. August 1851 vor dem Amtsrevisorat Lahr abgeschlossene Heiratsvertrag sei gültig und hierorts zu schützen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde stützt sich ausschliesslich auf Ziffer 9 des § 704 des Gesetzes betr. die Rechtspflege (Widerspruch mit klaren gesetzlichen Bestimmungen); die angeblich verletzten Bestimmungen gehören nach den Ausführungen des Cassationspetenten zum Theil dem privatrechtlichen Gesetzbuch von Zürich, zum Theil dem bad. Rechte, zum Theil einem Staatsvertrage an, der zwischen der schweizer. Eidgenossenschaft und Baden am 6. Decbr. 1856 geschlossen und dessen gesetzliche Kraft nach der Erklärung des Bundesraths von 1877 zweifellos und überdies durch einen früheren Competenzbeschluss (abgedruckt in der Zeitschrift für schweizer. Gesetzgebung und Rechtspflege, Bd. IV., S. 329) festgestellt worden ist.

Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Verletzung ausländischer klarer gesetzlicher Bestimmungen, sofern solche hierorts zur Anwendung kommen müssen, ebenso geeignet ist zur Begründung einer Nichtigkeitsbeschwerde, wie die inländischer.

2. Der Vertreter des Cassationspetenten stützt seine Beschwerde in erster Linie auf eine angebliche Verletzung einer klaren Bestimmung des eben genannten Staatsvertrags der Schweiz mit Baden.

Der Art. 6 desselben hat nach seinen Ausführungen nicht den Sinn, dass nach dem Erbgesetze des Landes entschieden werden müsse, in dem sich das Eigenthum des Erblassers befinde, es stelle der citierte § vielmehr ganz allgemein auf das Gesetz des Landes ab, in dem das Vermögen des defunctus liegt, dieses Gesetz sei im vorliegenden Falle das privatrechtliche Gesetzbuch des Cantons Zürich, welches in § 3 gerade die Anwendung fremden, hier badischen Rechts vorschreibe.

Eine weitere bereits in den erstinstanzlichen Protocollen niedergelegte Behauptung, dass nämlich mit dem Ausdrucke des Art. 6 „Streit über Erbsberechtigung“ nur die Frage: An sit heres, nicht auch die Frage, zu welchem Theil Jemand erbe,

gemeint sei, hat der Cassationspetent in seiner Beschwerdeschrift nicht wiederholt.

3. Nun kann aber der Ansicht des Beschwerdeführers nicht beigetreten werden, noch weniger kann man seine Interpretation als eine aus dem klaren Wortlaut der Gesetzesstelle sich ergebende gelten lassen, aus Gründen, die bereits in ausführlicher Weise im erst- und zweitinstanzlichen Urtheil niedergelegt sind.

Dass es einen guten Sinn hat, zu sagen: für die Streitigkeiten über die Verlassenschaft eines im Inland domicilierten Ausländers sollen die Gerichte des Inlandes zuständig und dessen Erbgesetze allein massgebend sein, wenn auch die Verlassenschaft im Inlande liegt, wird Niemand bestreiten wollen.

Gewiss ist es angezeigt, die Frage nach der Zuständigkeit der Gerichte in einem Falle, wo, wie in dem gegebenen, zwei gleichwerthige Zuständigkeitsgründe: Staatsangehörigkeit (origo) und Domicil sich gegenüber stehen, davon abhängen zu lassen, in welchem von den beiden Ländern die Verlassenschaft belegen sei, und nicht minder empfiehlt es sich, auch das Schicksal des Nachlasses selbst dem Erbgesetze des Landes der belegenen Erbschaft anheim zu geben, wenn der Ausländer zur Zeit seines Todes in diesem domiciliert war, wenn er also zu seinen Lebzeiten in privatrechtlicher Beziehung in's Besondere mit allen seinen Rechtsgeschäften den Gesetzen dieses Territoriums unterstand.

Dass diese Ideen dem Art. 6 des Staatsvertrages zu Grunde liegen, zeigt deutlich die auf denselben bezügliche Botschaft des Bundesrathes an die Bundesversammlung. Man war sich klar, dass man durch den genannten Art. 6 des Staatsvertrags sowohl mit dem Concordat der 13 Stände über vormundschaftliche und eherechtliche Verhältnisse vom 15. Juli 1822, als auch mit dem Staatsvertrage mit Frankreich von 1828, die beide dem Heimatprincipe huldigen (s. Nüscheler, Beiträge zur Geschichte des heimatlichen Gerichtsstandes, S. 170 ff., 179 ff.) in Widerspruch trete.

Was man wollte, war die Aufstellung einer einheitlichen Norm der Rechtsanwendung gegenüber den verschiedenen cantonalen Auffassungen.

Damit fällt, wie das Obergericht mit Recht bemerkt hat, der Einwand, der Staatsvertrag rufe dem § 3 des zürcher. privatr. Gesetzbuches und damit dem badischen Landrecht, als grundlos hinweg.

Kommt endlich hinzu, dass der Bundesrath selbst auf

eine Anfrage der Regierung des Ct. Aargau hin am 26. Oct. 1863, also wenige Jahre nach Abschluss des Staatsvertrags, den Art. 6 desselben in vollkommener Uebereinstimmung mit der Auslegung des Bezirks- und Obergerichts angewandt hat (Ullmer, staatsrechtliche Praxis II, Nr. 1236), so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass diese die richtige oder doch wenigstens diejenige Auslegung ist, die nicht als Verstoss gegen klares Recht bezeichnet werden darf.

4. Mehr Aussicht auf Erfolg hat der Cassationspetent von vornherein mit seiner zweiten Behauptung, es verstosse die Annahme des Obergerichts, dass der nach badischem Recht in aller Form Rechtens abgeschlossene Heiratsvertrag der Eheleute Kopf hierorts nicht zu schützen sei, wider klare gesetzliche Bestimmungen.

In vorsorglicher Weise hat der Cassationspetent eine ganze Reihe von angeblich verletzten gesetzlichen Bestimmungen aufgeführt, die theils dem zürcherischen, theils dem badischen Rechte angehören; und es ist daher zu untersuchen, wie es sich damit verhalte.

5. Eines ist vor Allem klar, dass die Frage, ob und in wie weit der Heiratsvertrag der Eheleute Kopf hierorts zu schützen sei, seine Erledigung durch den Staatsvertrag der Schweiz und Baden nicht findet.

Der Cassationspetent macht zwar in beachtenswerther Weise darauf aufmerksam, dass der vorliegende Heiratsvertrag weniger ein Vertrag über eheliches Güterrecht als ein Erbvertrag sei; er zieht zwar daraus nicht die Consequenz, dass der Streit über die Ansprüche der Witwe Kopf aus dem Heiratsvertrag ein Streit über eine Erbsberechtigung sei, und dass desshalb der Staatsvertrag zur Anwendung kommen müsse — er beschränkt sich auf die Behauptung, man habe dadurch, dass man den streitigen Vertrag lediglich als Heiratsvertrag und nicht als das, was er eigentlich sei, als Erbvertrag behandelte, den § 164 des P.-G.-B. verletzt; davon kann aber in der That keine Rede sein.

6. Der vorliegende Vertrag der Eheleute Kopf enthält allerdings eine Reihe von Bestimmungen über das Schicksal des beiderseitigen Vermögens beim Ableben des einen oder anderen Theils.

Die Bestimmungen lauten:

§ 4. Jeder Theil giebt von seinem Vermögen nur die Summe von 100 fl. in die eheliche Gemeinschaft, es wird also alles weitere jetzige und künftige Einbringen beider Verlobten

für vorbehalten erklärt, d. h. von der Gemeinschaft ausgeschlossen.

§ 5. Ist die Braut der überlebende Theil, so soll sie von dem Vermögen ihres verstorbenen Gatten einen Kindstheil zu Eigenthum erben; für den Fall, dass der Bräutigam keine Leibeserben zurücklässt, schenkt er hiermit der überlebenden Braut seinen ganzen Nachlass zu Eigenthum.

§ 6. (Nachtrag.) Für den Fall, dass die Braut zuerst stirbt und keine Abkömmlinge (Kinder aus dieser Ehe) zurücklässt, soll der überlebende Bräutigam von ihrem Nachlass 5000 fl. zu Eigenthum erben.

Wie wäre es aber möglich, den streitigen Vertrag deshalb als Erbvertrag zu behandeln, während das badische Recht, wie überhaupt das französische Recht Erbverträge gar nicht oder doch nur in verschwindenden Ausnahmefällen zulässt. (Siehe Code civil Art. 791, 943, 1130, 1082, dazu Stabel Institutionen des französischen Civilrechts [1870] § 73; siehe Behaghel, das badische bürgerl. Recht, Bd. 2 [1876] S. 14.)

7. Wie die im § 4, 5 u. 6 des Ehecontracts enthaltenen Abmachungen der Eheleute Kopf aufzufassen sind, darauf weist bereits der Schluss des § 5 selbst hin mit den Worten:

„Für den Fall, dass der Bräutigam keine Leibeserben zurücklässt, schenkt er hiemit der überlebenden Braut seinen ganzen Nachlass zu Eigenthum.“

Und das ergibt sich auch klar aus dem Buch 3., Th. 2., Cap. 9 des badischen Landrechts, das überschrieben ist:

„Von Verordnungen unter Ehegatten vor und während der Ehe.“

Aus demselben ist ersichtlich, dass Ehegatten sich im Heiratsvertrag wechselseitig oder eines dem anderen jede Schenkung machen können, die sie für gut finden, wenn sie nur im Einklang mit den Bestimmungen des angegebenen Capitels bleiben. Die charakteristische Besonderheit dieser Schenkungen liegt, wie Behaghel, Bd. 1 (1875), S. 606 sagt, darin, dass sie nicht nur gegenwärtiges, sondern auch zukünftiges Vermögen, bezw. die Verlassenschaft des Schenkgebers ganz oder zum Theil (d. h. entweder Quoten davon oder Stücke oder Quantitäten aus demselben) zum Gegenstande haben können. (Siehe üb. diesen Gegenstand überhaupt Behaghel, Bd. 1, § 149, 150.)

Die Abmachungen der Eheleute Kopf, auf Grund deren der Cassationspetent dem Ehevertrag derselben die Natur eines Erbvertrags geben möchte, stellen sich also heraus als freigebige Verfügungen unter Ehegatten, die nach dem Gesetze

in den Heiratsvertrag aufgenommen werden können und die auch dessen juristischen Charakter in keiner Weise alterieren (Behaghel, Bd. 2., S. 119, 120; siehe auch Aubry und Rau, Cours de droit civil français, T. V., § 501).

8. Es unterliegt nun keinem Zweifel, dass der fragliche Heiratsvertrag am 21. August 1851 vor dem Amtsrevisorat Lahr in Gegenwart zweier Zeugen, also in aller Form Rechtens geschlossen worden ist.

Nach dem P.-G.-B. von Zürich § 164 gehört aber zur Gültigkeit des Heiratsvertrags als wesentliches Erforderniss die gerichtliche Bestätigung, und eine solche ist dem Ehevertrag der Eheleute Kopf hierorts nicht zu Theil geworden.

9. Die nächstliegende Annahme ist nun die, es sei der Vertrag trotzdem aufrecht zu erhalten einfach nach dem Grundsatz „locus regit actum“, d. h. nach dem Grundsatz, dass das Recht des Ortes, wo ein Rechtsgeschäft abgeschlossen oder eine Rechtshandlung vorgenommen wird, zunächst dessen Form bestimmt, und dieses Recht ist im vorliegenden Falle das Badische, dem in jeder Beziehung von den Contrahenten genügt worden ist.

Das P.-G.-B. des Cantons Zürich kennt nun allerdings im § 6 diesen Grundsatz, allein es fügt hinzu, es bleibe vorbehalten die Ungültigkeit derjenigen Handlungen, „für welche aus öffentlichen Rücksichten, damit sie im Canton wirksam werden, bindende Vorschriften erlassen worden sind.“

Somit fragt es sich, ob die beim Heiratsvertrag hierorts vorgeschriebene gerichtliche Bestätigung als eine bindende Vorschrift aufzufassen ist, die das Gesetzbuch aus öffentlichen Rücksichten zur Bedingung des Wirksamwerdens des Heiratsvertrags gemacht hat.

Man wird nicht umhin können, diese Frage zu bejahen. Der § 166 giebt hierüber genügenden Aufschluss.

10. So bietet denn die einzige Möglichkeit, den Heiratsvertrag der Eheleute Kopf hier aufrecht zu erhalten, der § 3 des P.-G.-B.

Derselbe besagt, dass das Recht des Heimortortes regelmässig für die Familienverhältnisse, insbesondere das eheliche Güterrecht der Cantonsbürger gelte, und dass die Familienverhältnisse von Cantonsfremden, die im Canton wohnen, insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurtheilt werden, als das Recht des Staates, dem sie angehören, dies vorschreibe.

11. Die beiden vorinstanzlichen Urtheile haben diesen § sehr wohl beachtet und nur desshalb dessen Unanwendbar-



keit behauptet, weil nicht nachzuweisen sei, dass das Recht des Staates, dem die Eheleute Kopf angehören, also das badische Recht, die Fortdauer eines unter seiner Herrschaft begründeten oder von Gesetzeswegen in Kraft getretenen ehelichen Güterrechts oder die Fortdauer eines in Baden geschlossenen Ehevertrags auch nach Verlegung des Domicils in's Ausland vorschreibe.<sup>1)</sup>

Dieses ist aber unrichtig, da klare Bestimmungen des badischen Gesetzesrechts diese Fortdauer vorschreiben, also die beiden vorinstanzlichen Urtheile mit diesen klaren gesetz-

---

<sup>1)</sup> Ueber diesen, die wesentlichste und entscheidende Divergenz unter den urtheilenden Gerichten bildenden Punkt hat sich das Bezirksgericht dahin geäußert:

„Eine Ausnahme hievon (nämlich von der Nothwendigkeit gerichtlicher Bestätigung von Eheverträgen behufs ihrer Gültigkeit in Zürich) könnte gemäss § 3 des privatrechtl. Gesetzbuches nur dadurch begründet werden, wenn das Heimatsrecht der Ehegatten die Fortdauer eines einmal abgeschlossenen Ehevertrages auch im Auslande ausdrücklich vorschreiben würde. Eine solche Vorschrift ist aber für das hier in Frage kommende badische Recht nicht nachgewiesen. Allerdings enthält das badische Landrecht in Art. 1395 die Bestimmung, dass Eheverträge nach geschlossener Ehe keine Veränderung leiden. Allein dieser Rechtssatz kann an und für sich nur auf dem Gebiete des badischen Rechtes Geltung beanspruchen, und bezieht sich wohl bloss auf die Abänderung des Ehevertrages durch die Ehegatten selbst, nicht aber auf seine Aufhebung in Folge Aenderung des Wohnsitzes durch die Vorschriften eines fremden Rechts. Eine Vorschrift des Inhaltes, dass das eheliche Güterrecht, speciell das vertragliche, auch für badische Staatsangehörige im Auslande so, wie es einmal nach badischem Rechte begründet worden sei, maassgebend bleibe, enthält das badische Landrecht nicht. Der hiefür angerufene Art. 3, Satz 3 desselben sagt nur, dass „die Gesetze, welche den Zustand und die Rechtsfähigkeit der Personen bestimmen,“ sich auch auf die im Auslande sich aufhaltenden Inländer erstrecken. Nach Behagel (das bad. bürgerl. Recht S. 57 und sub c.) gehören hiezu allerdings auch „die Vorschriften über die rechtliche Natur eines familienrechtlichen Verhältnisses und über die dasselbe charakterisierenden unmittelbaren und darum nothwendigen rechtlichen Folgen, einschliesslich der mit dem Familienrechte verbundenen Vermögensrechte (Familiengüterrecht)“; sowie die erbrechtlichen Bestimmungen (s. das. S. 58 sub d.). Allein auch nach dem angeführten Citate scheint das eigentliche eheliche Güterrecht, dessen Regelung nach badischem Rechte der vertraglichen Vereinbarung der Betheiligten überlassen ist, von jener Gesetzesbestimmung nicht berührt zu werden, da dasselbe eben nicht eine „unmittelbare und nothwendige Folge“ der Ehe ist; der angerufene Schriftsteller führt denn auch am Schlusse des obigen Citats als Beispiel den Art. 384 des bad. Landrechts an, der von der elterlichen Nutzniessung am Vermögen der Kinder handelt. — Endlich enthält das VI. bad. Constitutionsedict, auf das sich der Anwalt der Beklagten ebenfalls berufen hat, keine Bestimmungen, die das eheliche Güterrecht beschlagen.“

Das Obergericht begnügte sich mit Verweisung auf dieses Motiv.

lichen Bestimmungen des badischen Rechts in Widerspruch stehen.

12. Als klare gesetzliche Bestimmungen sind solche anzusehen, welche die Doctrin und Praxis einstimmig in dem Sinne auslegen, der für uns von Wichtigkeit ist.

13. Wäre Baden noch ein Territorium des gemeinen Rechts, so wäre es ausserordentlich leicht nachzuweisen, dass eine allgemeine Uebereinstimmung von Doctrin und Praxis in dem angedeuteten Sinne bestehe.

Dass ein Domicilwechsel das Recht der concreten Ehe nicht ändere, sobald dessen Feststellung durch besonderen Ehecontract (*pactum dotale*) erfolgte, daran zweifelt die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis nicht; sind doch beide gleich entschieden der Ansicht, dass das einmal begründete gesetzliche Güterverhältniss die Ehegatten an jeden neuen Wohnsitz begleite, dessen Gesetze nicht categorisch die ausschliessliche Geltung des eigenen Rechts verlangen.

Es greifen gegen abändernden Einfluss der Gesetze des neuen Wohnsitzes wesentlich dieselben Argumente Platz, wie sie gegenüber der rückwirkenden Kraft zeitlich neuer Gesetze geltend gemacht werden. In definitive Gestalt erwachsene individuelle Rechtsbeziehungen sollen durch den Wechsel des Gesetzes, unter dessen Einfluss sie entstanden sind, keine Veränderung erleiden, sei es nun, dass der Wechsel durch Abänderung des Gesetzes, sei es, dass er durch Uebertritt der Individuen in das räumliche Geltungsgebiet eines anderen Gesetzes bewirkt werde. Beide Ehegatten haben ein wohl erworbenes Recht auf den unveränderten Fortbestand ihrer unmittelbar durch den Eheschluss einmal in Rechtskraft erwachsenen ehelichen Güterverhältnisse und dürfen nicht bei jedem Wechsel des Wohnsitzes der Unbill einer Veränderung ausgesetzt sein (s. P. Fr. v. Wyss in d. Zeitschrift für schweiz. Recht XXII., S. 41). Siehe für diese Ansicht v. Savigny System VIII., S. 328 ff., v. Bar, internationales Privat- und Strafrecht, S. 341 ff.; Stobbe, deutsches Privatrecht I. (1882), S. 242 ff.; Unger, System des österr. Privatrechts, Band I., (3. Aufl.), S. 194.; v. Roth, System des deutschen Privatrechts I, S. 290; weitere Literatur bei Teichmann, über Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gesetzlichen ehelichen Güterrechts bei Wohnsitzwechsel. Basel 1879.

Von den bei Windscheid, Pandekten I. § 35, Note 11 angeführten Urtheilen siehe besonders Seuffert, Archiv XXXII, 103.

14. Nun ist aber allerdings Baden kein Land des gemeinen, sondern ein Territorium französ. Rechtes. Es ist deshalb nicht ganz überflüssig zu untersuchen, wie sich der Code civil bezw. die französ. Rechtssprechung zu unserer Frage verhält.

Die Antwort, wie sie auch ausfallen mag, wird zum voraus darüber aufklären, was wir vom badischen Rechte zu erwarten haben.

Es genügt nun ein kurzer Blick auf die franz. Doctrin und Praxis, um zu erkennen, dass in Frankreich die Unwandelbarkeit des einmal durch Vertrag oder Kraft Gesetzes geregelten ehelichen Güterrechts allgemein anerkanntes Dogma ist. (Vgl. Aubry und Rau, T. V., § 504 bis. Demangeat zu Foelix, traité du droit international p. 216, Note a., Puchelt-Zachariae, Handbuch des franz. Civilrechts III., p. 185, Note 4a; Dalloz, Repertoire XIII., p. 64, Note. Bezeichnend ist auch ein Urtheil bei Sirey, Recueil, 54, 1, 268.)

15. Untersucht man nun, mit welchen Gesetzesstellen, bezw. wissenschaftlichen Gründen die französ. Juristen jenes Princip verfechten, so findet man wenigstens bei den älteren durchwegs folgende Argumentation:

Die gesetzlichen Bestimmungen über das eheliche Güterrecht gehören zu den sog. Statuta personalia (statuts personnels), d. h. zu denjenigen dispositions législatives, qui ont pour objet principal et prédominant de régler l'état des personnes et leur capacité soit pour tous les actes de la vie civile, soit pour quelquesuns de ces actes en particulier. Von den statuts personnels aber sagt der Code civil art. 3,3, dass sie dem Franzosen in's Ausland folgen: les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français même résidant à l'étranger.

So argumentieren auch deutsche Schriftsteller über franz. Recht: Stabel, Institutionen des franz. Civilrechts (1870), S. 18 und Zachariae, Handbuch, Bd. I. (5. Aufl.), S. 71, Note 3.

Hand in Hand mit dieser Deduction geht die naheliegende Erwägung, die auch von dem Cassationspetenten vorgebracht, von dem Bezirksgericht aber zurückgewiesen worden ist, die nämlich, dass die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts auch zusammenhänge, ja gewissermassen Folge sei aus der Unabänderlichkeit des Ehecontracts, bezw. des Kraft Gesetzes eingetretenen Güterverhältnisses durch die Parteien (Code civil, Art. 1387, 1393, 1395).

Sehr deutlich in dieser Beziehung Dalloz a. a. O., s. auch Puchelt-Zachariae a. a. O.



Die neueste franz. Doctrin überzeugt sich, was in Deutschland schon längst geschehen ist, mehr und mehr von der Unhaltbarkeit der Unterscheidung der *statuta personalia* und *realia* und führt die Unwandelbarkeit des einmal festgestellten Güterrechts auf den zwischen den Eheleuten ausdrücklich oder stillschweigend abgeschlossenen (fingierten) Vertrag zurück. So Laurent, *principes du droit civil* T. XXI., Nr. 298 und *Droit civil international* T. V., p. 385 ff., besonders p. 392, 428 und 448.

16. Wenn, wie wir sahen, die Art der Begründung der Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts trotz erfolgten Domicilwechsels in Frankreich heute eine verschiedenartige ist, so ist sie dagegen in Baden eine ganz einheitliche.

Die badische Doctrin und Praxis zählt in Uebereinstimmung mit der mitgetheilten franz. Rechtslehre die gesetzlichen Vorschriften über das eheliche Güterverhältniss zu den *statuta personalia*, unter deren Herrschaft der Inländer nach dem Landrecht S. 3, Abs. 3 stehen bleibt, auch wenn er sein Domicil in's Ausland verlegt hat.

Verbindet man S. 3, Abs. 3 mit dem S. 11 des Landrechts, welcher lautet:

„Der Fremde geniesst im Lande die gleichen bürgerlichen Rechte, welche das Ausland, zu welchem er gehört, dem hiesigen durch Verträge eingeräumt hat oder einräumen wird,“

so ergibt sich, dass umgekehrt die ehelichen Güterverhältnisse der Ausländer, die ihr Domicil nach Baden verlegen, von den badischen Gerichten nach dem Rechte desjenigen Staates beurtheilt werden müssen, dem dieselben als Unterthanen angehören, also nach dem Rechte der Heimat.

Man kann sich für diese Sätze nicht bloss auf den in Baden viel gebrauchten Stabel a. a. O. und auf Behaghel, Handbuch, Bd. I., S. 69 und 70 berufen, sondern auch auf eine kleine Monographie des letztern Schriftstellers, die gerade die hier zu entscheidende Frage umfassend erörtert: „Die ehelichen Güterverhältnisse der Ausländer, welche während bestehender Ehe nach Baden seit Einführung des Landrechts eingezogen sind oder noch einziehen werden.“ 1873, bes. S. 7 u. 9.

Ja es unterliegt nach Behaghel § 5 keinem Zweifel, dass die Eheverträge von Ehegatten, die nach Baden einwandern und dort die Staatsangehörigkeit erwerben (also Badener werden), die Ausdehnung des inländischen Rechts auf die vorher unter einem anderen (ausländischen) Recht begründeten

ehelichen Güterverhältnisse der eingewanderten Ehegatten ausschliessen. Dies folgert Behaghel aus Art. XII., Ziff. 3 des ersten Einführungsdictes.

17. Aus dem Gesagten folgt, dass das Urtheil des Obergerichts zu cassieren und auf Grund des § 709 des Gesetzes betr. die Rechtspflege ein neues Urtheil auszufällen ist, des Inhalts: es sei der zwischen den Eheleuten Kopf geschlossene Heiratsvertrag mit seinen Consequenzen als hierorts zu Recht bestehend anzuerkennen und zu schützen.

Die beiden vorinstanzlichen Urtheile sind richtig bis zu dem Punkte, wo sie sagen, dass der Heiratsvertrag gemäss § 3 des P.-G.-B. aufrecht zu erhalten wäre, wenn das Heimatsrecht der Ehegatten die Fortdauer eines einmal abgeschlossenen Ehevertrags auch im Auslande ausdrücklich vorschreiben würde; wenn sie aber weiter gehen und behaupten, dass für das hier in Frage kommende badische Recht eine solche Vorschrift nicht nachgewiesen werden könne, so sind sie im Irrthum, so stehen sie im Widerspruch mit klarem badischem Gesetzesrecht, nämlich dem S. 31, Abs. 3 und S. 11 des bad. Landrechts, welche eine solche Fortdauer vorschreiben, aber auch umgekehrt die badischen Gerichte verpflichten, die Eheverträge der in Baden wohnenden Ausländer nach deren Heimatsrecht zu beurtheilen. (Directe Mittheilung.)

---

## 2. Canton Freiburg. Urtheil des Civilgerichts des Saanebezirks vom 17. Mai 1882.

Rechtliche Natur eines geselligen Vereins. Haftbarkeit der Mitglieder für dessen Schulden.

Im Jahre 1878 verbanden sich mehrere Bewohner der Stadt Freiburg zu einer geselligen Vereinigung mit politisch conservativem Character unter dem Namen Cercle de l'Espérance, und stellten für dieselbe ein Statut auf, das der Staatsrath am 3. Mai 1878 genehmigte. Von Vermögen des Vereins war in diesen Statuten keine Rede, ausser von monatlichem Mitgliedsbeitrag von 50 Cts. Durch Privatact vom 22. Mai 1878 vermiethte A. Egger dem Vereine auf ein Jahr und für den Miethzins von Fr. 500 verschiedene Localitäten in seinem Hause. Seitens des Vereins unterschrieb den Act: „Pour la Commission du cercle conservateur l'Espérance, A. Raemy, secrétaire.“ Nach Ablauf des Jahres wurde das Miethverhältniss stillschweigend fortgesetzt, bald darauf aber begannen

Zwistigkeiten im Vereine, welche dessen Desorganisation herbeiführten, und am 1. December 1879 zeigte ein von Vonderweid, Präsident, und Raemy, Cassier, unterzeichnetes Schreiben dem Eigenthümer der Locale die Kündigung der Miethe auf 25. April 1880 an. Auf diesen Tag schuldete der inzwischen ganz in die Brüche gegangene Verein dem Egger Fr 866. 75; Egger klagte diesen Betrag gegen den Cercle de l'Espérance ein und erlangte am 10. März 1881 gegen denselben ein Contumazurtheil. Da aber keine Executionsobjecte ausser einem alten Billard vorhanden waren, so sah sich Egger veranlasst, gegen die zahlungsfähigen Mitglieder des Vereins neuerdings klagend aufzutreten. Er wählte als Beklagte die Chorherrn Schorderet und Wicky, Advocat Heimo und einige andere, und verlangte deren solidarische Verurtheilung (unter Offenhaltung des Regresses gegen ihre Vereinsgenossen) zu Fr. 866. 75. Die Beklagten beantragten Abweisung angebrachter Maassen, 1. weil sie nicht membres fondateurs du cercle seien, 2. weil abgeurtheilte Sache vorliege, indem das Urtheil vom 10. März 1881 den Verein schon verurtheilt habe, 3. weil der Cercle eine juristische Person gewesen und als solche für die Schuld haftbar sei. Durch Urtheil vom 30. März 1882 erklärte das Civilgericht der Saane, dass diese Gründe nicht processhindernder Natur seien und Beklagte daher sich vollständig auf die Klage einzulassen hätten, worauf sie ihre Einreden in diesem Sinne formulierten. Darauf ergieng am 17. Mai 1882 das Urtheil:

Considérant en droit.

Qu'en fondant le Cercle de l'Espérance à Fribourg, en 1878, MM. Schorderet, chanoine, et consorts ont eu évidemment en vue un but politique et religieux à la fois.

Que cela résulte au reste des art. 1 et 2 des statuts du dit cercle approuvés par le Conseil d'Etat le 3 Mai 1878, lesquels portent:

„Le Cercle de l'Espérance est un cercle conservateur.

„Il est établi dans le but d'offrir aux membres qui la „composent un lieu de réunion, un moyen efficace de s'affermir „dans les vrais principes conservateurs pour la défense de la „religion, des intérêts de la patrie et de la ville de Fribourg „en particulier;“

Que ce n'est donc point une corporation, une communauté, une association, un établissement ou une fondation *destiné à être perpétué*. tels que l'énumération en est faite à l'art. 13 du code civil, que les organisateurs du Cercle de l'Espérance ont

voulu établir et ont réellement établi, mais bien un lieu de réunion dont l'existence n'était qu'éphémère ainsi que l'a prouvé au reste le temps;

Qu'un cercle n'est pas, par le fait même de sa création destiné à être perpétué, attendu que sa durée dépend uniquement de l'entrée et de la sortie de ses membres qui paient une cotisation mensuelle pour subvenir au frais de son entretien;

Que le Cercle de l'Espérance ne peut non plus être rangé dans la catégorie des sociétés civiles définies à l'art. 1937 du prédit code, puisque ses membres n'ont fait individuellement aucun versement de fond pour exploiter en commun une industrie quelconque et se partager ensuite le gain ou le bénéfice qui aurait pu en résulter;

Qu'au reste un contrat de ce genre, pour être valide, aurait du être revêtu des formalités prescrites à l'art. 1941 du code précité.

Que de tout ce qui précède il résulte que le Cercle de l'Espérance rentre dans la catégorie des associations prévues à l'art. 1943 de la même loi et ainsi conçu :

„Les associations dont le but n'est pas un gain, ou „bénéfice, mais qui ont un autre objet, comme l'instruction, la „bienfaisance, la vie sociale, ou d'autres objets analogues, sont „régies par les statuts qu'elles se donnent; à défaut de statuts „par les règles générales des contrats;“

Que les statuts de ce cercle, dans les attributions qui ont été données à la Commission qui y est prévue, n'ont donné aucun pouvoir à cette Commission, ou à l'un ou plusieurs de ses membres de traiter des affaires financières de l'association et spécialement du bail à passer avec M. Antoine Egger;

Qu'à défaut de semblable pouvoir le dit contrat de bail est régi par les règles générales des contrats ainsi que le statue l'art. 1943 précité;

Que le contrat de bail du 22 Mai 1878 passé avec M. Antoine Egger et signé par A. Ræmy seul ne peut engager que celui-ci;

Qu'il ne peut être invoqué contre les autres membres du Cercle de l'Espérance, attendu que ceux-ci n'y ont pas apposé leurs signatures et que M. A. Ræmy n'avait aucun pouvoir pour agir en leur nom;

Que c'est donc sans droit que M. Antoine Egger a conclu au hasard comme il l'a fait, contre MM. Schorderet, chanoine, et consorts, afin qu'ils soient condamnés *solidairement* à lui payer la redevance qui lui est due ensuite du contrat de bail du 22 Mai 1878 passé avec M. Ræmy;

Qu'en ce qui concerne la solidarité invoquée contre les défendeurs, l'acteur M. Egger ne saurait en outre y prétendre, attendu que l'art. 1188 du code civil dit que la solidarité entre les débiteurs ne se présume point et qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée;

Qu'indépendamment de ce que l'acte de bail dont question a été signé par A. Ræmy seul, la solidarité entre les membres du Cercle de l'Espérance ou quelquesuns de ceux-ci, pour le paiement des loyers, n'y a non plus pas été stipulée;

Que M. Antoine Egger ne saurait prétexter l'ignorance du contenu des statuts du prédit cercle, attendu que lorsqu'il a loué ses locaux, il aurait dû se les faire exhiber afin de se convaincre avec quels membres il pouvait légalement traiter;

Considérant, quant aux frais du procès qu'il y a équité, à les compenser;

M. Antoine Egger est débouté de sa demande.

M. le chanoine Schorderet et consorts sont admis dans leur conclusions libératoires.

Les frais du procès sont compensés dans ce sens que chaque partie garde les siens.

Gegen dieses Urtheil appellierte Egger und berief sich hauptsächlich darauf, dass es mit dem Contumazurtheil vom 10. März 1881 im Widerspruch stehe. Letzteres Urtheil habe festgestellt, dass der Verein als solcher, nicht blos der (übrigens fallite) Raemy Schuldner sei, es sei rechtskräftig geworden und daher für alle Zeit bindend. Er, Egger, habe nicht anders vorgehen können, als zuerst den Verein zu belangen, weil er société civile sei; aus dieser seiner Eigenschaft folge dann weiter, dass Mangels von Vereinsvermögen die Mitglieder solidarisch für die Schulden aufzukommen hätten. Die zweite Instanz wies aber die Appellationsbeschwerde ab; in ihren Motiven liegt etwas Neues nicht vor.

(Aus »Jugement et Mémoire d'appel dans la cause Egger contre Schorderet et Cons.« par Stöcklin, avocat.)

### 3 Canton Zürich. Urtheil des Obergerichts vom 28. Arpil 1882.

#### Gemeindenutzungsrechte. Corporations- oder Stiftungsgut?

Die Holzarmen der Gemeinde Oberrieden klagten gegen den Gemeinderath daselbst darauf, dass die Geldsumme, welche 1859 von der Stadt Zürich der Gemeinde Oberrieden zum Loskauf der von Alters her bestandenen Nutzungsrechte am Sihl-



wald durch Abrechnung am Kaufpreis für ein Stück Wald bezahlt und deren Zins dann vom Gemeinderath Oberrieden als Gegenwerth für die Laubholzwellen, welche die Stadt vertragsgemäss noch während 20 Jahren gegen Entgelt zu Händen der holzarmen Einwohner von Oberrieden zu liefern hatte, verwendet worden sei, als ein den Klägern gehörendes Nutzungsgut erklärt und demgemäss dem Beklagten untersagt werde, dieselbe dem Gemeindegut einzuverleiben.

Das Bezirksgericht Horgen, von der Annahme ausgehend, dass die Summe, die der Gemeinde Oberrieden für den Loskauf der Nutzungsrechte am Sihlwald gezahlt worden, Nutzungsgut der Holzarmen sei, erklärte durch Urtheil vom 16. Febr. 1882 die Klage als begründet und einen gegentheiligen Beschluss des Gemeinderaths als aufgehoben.

Eine Appellation des Beklagten erklärte das Obergericht (Appellationskammer) durch Urtheil vom 28. April 1882 als begründet und wies demnach die Klage ab, mit folgender Motivierung:

1. Der Beklagte hat der Klage in erster Linie zwei formelle Einreden entgegengehalten:

- a) den Klägern gehe eine Berechtigung zur Klage ab und
- b) es komme nicht den Gerichten, sondern den Verwaltungsbehörden zu, den Streit zu entscheiden.

2. Schon für die Beurtheilung dieser formellen Einreden ist die Frage, ob die Ansprüche, welche die Kläger auf die früheren Holznutzungen resp. die Loskaufsumme erheben, privat- oder öffentlich-rechtlicher Natur seien, von wesentlichem Gewicht; es rechtfertigt sich daher, zunächst diese Frage zu prüfen und zu entscheiden.

3. Zur Begründung der Klage haben die Kläger vor Bezirksgericht lediglich auf die Vorschriften des § 55 der Cantonalverfassung und § 106 des Gemeindgesetzes von 1875 abgestellt; sie haben behauptet, aus der von der Stadt Zürich im Jahre 1859 bezahlten Loskaufsumme sei damals ein sogenannter Holzerfond gebildet worden und es müsse dieser als ein den holzarmen Einwohnern der Gemeinde Oberrieden, den sogenannten Holzern gehörender Nutzungsfond angesehen werden. Allein jene Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen sind nicht geeignet das Klagebegehren als begründet erscheinen zu lassen, denn nach ihrem klaren Wortlaut schreiben sie nur vor, dass die rein bürgerlichen Separat- und Nutzungsgüter nicht unter die, zunächst zur Befriedigung der öffentlichen Bedürfnisse der Gemeinde bestimmten Gemeindegüter fallen sollen;

der sogenannte Holzerfond ist aber, wie auch die Kläger anerkennen, kein Gut gewesen, auf dessen Ertrag nur die Bürger der Gemeinde Anspruch gehabt hätten, vielmehr ist der Ertrag immer allen bedürftigen Einwohnern der Gemeinde, gleichviel ob sie Bürger oder Niedergelassene seien, zugekommen.

4. Das Bezirksgericht hat offenbar auch dafür gehalten, dass in dem Holzerfond ein rein bürgerliches Separat- und Nutzungsgut nicht erblickt werden könne und dass daher die Berufung der Kläger auf die bezeichneten Verfassungs- und Gesetzesvorschriften nicht Stich halte; dasselbe hat aber die Klage, von der Annahme ausgehend, dass hier eine Gemeindestiftung im Sinne der §§ 50 u. ff. des privatrechtl. Gesetzbuches vorliege, gutgeheissen. Nach seiner Ansicht ist die Stiftung durch den Vertrag, welchen im Jahre 1838 die Gemeinderäthe der nutzungsberechtigten Gemeinde „Namens dieser und vorzüglich im Interesse der jeweiligen Holzer“ mit der Stadt Zürich abgeschlossen haben, gegründet worden, das Stiftungsgut bilden die Nutzungsrechte am Sihlwald, resp. die an die Stelle der Naturalleistungen getretenen Loskaufscapitalien; die berechtigten Subjecte sind die betreffenden politischen Gemeinden in ihrer Gesammtheit; der Zweck der Stiftung geht dahin, jene Nutzungsrechte den sogenannten Holzarmen zuzuführen.

5. Dieser Auffassung, welche nun heute auch von den Klägern und Appellaten geltend gemacht worden ist, kann jedoch hierorts nicht beigetreten werden.

6. Selbstverständlich genügt zur Annahme einer Gemeindestiftung nicht, dass ein Theil des Gemeindevermögens längere Zeit abgesondert vom übrigen Gemeindegut verwaltet und für ein besonderes Bedürfniss, dessen Befriedigung der Gemeinde obliegt, z. B. zur Unterstützung der Armen oder auch für einen freiwillig bestimmten Zweck verwendet worden ist, vielmehr muss feststehen, dass die Gemeinde jenem Vermögen den rechtlichen Character eines für sich bestehenden Ganzen, einer juristischen Person, habe geben wollen und dass sie diesen Willen, soweit erforderlich mit Zustimmung der Oberbehörden, durch einen besonderen Act, eine Stiftungsurkunde, in welcher neben der Bezeichnung des Wesens und des Zweckes der Stiftung auch Bestimmungen über die Verwaltung und Vertretung des Stiftungsgutes enthalten sein mussten, erklärt habe (§ 54 des privatr. Gb.).

7. Der Vertrag vom Jahre 1838 kann nun nicht mit Grund als ein solcher Stiftungsact angesehen werden; es fällt hier vorerst in Betracht, dass, wie dem Vertrag mit Gewiss-

heit entnommen werden kann, die Nutzungsrechte am Sihlwald keineswegs durch den Vertrag von 1838 neu geschaffen, sondern seit langer Zeit ausgeübt worden sind, wenn auch ihre rechtliche Grundlage sich nicht mehr nachweisen lässt; von Altersher wurden einzelne derselben von den sogenannten Holzarmen, andere von sämmtlichen Einwohnern der Gemeinde, gleichviel, ob holzarm oder nicht, ausgeübt und es liegt nichts dafür vor, dass dabei eine Aufsicht der Gemeinde gewaltet habe; sehr leicht hatten sich zum Nachtheil der Substanz des Waldes Missbräuche einschleichen können und es lag unzweifelhaft im Interesse beider Theile, dass nähere Bestimmungen über Bestehen und Umfang der Nutzungsrechte, sowie über die Art ihrer Ausübung aufgestellt werden; der Stadt musste im Interesse einer zweckmässigen Bewirthschaftung des Waldes daran liegen, solche Bestimmungen zu erhalten, und die nutzungsberechtigten Gemeinden mussten solche zur Sicherung des Bestehens und Umfangs der bis dahin bloss thatsächlich ausgeübten Gerechtsame, sowohl der Holzarmen als auch der übrigen Einwohner, wünschen; der Inhalt des Vertrages weist nun deutlich darauf hin, dass einzig zu diesem Zweck, „zur dauernden Feststellung der gegenseitigen Rechtsverhältnisse“ und nicht zur Neuschaffung von Rechten derselbe abgeschlossen worden ist, und es finden sich keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Gemeinde Oberrieden dabei noch die Absicht gehabt habe, die nun näher festgesetzten und auf eine rechtliche Grundlage gestellten Nutzungsrechte fortan nicht mehr als einen Theil des Gemeindegutes, sondern als ein Stiftungsgut bestehen zu lassen, welches einzig zur Unterstützung von, zwar nicht almosengenössigen, aber doch in öconomisch ungünstigen Verhältnissen lebenden Einwohnern dienen solle und diesem Zweck nie entfremdet werden dürfe; der Vertrag enthält keine Bestimmungen, welche nothwendig als der Ausdruck eines solchen Willens angesehen werden müssen, und die sich nicht leicht nur in der Weise erklären lassen, dass man allseitig den Wunsch gehabt habe, die der Gemeinde zustehenden Nutzungsrechte, für deren Bestehen bis dahin nur die thatsächliche Ausübung gesprochen hatte, formell zu ordnen und als bestehende anzuerkennen, ohne dabei ihren rechtlichen Character zu ändern.

8. Auch die späteren Vereinbarungen, welche die nutzungsberechtigten Gemeinden theils im Jahre 1855 unter sich über das Maass der jeder derselben zustehenden Nutzungen, theils im Jahre 1857 mit der Stadt Zürich über die Umwandlung ihrer bisherigen „ungemessenen“ Berechtigung auf das



Abholz der Schläge und Durchforstungen im Sihlwald in ein festes „Holzdeputat“ von Laub- und Nadelholzwellen und über die Ablösung dieser Nutzungsrechte getroffen haben, sowie der zwischen der Stadt Zürich und der Gemeinde Oberrieden im Jahre 1859 abgeschlossene Kaufvertrag über ein Stück Wald enthalten keine Bestimmungen, welche mit Gewissheit darauf hinweisen, dass die Gemeinde Oberrieden je beabsichtigt habe, jenen Nutzungsrechten resp. der an deren Stelle getretenen Loskaufsumme die rechtliche Eigenschaft als Theil des Gemeindegutes zu nehmen und aus denselben ein Stiftungsgut zu bilden; sie stellen sich vielmehr als blosse Verwaltungsmaassnahmen dar, welche eine den Interessen beider Theile besser dienende Art der Ausübung jener Rechte herbeizuführen bezweckten.

9. Nach dem Gesagten muss die Annahme einer Stiftung schon aus dem Grund des Mangels eines Stiftungsactes verworfen werden und es ist nicht nöthig zu untersuchen, ob derselben nicht im Fernern nach der Vorschrift des § 51 des privatr. Gesetzb. der Mangel theils einer notarialischen Beurkundung, theils der Zustimmung einer Aufsichtsbehörde entgegenstehe; in letzterer Beziehung mag bloss bemerkt werden, dass es kaum im Sinne des Gesetzes liegt, dass nicht nur Gründer und Verwalter einer Stiftung, sondern auch noch Aufsichtsbehörde in einer Person sich vereinigt haben.

10. Eventuell haben die Kläger und Appellaten heute geltend gemacht, dass es sich hier um ein Corporationsvermögen handle, das dem Corporationszweck entfremdet worden sei; wenn nämlich auch bei Abschluss des Vertrages vom Jahre 1838 der Beklagte als politische Behörde gehandelt habe, so sei doch dabei verstanden gewesen, dass bezüglich der Nutzungsrechte am Sihlwald sämtliche Einwohner der Gemeinde Oberrieden eine privatrechtliche Corporation bilden sollen, mit dem Zweck den in den jährlichen Holznutzungen bestehenden Ertrag des Corporationsgutes den minder begüterten Corporationsgenossen zukommen zu lassen; sobald nun dieser Corporationszweck durch Beschluss der Vertreter der Corporation gefährdet sei, so müsse jedem einzelnen Genossen, gleichviel ob er nur stimm- oder auch genussberechtigt sei, das Recht zugestanden werden, gerichtliche Einsprache gegen jenen Beschluss zu erheben.

11. Allein auch dieser Standpunkt hält nicht Stich; abgesehen nämlich von der Frage, ob es überhaupt angehe, dass eine politische Gemeinde bezüglich eines Theils des Gemeindeguts sich als privatrechtliche Corporation constituire und ob eventuell die Bedingungen, an welche die Bildung einer solchen

Corporation nach Vorschrift des Gesetzes geknüpft gewesen wäre, hier erfüllt worden seien, ist den vorliegenden Acten nicht zu entnehmen, dass je von den Einwohnern der Gemeinde Oberrieden ein Beschluss dahin gefasst worden sei, die Nutzungen am Sihlwald nicht mehr als Theil des Gemeindegutes, sondern als Vermögen einer aus sämtlichen Einwohnern bestehenden Corporation anzusehen und zu behandeln, insbesondere geht dies nicht schon aus dem Vertrage von 1838 hervor.

12. Nach dem Gesagten steht nicht fest, dass die früheren Nutzungsrechte am Sihlwald resp. die später an deren Stelle getretene Loskaufsumme, sei es von Anfang Eigenthum einer Stiftung oder einer Corporation gewesen oder im Laufe der Zeit solches geworden seien, und fallen somit die Ansprüche, welche die Kläger aus dieser von ihnen behaupteten Eigenschaft jenes gegenwärtig dem Gemeindegut einverleibten Vermögens herzuleiten versucht haben, als unbegründet dahin.

13. Endlich rechtfertigt sich die Guttheissung der Klage auch nicht gestützt auf die Betrachtung, dass die Nutzungsrechte resp. der Holzerfond ein für einen besonderen Zweck vorhandenes Separatgut der Gemeinde gewesen sei, welches seinem Zweck nicht ohne Weiteres durch blossen Beschluss des Gemeinderaths habe entfremdet werden können, auf welches vielmehr nach § 107 des Gemeindegesetzes die Vorschriften der §§ 50—58 des privatr. Gesetzb. Anwendung finden, also insbesondere diejenige, welche zunächst für Stiftungen den gerichtlichen Schutz gegen den Stiftungszweck gefährdende Maassnahmen in Aussicht stellt. Zwar kann als richtig zugegeben werden, dass unter den in § 107 des Gemeindegesetzes erwähnten Separatgütern nicht die schon in § 107 besprochenen rein bürgerlichen Separatgüter, sondern Bestandtheile des öffentlichen Gemeindegutes zu verstehen sind und dass unter Umständen auch gegen eine Aenderung in der Verwendung solcher öffentlicher Güter der gerichtliche Schutz Platz greift, allein nach § 56 des privatr. Gesetzb. kann dieser Schutz nur entweder von der Minderheit der die Aenderung beschliessenden Gemeindebehörde oder von den Personen, welche sich in wohl erworbenen Rechten durch jene Aenderung verletzt fühlen, nachgesucht werden; solche wohl erworbenen Rechte sind jedoch nicht schon dann als vorhanden anzusehen, wenn aus der Art, wie eine Zeit lang Theile des Gemeindegutes verwendet worden sind, gewisse Personen Vortheile gezogen haben, wenn z. B. eine Gemeinde den Ertrag des Gemeindegutes theilweise zur Förderung gemeinnütziger oder wohlthätiger Zwecke benutzt hat; diejenigen, die aus dieser Verwendung des Ge-

meindegutes Nutzen ziehen, erlangen hierdurch allein kein Anrecht darauf, dass die Verwendung fortdauere, sie können daher auch nicht, um diese Fortdauer zu erwirken, den Rechtsweg betreten, sondern es steht ihnen lediglich der Weg der Beschwerdeführung bei den obern Verwaltungsbehörden offen, und diesen Weg können auch die Kläger betreten (Bluntschli Commentar zu § 56 des priv. Gsb. Abs. 2).

(Directe Mittheilung.)

---

4. Canton Neuenburg. Urtheile von Civilgericht und Appellhof vom 18. Januar und 26. Februar 1881.

Eheliche Gütergemeinschaft. Betreibung bloss eines Ehegatten für gemeinsame Schuld.

F. E. Vuitel und seine Ehefrau erklärten durch notariatischen Act dem N. Reymond schuldig zu sein aus ihrer Gütergemeinschaft als solidarische Mitschuldner Fr. 11,250 Restanz des Kaufpreises für die Liegenschaft, die sie von ihm soeben gekauft hatten, und verpfändeten ihm hiefür die betreffende Liegenschaft. Der Gläubiger verlangte später Bezahlung und betrieb den Ehemann, gegen den er auch die Pfandversteigerung begehrte. Der Schuldner erschien auf die Vorladung nicht. Das Civilgericht des Val-de-Travers wies aber das Begehren zurück :

Considérant qu'un seul des codébiteurs solidaires a été poursuivi au paiement de la dette,

Qu'il résulte des termes de l'acte obligatoire prérappelé que les biens donnés en hypothèque étaient des biens acquis par la communauté, mais que cet acte ne dit pas si ces biens appartenaient à l'un ou l'autre des époux engagés dans la relation de codébiteurs solidaires,

Que rien en procédure n'établit que les immeubles donnés en hypothèque ne soient pas en tout ou en partie des biens propres de la femme.

Der Appellhof reformierte :

Attendu que l'immeuble hypothéqué par les époux Vuitel doit être réputé jusqu'à preuve contraire acquis par eux en communauté de biens,

Que le mari, administrant seul les biens qui composent la communauté, a seul qualité de recevoir toutes significations ou d'ester en justice pour la communauté,

Qu'au surplus les époux Vuitel s'étant portés débiteurs

solidaires, les créanciers pouvaient s'adresser à l'un ou à l'autre des époux ou à tous deux à leur choix,

Qu'ainsi les poursuites et la demande en expropriation du créancier Reymond sont régulières.

(Arrêts de la Cour d'Appel, tome XIV, p. 147 ss.)

##### 5. Canton Genf. Urtheil des Civilgerichts vom 6. Mai 1882.

###### Begriff von „eingebrachtem Frauengut“.

Frau Coulin hatte ihrem Ehemann durch Testament vom 6. Juni 1871 legiert la jouissance pendant son vivant de tout ce que je lui ai apporté, argent, meubles, argenterie et linge de maison, reversible à sa mort à ma sœur Alice, veuve Zahn. Ueber den Umfang des unter den Niessbrauch fallenden Gutes erhob sich Streit zwischen dem Ehemann und der Erbin der Verstorbenen, eben dieser Alice Zahn. Letztere verlangte klagweise, dass nur argent, meubles, argenterie et linge de maison dem Ehemann zu Niessbrauch zufallen sollten, der beklagte Ehemann beanspruchte das ganze Vermögen der Verstorbenen.

Das Civilgericht entschied (unter Bestätigung des Appellhofs 21. Aug.) zu Gunsten des beklagten Ehemanns:

Attendu que, pour se rendre compte de la portée de cette expression „tout ce que je lui ai apporté“, il est nécessaire de recourir au contrat par lequel les époux Coulin ont réglé les conditions civiles de leur mariage;

Attendu que, par contrat du 25 octobre 1865, les époux Coulin ont pris pour base de leur union le régime dotal, à l'exclusion du régime de la communauté de biens;

Que la future épouse ne s'est constitué aucune somme en dot et n'a apporté aucune dot à son mari;

Qu'elle s'est réservé en propres, soit paraphernaux, tous ses biens présents et à venir, avec la stipulation expresse que „tous les revenus des biens de l'épouse seront affectés aux dépenses du ménage commun....“ (art. 2 du contrat);

Attendu, en conséquence, que le seul apport que dame Coulin ait fait à son mari, pour l'aider à subvenir aux dépenses du ménage, c'est „tous les revenus de ses biens“ qu'elle s'est réservés à titre de paraphernaux;

Attendu que cette clause s'applique aux revenus des biens présents et des biens à venir, puisqu'elle s'est réservé à titre



de paraphernaux ses biens présents et à venir, et que *tous* les revenus desdits biens sont affectés aux dépenses de ménage;

Attendu que cette phrase du testament de dame Coulin, „tout ce que je lui ai apporté,“ en parlant de son mari, se réfère évidemment, dans l'intention de la testatrice, à son contrat de mariage, et notamment au paragraphe de ce contrat dans lequel elle apporte à son mari tous les revenus de ses biens et par conséquent de ses biens tant présents que de ceux à venir, ainsi que cela vient d'être exposé;

Attendu qu'à ne prendre que cette partie de la disposition de la testatrice en faveur de son mari, il n'y aurait aucun doute qu'elle comprend la jouissance de tous les biens de la défunte existant au jour de l'ouverture de sa succession et, dès lors, de la portion d'immeuble qu'elle a recueillie, durant son mariage, dans la succession de son père;

Attendu que la demanderesse soutient que les mots „argent, meubles, argenterie et linge de maison“, dont la testatrice a fait suivre le premier membre de sa phrase, ont eu pour but, dans l'intention de la testatrice, de limiter sa disposition, d'abord générale, aux objets exprimés par ces mots; en d'autres termes, que cette énumération est limitative et non pas seulement explicative ou énonciative;

Atteudu que cette interprétation emporterait une contradiction trop flagrante entre l'intention bien précise, clairement exprimée par la testatrice dans le premier membre de sa disposition, et la restriction inexplicable qu'apporterait à sa disposition le second membre de sa phrase;

Que cette interprétation, appliquée à la lettre, aurait pour effet de réduire à peu près à rien la disposition de la défunte en faveur de son mari, car elle n'en excluerait pas seulement l'immeuble en litige, mais encore les valeurs, titres de créance, actions, obligations etc. dépendant de son hoirie;

Qu'il paraît plus vraisemblable que la défunte a fait cette énumération si incomplète à titre d'exemple seulement, et pour bien faire comprendre que la jouissance qu'elle laissait à son mari s'étendait même à ces petites valeurs, à l'argent comptant, au mobilier, à l'argenterie, au linge de maison, existant à son décès;

Attendu que l'on peut aussi raisonnablement conclure de ces mots „tout ce que je lui ai apporté,“ que la testatrice a eu l'intention de ne rien changer à la position de son mari; qu'elle a voulu qu'il eût, après sa mort, la jouissance de tous ses biens, telle qu'il l'avait eue de son vivant;

Attendu que l'interprétation proposée par la demanderesse

entraîne une contradiction dans les termes de la disposition du testament, et des conséquences si peu en rapport avec les intentions présumées de la testatrice, qu'il n'est pas possible de l'admettre.

Die weiteren Motive, welche daraus hergenommen sind, dass die Klägerin durch concludente Handlungen selber die Ansprüche des Beklagten anerkannt habe, können hier übergangen werden.

(Semaine judiciaire, 1882, Nr. 36.)

---

**6. Canton Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts  
vom 10. April 1880.**

**Befugniss des Ehemanns zu Compensation einer  
gegen ihn geltend gemachten Forderung mit  
einer zum eingebrachten Gut der Ehefrau  
gehörenden Gegenforderung.**

B. als Inhaber eines kaufmännischen Geschäftes mit Firma B. & Cie. schuldete dem Bankhaus F. G. H. eine gewisse Summe. Zugleich schuldete das Bankhaus F. G. H. an den Schwiegervater des B. eine Summe. Im Jahre 1875 wurde das letztere Guthaben als Theil des Heiratsgutes an Frau B. übertragen und diese Uebertragung nachträglich durch die Schwiegermutter nach dem Tode des Schwiegervaters in der Form einer Cession formell bestätigt. Als das Bankhaus F. G. H. in Concurs gerathen war und die Concursmasse die Forderung an B. geltend machte, wollte dieser das Guthaben seiner Frau an F. G. H. mit jener Forderung compensieren. Dies wurde bestritten und es kam zum Processe, wobei B. als Vertreter der Firma B. & Cie. die Rolle des Klägers übernahm und verlangte, dass die Compensation als zulässig erklärt werde.

Die beklagte Concursmasse stellte der Klage folgende Einreden entgegen: 1) Frau B., die Schwiegermutter des Klägers, welche die Cession des Obligo's vorgenommen, sei zu derselben nicht berechtigt gewesen, da sie in der Inventur über den Nachlass ihres verstorbenen Mannes nicht als Eigenthümerin dieses Obligo's figurire, wie das Letztere in der Inventur überhaupt nicht aufgeführt sei. 2) Wenn das Obligo, wie behauptet werde, als Heiratsgut an Frau B. übergegangen sei, so könne B. dieses Guthaben nicht mit seiner Schuld als Ehemann compensieren; eventuell 3) wenn Kläger Eigenthümer geworden, so könne er diese Forderung nicht mit einer Schuld von B. & Cie. compensieren.

Das Bezirksgericht wies alle Einreden ab und hiess die Klage gut. Hiegegen appellierte die beklagtische Concurssmasse, liess aber vor Obergericht die erste und dritte Einrede fallen und unterbreitete dem Gerichte nur noch die Frage zur Beantwortung:

Kann der Ehemann B., der Kläger, seine Schuld an F. G. H. im Concurse des Letzteren mit Guthaben seiner Frau an diesen compensieren?

Mit Bezug auf die Beantwortung dieser Frage theilte sich das Obergericht in eine Mehrheit und eine Minderheit. Allseitig nimmt das Gericht an, es sei das Guthaben richtig als Heiratsgut an die Frau B. und damit in die Verwaltung des Mannes B. gelangt.

Die Mehrheit des Gerichtes gelangt dahin, die obige Frage zu bejahen und somit das erstinstanzliche Urtheil zu bestätigen. Sie stützt sich hiebei auf die Bestimmungen unseres Privatrechtes „von den rechtlichen Wirkungen der Ehe mit Bezug auf das Vermögen“ §§ 138 ff. Hienach ist der Ehemann von Rechtswegen der eheliche Vormund seiner Frau, verwaltet ihr Vermögen und vertritt dieselbe nach Aussen; er kann auch ohne die Zustimmung der Frau die der Letzteren zugehörige fahrende Habe gültig veräussern oder verpfänden, ebenso auch die Forderungen derselben; er haftet für die Schulden, welche die Ehefrau in die Ehe gebracht hat u. s. w. Der Wortlaut dieser gesetzlichen Bestimmungen ergiebt, dass der Ehemann eine wesentlich andere Stellung hat als der blosse Verwalter eines Vermögens. Er kann bis zu einem gewissen Grade schalten und walten wie ein Eigenthümer, kann unter Umständen das Vermögen verbrauchen, ohne sich einer Unterschlagung schuldig zu machen, wie dies beim gewöhnlichen Verwalter der Fall ist.

Das ganze fahrende Vermögen der Frau präsentiert sich nach Aussen, Dritten gegenüber, als ein ungezweites Gut. Die Frau ist in ihren Rechten auf der andern Seite durch das Gesetz insofern geschützt, als sie Sicherstellung des Weibergutes verlangen und dasselbe der Verwaltung des Mannes eventuell entziehen kann, dass sie für alle nicht mehr in natura vorhandene Habe und für die Werthtitel eine Forderung mit Vorzugsrecht im Concurse des Mannes erhält. Der Ehemann führt in der Ehe kein Buch über das Vermögen seiner Frau, er legt auch keine periodischen Rechnungen ab, wie ein gewöhnlicher Verwalter. Die Capitalbriefe kann er ablösen und in andere Schuldtitel verwandeln, ohne dass er die neuen Schuldtitel auf den Namen seiner Frau setzt; er kann sie

auch auf seinen Namen setzen lassen. Daraus folgt, dass der Mann ohne einen besondern Rechtsact Titel seiner Frau auf sich selbst übertragen kann und dass er folgerichtig auch Guthaben auf ihn mit Schulden an seine Frau compensieren kann, wie dies heute durch die Klage verlangt wird; denn wer Veräusserungs- und Verpfändungsbefugniss hat, dem kann das Recht der Compensation nicht abgesprochen werden. Für diese Anschauung, dass sich das beiderseitige eheliche Vermögen nach Aussen hin, Dritten gegenüber, als ungezweites Gut präsentiert und dass nur unter gewissen Umständen, wenn die Frau Sicherstellung verlangt oder im Concurse des Mannes oder beim Tode eines Ehegatten eine Trennung vorgenommen wird — für diese Anschauung spricht sich auch das unserm privatrechtl. Gesetzbuche zu Grunde liegende Zürcher Recht, dessen Commentatoren und die dortige Gerichtspraxis aus. (Vergl. Ullmer's Commentar Nr. 3196 und 1692.) Gemäss dieser Anschauung gelangt die Mehrheit des Obergerichts dazu, die Klage in vollem Umfange zu schützen und eine Compensation genannter Forderungen zuzulassen.

Die Minderheit des Obergerichts steht auf dem principiell gegentheiligen Standpunkt, indem sie folgendermaassen schliesst:

Um die Frage richtig beantworten zu können, ob der Ehemann seine Schuld an einen Dritten mit Guthaben seiner Frau an diesen compensieren könne, ist zu untersuchen, welches eheliche Güterrecht im Canton Schaffhausen gilt.

Es kommt hiebei hauptsächlich in Betracht:

I. Das Erbrecht. Die erbrechtlichen Bestimmungen enthalten bezüglich des von den Ehegatten in die Ehe gebrachten Vermögens alle vom Jahre 1565 an bis auf den heutigen Tag den Grundsatz des gezweiten Gutes, des Rückfallsrechtes und der Errungenschaftsgemeinschaft.

Das Erbrecht vom Jahre 1565 bestimmt: „dass abgestorbene Brüder oder Schwesterkinder, so gleichwohl nur ainthalb Geschwistrigte sind, auch ain Thail, doch was allein von dess Vaters oder Muttergut vorhanden, darauf der Fahl keme, gevolgen und werden solle.“

Das Erbrecht von 1689 enthält in Cap. IV., Tit. 7 Art. 2 folgende Bestimmungen: „Wann ein Ehemann, der etliche Weiber, oder ein Weib, so etliche Ehemänner gehabt und bei jedem ein oder mehrere Kinder erzeugt hätte, Todes verschieden und hernach eines von ihren hinterbliebenen Kindern auch mit Tod abgehen würde, so solle desselben Kindes verlassenes väterliches Gut auf dessen hinterlassene Geschwister vom Vater her und das mütterliche Gut auf dessen hinterlassene



Geschwisterte von der Mutter her fallen, der Vorschlag aber unter Alle gleich getheilt werden.“

Im heutigen Privatrecht, gesetzliche Erbfolge I. Abschnitt Cap. 2, §§ 1817 ff. sind die Grundsätze des gezweiten Gutes, des Rückfallsrechtes und der Errungenschaftsgemeinschaft nicht nur wieder aufgenommen, sondern noch bestimmter durchgeführt. (Vgl. auch §§ 158 und 160 Pr.-R.)

Für den Grundsatz des gezweiten Gutes, bzw. dafür, dass die Ehefrau auch während der Ehe ein selbstständiges Vermögenssubject bleibt, sprechen im Weiteren folgende Gesetze:

1. Die Bestimmungen über Verpfändungen und Veräusserungen der Liegenschaften des Weibergutes in der Stadtgerichtsordnung, in den Gemeinderathsordnungen und in dem heutigen Privatrechte, also von 1766 an bis auf den heutigen Tag alle Gesetzesbestimmungen. Namentlich aber spricht das Concursgesetz vom Jahre 1850 (Bd. III., A. F.) nicht nur für den Grundsatz des gezweiten Gutes und die selbstständigen Vermögensrechte der Ehefrau, sondern auch für ein Vindicationsrecht derselben.

Ueber das Vorzugsrecht der Ehefrau im Concourse ihres Mannes haben wir vom Jahre 1601 an bis heute in allen Auffallsordnungen, auch im Gesetze über Vorzugsrechte vom Jahre 1847 (Bd. III., A. F., pag. 857, § 107, Ziff. 4) fast wörtlich dieselbe Bestimmung, welche lautet:

„Ein den speciellen Pfandrechten nachstehendes Vorzugsrecht haben: die Forderungen der Ehefrauen für alles in die Ehe gebrachte oder während der Ehe ihnen eigenthümlich angefallene Vermögen und für die Hälfte der Hochzeitgaben, insoweit ihr Vermögen nicht schon durch frühere Concourse geschwächt worden.“ (Vgl. § 157 und 834, Ziff. 4 Pr.-R.)

Eine authentische Interpretation dieser Bestimmung enthält der heute noch in Kraft bestehende § 45 des Concursgesetzes, welcher heisst: „Die Ehefrauen geniessen ihr Vorzugsrecht nur für denjenigen Theil ihres Weibergutes, welcher nicht mehr in natura herausgegeben werden kann; die noch in natura vorhandenen (d. h. von Kosten, Pfand- und Vorzugsrechten freien) Gegenstände an Fahrnissen und Liegenschaften dagegen fallen der Ehefrau im vollen ursprünglichen Anschlagswerthe anheim.“ Für die von dem Manne unabhängigen selbstständigen Vermögensrechte der Frau und für ihre Vindicationsrechte kann es wohl eine bestimmtere und klarere Bestimmung nicht geben.

§ 16 des Concursgesetzes, wornach auch das Weibergut mit in die Beschreibung aufgenommen wird, ist nicht im

Widerspruch mit § 45 desselben Gesetzes. Der § 45 giebt in den mit Klammern eingefassten Worten, „d. h. von Kosten, Pfand- und Vorzugsrechten freien Gegenständen“ den Grund dafür an, warum das Weibergut nicht als separates Gut (§ 28 Concursgesetzes) verzeichnet wird. Indessen wird ja auch das erweisliche Eigenthum Dritter, insofern es zu Gunsten der Masse verpfändet ist, wie das verpfändete Weibergut mit in die Masse aufgenommen. Darüber, dass die von Pfand- und Vorzugsrechten freien Weibergutsliegenschaften im Grunde nicht zur Concursmasse gehören, kann kein Streit sein; Bedenken können nur darüber entstehen, ob auch die eheweibliche Fahrhabe, welche noch in natura vorhanden ist, gleiche Qualität besitze, wie die Liegenschaften. Aber auch dieses Bedenken ist durch den § 45 des Concursgesetzes in den Worten: „Gegenstände an Fahrnissen und Liegenschaften“ gehoben; denn hier werden „Fahrnisse“ (vgl. § 426 Pr.-R.) ganz auf gleiche Linie gestellt, wie das liegenschaftliche Vermögen.

Der § 139 Pr.-R. steht obiger Anschauung ebenfalls nicht entgegen. Die Dispositionsbefugniss des Ehemannes über die fahrende Habe und die Forderungen der Frau hebt die Eigenthumsrechte der Ehefrau an den fraglichen Gegenständen nicht auf; dieselbe ist nur ein Ausfluss des Verwaltungsrechtes des Mannes über das eheweibliche Vermögen. Die Frau bleibt Eigenthümerin ihres Gutes, wie vor, so auch während und nach der Ehe. (Pr.-R. § 139 „Die ihr zugehörige fahrende Habe,“ §§ 141, 151 ff., 199—201, 1838 ff.)

Die Vindication der Ehefrau auf ihr Gut ist aber nicht nur durch die angerufenen Paragraphen des Concursgesetzes geschützt; für dieses Recht der Ehefrau selbst gegen ihren Mann sprechen klare Bestimmungen des Privatrechtes. So sagt § 154: „Ist der Mann ausser Stande, hinreichende Sicherheit zu leisten, so ist die Frau berechtigt, das jener zugehörige bewegliche Vermögen dem Besitze des Mannes zu entziehen.“ § 155: „Der Mann haftet der Frau für die ungeschmälernte Herausgabe des Weibergutes. Liegenschaften und anderes Capitalvermögen, z. B. Schuldbriefe, die noch in natura vorhanden sind, hat er herauszugeben, nicht mehr Vorhandenes hat er vollständig zu ersetzen.“

Aus diesen angeführten Gesetzesstellen ist es wohl un schwer, das bei uns geltende eheliche Güterrecht dahin zu definieren:

Im Canton Schaffhausen besteht das reine System der Güterverbindung in Bezug auf das Stammgut; in Bezug auf den Vorschlag die Errungenschaftsgemeinschaft.

Die theilweise Gütergemeinschaft kennen unsere Gesetze nicht, wie z. B. der Code Napoléon, dessen Satz 1401 sagt: „Das Vermögen der Gemeinschaft besteht: 1) aus der fahrenden Habe, welche die Ehegatten zu Anfang der Ehe besitzen und welche ihnen während der Ehe zufällt, sei es durch Erbrecht oder durch Schenkungen, bei welchen das Gegentheil nicht bedungen ist.“

Die nothwendige Folge des ehelichen Güterrechts des Cantons Schaffhausen ist also: Die Ehefrau verliert durch die eheliche Verbindung das Eigenthumsrecht an den in die Ehe eingebrachten Vermögensobjecten nicht und hört während der Ehe nicht auf, auch in Bezug auf ihr Vermögen, liegendes und fahrendes, ein besonderes Rechtssubject zu sein. Weil sie ein besonderes, vom Manne getrenntes Rechtssubject ist, so ergiebt sich, gestützt auf § 983 lit. a der Schluss, dass eine Compensation der Schulden des Ehemannes mit den Forderungen der Ehefrau unzulässig ist, weil nicht die nämliche Person vorliegt. (Bericht des Obergerichts über die Geschäftsführung im Jahr 1880, S. 51 ff.)

---

**7. Canton Schaffhausen. Urtheil des Obergerichts vom 8. Juli 1881.**  
Errungenschaftsgemeinschaft fortdauernd nach  
Auflösung der Ehe.

In einem Erbschaftsstreite handelte es sich unter Anderem um die Frage, ob als gemeinschaftlich erworbenes Vermögen eines Erblassers zu betrachten sei derjenige Vorschlag, den er *unter der Herrschaft des Erbrechtes vom Jahre 1829, während der Dauer der Ehe gemacht, oder derjenige, welcher unter der Herrschaft desselben Gesetzes, während der Dauer der Ehe und während der Zeit bis zur Inventarisirung und Ausscheidung des ehemännlichen und des Frauenvermögens* bei der Wiederverheirathung sich ergeben habe. Das Obergericht ist diesbezüglich zu folgenden Schlüssen gelangt:

Es ist zu beachten, dass nach dem Erbrecht von 1829 eine Ehe factisch öconomisch fortdauerte, auch wenn die Ehefrau gestorben war. Das sämmtliche von der Frau zugebrachte Vermögen blieb zur Verfügung des Mannes und arbeitete so mit zur Erzielung von Vorschlag oder theilte bezüglich des Vorschlages das Schicksal des ehemännlichen Gutes. Erst bei der Wiederverheirathung des Wittwers verlangte das Gesetz Inventarisirung und Ausscheidung, erst von da an war also eine Constatirung der Vermögensverhältnisse des frühern Ehe-

gatten möglich. Allerdings blieb nicht ausgeschlossen, dass ein Wittwer von sich aus die Beschreibung und so die Ausscheidung der beiden bisher verschmolzenen Vermögen verlangen und damit die beiden von nun an selbstständig machen konnte. In diesem Falle kam der sich in Zukunft ergebende Vorschlag eines Theiles natürlich nur diesem zu gute, im andern Falle aber wurde der bei der Inventarisirung sich ergebende Vorschlag zur einen Hälfte dem Manns-, zur andern dem Frauengut zugetheilt. Das war wenigstens, wie dem Gerichte bekannt ist, die allgemein verfolgte Praxis.

Dass dieselbe aber auch dem Gesetze entsprach, ergibt sich aus Folgendem:

Das Erbrecht von 1591 bezw. 1689 Cap. V, Tit. 2, Art. 1—3 bildet die Grundlage zu den §§. 36, 37 und 38 des Erbrechtes von 1828. Nach jenen Bestimmungen, Art. 1 u. 2, wurde es bei Eheleuten, welche Kinder mit einander erzeugt und hinterlassen, *sowohl beim Ableben des Ehemannes als beim Tode der Ehefrau ganz gleich gehalten*. „*Das Weib bezw. der Mann soll, so lang sie bezw. er im Wittwenstand bleibt, in allem ihr beeder Ehegemächte Haab und Gut bleiben, sitzen, freie Hand und Gewalt darüber haben, die Kinder ehrlich und wol in aller Gottesfurcht . . . darauß erziehen und erhalten und dervon nicht getrieben werden, alle die Zeit und weil sie (er) ohnverändert und im Wittwenstand bleibt.*“

Erst bei der Wiederverheirathung fand eine Ausscheidung der Güter des verstorbenen und des noch lebenden Ehegatten und des Vorschlages statt. Von dem Hab und Gut des Verstorbenen erhielt das Ueberlebende einen Kindstheil zur lebenslänglichen Nutzniessung.

„So vill aber den fürschatz, gewonnen und erspartes gut belangt,“ oder wie es in Art. 1 bezüglich der überlebenden Ehefrau heisst: „*wass sie beede in mittler weil wehrender Ehe bei einander erübrigt und gewonnen und fürgeschlagen hätten, so soll ihr, der Ehefrau gefolgen und werden ein Kindestheil*“ ebenfalls zur lebenslänglichen Nutzniessung; dem Vater jedoch soll die eine Hälfte des Vorschlages eigenthümlich, der andere halbe Theil den Kindern auch für eigenthümlich, sammt ihrem mütterlichen Gut zufallen.

Im Erbrecht von 1689 wurde dasjenige von 1591 durch folgenden Artikel ergänzt: Art. 3. „*Und weilen eine Zeit, hero vorstehenden beden Artikeln schlechtlich nachgelebt und den Kindern ihres abgestorbenen Vaters oder Mutter gebührendes Hab und Gut bei dess überblibenen anderwertlicher Verehlichung nicht aussgefolgt, sondern die Kinder hievon*



„bissweilen von den Eltern auf unterschiedliche weg merklich „gehindert worden, als sollen fñrohin die Kinder bei ander- „wertiger Verheirathung ihres Vatters oder Mutter von obrig- „keits wegen gleichbalden bevogtet. . . und von dero gesetzten „Vormñndern nicht allein das gebñhrende vätter- oder mñtter- „liche Gut zu Handen und Verwahrung bezogen, sondern auch „ñber das so das ùberbliebene Ehegemächt noch leibgedings- „weise geniesst, damit solches nicht in Abgang gerathe, genaue „Acht getragen und fleissig vigilirt werden.“

Durch das Erbrecht von 1714 bzw. 1828 wurde nun der I. Artikel des Erbrechtes von 1689 dahin abgeändert oder ergänzt, *dass im Falle, wenn ein Ehemann vor seinem Eheweibe mit Tod abgienge (§ 36), das ganze zurückgelassene Vermögen ordentlich inventirt und beschrieben und der Mutter und den Kindern Vögte verordnet werden.*

Im Falle des Ablebens der Ehefrau vor ihrem Ehemann (§ 37) erlitt aber die Bestimmung vom Jahr 1689, *wornach eine Beschreibung erst bei der Wiederverheirathung vorgenommen werden musste*, keine Abänderung; der Mann, so lange er im Wittwenstand lebte, blieb im Besitz ihres beidseitigen Vermögens und *hatte freie Hand und Gewalt darüber.*

Nur in dem Falle — wurde im Jahre 1714 ergänzt — „wenn der Vater nicht ehrlich und wohl haushalte, sondern „den Kindern zu Schaden in dem Guth sitze, soll er wegen „seiner Verwaltung Rechenschaft zu geben verpflichtet sein „(§ 37 Abs. 2.).“

Durch Obiges ist nun, wie schon angeführt, der Nachweis geleistet, dass die Kinder erster Ehe, bei welcher der Vater die Mutter überlebt hat, nicht nur auf den Vorschlag während der Dauer derselben, sondern auch auf denjenigen, der sich während des Wittwerstandes ergibt, mit Ausschluss der Kinder zweiter Ehe Anspruch haben.

(Bericht des Obergerichts über die Geschäftsfñhrung  
im J. 1881. S. 47 ff.)

## 8. Canton Genf. Urtheil des Civilgerichts vom 3. Juni 1882.

Legitimatio per subsequens matrimonium. Beweislast und Beweisthema bei Bestreitung der Vaterschaft des Ehemanns.

Am 6. Februar 1880 schlossen vor dem Civilstandsbeamten zu Plainpalais (Genf) Louis Alfred C., Bürger zu Champ-

vent (Waadt) und Françoise Marie T. von Saint-Laurent (Savoien) die Ehe und erklärten dabei als ihr Kind anzuerkennen die Françoise T., geboren zu Saint-Laurent am 25. Januar 1867. Die Gemeinde Champvent erhob hierauf Klage gegen die Eheleute C.-T. mit dem Antrage de prononcer que nonobstant la reconnaissance dont s'agit, Françoise T. n'est point bourgeoise de la commune de Champvent, et que celle-ci restera affranchie de toutes charges et obligations qui lui incomberaient de ce chef. Die beklagten Eheleute verlangten Abweisung der Klage, da ihre Erklärung und die dadurch vollzogene Legitimation genüge, um das Kind zur Bürgerin von Champvent zu machen (Art 25 des B.-G. über Civilstand und Ehe v. 24. Dec. 1874, B.-V. Art. 54, Art. 38 des Genfer Ges. vom 20. März 1880). Die klagende Gemeinde behauptete, dass der Ehemann C. gar nicht Vater des Kindes sei, und berief sich dafür auf folgende Thatsachen: 1. C. war am Tage der Geburt des Kindes nur 14 Jahre, 6 Monate und 20 Tage, zur Zeit von dessen Conception also nur 13 Jahre, 10 Monate und 20 Tage alt. 2. C. hat bis zu seinem 20. Jahre die Gemeinde Champvent nie verlassen; andererseits ist die Ehefrau T. in dieser Gemeinde gänzlich unbekannt und behauptet auch gar nicht je dort gewohnt zu haben. 3. C. behauptet selber nirgends Vater des Kindes zu sein. Sollten diese Thatsachen als nicht beweiskräftig genug erachtet werden, so beantragte die Gemeinde persönliche Abhörung der Beklagten, eventuell Zulassung zu weiterm Beweise durch Urkunden und Zeugen darüber, dass C. nicht der Vater sei.

Das Civilgericht, in voller Anerkennung des Satzes, dass eine Legitimation per subsequens matrimonium nur stattfinden könne in Bezug auf ein von beiden Eheleuten zusammen gezeugtes Kind, wies die Klägerin Mangels Beweises ab, unter folgender Motivierung:

Considérant que l'action de la commune, telle qu'elle est intentée, tend, non pas à faire annuler la reconnaissance même de l'enfant, mais à faire dire et prononcer que, nonobstant cette reconnaissance, l'enfant n'est pas bourgeois de Champvent;

„Considérant que les deux choses ne sont pas séparables;

„Que si la reconnaissance est valable au point de vue de l'état civil et de la filiation, elle doit ressortir tous ses effets également au point de vue de la bourgeoisie, et que si la commune veut enlever au mineur dont s'agit le droit de bourgeoisie, elle doit commencer par faire annuler la reconnaissance même;

„Que cela est si vrai qu'elle-même a cru devoir s'adresser aux Tribunaux genevois, seuls compétents dans l'espèce, pour trancher la question d'état civil, tandis qu'ils ne le seraient pas s'il s'agissait uniquement d'une question de bourgeoisie d'une commune vaudoise:

„Attendu qu'à ce point de vue l'action de la commune est mal liée et ne saurait être admise;

„Considérant, d'autre part, qu'à teneur de l'art. 25 de la loi féd. sur l'état civil et le mariage, les enfants naturels peuvent être légitimés par le mariage subséquent de leurs parents;

„Que c'est ce qui a eu lieu dans l'espèce;

„Que le fait que C. est le père de l'enfant résulte de sa déclaration;

„Que la commune ne prouve pas qu'il n'en soit pas le père;

„Que, pour le prouver, il faudrait qu'elle établît que, pendant toute la période de temps correspondant à l'époque probable de la conception, C. était dans l'impossibilité physique de s'unir physiologiquement à Françoise-Marie T. et de la rendre mère;

„Attendu que C. avait à cette époque un âge où les hommes peuvent déjà être féconds; que, par conséquent, la preuve offerte par la commune est impossible à faire; qu'elle n'est ni pertinente, ni admissible;

„Que l'interrogatoire des parties ne saurait amener aucun nouvel élément de preuve.<sup>1)</sup> (Semaine judiciaire 1882, Nr. 42.)

---

<sup>1)</sup> Wir theilen dieses Urtheil mit, weil es sich bezüglich der Normierung von Beweislast und der Strenge des hier geforderten Gegenbeweises nicht ganz auf dem Boden der Auffassung von Bundesbehörden zu bewegen scheint. Das Handbuch für die schweizerischen Civilstandsbeamten S. 324 sagt, dass »alle diejenigen Kinder, welche vor der Verheirathung ihrer Mutter ausserehelich geboren werden, durch die nachfolgende Ehe derselben ipso jure legitimiert werden, sofern der Beweis geleistet sei, dass sie von dem nachherigen Ehemann ihrer Mutter erzeugt worden seien,« und bezieht sich hiebei auf das Bundesgerichtsurtheil in S. Wohlen C. Ermensee (B.-Ger. Entscheid. III. S. 836) Erw. 3: „Hauptbeweismittel für die Erzeugung der mehrerwähnten Kinder durch den genannten Hug ist die Anerkennung des letzteren . . . . . Allerdings ist dieses Anerkenntniss nur Beweismittel, woraus folgt, dass der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen ist. Allein dasselbe muss genügen, . . . so lange nicht dessen Unglaubwürdigkeit oder Wahrheitswidrigkeit dargethan ist.“ Ist im obigen Falle die Unglaubwürdigkeit des Anerkenntnisses nicht dargethan?

(Die Redaction.)

9. Canton Neuenburg. Urtheile von Civilgericht und Appellhof vom 18. Februar und 26. März 1881.

Väterliche Gewalt, Statusfrage.

Gustav Rousselot, französischer Bürger, katholisch, und Bertha Favre, protestantisch, verheirateten sich zu Paris am 12. December 1874. Am 19. März 1880 vereinbarten sie sich, ebenfalls zu Paris, sich in Frieden von einander zu trennen, und die Frau kehrte mit dem Kinde aus dieser Ehe zu ihren Grosseltern nach Marin zurück; gegenüber einem zweiten Kinde, dessen Geburt man entgegensah, versprach der Vater die Anerkennung seiner Vaterschaft. Als es bald darauf zur Welt kam, liess es der Vater als sein Kind unter dem Namen Robert in den Civilstandsregistern von St. Blaise eintragen. Da aber dieser Knabe protestantisch getauft worden, und dies einer, wie der Vater behauptet, bei Eingehung der Ehe mündlich getroffenen Abrede widerspreche, so klagte er gegen die Frau auf Herausgabe der beiden Kinder, weil er fortan über sie die Rechte der väterlichen Gewalt, die das Gesetz ihm zuerkenne, ausüben wolle. Die Beklagte wandte ein, sie seien französischer Nationalität, und da die Klage den Status der Kinder betreffe, so seien die französ. Gerichte competent.

Die erste Instanz (Civilgerichtspräsident von Neuenburg) erklärte sich incompetent:

Attendu que la question soumise au Tribunal par le demandeur intéresse l'état de personnes de nationalité française;

Attendu qu'aux termes de l'art. 21 du Code de proc. civ. aucune action concernant l'état de personnes ressortissantes d'un pays étranger ne peut être admise s'il n'est pas établi que l'État dont ces personnes sont ressortissantes reconnaîtra le jugement qui sera prononcé;

Attendu qu'en introduisant son action devant le Tribunal de céans, le demandeur n'a pas justifié que le jugement qu'il requerrait serait reconnu compétemment rendu par les autorités de son pays d'origine.

Der Appellhof reformierte und erklärte das Neuenburger Gericht als competent:

Attendu qu'aux termes de l'art. 273 du Code civil et non obstant la situation irrégulière des époux, le droit que revendique comme père le demandeur est formel et qu'il ne peut y être dérogé qu'ensuite de faits sur lesquels la Cour ne peut se prononcer actuellement;

Que rien, dans la revendication d'un droit inhérent à la puissance paternelle, ne touche au statut personnel, soit des époux soit de leurs enfants.



Qu'ainsi il n'y a pas lieu à faire application de l'art. 21 § 2 du Code de proc. civile, qui exclut de la compétence des tribunaux Neuchâtelois les actions concernant l'état des personnes étrangères à la Suisse.

(Arrêts de la Cour d'Appel, tome XIV., p. 206 ss.)

---

10. Canton Glarus. Urtheil des Appellationsgerichts  
vom 5. Juni 1880.

Haftbarkeit des Vormunds für vormundtschaftliche  
Anlagen.

Der Vormund der Frau Barbara Aebli, geb. Hofstetter, hatte mit Bewilligung des Waisenamts von Glarus deren Capitalvermögen im Betrage von Fr. 20,000. — auf der Weberei des Joh. Heinrich Hefti Sohn hypothekarisch angelegt. Im Jahre 1879 brach über den Pfandschuldner der Concurs aus und es wurde in Folge dessen das Unterpfand der Gläubigerin anheimgeschlagen. Letztere klagte nun gegen Vogt und Waisenamt auf Haftbarkeit für allen Schaden, der ihr durch fragliche Capitalanlage an Capital, Zinsen und Auslagen für Assecuranz und Unterhalt seither entstanden sei und weiter noch entstehen werde. Das Civilgericht wies die Klage mit Urtheil vom 16. Febr. 1880 ab, auf die Erwägungen gestützt: 1. dass gemäss § 219 des bürgerlichen Gesetzbuches der Vogt dem Vögtling für allen Schaden haftbar und verantwortlich ist, welchen er absichtlich oder durch Fahrlässigkeit verschuldet hat, und auch die Mitglieder der Waisenämter den Bevogteten nach § 227 für grobe Fahrlässigkeit ersatzpflichtig sind; 2. dass bei der in Frage liegenden Capitalanlage, vermöge welcher das ganze Vermögen auf die Weberei des Hefti pfandrechtlich placiert wurde, die Beklagtschaft in ihrer Gesamtheit zwar allerdings nicht mit der ganzen, der Wichtigkeit der Frage angemessenen Umsicht gehandelt hat, dagegen weder der Vogt noch die Mitglieder des Waisenamtes sich dabei irgend einer wirklichen Fahrlässigkeit überhaupt, wie selbige in §§ 68 und 84 des Strafgesetzbuches definiert ist, noch insbesondere einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht haben.

Das Appellationsgericht, auf Appellation der abgewiesenen Klägerin, gab der letztern Recht und verurtheilte die Beklagten.

M o t i v e :

1. Der Vogt der Frau Aebli hat bezüglich der Placierung des Vermögens seiner Clientin gemäss § 214 lit. f. des bürger-

lichen Gesetzbuchs dem Waisenamte Glarus Vorschläge gemacht, Bericht über in Aussicht genommene Anlagen erstattet und Ermächtigung für eine solche eingeholt.

2. Dem Waisenamte steht nach § 223 lit. g. der endgültige Entscheid über die Capitalanlagen für die Bevogteten zu. Derselbe ist im vorliegenden Falle auf Grund von drei verschiedenen, vom Vogte gemachten Vorschlägen getroffen worden, nachdem das Waisenamt die ihm erforderlich scheinenden Erkundigungen eingezogen hatte. Mit diesem Rechte der Entscheidung hat es auch die Verantwortlichkeit für dieselbe übernommen.

3. Bei der Würdigung der heute in Frage liegenden Capitalanlage kommt nun in Betracht:

a) Dass industrielle Etablissements allgemein grossen Werthschwankungen unterworfen und sehr selten als derart sichere Unterpfänder zu betrachten sind, wie sie für waisenamtliche Capitalanlagen verlangt werden sollten;

b) dass zudem die Erkundigungen über das Heftische Etablissement sowohl in Bezug auf Umfang als Werth desselben als mangelhafte bezeichnet werden müssen, und

c) dass dieses eine grobe Fahrlässigkeit des Waisenamtes im Sinne von § 227 des bürgerlichen Gesetzbuches involviert.

(Amtsbericht der adm. und richterl. Behörden von Glarus für 1878—1881. S. 300.)

---

#### 11. Canton St. Gallen. Entscheidung der Recurscommission vom 26. November 1881.

Nachbarrecht. Unzulässigkeit des Ueberhängens der Aeste trotz gesetzlicher Entfernung des Baumes von der Grenze.

Das Gesetz über Grenzverhältnisse, Dienstbarkeiten u. s. f. vom 6. Juni 1850 bestimmt in Art. 12:

(Ingress.) Im Allgemeinen liegt den Eigenthümern gegenseitig die Pflicht ob, ihren Boden und dessen Luftsäule nur so zu benutzen, dass weder eine gleichmässige Benutzung des nachbarlichen Eigenthums gehindert, noch dessen Bestand verändert oder gefährdet werde.

f) Bäume und Gesträuche in Gärten, welche näher als 5 Fuss von der Grenzlinie gepflanzt werden, sind auf die Höhe von 8 Fuss zu beschränken.

g) Hochstämmige Obstbäume müssen wenigstens 15 Fuss, andere hochstämmige Bäume hingegen mindestens 20 Fuss von der Grenzlinie angepflanzt werden.

Die Anwendbarkeit dieses Artikels wurde in folgendem Falle streitig.

Die Grundstücke von T. und Z. grenzen aneinander. Auf beiden finden sich in nicht grosser Entfernung von der Grenzlinie Fruchtbäume, namentlich auf demjenigen des Z., deren Aeste in das Grundstück des T. hinüberraegen. Schon im Jahre 1879 hatte T. den Z. durch Amtsbote auffordern lassen, diejenigen Baumäste, welche die Markenlinie überwachsen, zu entfernen; Z. entsprach aber nicht in gewünschtem Masse, weshalb T. an die Gerichtscommission mit der Klage gelangte, den Z. anzuhalten, seine Baumäste noch weiter zurückzustutzen und ihm Fr. 28. — Entschädigung zu bezahlen. Die Gerichtscommission aber wies die Klage ab. Im Jahre 1881 begann der Streit von neuem. Vor der Gerichtscommission stellte T. das Begehren: Beklagter Z. habe nach Art. 12 des Dienstbarkeitsgesetzes die Aeste der Bäume, welche von seinem Grundstück in dasjenige des T., resp. in dessen Luftsäule hinüberraegen, zu stutzen und abzuhaueu, oder aber er habe dem T. von den Bäumen, welche in dessen Luftsäule hinüberraegen, das Anries anzuerkennen. Die Gerichtscommission wies dieses Begehren abermals ab, mit der von Z. immerhin zugestanden Beschränkung, dass von zwei gleichartigen, einander gegenüberstehenden Apfelbäumen jeder Theil das sog. Riesobst bis auf die Grenzlinie an Hand nehmen könne. Die Gerichtscommission gieng dabei, wie in dem im Jahre 1879 ausgefallten Urtheile, wesentlich von der Anschauung aus, dass Z. gegenüber dem Ingress von Art. 12 des Dienstbarkeitsgesetzes bei seinem ältern Baumbestande zu schützen sei, indem die Gesetze keine rückwirkende Kraft haben und der Augenschein dargethan habe, dass der angrenzende Boden des T. als Zu- und Abfuhrstrasse diene und mithin weder von einer Behinderung in Benutzung der Luftsäule, noch von einer Bestandsveränderung oder Gefährdung, noch von einer Beeinträchtigung im Cultivieren des T.'schen Bodens wegen der Z.'schen Bäume, die nördlich vom T.'schen Boden stehen, die Rede sein könne. T. ergriff Recurs gegen dieses Urtheil, weil durch dasselbe der Ingress des Art. 12 des Dienstbarkeitsgesetzes verletzt worden sei, während Z. die Aufrechthaltung des Urtheils verlangte, weil nicht der Ingress, sondern die lit. f und g des Art. 12 hier massgebend seien, indem ein Grundeigenthümer diesen Bestimmungen ein Genüge leiste, wenn er die Bäume in der gesetzlichen Entfernung von der Grenze pflanze, und keine Gesetzesverletzung darin liege, wenn später die Wurzeln und Aeste doch über die Grenze in das benach-

barte Grundstück hineinwachsen, und weil ferner die im Gesetz fixierte Entfernung nur auf die seit Erlass desselben angepflanzten, nicht aber auf schon früher bestandene Bäume, wie die seinigen, angewendet werden könne.

Die Recurscommission cassierte dieses Urtheil, von folgenden (hier etwas abgekürzten) Betrachtungen ausgehend:

1. Für den Recursentscheid kann jedenfalls nicht Art. 12 lit. g des Dienstbarkeitsgesetzes den Ausschlag geben. Seine Bestimmungen über die einzuhaltende Entfernung von der Gutsgrenze finden keine rückwirkende Anwendung auf Bäume, die schon vor Erlass des Gesetzes gepflanzt waren und in geringerer Entfernung vom Nachbargut stehen, wie das bei den beklagten Bäumen der Fall ist. Aber der Art. 12 lit. g fällt auch deswegen ausser Betracht, weil er keineswegs den Sinn hat, dass bei Einhaltung der in diesem Artikel statuierten Entfernungen des Baumstammes von der Grenze die Wurzeln und Aeste bis über die Grenze in's Nachbargut, bezw. in dessen Luftsäule hinübertreten dürfen, wie es der Recurse behauptet. Der Art. 12 lit. g auferlegt dem Grundeigenthümer eine Beschränkung in der Benutzung seines eigenen Grundeigenthums, indem er dieses nicht bis an die Grenze mit Bäumen bepflanzen darf; aber aus dieser Beschränkung erwächst dem Grundeigenthümer noch kein Recht, die Wurzeln und Aeste seiner in gesetzlicher Entfernung gehaltenen Bäume unbedingt bis in's Nachbargut wachsen, und dem Gutsnachbar keine Pflicht, sich einen solchen directen körperlichen Eingriff in sein Eigenthum gefallen zu lassen. Das Nebeneinanderbestehen dieser Eigenthumsbefugnisse und jener Beschränkung des nachbarlichen Eigenthumsrechtes findet sich gesetzlich ausgesprochen in den Gesetzbüchern von Zürich: Art. 590 neben Art. 583, Aargau: Art. 490 neben Art. 489, Solothurn: Art. 798, 799 neben Art. 796, Graubünden: Art. 237 Passus 2 neben Passus 1 und des Grossherzogthums Baden (Code civil): Art. 672 Passus 2 und 3 neben Art. 671, u. a. m.

2. Eben so wenig kann mit dem Ingress des Art. 12 des Dienstbarkeitsgesetzes argumentiert werden. Dieser bestimmt nur, wie jeder Eigenthümer seinen eigenen Boden und dessen Luftsäule benutzen und nicht benutzen darf, normiert aber keineswegs diejenigen Fälle, in welchen eine körperliche Inanspruchnahme des Nachbarbodens z. B. durch die Wurzeln oder durch Hineinragen in die nachbarliche Luftsäule der Aeste eines auf fremden Boden gepflanzten Baumes stattfindet. Das Recht, die Abschneidung der überragenden Aeste zu verlangen, ist ein Ausfluss des strengen Eigenthumsbegriffs, nach welchem

der Eigenthümer jeden körperlichen Eingriff in den Bereich seiner Herrschaft zurückweisen kann, soweit er in diesem Rechte nicht beschränkt wird durch eine auf seinem Grundeigenthum zu Gunsten des Nachbargrundstückes lastende Grunddienstbarkeit.

3. Selbst wenn der Ingress des Art. 12 neben der lit. g desselben Artikels auch für die Bäume massgebend sein und wenn durch den citierten Ingress das Hinübertreten von Aesten auf fremden Boden als verboten gelten soll, ohne Rücksicht darauf, ob die Bäume in der gesetzlichen Entfernung von der Grenze stehen oder nicht, so könnte doch das klägerische Begehren um Beseitigung der überragenden Aeste jedenfalls nicht aus dem Grunde abgewiesen werden, weil der Art. 12 keine rückwirkende Kraft auf die schon vor 1850 gepflanzten Bäume des Beklagten übe. Das Recht auf Beseitigung der überragenden Aeste ist, wenn es auch aus Art. 12 abgeleitet werden kann, jedenfalls nicht erst durch dieses Gesetz geschaffen worden, sondern als ein Ausfluss des klägerischen Eigenthums an seinem eigenen Grund und Boden hat es schon vor dem citierten Gesetze bestanden.

4. Die Gerichtscommission hat daher allerdings dem Ingress des Art. 12 des Dienstbarkeitsgesetzes eine unrichtige Auslegung und Anwendung dadurch gegeben, dass sie in Erwägung 2 das klägerische Recht auf Beseitigung der überragenden Aeste — anstatt es als einen selbständigen Ausfluss des klägerischen Eigenthumsrechtes nach den Normen des Grundeigenthums und eventuell nach denjenigen über Grunddienstbarkeiten zu beurtheilen — einzig aus dem Gesichtspunkte des Ingresses des Art. 12 beurtheilt hat. Bei dieser Beurtheilung ist die Gerichtscommission zu dem zweifach unrichtigen Spruche gelangt, nämlich:

a) dem Kläger stehe ein Recht auf Beseitigung der überragenden Aeste deswegen nicht zu, weil Art. 12 keine rückwirkende Kraft auf die schon vor dem Gesetze bestanden Bäume des Beklagten übe.

b) In eventueller und materieller Beurtheilung des Streitfalles hat die Gerichtscommission, anstatt die Frage der Existenz des klägerischen Rechtes grundsätzlich zu entscheiden, das Recht selbst aus dem Grunde negiert, weil das Hinübertreten der Aeste dem klägerischen Grundeigenthum keinen erheblichen Nachtheil verursache, ein Moment, nach welchem sich die Pflicht, den eigenen Boden und die eigene Luftsäule nur beschränkt zu benutzen, bemisst, welches aber nichts entscheidet bei der Frage, ob Jemand berechtigt sei, an fremdem



Boden Benützungs- oder Verfügungsrechte irgend welcher Art auszuüben.

5. Bei Abgang positiv rechtlicher Vorschriften über die Statthaftigkeit einer Inanspruchnahme fremden Grundeigenthums und fremder Luftsäule durch überragende Aeste und nachdem durch Art. 57 des Dienstbarkeitsgesetzes alle Bestimmungen älterer Statuten ausser Kraft gesetzt worden sind, welche hierüber vorher bestanden haben mögen, kann der vorliegende Streitfall, ob Kläger die Beseitigung der beklag-tischerseits hinüberragenden Aeste verlangen könne oder aber deren Hinüberragen dulden müsse, nur nach Massgabe der Grundsätze und Rechtsregeln über Grundeigenthum und Grunddienstbarkeiten entschieden werden.

(Entscheidungen des St. Gallischen Cantonsgerichts aus den Jahren 1880 u. 1881. S. 27 ff.)

---

## 12. Canton Basellandschaft. Obergerichtsurtheil vom 10. März 1882.

### Gesetzliches Wegrecht bei Dreifelderwirth- schaft.

Der Kläger besitzt im Banne Benken unter dem „Zehnten-frei“ in den Matten genannt, wo noch die alte Dreifelderwirthschaft besteht, einen sog. Wegacker, über welchen den heutigen drei Beklagten und 29 von ihnen vertretenen Grundbesitzern ein Wegrecht zusteht. Um dieses Wegrecht streiten sich heute die Parteien.

Während Kläger im sog. Kornsäet nach dem Gallustag (16. Oct.) das Befahren seines Ackers nicht mehr gestatten will, beanspruchen die Beklagten das Wegrecht für den ganzen Monat October.

Dieses Verlangen erscheint als nicht gerechtfertigt und die Beschwerde gegen das Urtheil des Bezirksgerichts Arlesheim, welches das Wegrecht bis 31. October ausgedehnt hat, als begründet.

Gewohnheitsrechtlich ist da, wo das alte Zelgrecht noch besteht, das Fahren über die sog. Wegäcker im Kornsäet nur bis zum Gallustag gestattet. Wenn die Beklagten eine weitergehende Servitut beanspruchen, als der Eigenthümer des dienenden Grundstücks sie ihnen einräumt, so hätten sie dieselbe nachweisen sollen. Dies ist nicht geschehen, und es kann daher dem Kläger nicht zugemuthet werden, das Fahren über sein Grundstück über den 16. October hinaus zu gestatten,

umsoweniger, als er unter Umständen riskieren müsste, seinen Acker gar nicht mehr ansäen zu können. Uebrigens dürfte die Zeit bis zum 16. October in den weitaus meisten Fällen für die Bestellung der Felder ausreichen. Können sich die Beklagten damit nicht zufrieden geben, so giebt ihnen das Gesetz über die Einführung bleibender Feldwege das Mittel an die Hand, durch Erstellung eines Feldwegs für ihre Grundstücke eine bessere Communication zu gewinnen.

Aus diesen Gründen wurde, in Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils, das vom Kläger ausgewirkte Verbot in der Weise bestätigt, dass nach dem Gallustag das Befahren des klägerischen Ackers nicht mehr gestattet ist.

(Directe Mittheilung.)

---

13. Canton Lucern. Urtheil des Obergerichts vom 26. Nov. 1881.  
Fruchterwerb des redlichen Besitzers. Bona fides  
trotz Rechtsirrthum.

Durch eine Willensverordnung der Frau W. sel., vom 20. Juli 1859 und 21. Decbr. 1875 wurde der heutigen Beklagten Barbara F. u. A. die Befugniss eingeräumt, im Hause X. in L. eine anständige Wohnung und die Geschäftslocale zu benutzen. Gestützt auf diese Verordnung machte die Beklagte von dem ihr eingeräumten Benutzungsrechte wirklich Gebrauch.

Zufolge erhobener Klage der Intestaterben der Frau W. sel. wurde dann aber durch zweitinstanzliches hierseitiges Urtheil vom 31. Juli 1879 diese Willensverordnung als ungültig erklärt und die heutige Beklagte mit ihren daherigen Ansprüchen abgewiesen.

Nunmehr klagten die gleichen Intestaterben gegen die Barbara F. als angemessenen Miethzins für die Zeit vom 23. Januar 1878 bis 16. October, bezw. 19. Juni 1879 die Summe von Fr. 1710. 64 ein, abzüglich des die Beklagte als Miterbin treffenden Antheils von  $\frac{1}{4}$ . Beklagte verlangte Abweisung auf Grund von § 229 B.-G.B., eventuell Reduction des Zinses auf die Zeit von Zustellung des obergerichtlichen Urtheils an bis 16. October 1879.

Obergerichtlich wurde Beklagte gehalten, an die Kläger die Summe von Fr. 885. 64 nebst Verzugszins seit 10. Juni 1880 an die Kläger zu bezahlen, in dem Sinne jedoch, dass ihr gestattet sei, ihr Betreffniss von  $\frac{1}{4}$  als Miterbe hievon in

Abzug zu bringen. Mit der Mehrforderung seien Kläger abgewiesen.

M o t i v e :

Es ist nun vorab zu bemerken, dass es sich im gegebenen Falle nicht um einen Eigenthumsbesitz (Sachbesitz), sondern um einen Rechtsbesitz (*juris possessio*) handelt; denn Besitzer im erstern Sinne ist auch der Usufructuar nicht (s. Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechtes, I. Thl., § 149, Anm. 2.); ferner dass die Ansicht, dass ein Besitzeserwerb an einer unbeweglichen Sache nicht möglich sei ohne amtliche Zufertigung derselben, unrichtig ist. Dieses letztere gilt allerdings mit Bezug auf den Usukapionsbesitz, d. h. den Besitz, soweit er Voraussetzung des Eigenthumserwerbes durch Ersitzung bildet, und zwar mit Rücksicht auf die positive Bestimmung des § 779 des B.-G.-B. Eine weitergehende Ansicht würde aber für den gutgläubigen Besitzer nicht nur mit Bezug auf den Besitzesschutz, sondern insbesondere auch in Hinsicht auf den Fruchterwerb zu ungerechtfertigten, unbilligen Consequenzen führen. (S. auch mit Hinsicht auf das in diesem Punkt beinahe gleichlautende bernische Recht Leuenberger, Vorlesungen über das bernische Privatrecht, Bd. 1, S. 420.)

Die Beklagte ist somit allerdings als juristische Besitzerin im angegebenen Sinne zu betrachten.

Im Anschlusse an die bezüglichlichen Grundsätze des gemeinen Rechtes bestimmt nun § 229 des B.-G.-B. allgemein, dass dem redlichen Besitzer alle aus der Sache entspringenden Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind, sowie auch alle bisanhin verfallenen und eingehobenen Nutzungen gehören. Ein Unterschied zwischen dem Eigenthumsbesitze und dem blossen Rechtsbesitze wird somit nicht gemacht und trifft auch der Rechtsgrund der dem redlichen Besitzer gewährten begünstigten Stellung im einen wie im andern Falle zu.

Es bleibt somit noch die Frage zu prüfen, ob die Beklagte zugleich als gutgläubige Besitzerin behandelt werden müsse.

Diese Frage ist zu bejahen. Mit Bezug auf die fraglichen Willensverordnungen konnte die Beklagte sich mit Fug zur Benutzung der betreffenden Räumlichkeiten berechtigt halten. Wenn dann die zweite Instanz jene letztwillige Verfügung als Eheverkommniss auffasste und daher die fragliche, zu Gunsten einer dritten Person getroffene Disposition als ungültig erklärte, so ändert das an der anfänglichen Gutgläubigkeit des Besitzes nichts. Das Moment der Gutgläubigkeit

ist etwas allgemein Subjectives, und es ist nach hierortiger Ansicht nicht zutreffend, hierauf, wie Seitens der ersten Instanz geschehen, die Grundsätze über den Rechtsirrthum, d. h. über die Entschuldbarkeit des Irrthums, in dem Sinne anzuwenden, dass, sofern der Titel, auf welchen der Besitz sich fusst, an einem gesetzlichen Mangel leidet, hiedurch die Gutgläubigkeit des Besitzes, bezw. die demselben gewährte begünstigte Stellung ausgeschlossen werde. Es bildet allerdings die Frage, ob die bona fides durch einen vorhandenen Rechtsirrthum ausgeschlossen werde, in der Wissenschaft des gemeinen Rechtes eine Controverse und es ist nicht zu verkennen, dass diesfalls für die Anschauung der ersten Instanz bewährte Autoritäten angeführt werden können. Nach hierortiger Ansicht zerfällt aber die betreffende Anschauung, selbst wenn man sich auf den Standpunkt des gemeinen Rechtes stellt, an der L. 25, § 6 Dig. 5,3, in welcher ausdrücklich ausgesprochen ist, dass das Bewusstsein des redlichen Besitzes auch auf einen Rechtsirrthum sich gründen kann. (Vergl. auch Savigny, System, Bd. III., S. 396 und 397.) Ja die betreffende Stelle bezieht sich gerade auf unsern streitigen Fall, da in demselben — wie hier — der Rechtsirrthum die Gültigkeit einer letztwilligen Verordnung betrifft. Diese Bestimmung der alleg. L. 25 ist aber auch durch keine andere Quellenstelle entkräftet worden. Denn in keiner einzigen Stelle ist gesagt, dass nur derjenige gutgläubige Besitzer, der einen rechtmässigen Titel oder bei einem putativen Titel die Entschuldbarkeit des Irrthums nachweisen kann oder dessen guter Glaube sich nicht auf einen Rechtsirrthum stützt, die Früchte erwerben könne. (Vgl. v. Wächter, Pandecten, herausgegeben von Oscar Wächter, II. Thl., S. 147, Anm. VII. 2.)

Wenn man aber auch diejenige Anschauung, nach welcher durch den Rechtsirrthum die bona fides ausgeschlossen, vom Standpunkte des gemeinen Rechtes als die richtige anerkennen würde, so hat unser Lucerner Recht offenbar nicht dieselbe, sondern vielmehr diejenige Ansicht aufgenommen, welche den Rechtsirrthum mit dem gutgläubigen Besitze vereinbar erklärt. (Vgl. Pfyffer, Erläuterung zum Lucerner B.-G.-B., II. Thl., Sachenrecht, S. 34.)

Die begünstigte Stellung des redlichen Besitzers dauert nun aber gemäss § 229 des B.-G.-B., wie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (siehe Windscheid a. a. O., § 186 a. E.) nur so lange als seine Redlichkeit.

In Fällen, wo der Besitzer durch Rechtsstreit entwährt wird, ist der massgebende Zeitpunkt ein äusserlich ohne Wei-

teres bestimmbarer, bezw. von Gesetzeswegen bestimmter. Dagegen fragt es sich, welcher Zeitpunkt als der massgebende anzunehmen sei. Die Ansicht der Beklagten, wonach hiefür die Zustellung des zweitinstanzlichen Urtheils entscheidend sein müsse, ist, allerdings weniger aus materiellen, als aus processualen Rechtsgründen unzutreffend. Entscheidend ist vielmehr schon der Moment der Processanhebung, der Litiscontestation, als welcher in unserm Processverfahren der Zeitpunkt der Klageerhebung gilt. Es folgt dieses einmal aus anerkannten Grundsätzen des gemeinen Processrechtes (siehe u. A. Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprocessrechtes § 73.). Unser Gesetz über das C.-R.-V. sodann schreibt zwar in § 95 die fragliche Wirkung der Rechtshängigkeit nicht ausdrücklich zu, sofern diese nicht implicate aus der Bestimmung folgt, dass mit dem Momente der Litispendenz die Sache litigiös werde. Dagegen ergiebt sich diese Wirkung unzweifelhaft aus § 230 des B.-G.-B., indem hienach per argumentum a contrario der entwährte Besitzer den Ersatz des auf die Sache verwendeten nothwendigen und nützlichen Aufwandes nur bis zu dem Zeitpunkte, wo der Streit seinen Anfang genommen, vom Entwährer verlangen kann, und hieraus geschlossen werden muss, dass auch der Fruchterwerb des entwährten Besitzers nicht länger dauern solle.

Im gegebenen Falle liegt der Moment der Klageerhebung im Entwährungsprocesse nicht ermittelt vor. Als massgebender Zeitpunkt muss sonach der ermittelte nächstgelegene Termin im Processe angenommen werden. Dieser ist der Zeitpunkt des ersten Gerichtsvorstandes vom 25. October 1878.

Es mag allerdings sein, dass zwischen der Klageeinreichung und dem ersten Gerichtsvorstande ein nicht unbedeutender Zeitraum liegt; allein die hiedurch in Nachtheil kommende klägerische Partei kann sich diesfalls nicht beklagen, indem es ihre Sache gewesen wäre, den ihr günstigeren, früher gelegenen Zeitpunkt erheblich zu machen.

Dass die Klageforderung für den übrigen Zeitraum (nach dem 25. October 1878) begründet sei, ergiebt sich aus dem oben Gesagten und unter Anwendung der Grundsätze über ungerechtfertigte Bereicherung ohne Weiteres.

Das Mass der Forderung ist zwar bestritten, allein durch die aufgelegten Miethverträge hinreichend belegt.

(Directe Mittheilung.)



**14. Canton Basel-Stadt. Urtheil des Civilgerichts v. 22. August 1882.****Formale Strenge des Grundbuchs gegenüber factischem Bestande.**

Der Baumeister Friedrich Klipfel war im Jahre 1879 Eigenthümer der beiden aneinanderstossenden, an der Ecke der Holbeinstrasse und der Kanonengasse gelegenen Parcellen in Section III des Grundbuchs Nr. 828<sup>1</sup>, haltend 169,5 m<sup>2</sup> und 829<sup>1</sup>, haltend 158 m<sup>2</sup>. Ende 1879 begann er auf diesen Parcellen zwei Neubauten zu erstellen, nämlich auf Parcellen 828<sup>1</sup> das Haus Nr. 37 Kanonengasse und auf Parcellen 829<sup>1</sup> das Haus Nr. 47 Holbeinstrasse. Dabei baute er, in der Absicht die Grenze zu verlegen, das Haus Nr. 37 Kanonengasse um mehr als einen Meter Breite über die bestehende Grenze hinaus und in die Parcellen 829<sup>1</sup> hinein.

Am 21. September 1880 verkaufte Klipfel die Parcellen 828<sup>1</sup> nebst dem Haus Nr. 37 Kanonengasse an L. Rösch. Zugleich verpflichtete er sich auf der Liegenschaft noch einen Schopf zu errichten. Auch diesen Schopf baute er über die Grenze hinaus. In der Folge gerieth er in's Falliment, ohne die beabsichtigte Grenzregulierung vorzunehmen. H. Fröb und J. Gysel ersteigerten aus seiner Masse die Parcellen 829<sup>1</sup> mit Haus Nr. 47 Holbeinstrasse. Sie verlangen nun mit Klage vom 31. Mai 1882, dass Rösch angehalten werde, die auf dem Areale der klägerischen Parcellen 829<sup>1</sup> stehenden Theile seines Hauses Nr. 37 Kanonengasse und seines Schopfes abzuberechnen, sowie den Abscheidungshag im Hof auf die Grenze der Parcellen 829<sup>1</sup> und 828<sup>1</sup> zu versetzen. Kläger stützen dieses Begehren auf das ihnen nach Massgabe des Grundbuchs zustehende ausschliessliche Eigenthum der Parcellen 829<sup>1</sup>, das durch keinerlei Servitut oder überragendes Eigenthum der Nachbarparcellen beschränkt sei.

Immerhin erklären sich Kläger bereit, dem Beklagten das durch sein Wohnhaus in Anspruch genommene Terrain von Parcellen 829<sup>1</sup> bis in die Mitte der Giebelmauer des Hauses Nr. 37 Kanonengasse nebst Hälfte des Mauerwerks des Giebels, soweit benützt und nach Ausmass abzutreten, falls Beklagter für den betreffenden Abschnitt per Quadratmeter Boden Fr. 70 sammt allen durch die Mutation veranlassten Grundbuchs-, Fertigungs- und sonstigen Kosten sofort nach Austrag des Processes bezahle und sich in Betreff des Hofraumes unter Zurücksetzung seines Schopfes zu einer Grenzregulierung verstehe, wodurch Beklagter ebensoviel Terrain erhalten, als er den Klägern abtreten würde.

Beklagter verlangt Abweisung der Klage. Er habe die Liegenschaft 828<sup>1</sup> von dem damaligen Eigenthümer beider Parcellen nach dem Augenschein, nicht nach dem Ausmass oder Plan gekauft und zwar mit dem darauf stehenden Gebäude und der factischen Abgrenzung, wie Klipfel dieselbe hergestellt hatte. Auch Kläger hätten ihre Liegenschaft aus der Klipfel'schen Masse gekauft nach ihrem factischen äussern Bestand, und erst nachträglich seien sie inne geworden, dass derselbe mit dem rechtlichen nicht übereinstimme.

Eventuell beantragt Beklagter Reduction der von den Klägern für Abtretung des betreffenden Bodens verlangten Entschädigung.

Das Civilgericht entschied in dieser Sache folgendermassen:

Gemäss Grundbuchgesetz vom 16. April 1860 werden die Rechte an Liegenschaften durch das Grundbuch festgestellt (§ 2). Eigenthum, Pfandrecht, Servituten werden nur durch den Eintrag in's Grundbuch begründet (§§ 5, 17, 29). Der Inhalt des Grundbuches ist also allein und ausschliesslich massgebend für den Rechtsbestand einer Liegenschaft, soweit es sich überhaupt um Verhältnisse handelt, die in das Grundbuch Aufnahme finden. Auf die Rechtsgeschäfte, welche den Grundbucheinträgen vorausgegangen sind, kommt es hiebei nicht mehr an. Allfällige Mängel dieser Rechtsgeschäfte hindern die Wirkung des Eintrags nicht. Nur wo der Eintrag eine Folge falscher oder gefälschter Unterschriften oder unrichtiger Angaben ist, kann er nach § 11 des citierten Gesetzes kraftlos erklärt werden. Dass dieser Fall hier vorliege, ist vom Beklagten selbst nicht behauptet worden.

Nach dem Grundbuch sind nun unzweifelhaft die Kläger Eigenthümer der ganzen Parcellen 829<sup>1</sup>. Auf derselben findet sich weder eine Servitut eingeschrieben, noch besteht ein rother Eintrag, durch welchen etwa ein überragendes Eigenthum des Beklagten ersichtlich gemacht wäre.

Daraus erwächst ohne Weiteres der Anspruch der Kläger auf Beseitigung jeder Vorrichtung des Beklagten, die auf ihr Grundstück hinüberraagt (vergl. § 1 des Nachbarrechtsges.). Die Einreden des Beklagten, die sich auf einen angeblich beim Erwerb seiner Liegenschaft untergelaufenen Irrthum stützen, können hiegegen nach den oben entwickelten Grundsätzen nicht in's Gewicht fallen.

Aus der Freiheit des Eigenthums der Kläger folgt aber ferner, dass sie zu keinem Preise gezwungen werden können sich eines Theils ihres Eigenthums zu entäussern, sofern sie

nicht selbst dazu einwilligen. Es rechtfertigt sich hieraus die Abweisung des Eventualantrags des Beklagten. Dagegen mögen allerdings die Kläger bei ihrer Erklärung, dass sie zu den in den Thatfachen dieses Urtheils erwähnten Bedingungen einen Theil ihres Eigenthums abzutreten geneigt sind, behaftet werden.

Die Ansetzung einer hinreichenden Frist zur Ausführung des Urtheils erscheint in den Umständen begründet.

Das Gericht hat demnach

### E r k a n n t :

Beklagter ist gehalten, die auf dem Areale der klägerischen Parcellen 829<sup>1</sup> in Section III stehenden Theile seines Hauses Nr. 37 Kanonengasse und seines Schopfes zu beseitigen, sowie den Abscheidungshag im Hof auf die Grenze der Parcellen 828<sup>1</sup> und 829<sup>1</sup> zu versetzen.

Hiezu wird ihm eine Frist eingeräumt von drei Viertel Jahren von Rechtskraft des Urtheils an gerechnet.

Kläger werden bei ihrer Erklärung behaftet, dass sie das vom Wohnhaus des Beklagten in Anspruch genommene Terrain bis in die Mitte der Giebelmauer nebst Hälfte des Mauerwerks von letzterer soweit benützt abtreten wollen, sofern Beklagter für den betreffenden in Einlage 3 der Klage mit c, d, e, f bezeichneten Abschnitt per m<sup>2</sup> Boden Fr. 70 und für den m<sup>3</sup> Mauerwerk Fr. 17 sammt allen durch die Mutation verursachten Grundbuchs-, Fertigungs- und sonstigen Kosten sofort nach Austrag des Processes bei dem Anwalt der Kläger bezahlt und sich in Betreff des Hofraumes unter Zurücksetzung seines Schopfes zu der von den Klägern gewünschten Grenzregulierung versteht. Beklagter trägt die ordinären und extraordinären Kosten.

(Directe Mittheilung.)

### 15. Canton Lucern. Urtheil des Obergerichts vom 10. Juni 1882.

**Einzinserei.** Rechtliche Natur der in Folge Schuldbetreibung eintretenden Deposition der Zinsbeträge durch die Einzinser.

Andreas Arnold und Mithafte als Eigenthümer von verschiedenen, aber mit der gleichen Gült beschwerten Liegenschaften, und somit Einzinser, wurden von der Hypothekar- und Commissionscassa Sursee für verfallene Gültzinse betrieben, und deponierten mit der Ausnahme eines einzigen Einzinser ihre

Zinsbeträge bei dem Botenweibel Bühler. Dieser letztere erwies sich aber als insolvent, nachdem er die deponierten Gelder verbraucht hatte, und es fragte sich also, ob die Hypothekarcassa, resp. der Gerichtspräsident J. Zust, der wegen Nichtvollziehung der Aufrechnung über Bühler der Gläubigerin für fragliche Gültzinse im Betrag von Fr. 256. 15 haftbar erklärt worden war, diesen Betrag von den Schuldnern nochmals einfordern könne, oder ob sie durch die Deposition völlig befreit seien.<sup>1)</sup> Der Kläger Zust erhob diesen Anspruch gegen Arnold und Mithafte, welche ihrerseits behaupteten: a) sie seien durch Deposition bei Bühler von der Schuldpflicht befreit; b) der Hauptzinser Arnold sei für die fehlende Rata der Mithaften nicht haftbar, weil mit dem Uebergange der fraglichen Zinse in's Fahrende das solidarische Verhältniss unter den mehreren Schuldpflichtigen aufgehört habe; c) der Kläger habe kein Klagrecht, weil der § 27 des Betreibungsgesetzes<sup>2)</sup> nicht auf den ursprünglichen Schuldner, welcher bezahlt habe, sondern nur auf den, welcher mit der Zahlung im Rückstande sei, zutrefte. Zudem treffe die Beklagten kein Verschulden, wohl aber den Kläger, welcher seinen Pflichten als Betreibungsbeamter nicht nachgekommen sei.

Das Obergericht verurtheilte die Beklagten zur Bezahlung von Fr. 245. 40 (zwei Posten sind aus anderweitigen Gründen gestrichen worden) ohne solidarische Haftbarkeit, aus folgenden Gründen:

1. Bei Prüfung der erst angeführten Einrede ist davon auszugehen, dass der als Rechtsschuldner zahlende Gerichtspräsident gemäss cit. § 27 Abs. 2 des Sch.-B.-G. „in die Fussstapfen des von ihm bezahlten Gläubigers gegenüber dem ur-

<sup>1)</sup> Zu näherem Verständniss bemerken wir: Bei Einzinsereiverhältnissen hält sich der Gläubiger an den Träger des Zinses und belangt letztern: der Träger aber soll von der angehobenen Betreibung den Mithaften Kenntniss geben — § 15 des Schuldbetreibungsgesetzes — was die Wirkung hat, dass die Betreibung nun auch gegen diese läuft. Nach altem Herkommen steht dann jedem betriebenen Einzinspflichtigen das Recht zu, seine Rate bei dem Botenweibel zu deponieren mit der Wirkung der Ablenkung der Schuldbetreibung. Man nimmt bei der Einzinserei subsidiäre Solidarität an, und die Sache macht sich nun, wenn einige Mithafte deponieren, andere aber nicht, des Weitern so, dass die Betreibung nur noch gegen letztere geht, resp. der Concurs nur noch über diese erkannt wird. Im Falle eines Concurses über einen Mithaften zeigt sich dann allerdings die Solidarität wirksam in der Weise, dass die andern Mithaften ihre mitverschriebenen Grundstücke mit in die Gant einwerfen müssen. (Die Red.)

<sup>2)</sup> Also lautend: „Der Gerichtspräsident (welcher in Folge Nachlässigkeit zur Bezahlung der Schuld an den Gläubiger angehalten worden) tritt in die Fussstapfen des von ihm bezahlten Gläubigers gegenüber dem ursprünglichen Schuldner“ . . . . .



*sprünglichen Schuldner*“ tritt. Da sonach die Deposition der Zinsrata den Einzinspflichtigen dem als Rechtsschuldner zahlenden Gerichtspräsidenten gegenüber in die ganz gleiche, bezw. in keine bessere Rechtsstellung versetzt, als dem Ansprecher selbst gegenüber, so ist diesfalls lediglich die Frage zu untersuchen, ob eine solche Deposition diesem gegenüber die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung begründe; denn es ist klar, dass nur unter dieser Voraussetzung der Schuldner dem ihn belangenden Gläubiger gegenüber sich wirksam auf die erfolgte Deposition des eingeklagten Betrages berufen kann.

Diese Frage wird hierseits aus folgenden Gründen verneint:

Es steht freilich ausser Zweifel, dass der Einzinspflichtige bei Schuldbetreibungen nach § 15 des Sch.-B.-G. *berechtigt* ist, seine Zins- oder Abzahlungsrata zu deponieren. Diese Berechtigung des Einzinspflichtigen, wenn auch im Gesetze nicht besonders ausgesprochen, ist durch das Herkommen und die gerichtliche Praxis begründet, bezw. fortwährend anerkannt worden . . . . . (S. u. A. obergerichtlichen Rechenschaftsbericht von 1858 S. 70 Nr. 72, Weisung der J. C. vom 31. October 1871, amtl. Sammlung, neue Folge, S. 183 und die hierin angerufenen Präjudikate.)

Ebenso ist richtig, dass die „Hinterlegung“ (Deposition) nach § 759 des b. G. B. <sup>1)</sup> gemäss § 760 eodem für den Deponenten die schuldbefreiende Wirkung der Zahlung hat.

Nun ist aber zu bemerken, dass der cit. § 759 des b. G.-B. die Befugniss des Schuldners, den Schuldbetrag zu deponieren, auf bestimmte Fälle beschränkt. Keiner dieser Fälle trifft bei der Hinterlegung nach § 15 des Sch.-B.-G. zu. Es stellt sich letztere als ein durchaus eigenartiges, mit dem Rechtsverhältnisse der Einzinserei verwachsenes Institut dar, welches speciell dem Bedürfnisse entsprungen ist, dem zahlungsfähigen und zahlungswilligen Mitschuldner, angesichts der gesetzlichen Befugniss des Gläubigers, Theilzahlungen nicht anzunehmen und trotz solcher die Betreibung auf den Trager, als Repräsentanten der Gesamtschuldnerschaft, durchzuführen, eine Möglichkeit zu verschaffen, den Rechtstrieb und dessen Folgen von sich abzulenken. Die Wirkung der Zahlung im oben bezeichneten Sinne kommt aber dieser Deposition nicht zu, was sich namentlich aus folgendem ergibt:

---

<sup>1)</sup> Dieser § lautet: Kann eine Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger unbekannt ist, demselben nicht bezahlt werden, oder weigert sich der Berechtigte die Zahlung anzunehmen, so kann der Verpflichtete die schuldige Sache gerichtlich deponieren . . . . § 760: Durch Hinterlegung der schuldigen Sache befreit sich der Verpflichtete von der Verpflichtung.



- a) Diese Wirkung ist derselben durch die Uebung und die gerichtliche Praxis, auf welcher einzig ihre Berechtigung beruht, nie zuerkannt worden. Ueberall wird mit dieser Deposition bloss die formelle Wirkung verbunden, dass der deponierende Schuldner hiedurch den Rechtstrieb von sich ab- und auf die säumigen Einzinser hinlenken könne. . . Hiemit ist aber noch keineswegs ausgesprochen, dass der Deposition auch die, die Schuld selbst tilgende Wirkung der Zahlung zukomme.
- b) Ferner spricht ein wichtiger innerer Grund dagegen, der Deposition nach § 15 des Sch.-B.-G. die Wirkung der Zahlung zuzuschreiben. Die Voraussetzungen, unter welchen das b. G.-B. (§§ 759 und 760) diese Wirkung mit der Deposition verbindet, beziehen sich auf jene Fälle, wo der Gläubiger sich im Verzuge befindet, d. h. wo der Schuldner in Folge eines dem *Gläubiger* anzurechnenden Umstandes seine Schuld an jenen selbst nicht abtragen *kann*. Dieses ist auch offenbar der innere Rechtsgrund dafür, dass in jenen Fällen der Gläubiger sich Etwas als Zahlung anrechnen lassen muss, was für ihn effectiv nicht Zahlung ist.
- In den hier in Rede stehenden Fällen aber befindet sich der Gläubiger überall nicht im Verzuge; denn derselbe ist von Gesetzeswegen gar nicht gehalten, eine Theilzahlung anzunehmen. Es läge nun offenbar etwas Ungereimtes darin, wenn ein Gläubiger zwar nicht gehalten sein sollte, die Zahlung eines Theilbetrages selbst anzunehmen, wohl aber die blosser Deposition eines solchen sich insoweit als Zahlung gefallen lassen müsste.
- c) In den Fällen des § 759 des b. G.-B. erscheint der Depositar als *Stellvertreter des Ansprechers*, welcher entweder unbekannt ist, oder die Annahme der Zahlung verweigert. Nicht so in dem vorliegend in Frage stehenden Falle. Hier ist eine Stellvertretung für den Gläubiger gar nicht nothwendig, indem dieser weder unbekannt ist, noch die Annahme der Zahlung von ihm (widerrechtlich) verweigert wird. Der Botenweibel als Depositar handelt hier vielmehr als *Stellvertreter der Mithaften*, indem er an Stelle des Tragers die einzelnen Theilbeträge sammelt, nicht anders, als bei allseitig freiwilliger und rechtzeitiger Zahlung der Trager selbst dieses thut. (Vergl. die bereits angeführte Stelle im obergerichtl. Rechenschaftsberichte

von 1858.) Es sind daher auch die deponierenden Einzinspflichtigen, und nicht die Gläubiger, welche dem Botenweibel die Depositionsgebühren zu bezahlen haben.

Wenn aber der Botenweibel bei Deposition der Einzinsraten diese nicht als Stellvertreter des Ansprechers, sondern an Stelle der Mithaften in Empfang nimmt, so folgt hieraus, dass diese Deposition dem Ansprecher gegenüber so wenig als Zahlung gelten kann, wie dieses bezüglich der Zahlung der Einzinsraten an den Trager der Fall ist.

Dem Gesagten gemäss sind die Beklagten nicht berechtigt, dem Gläubiger bezw. dessen Rechtsnachfolger gegenüber auf die Deposition ihrer Schuldraten beim Botenweibel sich zu berufen, und fällt damit die erste und gewichtigste beklagte Einrede dahin.

2. Die unter b erwähnte Einwendung ist bereits von der ersten Instanz als begründet erfunden worden. Die daherige Anschauung stimmt mit der obergerichtlichen Praxis überein, welche für das Rechtsverhältniss der Einzinserschaften als Grundsatz aufstellte: die Einzinser haften bloss subsidiär für die ganze Schuld, und sei die Schuld fahrender Natur geworden, so höre das solidarische Rechtsverhältniss ganz auf.

Auf Grundlage dieser Anschauung hat denn auch die erste Instanz eine solidarische Haftbarkeit der Beklagten bezw. des Tragers Arnold vorliegend nicht anerkannt.

3. Betreffend die Einwendung unter litt. c ist hier in Ergänzung der daherigen Erörterungen im erstinstanzlichen Urtheile zu bemerken, dass es sich vorliegend nicht um eine Schadensersatzklage handelt. Der klägerische Anspruch gründet sich einfach auf die Thatsache der geleisteten Zahlung an den Gläubiger und auf den vom Gesetze hieran geknüpften Uebergang der Forderung auf den Rechtsschuldner. Zudem ist, abgesehen davon, ob ein Schaden objectiv überhaupt vorliege, d. h. ob die deponierten Beträge von Seite des alt-Botenweibel Bühler nicht wieder einbringlich seien, die Frage, wer endlich den Schaden zu tragen hätte, dermalen ohnehin noch eine unausgetragene. Endlich ist es offenbar zutreffend, wenn die erste Instanz bemerkt, Kläger habe seinerseits, sofern hier überhaupt von schuldhaftem Verhalten die Rede sein soll, die Folgen hievon bereits getragen, indem er den fraglichen Betrag als Rechtsschuldner bezahlt hat und — darf für den gegebenen Fall hinzugefügt werden — die Rückvergütung des Bezahlten im Processe erstreiten muss. (Directe Mittheilung).

---

16. Canton Lucern. Urtheil des Obergerichts vom 29. März 1882.  
Vindication von Fahrniss. Unredlicher Besitz.

J. L. in Freiburg i. B. hatte dem A. St. in Lucern einen Wechsel von Fr. 350 ausgestellt und ihm hiefür eine auf seinen Namen lautende Versicherungspolice im Betrag von Fr. 1000 faustpfändlich hinterlegt. A. St. hatte darauf diese Police dem J. G. Z. in L., welcher auch Indossatar des Wechsels von Fr. 350 wurde, selber wieder am 11. December 1880 für zwei von ihm an Z. ausgestellte Eigenwechsel im Betrage von zusammen Fr. 1434. 10 zu Faustpfand gegeben. Er gerieth darauf in Concurs; das von J. G. Z. nun geltend gemachte Pfandrecht an der Police wurde aber von J. L., soweit es die von ihm geschuldeten Fr. 350 übersteige, bestritten.

Sowohl das Bezirksgericht Lucern am 10. December 1881, als auf Appellation des Klägers J. G. Z. das Obergericht am 29. März 1882 wiesen seinen Pfandrechtsanspruch ab, soweit dieser weiter geht als zur Sicherung des Wechsels von Fr. 350 nöthig ist; das Obergericht mit folgender Motivierung:

Kläger beruft sich auf seine Stellung als redlicher Besitzer und beansprucht hiefür den Schutz, welchen das Gesetz in § 365 bzw. § 256 des bürgerl. Gesetzb. dem redlichen Besitzer gegenüber dem Eigenthümer einer Sache zusichert.

Es ist nun richtig, dass gemäss den angeführten Gesetzesstellen die Eigenthumsklage nicht, beziehungsweise nur gegen Entschädigung des Pfandinhabers zugelassen wird, sofern der redliche Besitzer beweist, dass er die Sache gegen Entgelt von Jemanden an sich gebracht hat, dem oder dessen Vormann sie der Eigenthümer in was immer für einer Absicht anvertraut hatte. Diese begünstigte Stellung des redlichen Erwerbers wird aber sofort wieder modificiert durch § 257 des b. G.-B., worin bestimmt wird, dass, wenn der Besitzer entweder schon aus *der Natur der an sich gebrachten Sache* oder aus dem auffallend zu geringen Preise derselben, oder aus den bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormannes, aus dessen Gewerbe oder andern Verhältnissen einen begründeten Verdacht gegen die Redlichkeit seines Besitzes hätte schöpfen können, er die Sache an den Eigenthümer abtreten müsse.

Im gegebenen Falle handelt es sich um ein auf den *Namen eines Dritten* lautendes Werthpapier. Kläger musste demzufolge über die Redlichkeit des Besitzes seines Vormannes bzw. über dessen Begebungsbefugniss ohne Weiteres im Zweifel sein, sofern und insoweit sich derselbe nicht über diese Befugniss ausgewiesen hatte.

Ein solcher Ausweis lag nun allerdings vor bezüglich des Wechsels von Fr. 350, für welchen der Eigenthümer selbst die Police an A. St. verpfändet hatte. Allein in Bezug hierauf ist der Pfandanspruch des Appellanten auch nicht bestritten, und handelt es sich hier bloss um die weitergehenden klägerischen Pfandansprüche.

Hiefür beruft sich Kläger auf eine bei den gegen A. St. verführten Strafuntersuchungsacten liegende Vollmacht des Beklagten an A. St. vom 30. November 1880 (Beil. 28). Dieselbe lautet dahin: „Der Unterzeichnete bevollmächtigt hiemit den Hr. A. St., Postbeamter in Lucern, in Betreff eines Darlehens auf die Lebensversicherungs-Police von Fr. 1000 Nr. 10481 D. a. der schweizerischen Rentenanstalt, welche zu Gunsten des Unterzeichneten lautet, und vom 11. August 1870 datiert ist, mit Hrn. Verwalter Hartmann-Elmiger in dorten sich zu verständigen.“

Die Berufung auf diese Vollmacht kann nun dem Kläger offenbar nicht zu statten kommen, bezw. konnte dieselbe ihm keinen genügenden Ausweis über die Begebungsbefugnis des A. St. bieten, denn:

a) Die Vollmacht an St. geht bloss dahin, sich *in Betreff eines Darlehens* auf die streitige Police mit Hrn. Verwalter Hartmann-Elmiger zu verständigen.

Nun ergibt sich aus den Acten zur Evidenz, dass die Verpfändung vom 11. December 1880 nicht für ein Darlehen stattfand, sondern einfach der Saldo einer früheren Rechnung in diesen Wechsel umgewandelt worden ist.

b) Die Vollmacht vom 30. November 1880 lautet ausdrücklich dahin, dass St. sich betr. des Darlehens auf die Police mit Hrn. Verwalter *Hartmann-Elmiger* verständigen möge. Es ist nicht einzusehen, wie Kläger trotz dieser bestimmt lautenden Erklärung gleichwohl in dieser Vollmacht einen Ausweis für St. erblicken will, über die Police auch ihm (dem Kläger) gegenüber zu verfügen.

Wenn Kläger geltend macht, es habe Beklagter durch Nichteinzahlung einer Prämie sein Recht auf die Versicherungssumme verwirkt, und sei nun er (Kläger) Eigenthümer geworden, indem er die Prämie bezahlt habe, so mag Ersteres zwischen dem Beklagten und der Rentenanstalt ausgetragen werden. Dagegen ist nicht einzusehen, wie durch Leistung einer Prämie das Eigenthum an der Police nun ohne Weiteres auf den Kläger übergegangen sein sollte. Das Eigenthumsrecht hieran ist übrigens im gegenwärtigen Processe nicht streitig. Immerhin bedarf es keiner weitem Ausführung, dass sich

Kläger für die allfällig geleisteten Prämienzahlungen als für einen zur Erhaltung der Sache gemachten Aufwand retentionsweise an die Police selbst halten kann. (Directe Mittheilung.)

---

**17. Canton Waadt. Urtheil des Cantonsgerichts vom 12. Sept. 1882.**  
**Miethpfandrecht an dem vom Miether inferierten**  
**Eigenthum Dritter.**

J. E. Wehrlin hat gegen seine Mietherin Eugenie Lelu für Miethforderung von Fr. 54. 30 das Miethpfandrecht geltend gemacht und u. A. eine Nähmaschine und ein Sopha mit Beschlag belegt. Erstere spricht die Gesellschaft Singer, letzteres L. Vionnet als Eigenthum an, und beide haben die fraglichen Gegenstände eigenmächtig weggeholt. Wehrlin klagte auf Aufrechterhaltung des Pfandrechts, die Beklagten beriefen sich darauf, dass Kläger zur Zeit der Ueberlassung der Nähmaschine und des Sophas an die Lelu Kenntniss vom Eigenthumsverhältniss gehabt habe, und das Gericht erster Instanz wies den Kläger auch aus diesem Grunde ab. Das Cantonsgericht bestätigte das Urtheil:

Considérant que l'art. 1578 C. c. confère au bailleur un privilège sur le prix de tout ce qui garnit les lieux loués.

Que le dit article ne fait aucune distinction entre les objets appartenant au locataire et ceux qui pourraient appartenir à des tiers, le privilège portant sur les uns comme sur les autres.

Que, toutefois, si le bailleur a connaissance que les dits objets sont la propriété d'un tiers, il ne saurait avoir un privilège sur eux, attendu que leur introduction dans les lieux loués n'a pu être considérée par lui comme une garantie, leur propriétaire pouvant toujours les reprendre.

Or, considérant qu'il résulte d'une solution de fait, intervenue ensuite de preuve testimoniale, que Wehrlin savait que la machine à coudre et le canapé saisis au préjudice d'Eugénie Lelu appartenaient: l'une à la compagnie Singer, l'autre à Vionnet, et que dame Wehrlin a, d'ailleurs, admis le fait de cette connaissance.

Que si, dans la règle, il est nécessaire que les tiers qui veulent faire valoir leur qualité de propriétaire des objets garnissant les lieux loués, signifient cette qualité au bailleur, au moment où ils confient les dits objets au locataire, on peut cependant dire que, dans l'espèce, le droit des intimés est



suffisamment établi par la solution du fait n° 4 et par l'aveu du recourant. (Journal des Tribunaux 1882, Nr 43.)

---

18. Canton Zürich. Urtheil des Bezirksgerichts Zürich vom 26. April 1882.

Competenz und Exequierbarkeit. Alternative Verpflichtung, Wahlrecht.

Im Januar 1880 kaufte C. Jenny an der Ziegelbrücke (Glarus) von Gebr. Bloch in Zürich zwei Pferde (Rappstuten) zum Preise von Fr. 4500. —. An den Kaufpreis wurden Fr. 2250. — sofort bezahlt und der Rest als Deckung für allfällige Reclamationen zurückbehalten. Ungefähr zur gleichen Zeit kauften Gebr. Bloch von Jenny zwei andere Pferde zum Preise von Fr. 600. —. In der Folge zeigte sich eines der von Jenny gekauften Pferde als mit Mängeln behaftet, weshalb Jenny dasselbe bei Jac. Berger an der Ziegelbrücke zur Disposition der Gebr. Bloch stellte und die Zahlung des Restbetrages von Fr. 1650. — verweigerte. Gebr. Bloch belangten deshalb den Jenny vor den glarnerischen Gerichten, indem sie ihre Forderung auf Fr. 1632. 30 bezifferten. Von Seite des Jenny wurde im Processe eine Widerklage gestellt, dahin gehend, dass die Gebr. Bloch pflichtig seien, „entweder die beiden ihm verkauften Pferde zurückzunehmen und ihm den Betrag von Fr. 2867. 70 sammt Zinsen zu bezahlen, oder aber das von ihm bei Berger eingestellte Pferd allein zurückzunehmen und ihm den Betrag von Fr. 617. 70 sammt Zinsen zu bezahlen, sowie im einen oder anderen Falle die Kosten für die Einstellung und Fütterung dieses letztbezeichneten Pferdes abzuheben.“ Durch Urtheile des Civilgerichtes und des Appellationsgerichtes des Cantons Glarus (vom 26. Juni und 24. Juli 1880) wurde die Klage abgewiesen und die Widerklage gemäss der gestellten Rechtsfrage gutgeheissen, und wurden Gebr. Bloch zum Ersatze der Kosten an Jenny verurtheilt. Ein Recurs, den die Gebr. Bloch gegen dieses Urtheil, sowie gegen die demselben nachfolgende Verfügung der Standescommission wegen Verletzung des Art. 59 der Bundesverfassung an das Bundesgericht ergriffen, wurde von diesem unter'm 8. Oct. 1880 als unbegründet abgewiesen. (Vergl. bundesg. Entsch., Bd. VI., S. 532.)

Nach Erlass des appellationsgerichtlichen Urtheils wandte sich Jenny an die Standescommission Glarus mit dem Begehren, „es möchte der Vollzug jenes Urtheils in dem Sinne erkannt

werden, dass Gebr. Bloch sich innerhalb eines kurzen Termins über die Wahl der ihnen gestellten Alternative zu erklären haben, eventuell er, Jenny, ermächtigt wäre, solche nach seinem Ermessen vorzunehmen.“ Obschon der Anwalt der Gebr. Bloch wegen des Recurses an das Bundesgericht die Nothwendigkeit einer Sistierung des Vollzugsverfahrens hervorhob und im Uebrigen Mangels einer Vollmacht der Gebr. Bloch die Einlassung auf das Executionsbegehren verweigerte, erkannte gleichwohl die Standescommission unter'm 30. Juli 1880: „es könne die Beklagtschaft durch den Kläger angehalten werden, dem appellationsgerichtlichen Urtheile vom 24. Juli 1880 nach der einen oder anderen der im Dispositiv des fraglichen Urtheils vorgesehenen Alternativen binnen 14 Tagen a dato Bestellung gegenwärtigen Erkenntnisses Vollzug zu geben.“

Nach Ablauf dieses Termins stellte Jenny beide Pferde zur Disposition und verlangte von Gebr. Bloch Fr. 3032. 35 (Fr. 2867. 70 nebst Zins und Kosten) und Bezahlung des Futtergelds an Berger. Da diese der Aufforderung nicht nachkamen, so wandte sich Jenny wieder an die Standescommission; der vorgeladene Processanwalt der Gebr. Bloch erklärte ohne alle Instructionen zu sein, doch gaben die Gebr. Bloch dann die Erklärung zu Protocoll, sie wollten in Vollziehung des appellationsgerichtlichen Urtheils das bei Berger eingestellte Pferd zurücknehmen und an Kläger Fr. 617. 70 nebst Zins und Kosten, sowie an Berger das Futtergeld bezahlen. Die Standescommission erkannte sodann (nach Erledigung des Recurses durch das Bundesgericht) am 29. Oct 1880, Gebr. Bloch seien gehalten, dem nach einer der beiden im appellationsgerichtlichen Urtheil vom 24. Juli 1880 enthaltenen Alternativen formulierten Vollziehungsbegehren des Jenny sofort nachzukommen.

Am 1. December 1880 wurden die beiden bei J. Berger eingestellten Pferde auf öffentliche Versteigerung gebracht, was den Bloch vorher amtlich angezeigt worden war. Dieselben liessen sich an der Gant durch einen Dritten vertreten und erstanden selbst die beiden Pferde, das eine zum Preise von Fr. 1410. —, das andere um Fr. 920. —.

Mit Rechtsbot vom 7. December 1880 betrieb Jenny die Bloch für den Betrag von Fr. 2867. 70 und Fr. 85. 10 Kosten nebst Zinsen und weiteren Kosten. Die Bloch anerkannten und bezahlten den Betrag von Fr. 617. 70 mit Zins zu 5% vom 5. Mai bis 29. October 1880 und erhoben für den Mehrbetrag Rechtsvorschlag.

Im summarischen Verfahren wurde Jenny von der Recurs-

kammer des Obergerichts auf den ordentlichen Processweg verwiesen, da die Streitsache nicht liquid genug sei. Der Recurs hiegegen an das Bundesgericht wegen Verletzung des Art. 61 der Bundesverfassung wurde durch Erkenntniss vom 16. Juli 1881 abgewiesen. (Vgl. bundesg. Entsch., Bd. VII., S. 477.)

Jenny klagte nun Fr. 2250. — (Fr. 2867. 70 abzüglich Fr. 617. 70) nebst Zinsen und diversen Kosten ein, unter Berufung darauf, dass der Entscheid der glarnerischen Standescommission als rechtskräftiges Civilurtheil anzusehen und daher zu exequieren sei.<sup>1)</sup> Beklagte selbst hätten übrigens die Competenz dieser Behörde durch wiederholte Einlassung vor ihr ohne Competenzbestreitung anerkannt. Jedenfalls zum Mindesten hätte die Vorladung vor Standescommission für die Beklagten die Bedeutung einer amtlichen Notification gehabt, wodurch das etwa bei den Beklagten gestandene Wahlrecht auf den Kläger übergegangen wäre. Eventuell seien die Beklagten für die Versteigerung der Pferde verantwortlich, da sie keine Einsprache erhoben; Schaden hätten sie auch keinen erlitten, da sie die Pferde selbst ersteigert; eventuellst verlange daher Kläger Zurückgabe des zweiten, später eingestellten Pferdes.

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage; das ihnen laut appellationsgerichtlichem Urtheil zugestandene Wahlrecht habe die Standescommission nicht aufheben können, weil sie zur Execution gegen Personen, die ausserhalb des Cantons wohnen, nicht competent sei. Alle Verfügungen dieser Behörde als einer incompetenten seien daher nichtig und die Beklagten hätten ihre Competenz nie anerkannt. Durch ihre vor Standescommission wiederholte Erklärung, das eine Pferd zurücknehmen und Fr. 617. 70 zahlen zu wollen, hätten sie gegentheils ihr Wahlrecht ausgeübt und alle weiteren Schritte des Klägers seien daher unbefugt gewesen. Widerklagsweise verlangen sie den Ersatz des Werthes des Pferdes, das Kläger ihnen zurückzugeben hätte, das er aber habe versteigern lassen; der Versteigerungserlös betrage Fr. 920. —, wovon das Futtergeld mit Fr. 442. 50 und die Processkosten mit Fr. 85. 10 abgehen, so dass zu Gunsten der Beklagten Fr. 392. 40 blieben.

Das Bezirksgericht Zürich, durch Urtheil vom 26. April 1882 (bestätigt vom Obergericht am 4. Juli 1882), verurtheilte

---

<sup>1)</sup> Angerufen wurde hiefür § 270 der Civilprocessordnung: „Derjenige, zu dessen Gunsten der Richter gesprochen hat, kann sich an die Standescommission wenden mit dem Verlangen, dass diese den Gegner zur Erfüllung und Beobachtung des Urtheils anhalte. Die Standescommission ist pflichtig, dem obsiegenden Theile nöthigenfalls zur Vollziehung eines richterlichen Spruchs Hülfe zu leisten.“

die Beklagten blos zur Bezahlung des Postens Processkosten mit Fr. 85. 10 und wies im Uebrigen Klage und Widerklage ab.

Aus folgenden Gründen:

1. Die Klage ist in erster Linie gerichtet auf Vollziehung eines gerichtlichen Erkenntnisses und stützt sich diesfalls auf das Urtheil des glarnerischen Appellationsgerichtes vom 24. Juli 1880 in Sachen der Parteien und das auf Grund desselben erlassene „Erkenntniss“ der Standescommission vom 29. Oct. 1880. Dass das erstere Urtheil, wodurch die gegenwärtigen Beklagten alternativ verpflichtet wurden, entweder die beiden dem Kläger verkauften Pferde zurückzunehmen und ihm den Betrag von Fr. 2867. 70 sammt Zins zu bezahlen, oder das bei Berger eingestellte Pferd allein zurückzunehmen und dem Kläger den Betrag von Fr. 617. 70 sammt Zinsen zu bezahlen — in Rechtskraft erwachsen sei, kann angesichts des hierüber ergangenen bundesgerichtl. Recursalsentscheides (vom 8. Oct. 1880) von den Beklagten nicht mehr bestritten werden. — Streitig ist dagegen, ob auch das Erkenntniss der Standescommission, welches die Beklagten anhält, dem nach einer der beiden im Urtheile des Appellationsgerichtes enthaltenen Alternativen formulierten Vollziehungsbegehren des Klägers sofort nachzukommen, rechtskräftig und vollziehbar sei.

2. Was zunächst die Stellung und Bedeutung der Standescommission im glarnerischen Processe betrifft, so kann dem Anwalte des Klägers nicht beigespflichtet werden, wenn er dieselbe als eine mit richterlichen Befugnissen ausgestattete Behörde und demnach das von ihr erlassene Erkenntniss als einen Bestandtheil oder eine Fortsetzung des gerichtlichen Verfahrens darzustellen versucht. Vielmehr ist die Standescommission ihrem Wesen nach offenbar eine Verwaltungsbehörde und als solche blos mit der Vollziehung gerichtlicher Urtheile betraut, was auch aus der vom Kläger angeführten Gesetzesstelle (siehe oben S. 154 Note) deutlich hervorgeht. Es kann daher, wie schon das Bundesgericht in seinem Recursalsentscheide vom 16. Juli 1881 ausgesprochen hat, das fragliche Erkenntniss nicht als ein rechtskräftiges Civilurtheil betrachtet werden, für das nach Art. 61 der Bundesverfassung unbedingte Vollziehbarkeit vorgeschrieben ist, und es fragt sich sonach, ob dasselbe nach allgemeinen Grundsätzen und speciell nach den Bestimmungen des zürcherischen Processrechts gleichwohl von den hiesigen Gerichten anzuerkennen, bezw. zu vollstrecken sei.



3. In dieser Beziehung ist folgendes zu sagen:

Wie bereits festgestellt wurde, war das eigentliche gerichtliche Verfahren mit dem Erlass des appellationsgerichtlichen Urtheils, das die Beklagten gemäss dem Begehren des Klägers alternativ verurtheilte, beendet. Die endgültige Entscheidung darüber, nach welcher der beiden Alternativen die Erfüllung Seitens der Beklagten für den Fall, dass sie dieselbe nicht freiwillig leisteten, zu erfolgen habe, blieb somit dem Vollstreckungsverfahren vorbehalten. Nun mag dahin gestellt bleiben, ob die glarnerische Standescommission, die nach dem Processrechte des Cantons Glarus allerdings die zuständige Vollziehungsbehörde für alle im Canton erlassenen Urtheile zu sein scheint, auch gegenüber Cantonsfremden zu derartigen Verfügungen, wie die hier in Frage stehende, als competent zu betrachten sei, oder ob hierin nicht eine „persönliche Ansprache“ im Sinne des Art. 59 der Bundesverfassung liege, für die der Beklagte gemäss der angeführten Verfassungsbestimmung vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden müsse. Das Bundesgericht hat in seinem ersten in Sachen ergangenen Recursalsentscheide (vom 8. October 1880) diese Frage nicht entschieden, wozu es allerdings nach der Art, wie der Recurs Seitens der Beklagten begründet wurde, keine specielle Veranlassung hatte, und auch in dem späteren Recurserkenntnisse (vom 16. Juli 1881) ist die Frage ausdrücklich offen gelassen worden. Jedenfalls kann der Gesichtspunkt der Connexität, aus welchem die bundesrechtliche Praxis den Gerichtsstand der Widerklage gegenüber Art. 59 der Bundesverfassung für zulässig erklärt, nicht ohne Weiteres auch auf die Vollstreckung ausgedehnt werden. Aber abgesehen hiervon, kann die fragliche Vollziehungsverfügung auch sonst von den zürcherischen Gerichten nicht als zu Recht bestehend anerkannt und geschützt werden. Da eine bundesrechtliche oder intercantonale Vorschrift, welche dies verlangte, wie schon ausgeführt, nicht existiert, so kommen lediglich die Bestimmungen des zürcherischen Gesetzes zur Anwendung. Nach § 751 des Rechtspflegegesetzes finden aber die Vorschriften über die Vollstreckung von Civilurtheilen zürcher. Gerichte (§ 741—750 des Gesetzes) auch auf Urtheile aussercantonalen schweizer. Gerichte Anwendung. Darnach geht die Vollstreckung nicht etwa vom erkennenden Gerichte aus — wie dies z. B. im früheren gemeinen Civilprocesse und wohl auch nach anderen Processgesetzen der Fall ist — sondern es muss dieselbe auf dem Wege der gewöhnlichen Schuldbetreibung oder des Befehlverfahrens oder mittelst sonstiger Verfügungen (Fristansetzungen



u. s. w., vergl. § 743 ff.) der Gerichtspräsidenten stattfinden. Für alle derartigen Verfügungen ist aber nach dem Sinne des Gesetzes und feststehenden Praxis nur der Gerichtspräsident des Wohnortes des Beklagten competent. Demnach hätte Kläger sich für die Vollstreckung des appellationsgerichtlichen Urtheils an den hiesigen Gerichtspräsidenten wenden sollen und es können; da er dies nicht gethan, sondern ein den zürcher. Gesetzen widerstrebendes Verfahren eingeschlagen hat, die hiesigen Gerichte zur Vollstreckung der auf diesem Wege erlangten gerichtlichen Verfügungen nicht Hand bieten.

4. Der Kläger beruft sich nun zwar im weiteren noch darauf, dass die Beklagten die Zuständigkeit der Standescommission zum Erlass der fraglichen Verfügungen durch ihre Einlassung vor derselben anerkannt haben und jene auch aus diesem Grunde nicht mehr anfechten können. Allein auch dieser Standpunkt kann nicht als begründet betrachtet werden. Mit Bezug auf die der ersten Verfügung der Standescommission vom 30. Juli vorangegangene Verhandlung kann von einer materiellen Einlassung der Beklagten gar keine Rede sein, indem deren früherer Bevollmächtigter damals laut Protocoll ausdrücklich erklärt hat, er sei ohne Instruction und Vollmacht Seitens der Beklagten und verweigere deshalb jede Einlassung; dass er daneben auch noch das Gesuch um Sistierung des Verfahrens bis nach Erledigung des — damals allerdings noch nicht eingereichten — Recurses an's Bundesgericht stellte, kann einer materiellen Einlassung und Anerkennung der Competenz natürlich nicht gleichkommen. Ebenso wenig kann darauf abgestellt werden, dass der Anwalt der Beklagten von Gesetzeswegen verpflichtet gewesen sei, für die Beklagten auch vor der Standescommission in's Recht zu antworten; denn die diesfällige Vorschrift des glarnerischen Processgesetzes (§ 40) bezieht sich doch wohl blos auf das eigentliche Process- und nicht auf das Vollstreckungsverfahren, und überdies könnte, wenn Letzteres der Fall wäre, die diesbezügliche Vorschrift nach dem in Erwägung 3 Angeführten für die hiesigen Gerichte nicht als massgebend angesehen werden.

Was sodann die zweite Verhandlung vor der Standescommission betrifft, die der Verfügung vom 29. October 1880 vorangiegt, so hat auch damals wieder der Anwalt der Beklagten eine Einlassung für dieselben abgelehnt; allerdings haben dieselben eine materielle Erklärung abgegeben, welcher der beiden im Urtheile des Appellationsgerichts enthaltenen Alternativen sie nachkommen wollen; allein auch hierin kann noch keine materielle Einlassung, die eine Anerkennung der

Competenz in sich schliesse, gefunden werden, da es den Beklagten ja freistund, eine derartige Erklärung abzugeben, wann und wo es ihnen beliebte, und sie sich überdies gegenüber allfälligen weitergehenden Forderungen des Klägers ausdrücklich alle ihre Rechte wahrten und damit deutlich zeigten, dass sie keineswegs eine auf Grund der früheren Fristansetzung erfolgende Condemnation gemäss dem Begehren des Klägers anerkennen und auf ihre Einwendungen dagegen verzichten werden.

Dass eine ausdrückliche Competenzbestreitung Seitens der Beklagten niemals erhoben worden ist, kann ihnen nicht zum Nachtheil gereichen, da überhaupt Niemand verpflichtet ist, vor einer incompetenten Gerichtsstelle oder anderen Behörde in's Recht zu antworten. Ebenso ist es natürlich durchaus unerheblich, ob die Beklagten je ihren Anwalt beauftragt haben, für sie vor der Standescommission in's Recht zu antworten, da eben eine solche materielle Einlassung nie stattgefunden hat.

5. Nach dem Ausgeführten kann die Klage auf Grund des „Erkenntnisses“ der Standescommission nicht gutgeheissen werden, und es ist desshalb zu untersuchen, ob nicht anderweitige Gründe zur Guttheissung der Klage führen müssen.

Nun kann es zunächst — trotz der Bestreitung des klägerischen Anwalts — einem begründeten Zweifel nicht unterliegen, dass nach dem Urtheil des glarnerischen Appellationsgerichtes die Wahl zwischen den beiden Alternativen den Beklagten zustand. Es ist dies nicht nur nach allgemeinen Grundsätzen und speciell nach § 986 des zürcher. privatrechtlichen Gesetzbuches im Zweifel überall anzunehmen, sondern es geht dies auch zur Evidenz daraus hervor, dass vom Kläger alternativ geklagt wurde und dass derselbe nachher selbst die Standescommission angerufen hat, um das Wahlrecht zwischen den beiden Alternativen sich zusprechen zu lassen. Da nun nach dem Ausgeführten die diesbezüglichen Verfügungen der Standescommission von den hiesigen Gerichten nicht anerkannt werden können, so fragt es sich, ob das Wahlrecht in Folge anderweitiger Umstände auf den Kläger übergegangen sei. Nun ist aber wenigstens in der neuern gemeinrechtlichen Theorie wohl allgemein anerkannt, dass der Schuldner einer Alternativobligation sein Wahlrecht erst dadurch verliert, dass er auch der Execution gegenüber hartnäckig bleibt (s. Windscheid Pand., Bd II., § 255 b Nr. 11 und die daselbst citierten Schriftsteller), nicht aber durch bloss einseitige Fristansetzung oder Aufforderung zur Erklärung Seitens des Gläu-

bigers, auch nicht durch den Verzug (wie früher von manchen Schriftstellern angenommen wurde, siehe Windscheid a. a. O.).

Dieser in der Natur der Sache begründete Grundsatz darf, da unser Gesetz eine ausdrückliche Vorschrift darüber nicht enthält, wohl unbedenklich auch bei uns in Anwendung gebracht werden, da eben ein zwingender Grund fehlt, den Uebergang des Wahlrechtes auf den Gläubiger schon früher eintreten zu lassen. Im vorliegenden Falle haben sich aber die Beklagten bereits erklärt, welcher der beiden Alternativen sie nachkommen wollen, bevor eine gültige Executionshandlung gegen sie vorgenommen wurde, und auf die erste Executionshandlung (die Betreibung) hin, sofort die eine Alternative (die zweite) erfüllt.

Wenn der klägerische Anwalt meint, sie hätten dies schon auf die erste Fristansetzung der Standescommission hin thun müssen, da dieser eventuell jedenfalls die Bedeutung einer amtlichen Notification zukomme, so ist hierauf zu erwidern, einmal dass eine solche nach dem oben Gesagten überhaupt noch nicht geeignet ist, den Schuldner seines Wahlrechtes zu berauben, und sodann, dass eine Disposition, die von incompetenter Stelle ausgeht, niemals die Wirkung einer amtlichen haben kann. Auch von einer stillschweigenden Zustimmung der Beklagten zum Uebergange des Wahlrechtes auf den Kläger kann keine Rede sein; das vom klägerischen Anwalte hierfür Vorgebrachte bedingt eine derartige Annahme keineswegs, ebensowenig als aus dem Umstande, dass die Beklagten auf die Anzeige von der angeordneten Versteigerung der Pferde stillgeschwiegen haben, was übrigens bestritten ist, etwas zu deren Nachtheil gefolgert werden könnte, da der Kläger hier eben ganz auf seine Gefahr handelte.

Es muss daher die Klage, da sie nur auf die Erfüllung der einen Alternative gerichtet ist, die Beklagten aber die andere Alternative bereits erfüllt haben, bzw. zu erfüllen bereit sind, abgewiesen werden. Wenn Kläger eventuell von den Beklagten die Herausgabe des einen der beiden Pferde verlangt, so entbehrt dieses Begehren jeder rechtlichen Begründung, indem der Umstand, dass die Beklagten die Pferde an der Versteigerung erworben haben, an ihrer rechtlichen Stellung gegenüber dem Kläger nichts zu ändern vermag, bzw. der Kläger sich den Verlust dieses Pferdes selbst zuzuschreiben hat, da er dasselbe auf seine Gefahr und ohne hiezu berechtigt zu sein, den Beklagten bei einem Dritten zur Disposition gestellt hat.

6. Was nun die von den Beklagten gestellte Widerklage

betrifft, so ist allerdings richtig, dass der Kläger gegenwärtig nicht mehr im Falle ist, ihnen das eine der bei Berger eingestellten Pferde wieder zurückzugeben, da dieselben öffentlich versteigert worden sind. Allein deshalb steht den Beklagten gleichwohl ein Anspruch auf Ersatz des Werthes des fraglichen Pferdes, wie sie ihn mit der Widerklage fordern, nicht zu. Kläger war, wie durch das Urtheil des glarnerischen Appellationsgerichtes festgestellt wurde, jedenfalls berechtigt, den Beklagten das eine, mit einem Mangel behaftete Pferd zur Disposition zu stellen; die Beklagten hatten hievon Kenntniss erhalten und es stund ihnen daher jederzeit frei, dasselbe gegen Bezahlung des Futtergeldes und Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegen den Kläger wieder an sich zu nehmen; wenn sie dies unterliessen, so blieb das Pferd auf ihre Gefahr in Händen des Dritten, und wenn es nun dieser, um sich für seine Kosten Deckung zu verschaffen, öffentlich versteigern liess — wovon übrigens den Beklagten ebenfalls Kenntniss gegeben wurde — so ist nicht einzusehen, wieso Kläger hierfür verantwortlich gemacht werden könnte, da keineswegs feststeht, dass er den Verkauf des Pferdes veranlasst habe. Vielmehr hatten die Beklagten ja alle Gelegenheit, hiebei ihre Rechte zu wahren, was sie denn auch gethan haben.

7. Nach dem Ausgeführten sind sowohl die Klage als die Widerklage in der Hauptsache zu verwerfen; dies hat zur unmittelbaren Folge, dass auch die Kosten der vom Kläger versuchten Durchführung seiner Ansprüche auf dem summarischen Wege ihn selber treffen, sowie selbstverständlich auch diejenigen des Recurses an's Bundesgericht.

Dagegen wird die Ersatzpflicht der Beklagten bezüglich der Fr. 85. — Processkosten vor den glarnerischen Gerichten principiell nicht bestritten; dafür, dass dieselben bereits verrechnet worden seien, ist nichts beigebracht worden; auch haben sie die Beklagten bei Berechnung der Widerklage selber in Abrechnung von ihrer Forderung gebracht.

Es rechtfertigt sich daher, diese Post zwar gutzuheissen, dabei den Beklagten aber ihre Rechte bezüglich einer allfällig bereits erfolgten Verrechnung derselben für die Executionsinstanz zu wahren, da es kaum im Interesse der Parteien wäre, wegen dieses Nebenpunktes ein besonderes Beweisverfahren zu veranstalten. Da die Zinsforderung nicht näher begründet worden ist, so sind die Zinse vom Tage des Rechtsbotes (7. Decbr. 1880) an zu berechnen.

8. Die Kosten sind im Verhältniss des Obsiegens und Unterliegens dem Kläger zu  $\frac{5}{6}$  und den Beklagten zu  $\frac{1}{6}$  aufzulegen.

(Directe Mittheilung.)



19. Canton Basel-Stadt. Urtheile des Civil- und des Appellationsgerichts vom 16. December 1881 und 23. Februar 1882.

Cession. Ungültige Zahlung des Schuldners an den Cedenten.

Emil Abt hatte den Gebrüdern Carl und Virgil Gutzwiller einen Baucredit bis zu Fr. 16,000 eröffnet, auszahlbar nach Maassgabe des Fortschritts der Neubauten, welche ihm zur Sicherung seiner Forderung verpfändet wurden. — Am 29. Juni 1881, nachdem die Gebrüder Gutzwiller Fr. 2800 auf Rechnung ihres Credits erhalten hatten, stellten sie dem Joseph Burgmeier, welcher die Maurerarbeit an die Neubauten geliefert hatte, folgenden Schein aus:

„Wir die Unterzeichneten treten hiemit von unserem Guthaben bei Emil Abt laut Creditobligation dem Joseph Burgmeier, Baumeister, die Summe von Fr. 7000 zu dessen Eigenthum als Zahlung auf Rechnung seines Guthabens für Maurerarbeit an unsern Neubauten an der Güterstrasse ab“.

Dieser Schein wurde dem Emil Abt vorgewiesen und er bestätigte auf demselben die Kenntnissnahme mit den Worten: Eingesehen den 29. Juni 1881, Emil Abt.

Trotzdem zahlte er dem Virgil Gutzwiller am 9. Juli Fr. 1000 und dem Amtmann Stöcklin für Rechnung der Gutzwiller am 14. Juli Fr. 800 aus, welche Summen nun von der Masse des seither in Concurs gerathenen Cessionars Burgmeier gegen E. Abt als Beklagten eingeklagt werden, da die Zahlungen an den Cedenten ungültig gewesen seien und der Beklagte gültig nur an den Cessionar habe zahlen können.

Der Beklagte wandte ein, seine Erklärung auf der Abtretungsurkunde habe ihn nicht verpflichtet alle weiteren Zahlungen bis zu Fr. 7000 an Burgmeier zu machen, vielmehr sei er berechtigt gewesen, innerhalb des Credits auch fernere Beträge an die ursprünglichen Creditnehmer zu leisten; aber auch abgesehen hievon sei der Beklagte nur verpflichtet gewesen, nach Maassgabe des Fortschritts der Bauten die Creditbeträge auszuweisen, der Kläger habe also den Nachweis zu leisten, dass ein entsprechender Fortschritt der Bauten vorhanden sei; dieser Nachweis liege nicht vor; zudem könne ein Creditanspruch, wie der vorliegende gar nicht cediirt werden, sondern es wäre der Abschluss eines neuen Vertrages zwischen Burgmeier und dem Beklagten nöthig gewesen.

Das Civilgericht verurtheilte den Beklagten zur Zahlung der Fr. 1800 mit folgender Begründung:



Was zunächst den letzten Einwand anbetrifft, so kann nichts den Creditschuldner hindern, den Anspruch auf Bezug der Summen, für welche er als Schuldner haften soll, einem andern zu cedieren und den Creditor anzuweisen, an diesen auf Rechnung des Credits auszuzahlen: unübertragbar ist nicht das Recht auf Leistung des Credits, sondern die Pflicht des Schuldners zur Rückzahlung. — Nun ist vom Beklagten zugegeben, dass es sich um einen Credit handelte, der nach Fortschritt der Bauten auszuzahlen war. Wenn nun der Creditnehmer seinen Anspruch für eine bestimmte Summe cedierte, so konnte dies keinen andern Sinn haben als den, dass die weitem Zahlungen bis zur Höhe des cedierten Betrags an den Cessionar zu erfolgen hätten. Beklagter durfte also, nachdem ihm die Cession zur Kenntniss gebracht war, bis zur Deckung jenes Betrags an die Cedenten selbst nichts mehr leisten, und wenn er es doch gethan hat, so ist der Cessionar berechtigt, das an den unrichtigen Empfänger Gezahlte für sich in Anspruch zu nehmen und nochmals vom Beklagten zu fordern.

Der Einwand, dass der Fortschritt der Bauten die Forderung von Fr. 1800 nicht rechtfertige, widerlegt sich schon dadurch, dass Beklagter durch die Zahlung dieser Summe an Virgil Gutzwiller selbst den entsprechenden Fortschritt anerkannt hat.

Das *Appellationsgericht* bestätigte am 23. Februar 1882 dieses Urtheil und fügte bei:

„Wenn in den Rechtsgründen des civilgerichtlichen Urtheils ausgesprochen ist, dass der Beklagte nach Kenntnissnahme von der erfolgten Cession bis zur Deckung deren Betrags an die Cedenten keine weitem Zahlungen mehr machen durfte, so ist dieses dahin zu verstehen, dass ihm zwar nicht benommen war, gleichzeitig auch Zahlungen an letztere zu machen, seine daherigen Zahlungen jedoch das Anerkenntniss in sich schlossen, die Baute sei nun bis zu einem Werthbelauf von mindestens dem Betrage der Cessionssumme fortgeschritten und es stehe ihm daher nicht zu, sich einer Zahlung gleichen Betrags bis auf diesen Belauf auf gestellte Anforderung des Cessionars zu weigern.“

(Directe Mittheilung.)

---

**20. Canton Basel-Stadt. Urtheile des Civilgerichts und des Appellationsgerichts vom 16. December 1881 und 23. Februar 1882.**

Rechtsbeständigkeit der Zahlung einer Schuld bei Nichteintreten des dadurch beabsichtigten Nebenzweckes.

Am 14. Juli 1881 wurde Virgil Gutzwiller auf Grund einer schriftlichen Insolvenzerklärung, welche am Abend dieses

Tages auf der Civilgerichtsschreiberei einlief, in Concurs erklärt. Am gleichen Nachmittag, ob um 3 oder um 4 Uhr ist bestritten, zahlte Emil Abt, der von der Concurserklärung nichts wusste, an Amtmann Stöcklin, Bevollmächtigten verschiedener Creditoren des Gutzwiller, Fr. 800 mit Zweck, den Concurs, der dem Gutzwiller namentlich seitens des Salomon Dreyfus drohte, abzuwenden. Als der Angestellte des Abt mit den Fr. 800 auf dem Bureau des Amtmann Stöcklin eintraf, wurde ihm mitgetheilt, dass ausser der Betreibung des Salomon Dreyfus für den Restbetrag eines Wechsels mit Fr. 700 noch zwei andere Wechselbetreibungen gegen Gutzwiller anhängig seien, nämlich aus Auftrag des J. M. Hermann für Fr. 500 und aus Auftrag des F. Herter für Fr. 400; im Einverständniss des Angestellten des Abt und des Amtmann Stöcklin wurden auf der Quittung die Fr. 800 als „für Rechnung verschiedener Creditoren empfangen“ bezeichnet, in dem Sinne, dass mit dem Gelde die Abwendung des dem Gutzwiller drohenden Concurses bewirkt würde.

Schon am 11. Juli hatte Amtmann Stöcklin von Gutzwiller durch Vermittlung des Stefan Gschwind, Indossanten des Wechsels Dreyfus, die Weisung erhalten, die von Abt eingehenden Zahlungen vor allem zur Deckung dieses Wechsels zu verwenden, und am 14. Juli, nachdem die Zahlung des Emil Abt erfolgt war, erschien Gschwind nochmals bei Stöcklin mit einer schriftlichen Weisung des Gutzwiller, aus der Zahlung des Abt in erster Linie den Wechsel Dreyfus zu berichtigen. Demgemäss schrieb Stöcklin den empfangenen Betrag als Zahlung für Salomon Dreyfus ein und buchte den Rest des Geldes als Zahlung an die Wechselforderung des J. M. Hermann.

Emil Abt als Kläger fordert nun die ganze Summe von Fr. 800 von Amtmann Stöcklin als Beklagten zurück, da er dieselbe nur unter der Voraussetzung bezahlt habe, dass Gutzwiller noch aufrecht stehe und sie zum Arrangement mit den Creditoren behufs Rückzugs der Concursbegehren verwendet würde. Diese Voraussetzungen seien durch die gleichen Tags erfolgte Insolvenzerklärung des Gutzwiller und den dadurch veranlassten Concurs dahingefallen, Beklagter müsse daher, da er den erhaltenen Auftrag nicht habe ausführen können, das Geld zurückgeben. — Beklagter beantragt Abweisung der Klage, da nicht er, sondern Stefan Gschwind, der Indossant des Wechsels Dreyfus, welcher denselben seither habe bezahlen müssen und dadurch Rechtsnachfolger des Dreyfus geworden sei, Anspruch auf die Zahlung des Klägers habe. — Stefan

Gschwind, der in dem Processe interveniert, schliesst sich dem Abweisungsantrag an, da die Zahlung an Amtmann Stöcklin für Rechnung des Gutzwiller vor der Concurseröffnung erfolgt sei, also in einem Moment, da noch gültig an ihn gezahlt werden konnte.

Das Civilgericht verfügte die Rückgabe der Fr. 800 an den Kläger und wies den Interventionskläger ab mit folgender Begründung:

Der Standpunkt des Beklagten und des Intervenienten könnte richtig sein, wenn es sich um eine einfache Zahlung handelte, die der Kläger an Gutzwiller oder für Rechnung desselben an dessen Creditor hätte machen wollen. Dann würde die Zahlung an den Beklagten als Beauftragten des Creditors der Zahlung an diesen selbst gleichstehen, sie wäre also mit der Hingabe des Geldes an den Beklagten vollendet gewesen und könnte, sofern sie vor Ausbruch des Concurses erfolgte, nicht mehr rückgängig gemacht werden. Es wäre auch in solchem Fall der Beklagte in der That der unrichtige Beklagte, da nicht er, sondern der auftraggebende Creditor als Empfänger des Geldes anzusehen wäre und also die Rückforderung sich gegen diesen richten müsste. Allein die Zahlung erfolgte mit dem bestimmten Zweck, den Concur des Gutzwiller zu verhindern, und zwar nicht an einen bestimmten Creditor, und ebensowenig an Gutzwiller selbst, so dass ihm die Verfügung darüber frei gestanden hätte, sondern an den Beklagten und zwar, wie die Quittung ausweist, für Rechnung verschiedener Creditoren. Es sollte offenbar also damit erreicht werden, dass durch die Vermittlung des Beklagten die verschiedenen von ihm vertretenen Creditoren veranlasst würden, mit der Fortsetzung ihrer Betreibungen noch zuzuwarten. Indem der Beklagte diese Zahlung annahm, übernahm er auch den Auftrag zu dem gedachten Zweck thätig zu sein, und hätten die betreffenden Creditoren sich zu keiner Verständigung herbeigelassen, so würde auch der Beklagte nicht befugt gewesen sein, die Zahlung an sie auszuweisen. Noch viel weniger durfte er dies, wenn, noch vor erfolgter Verständigung, der Concur über Gutzwiller ausbrach: denn damit fiel die ganze Voraussetzung der Zahlung, deren Zweck nun nicht mehr erreichbar war, dahin, und der ertheilte Auftrag wurde gegenstandslos. Der Beklagte muss daher als Mandatar des Klägers ihm das, was er zur Ausführung dieses Auftrags, den er nicht hat ausführen können, erhalten hat, zurückgeben. Ob die Zahlung vor oder nach der Concurserklärung geschah, ist gleichgültig, es genügt, dass die Zahlung zugestandenermaassen beim Ausbruch des Concurses noch nicht nach Auftrag verwendet war.

Durch Urtheil vom 23. Februar 1882 hob das Appellationsgericht diesen Entscheid auf und wies den Kläger ab.

Aus den Gründen:

Aus dem ganzen Hergang ergibt sich mit Evidenz, dass die Zahlung dazu bestimmt war, den betreibenden Wechselcreditor Salomon Dreyfus zu befriedigen und dadurch die weitere Betreibung des Gutzwiller durch denselben zu verhindern. Dies erhellt nicht nur aus der schriftlichen Weisung des Gutzwiller vom 14. Juli, sondern auch aus den Aussagen der Angestellten des Klägers und des Beklagten, welche übereinstimmend aussagen, dass die Fr. 800 zur Deckung dieses Wechsels verwendet werden sollten.

Nun ist es klar, dass wenn einem betreibenden Amtmann eine Zahlung gemacht wird, welche ausdrücklich zur Befriedigung des betreibenden Creditors dienen soll, diese Zahlung einer solchen an den Creditor selbst gleichsteht, gleichviel ob sie vom Schuldner oder von einem Dritten geleistet wird. Wenn daher Amtmann Stöcklin die Zahlung lediglich so, wie sie ihm geleistet worden, d. h. für Rechnung des Wechsels Dreyfus angenommen und quittiert hätte, so ist auch trotz dem nachher eingetretenen Falliment des Gutzwiller nicht einzusehen, mit welchem Recht der Kläger diese geleistete Zahlung wieder hätte zurückfordern können. — Daran vermag nun aber der Umstand nichts zu ändern, dass die Quittung über die Fr. 800 nicht ausschliesslich für Salomon Dreyfus, sondern für Rechnung verschiedener Creditoren ausgestellt wurde. Es hatte sich eben herausgestellt, dass Gutzwiller nicht nur von Dreyfus, sondern auch von zwei andern Creditoren, wenn auch für einen geringern Betrag, betrieben wurde und zwar ebenfalls durch Amtmann Stöcklin, so dass letzterer die Ermächtigung haben wollte, unter Umständen auch an diese zahlen zu dürfen. Er stellte demnach die Quittung in der angegebenen Weise aus, welche vom Kläger auch unbeanstandet angenommen wurde, schrieb dann die Fr. 800 zunächst dem Dreyfus zu gut, und da sich auf dessen Rechnung ein Ueberschuss ergab, so buchte er denselben als Zahlung an einen der andern Wechsel. Die Zahlung erfolgte also schliesslich den drei Wechselgläubigern gegenüber genau unter den gleichen Umständen und Voraussetzungen, wie sie ursprünglich dem Dreyfus allein gegenüber hätte erfolgen sollen, und wenn diesem gegenüber ein Rückforderungsrecht nicht bestand, so kann auch den andern Creditoren gegenüber ein solches nicht bestehen.

Nach dem Gesagten liegt also eine rechtsgiltige Zahlung



vor, welche ausdrücklich für die betreibenden Creditoren bestimmt war, und der Umstand, dass Gutzwiller in Folge eigener Insolvenzerklärung fallit wurde, vermag an der Rechtsgiltigkeit dieser Zahlung nichts zu ändern; dass die Zahlung nur unter der Bedingung erfolgt sei, dass der Conkurs überhaupt nicht ausbreche, ist klägerischerseits zwar behauptet aber nicht bewiesen worden.

Was die Frage betrifft, ob die Zahlung vor oder nach dem Concursausbruch erfolgte, so enthält das Gesetz über Betreibung und Conkurs keinerlei Bestimmung, dass der Conkurs an den Anfang des Tages, an welchem er ausgesprochen worden, zurückdatiert werde, vielmehr ergibt sich aus § 102 dieses Gesetzes (cf. § 100 der Concursordnung für das deutsche Reich), dass der Schuldner erst mit dem Augenblick der Concurseröffnung die Verfügungsfreiheit über sein Vermögen verliert, dass mithin die Folgen der Concurseröffnung erst mit diesem Augenblick eintreten sollen. Aus den Acten ergibt sich nun einerseits, dass die Zahlung um 3 Uhr erfolgte, anderseits, dass der Brief Gutzwillers ca. 4 $\frac{1}{2}$  Uhr auf der Gerichtsschreiberei anlangte, und da zwischen dem Eintreffen des Briefes und dem Concurserkenntniss wohl noch einige Zeit verstreichen musste, so kann als sicher angenommen werden, dass die Zahlung ca. 2 Stunden vor dem Conkurs erfolgte, ihre Rechtsgiltigkeit also auch in dieser Beziehung nicht angefochten werden kann.

(Directe Mittheilung.)

---

## 21. Canton Thurgau. Obergerichtsurtheil vom 24. Mai 1882.

Ungültigkeit eines Pfandbriefes bei nicht erfolgter Hingabe des Darlehens. Haftbarkeit bei Untreue des Mandatars des Gläubigers.

Unter'm 1. April 1880 wurde von der Fertigungsbehörde Romanshorn auf eine von der Firma Züblin & Högger in St. Gallen, Namens Philipp Köllreuter in St. Gallen unterzeichnete Schuldkopie ein Schuldbrief gefertigt für die Summe von Fr. 9500. —, lautend auf Köllreuter als Gläubiger und Fischer Conrad Ott in Romanshorn als Schuldner mit Unterpfandsrechten auf die Liegenschaften des Letzteren. Am 27. April 1880 schickte der mit Besorgung der Sache betraute Notar Fatzer in Romanshorn diesen Brief, der inzwischen das Visum des Präsidiums des Bezirksrathes Arbon erhalten hatte, an Züblin & Högger in St. Gallen mit der Bemerkung, er werde



am 1. Mai die Capitalsumme persönlich bei denselben in Empfang nehmen. Am 1. Mai versprach Högger die Bezahlung des Betrages in einigen Tagen; Notar Fatzer verlangte den Schuldtitel nicht zurück und Högger übersandte denselben an Julius Hölderlin in Altstätten, den Vermögensverwalter des Philipp Köllreuter. Dagegen leistete er die entsprechende Zahlung an Fatzer nicht, obwohl er den Betrag aus dem Vermögen des Köllreuter erhalten hatte, wurde landesflüchtig und nachher vom Cantonsgericht St. Gallen der Unterschlagung von Fr. 9420. — (Fr. 9500. — weniger die aufgelaufenen Zinsen) zum Nachtheil des Köllreuter, resp. des Fatzer, schuldig erklärt.

Fatzer behauptet, er habe seither an Fischer Ott die Fr. 9500. — aus eigenen Mitteln bezahlt, und verlangt Cassation des in die Hände des Köllreuter gelangten Schuldtitels, indem das Darlehen Köllreuters an Ott mangels Zahlung des Darlehensbetrages nicht zu Stande gekommen sei.

Köllreuter liess sich auf die Klage nicht materiell ein, sondern stellte derselben gegenüber in erster Linie die Einrede der mangelnden Competenz. Die Klage sei eine persönliche und müsse beim Gericht des Wohnortes des Beklagten angebracht werden. Im weiteren wurde die Einrede der mangelnden Activlegitimation erhoben, weil Kläger nicht Rechtsnachfolger des Fischer Ott sei. Dem gegenüber machte Kläger geltend, dass die Klage eine dingliche und am Orte der gelegenen Sache zu entscheiden sei und dass er als verantwortlicher Notar ein wesentliches Interesse an der Regulierung dieser Angelegenheit habe.

Beide Einreden wurden, letztinstanzlich durch Obergerichtsurtheil vom 1. December 1881, abgewiesen.

Köllreuter, welcher nunmehr auf das Materielle des Processes eintrat, verlangte Abweisung der Klage. Der Schuldbrief, dessen Cassation verlangt werde, sei in rechtsgültiger Weise errichtet; er, sowie die thurgauischen Behörden, hätten alles erfüllt, was für die Gültigkeit des Briefes erforderlich sei. Fatzer habe als Notar den Schuldbrief nur gegen Bezahlung der Fr. 9500. — oder auf sein eigenes Risiko ausgeben dürfen. Er habe das Risiko sowohl gegenüber dem Pfandschuldner Ott als ihm dem Beklagten übernommen. Kläger, welcher den Titel aus eigenem Antriebe Högger & Züblin übergeben, und vom 1. bis 23. Mai 1880 sorglos die Uebersendung des Geldes abgewartet habe, müsse die Gefahr tragen und nicht der Beklagte, welcher in durchaus redlicher Weise in den Besitz des Titels gelangt sei, nachdem er vorher die

zur Creierung des Titels erforderlichen Gelder geleistet habe. Eventuellst sei Kläger pflichtig, die Fr. 1230. — zu bezahlen, welche Beklagter, nach Empfang des Titels an Züblin & Högger bezahlt habe.

Der Kläger erhob hiegegen die Einrede, dass der Beklagte, soweit er eine Schadensersatzklage stelle, an das Verfahren gebunden sei, wie es das Verantwortlichkeitsgesetz vorschreibe.

Die erste Instanz schützte das Begehren um Cassation des Schuldbriefes. Zuerst frage es sich, ob ein Notar, resp. ein Schuldner berechtigt sei, Cassation eines nach aller Form Rechtsens zu Stande gekommenen und von dem Notar bereits aushingegenen Schuldtitels zu verlangen, wenn er beweise, dass die Darlehenssumme nicht geleistet worden sei. Dies müsse bejaht werden. Der Schuldbrief habe zu seiner notwendigen Voraussetzung die Existenz einer persönlichen Forderungsansprache des im Schuldbriefe bezeichneten Creditoren gegenüber dem Pfandschuldner. Sei diese Obligation nicht zu Stande gekommen oder untergegangen, so sei damit auch das Pfandrecht nicht existent, resp. hinfällig geworden, denn ohne persönliche Forderung fehle das Substrat der Pfandversicherung und damit auch der Rechtsgrundsatz für die Existenz eines Pfandrechts.

Da nun das persönliche Schuldverhältniss nicht zu Stande gekommen sei, könne Kläger Aufhebung des bestellten Pfandrechts durch Cassation verlangen. Der Umstand, dass der Notar den Titel bereits aushingegen habe, stehe diesem Begehren nicht im Wege, weil dies nicht als unumstösslicher Beweis für die Zahlung des Darlehens betrachtet werden könne, sondern der bloße Besitz des Schuldbriefes nicht genüge, um dem Schuldner jeden Nachweis, dass er das Darlehen nicht erhalten habe, abzuschneiden. Es frage sich nur noch, ob das Darlehen von Fr. 9500. — geleistet worden sei. Als Contractanten müssten Pfandschuldner Ott, resp. dessen Rechtsnachfolger und der Beklagte betrachtet werden. Züblin & Högger hätten im Namen, für Rechnung des Pfandcreditors, unter dessen Verantwortlichkeit und nach dessen Instructionen gehandelt.

Das Darlehen sei nicht schon zu Stande gekommen mit der Anweisung des Darlehensbetrages an Züblin & Högger, sondern wäre erst perfect geworden mit der Verabfolgung desselben an den Debitor, resp. die Notariatskanzlei. Dies sei nicht geschehen, somit kein Darlehen gemacht worden.

Bei Regulierung des Kostenpunktes falle in Betracht, dass der Process unmöglich gewesen wäre, wenn der Kläger richtig geamtet hätte.

Köllreuter appellierte gegen dieses Urtheil. Es handle sich um einen rechtskräftig errichteten Schuldbrief, welchen der Appellat als Notar nur gegen Baarschaft oder dann auf sein eigenes Risiko habe aushändigen dürfen. Derselbe habe den Titel Züblin & Högger anvertraut und trafen ihn die Folgen des Vertrauensmissbrauches derselben. Appellant habe seine Gegenleistung an die richtige Adresse gemacht, Appellat die Amtspflicht verletzt. Eventuell wird verlangt, dass Appellat die Fr. 1230. —, welche der Vertreter des Appellanten nach Erhalt des Titels an Züblin & Högger gesandt hat, vergüte. Eventuellst werde die Anstellung einer Verantwortlichkeitsklage vorbehalten.

Appellat dagegen verlangt Abweisung der Berufung. Der Schuldbrief müsse cassiert werden, weil das Darleihen an den Schuldner nicht geleistet worden sei.

Die Litiganten stünden zu einander in einem Anweisungsverhältniss, auch nach den Grundsätzen über das Mandat sei die Appellation unbegründet. Der appellantischen Partei gegenüber habe Högger die Unterschlagung begangen. Aus dem incorrecten Amten des Appellaten könne Appellant keinen Vortheil ziehen; der Beamte sei nur für den Schaden haftbar, der durch sein Vorgehen entstanden sei. Die vorzeitige Briefaushänge habe den Appellanten auch nicht zur Zahlung der Fr. 1230. — bewogen; diese Frage betreffend müsste jedenfalls vorerst der Weg der Verantwortlichkeitsklage beschritten werden.

Das Obergericht, durch Urtheil vom 24. Mai 1882, hielt das erstinstanzliche Erkenntniss aufrecht, und wies die Begehren des Appellanten aus dem Rechte, mit folgender Motivierung:

Der Appellat verlangt, dass der Schuldbrief Nr. 3957 d. d. Romanshorn 1/4. April 1880, errichtet im Betrage von Fr. 9500. — zu Gunsten des Appellanten auf die Liegenschaften des Conrad Ott in Romanshorn, cassiert werde und zwar deshalb, weil die Darlehenssumme weder direct an den Briefschuldner, noch indirect zu dessen Händen an die Notariatskanzlei bezahlt worden sei. Appellant macht dagegen geltend, dass Appellat auf eigene Verantwortlichkeit diesen Schuldtitel an Züblin & Högger zu seinen Händen gesandt, dass er denselben erhalten und Züblin & Högger den Gegenwerth mit Fr. 9500. — gegeben habe.

Zu Gunsten des Schuldbriefgläubigers begründet der ordnungsgemäss erworbene Besitz des Schuldbriefes zunächst die Vermuthung für die Wahrheit des Inhalts desselben. Aber diese Vermuthung wird durch den Beweis oder das Zugeständniss, dass das Geld, wofür der Titel gefertigt worden, nicht an den Schuldner, resp. zu dessen Händen bezahlt worden sei,

zerstört (vergl. § 800 des zürcher. privatrechtl. Gesetzbuches). Voraussetzung des Schuldbriefes ist die Existenz einer persönlichen Forderungsansprache des im Schuldbrief bezeichneten Creditoren gegenüber dem Schuldner. Ist diese Obligation nicht zu Stande gekommen oder untergegangen, so kann auch das Pfandrecht mit Grund angefochten werden, denn ohne persönliche Forderung fehlt die Unterlage der Pfandversicherung und somit auch der Rechtsgrund für die Existenz eines Pfandrechts. Der Appellant steht als Briefcreditor dem Inhalt des Schuldbriefes gegenüber nicht als Drittperson da, er ist Constituent des Formalactes und muss deshalb auch den materiellen Einfluss der untergelaufenen Mängel auf sich wirken lassen, ihm gegenüber ist die richtige Form nicht die materielle causa. Es muss zugegeben werden, dass der Briefschuldner das Briefcapital nicht erhalten habe, dass es auch nicht für ihn in die Notariatskanzlei gelegt wurde, somit ist das persönliche Schuldverhältniss zwischen Appellant und Fischer Ott nicht zu Stande gekommen und kann Appellat zu Folge seiner Haftbarkeit an Stelle des letzteren verlangen, dass das bestellte Pfandrecht aufgehoben werde, was durch Cassation des bereits erstellten Titels geschieht. Richtig ist allerdings, dass der Appellat als Notar diesen Titel aushingegeben hat und dass derselbe in den Besitz des Briefcreditors gelangt ist; allein dies kann nicht die Bezahlung des Darlehens ersetzen, weil darin an und für sich kein materieller Verpflichtungsgrund liegt, und es genügt der bloße Besitz des Schuldbriefes in Händen des Briefcreditors nicht, um demselben gegenüber dem Briefschuldner die Einrede der unbestrittenen Thatsache, dass er das Darlehen nicht erhalten habe, abzuschneiden.

Nun fragt es sich, ob dadurch, dass der Vermögensverwalter des Appellanten, Hölderlin, der Firma Züblin & Högger Fr. 9500. — übergab, das Darlehen von Fr. 9500. — gemäss Schuldbrief als constituiert betrachtet werden müsse. Dies ist zu verneinen. Als Contrahenten sind Pfandschuldner Ott, resp. dessen Rechtsnachfolger, und der Appellant zu betrachten. Züblin & Högger haben im Namen und für Rechnung des Appellanten, des Pfandcreditors, gehandelt, sie haben seine Vermögensanlagen vermittelt und sein Geld für eigene Rechnung verwendet, d. h. unterschlagen. Züblin & Högger haben für den Appellanten die Copie unterschrieben, und das Darlehen wäre erst zu Stande gekommen mit der Verabfolgung des betreffenden Betrages an den Debitor, resp. die Notariatskanzlei. Dies ist nicht erfolgt, somit das Darlehen nicht perfect.

Die Frage, ob und in wie weit der Appellat den Appel-



lanten dadurch geschädigt hat, dass er den Schuldbrief per Fr. 9500. — aushingab, ohne den Gegenwerth erhalten zu haben und ohne sich während 23 Tagen um denselben zu bemühen, und ob und welchen Betrag Appellat hiefür als Entschädigung an den Appellanten zu bezahlen habe, kann nicht im gegenwärtigen Process entschieden werden, weil die formellen Voraussetzungen für einen richterlichen Entscheid nicht vorliegen. Es müsste nämlich vorerst das Verantwortlichkeitsverfahren gegenüber dem Appellaten eingeschlagen werden.

(Directe Mittheilung.)

---

**22. Canton Zürich. Urtheil des Obergerichts (Appellationskammer) vom 22. August 1882.**

**Auslobung. Anspruch von Polizeiangestellten auf die Auslobungssumme.**

Am Morgen des 6. September 1877 entdeckte man in der Einnehmerei im Bahnhof Zürich, dass während der Nacht ca. Fr. 32,000 aus der Casse entwendet worden seien. Nachdem die Versuche zur Entdeckung des Diebes gescheitert waren, machte die Direction der Nordostbahn unterm 11. September 1877 folgende Ausschreibung:

„In der Nacht vom 5. auf den 6. September sind im Bahnhof Zürich mittelst Einbruch Fr. 33,000 entwendet worden. Denjenigen, welchen die Entdeckung des Thäters gelingt, in der Art, dass derselbe zur Verhaftung und Verurtheilung gebracht werden kann, wird eine Belohnung von Fr. 4000 ausgesetzt.“

Am 19. März 1878 denuncierte A. Gassmann, früher Portier im Bahnhof, jetzt als Detectiv bei der Cantonspolizei angestellt, bei dem Statthalteramt Zürich den bisherigen Hausmeister im Bahnhofgebäude Ruppli als den muthmasslichen Dieb unter Anführung gewisser Indicien; die gegen denselben eingeleitete Untersuchung wurde indessen am 26. August gl. J. sistiert.

Am 17. November 1879 erfolgte eine neue Denunciation von Seite des Gassmann, nunmehr gegen Plancherel und Rohner in Altstetten b. Zürich gerichtet. Diese waren zur Zeit des Diebstahls Einnehmer gewesen und noch 1½ Jahre im Dienste der Nordostbahn geblieben, bis sie Anfangs 1879 ein grosses Weingeschäft errichteten. Auf Veranlassung Gassmann's hin wurden polizeiliche Erhebungen über die öconomischen Verhältnisse der beiden Männer und ihrer Ehefrauen veranstaltet, welche ergaben, dass sie weder selbst eigene erhebliche Mit-



tel besessen, noch solche durch ihre Angehörigen empfangen haben konnten. Gleichzeitig schrieb Gassmann einen ausführlichen Rapport, worin er seine Wahrnehmungen über die öconomischen Verhältnisse von Plancherel und Rohner, sowie seine Verdachtsgründe mittheilte. Doch auch das schien der Staatsanwaltschaft zur Einleitung einer Strafuntersuchung nicht ausreichend; ebenso wenig Erfolg hatte die am 25. Juni 1881 erfolgende Anmeldung neuer Verdachtsgründe Seitens Gassmann's auf Grund eigener Nachforschungen.

Nun machte Rohner am 18. Juli 1881 selbst der Polizei die Anzeige, dass ihm in Abwesenheit Plancherels aus dem verschlossenen Bureau Fr. 2300 entwendet worden seien. Gassmann, der mit einem andern Polizisten das Local besichtigte, sprach in einem neuen Rapporte, gestützt auf seine Wahrnehmungen und unter Angabe von schlüssigen Gründen und neuen Indizien die Ansicht aus, dass die Denunciation Rohners eine falsche sei.

Dies war wesentlich der Grund, weshalb die nun auf Verlangen des Rohner eingeleitete Strafuntersuchung sich auf die Provenienz der Geldmittel bei Plancherel und Rohner in Verbindung mit dem Bahnhofdiebstahle richtete, und in Folge einer durch diese Untersuchung zu Tage geförderten grösseren Anzahl schwerer Belastungsmomente gestanden Rohner und Plancherel im September 1881 ein, den Diebstahl gemeinsam begangen zu haben. Dieselben wurden unter'm 30. November 1881 von der Appellationskammer des Obergerichts ersterer zu 6, letzterer zu 5 Jahren Zuchthaus verurtheilt.

Gassmann verlangte nun von der Nordostbahn die Auszahlung der auf die Entdeckung der Thäter gesetzten Belohnung von Fr. 4000; die Nordostbahn weigerte sich aber dessen. Auf daherige Klage des G. schützte die N.O.B. die Einreden vor, Kläger hätte nur dann Anspruch auf die Prämie, wenn seine Thätigkeit eine ganz exceptionelle, seine Pflichten als Polizeiangestellter weit überschreitende und diese Thätigkeit die wesentliche Ursache der Entdeckung der Diebe gewesen wäre. Beides werde bestritten. Kläger habe nichts weiter als seine Pflicht gethan und nur allgemeine Gerüchte produciert, welche schon vorher von Seiten der Nordostbahndirection der Staatsanwaltschaft mitgetheilt worden seien.

Das Bezirksgericht Zürich, als erste Instanz, erkannte unter dem 12. April 1882, die Beklagte sei pflichtig, dem Kläger Fr. 2000 nebst Zins à 5% seit 1. November 1881 (Datum der Klageeinleitung) zu bezahlen, mit der Mehrforderung sei derselbe abgewiesen. — Dasselbe nahm zwar an, die Entdeckung des Verbrechens sei wesentlich doch der Thätigkeit des Klägers

zu verdanken, die er in unablässiger Beobachtung der Verbrecher und Sammlung der Indicien anlässlich der eigenen Denunciation des Rohner u. s. f. entwickelt habe, aber die Reduction auf die Hälfte sei dadurch gerechtfertigt, dass es zur Erreichung des Zieles ebenso wesentlich der amtlichen Untersuchung wie der Thätigkeit des Klägers bedurft habe.

Der Kläger appellierte und beantragte Guttheissung der Klage in vollem Umfange. Die Beklagte trug auf Bestätigung des appellierten Urtheils an.

Die Appellationskammer des Obergerichts verurtheilte die Beklagte zur Bezahlung der vollen Fr. 4000 nebst Zins vom 1. November 1881 an den Kläger unter folgender Motivierung:

1. Gemäss den Ausführungen des erstinstanzlichen Urtheils ist davon auszugehen, dass allerdings Kläger eine Thätigkeit entwickelt hat, welche zur Entdeckung der Thäter wesentlich mitwirkte, und da auch die Beklagte dadurch, dass sie weder selbstständig appellierte noch auch nur der Appellation des Klägers sich anschloss, diesen Standpunkt des erstinstanzlichen Urtheils als zutreffend anerkannt hat, so liegt um so weniger Veranlassung vor, auf die schon erstinstanzlich als unerheblich bezeichneten, auf heute wieder anerbötenen beklagatischen Beweise dafür einzutreten, dass der Verdacht gegen Plancherel und Rohner von Anfang an unter den Bahnhofangestellten cursiert habe, und dass Director Studer der Staatsanwaltschaft gegenüber die gleichen, Verdacht äussernden Mittheilungen wie Kläger gemacht gehabt habe, zumal da weder in der einen, noch in der andern Richtung behauptet und zum Beweise verstellt sei, dass solche Verdachtsäusserungen irgendwie belegt und in der Weise fundamentiert worden seien, dass man darauf gestützt mit einer vernünftigen Aussicht auf Erfolg hätte die Strafuntersuchung aufnehmen können, wie dies auf die Mittheilungen des Klägers hin gethan werden konnte.

2. Sobald aber anzunehmen ist, dass Kläger wirklich dadurch, dass er in fassbarer, handhabebender und wegleitender Weise die nachher als Thäter Ueberwiesenen und Geständigen richtigen Ortes bezeichnete, zur Entdeckung der Thäter wesentlich beigetragen hat, so kann es nicht angehen, mit dem Bezirksgericht demselben nur die Hälfte der ausgesetzten Prämie zuzusprechen, und muss dies als eine unzulässige Willkür bezeichnet werden; denn offenbar kann man nicht, wie das Bezirksgericht es thut, verlangen, dass der, welcher die Prämie für sich in Anspruch nehmen will, den vollen Beweis für die Thäterschaft in die Acten hineingebracht haben, den letzten Baustein zum Beweisgebäude herbeigetragen und gleichsam den letzten Nagel in den Sarg geschlagen haben

müsse, der dann schliesslich die beiden Thäter Plancherel und Rohner umfing. Es ist das weder in der öffentlichen Ausschreibung gefordert (die offenbar blos von der Lieferung der nöthigen Handhaben reden will, um die schliesslich als Thäter Verurtheilten mit vernünftiger Aussicht auf Erfolg in Untersuchung zu ziehen), noch wäre die Erfüllung einer solchen Anforderung einem blossen Privaten oder untergeordneten Polizeiangestellten, wie der Kläger es war, überhaupt möglich.

3. Wenn aber das, was Kläger für die Entdeckung der Thäterschaft gethan hat, genügen müsste, um einen einfachen Privaten zum Bezug der ausgeschriebenen Prämie zu berechtigen, so muss es auch für den Kläger, obschon er während der Zeit seiner Beobachtungen und Denunciationen Detectiv war, genügen; denn einerseits lautet die Prämiens Ausschreibung ganz allgemein und enthält keinerlei Ausschluss irgendwelcher Personen oder Categorias von Personen, z. B. der Angestellten und Beamten der Polizei, und andererseits muss man denn doch sagen, dass Kläger, wenn es auch allerdings schon um seiner Stellung willen in seiner Pflicht lag, der Thäterschaft fraglichen Verbrechens nachzuspüren, dieser Nachspürung eine so intensive und beharrliche Aufmerksamkeit gewidmet hat, wie es keinem seiner bei der Polizei Mitangestellten und also gleich ihm von Amteswegen Verpflichteten von ferne eingefallen ist aufzuwenden, eine Aufmerksamkeit, die dann eben auch der Erfolg gekrönt hat.

(Directe Mittheilung.)

---

### 23. Canton Tessin. Urtheile des Districts- und des Appellationsgerichts vom 5. Januar und 30. März 1881.

Rescission des Kaufvertrags über einen Wald wegen nachherigen bundesrätlichen Abforstungsverbotes, ohne Schadenersatzpflicht des Verkäufers.

Durch Act vom 14. März 1871 verkaufte das Patriziato von Lavertezzo an Vater und Sohn Cattaneo in Faïdo einen Wald in Valle Corecchio für Fr. 40,000 mit fünf jährlichen Zahlungsterminen nach Verhältniss des Holzschlags und der Garantie des vollen Eigenthums (*il patriziato garantisce ai signori compratori la piena proprietà dei boschi venduti assumendone le relative legali conseguenze da qualunque molestia venisse loro recata per tale oggetto, per qualsiasi causa e da qualsiasi parte derivasse*). Im folgenden Jahre schlugen die Käufer nur einen kleinen Theil des Waldes ab und erlangten von dem Verkäufer eine Verlängerung auf weitere zwei Jahre gegen Zahlung von Fr. 4000. Am 26. Juli 1873

verkauften die Erben der Käufer, um aus dem für sie drückenden Vertrage herauszukommen, der Firma Scazziga-Bacilieri e Comp. den Wald in dem dermaligen Bestande mit allen Rechten und Pflichten gegenüber dem ersten Verkäufer für Fr. 25,000. Diese Firma erlangte vom Patriziat eine weitere Verlängerung auf 1 Jahr gegen Fr. 2500, so dass bis zur Vollendung des Holzschlages der Termin bis 14. März 1879 bestand. Durch Beschluss vom 16. August 1876 verbot der Bundesrath auf Grund des eidgen. Forstgesetzes den Holzschlag in fraglichem Walde gänzlich. Die Gesellschaft Scazziga-Bacilieri e Comp. klagte nun auf Aufhebung des Kaufs, Rückzahlung des an das Patriziat bisher gezahlten Kaufgeldes von Fr. 34,915 nebst Zinsen und gezahlten Zuschlägen für die Verlängerung der Termine, Summa Fr. 53,862. 18 und Entschädigung für den auf dem nicht geschlagenen Theil des Waldes ihr entgehenden Gewinn, Alles kraft der Garantieverpflichtung im Acte vom 14. März 1871. Die beklagte Partei, das Patriziato von Lavertezzo, verlangte Aufrechthaltung des Kaufs mit Pflicht der Klägerin zu Bezahlung des noch rückständigen Kaufpreises, eventuell wollte sie nur gehalten sein, das zurückzuzahlen, was die Klägerin auf Rechnung ihres Kaufpreises von Fr. 25,000 bezahlt hatte.

Das Districtsgericht von Locarno entschied am 5. Januar 1881:

Considerando che per tale guisa (nämlich durch das Verbot des Bundesrathes) venne a scomparire l'elemento (primo) essenziale costitutivo del contratto di compera e vendita del bosco, vale a dire la cosa sulla quale e per la quale era stato stipulato e ne derivò lo scioglimento di fatto del medesimo;

Considerando che, risolto il contratto, le parti rientrarono di diritto nella condizione di prima, e quindi il Patriziato ha ricevuto in sua proprietà e dominio il bosco, e la Ditta fu costituita in ragione di riavere le somme sborsate in acconto e come corrispettivo del taglio che doveva fare e che le fu interdetto, e l'importo di quanto fu sborsato al Patriziato per compenso delle proroghe ottenute per effettuare il taglio;

Considerando che non regge la pretesa del Patriziato di limitare il diritto della Ditta attrice a percepire solo li Fr. 25000. —, somma pattuita nella cessione colli signori Cattaneo;

Considerando che non ha consistenza il rifiuto del Patriziato a restituire anche il corrispettivo o prezzo delle proroghe, perchè queste, sebbene richieste dalla Ditta, furono accordate mediante corrispettivo di somme, e devono ritenersi annesse al contratto di vendita, anzi facienti parte integrale dello stesso;



Considerando che dalla perizia 29. luglio 1879 del sig. Pisenti essendo risultato che la parte del bosco tagliato dalli furono signori Cattaneo consistette nel valore di Fr. 1500.— sulla base del prezzo di tutto il bosco, perizia fatta sulle indicazioni fornitegli in luogo da persone delegate e rappresentanti il Patriziato stesso;

Ritenuto che sulli Fr. 1500. — è da accordarsi al Patriziato decorrenza delli interessi dall' epoca del taglio di detto bosco in avanti;

Considerando che il Patriziato ha garantito ai compratori la pura proprietà dei boschi venduti, e li ha garantiti, assumendone le relative legali conseguenze da qualunque molestia venisse loro recata per tale oggetto, per qualsiasi causa e da qualunque parte derivasse, e con ciò ha inteso garantire il compratore da qualsiasi molestia in riguardo alla di lui proprietà della cosa venduta e non altrimenti;

Considerando che devesi ritenere forza superiore ed impreveduta l'emanazione posteriore di leggi e disposizioni federali, proibenti il taglio del bosco venduto, da non poter quindi ritenere risponsoevole il venditore dei danni e spese derivati dall' inesecuzione del contratto;

dichiara et pronuncia:

1. Il contratto di vendita 14. marzo 1871 del bosco in Valle Corecchio, per causa di posteriori leggi e disposizioni federali, indipendentemente della volontà e colpa del venditore, è decaduto e quindi inesigibile, e di conseguenza il Patriziato di L. e condannato a retrocedere alla Ditta attrice l'importo delle somme ricevute in acconto del prezzo della vendita, come pure l'importo delle somme avute a corrispettivo delle proroghe al taglio accordate, il tutto coll' interesse legale dalla data del libello iniziatore della presente causa in avanti.

2. È riconosciuto al Patriziato il diritto di portare in diminuzione a quanto sopra di debito suo, l'importo della parte di bosco tagliato dalla Ditta e ciò come alla perizia Pisenti in Fr. 1500.—, unitamente all' interesse legale suddetto, importo dall' epoca del taglio del bosco in avanti.

3. Le domande della Ditta Sc.—B. in riguardo a danni e spese sono respinte, come pure tutte le altre domande delle parti in via principale e subordinata.

4. Le spese d'ufficio della presente in Fr. 29. 70. sono caricate metà alla parte istante, e metà alla parte convenuta, da anticiparsi però dalla parte istante, e le ripetibili sono compensate.

---

Beide Parteien appellierten, die Klägerin hauptsächlich wegen der Abweisung ihres Schadenersatzanspruches,



indem das bundesrätliche Verbot kein Fall höherer Gewalt sei, sondern einfache Constatierung eines schon vorhandenen Zustandes, wegen dessen schon die cantonalen Gesetze den Holzschlag verboten; die Beklagte darum, weil den Klägern mehr sei zugesprochen worden, als sie selber bezahlt hätten.

Die Camera civile di appello entschied am 30. März 1881:

Primo punto: Se per effetto del decreto 16. agosto 1876 del Consiglio federale il Patriziato di L. sia tenuto a rifondere alla Ditta attrice il prezzo di vendita e compera pagatagli in Fr. 34915. — più l'importo delle due proroghe in Fr. 6500. —

Adottati i motivati dell' appellata sentenza,

Ritenuto d'altronde che non avendo il Patriziato di L. preso parte all' istrumento di vendita e cessione 26 luglio 1873 non lo riguarda menomamente, e quindi non essere invocabile a di lui favore stando esso nei soli rapporti del cedente col cessionario.

Secondo punto: Se il Patriziato deve restituire i Fr. 700. spese di rogito, perizia etc.:

Ritenuto valere quì il medesimo principio ammesso per la decisione del primo, che cioè, sciolto il contratto omnia in integrum restituuntur.

Terzo punto: Se il Patriziato debba risarcire la medesima della somma degl' interessi pagati e maturati al 31 dicembre 1875 in Fr. 9583. 27. e di quelli non pagati ma esposti in Fr. 2853. 91. sino al 1 marzo 1877:

Ritenuto che li interessi pagati seguono la sorte della restituzione del capitale per la stessa ragione di diritto che devesi in concreto riversare quanto si è ricevuto;

Ritenuto non dovuti li interessi non pagati, perchè il Patriziato non fu mai costituito in mora, tranne che coll' azione libellaria.

Quarto punto: Se debbasi ammettere la decorrenza dell' interesse legale dal giorno dell' intimazione del libello e ciò sulla somma complessiva capitale ed interessi, ovvero su quella soltanto dei Fr. 42115. — prezzo della vendita corrispettivo delle proroghe e spese del rogito e perizia:

Ritenuto che la parola „interessi“ si riferisce alle somme capitali fruttifere e non alli interessi delli interessi quali potrebbero cadere sotto il titolo danni, stati abbandonati.

Quinto punto: A chi devonsi caricare le spese di Prima Istanza e di Appello:

Visto l'art. 592 della Procedura civile.

In riforma dei dispositivi 1 e 3 della sentenza 5 gennajo 1881 del Trib. distr. civ. di Locarno

## Dichiara e pronuncia:

1. Il contratto di vendita 14 marzo 1871 dei boschi in Valle C. per causa di posteriori leggi federali e decreto del Consiglio federale indipendentemente dalla volontà e colpa del venditore è decaduto e sciolto, e di conseguenza il Patriziato di L. è condannato a retrocedere alla Ditta attrice l'importo delle somme ricevute in acconto del prezzo della vendita Fr. 34915. —, come pure l'importo delle somme avute a corrispettivo delle proroghe al taglio accordate Fr. 6500. — ed infine l'importo delle spese del rogito, perizia etc. Fr. 700. —, totale la somma di Fr. 42115. —, coll' interesse legale dalla data del libello iniziatore della causa in avanti.

2. Lo stesso Patriziato è tenuto a rifondere alla Ditta la somma di Fr. 9583.27. per interessi al 31 dicembre 1875 statigli da questa pagati, respinta la domanda per la riverzione della somma interessi di Fr. 2853.09. sino al 15 marzo 1877 e non pagati.

3. Il dispositivo secondo della sentenza succitata è passato in cosa giudicata, e così il dispositivo terzo nella parte che si riferisce alla pretesa danni.

4. E confermato il dispositivo quarto della sentenza stessa.

5. Le spese del presente giudizio sono à carico del Patriziato di L., le ripetibili delle parti si dichiarano compensate.

(Repertorio di Giurisprudenza patria,  
Vol. I, 2<sup>do</sup> sem. 1881, p. 331 ss.)

## 24. Canton Basel-Stadt. Urtheile des Civil- und des Appellations-Gerichts vom 22. April und 22. Juni 1882.

### Klagbarkeit von Differenzgeschäften.

Auf wiederholte Einladungen eines Angestellten des Hauses S. A. Welfling in Paris zu Börsenspiel ermächtigte E. Bürgy in Basel seinen Sohn in seinem Namen bezügliche Aufträge an S. A. Welfling zu übermitteln. Mehrere auf solche Weise in den Monaten September bis December 1881 ausgeführte Börsenoperationen waren für E. Bürgy ungünstig, daher Welfling am 9. December im Hinblick auf die neuerdings gegebenen umfangreichen Aufträge sich veranlasst sah, Reglierung des noch ausstehenden Debitsaldos und zugleich für die Zukunft ein Deckungsdepot von Fr. 25,000. — zu verlangen. Bürgy verweigerte beides und liess einen auf ihn ausgestellten Chèque des Welfling von Fr. 3343. 35 (Debitsaldo per Ende November) in Protest gehen. Die Börsen-

operationen, zu denen in der ersten Hälfte December noch Aufträge ertheilt waren, fielen für Bürgy ebenfalls ungünstig aus, sein Debet auf 9. Januar 1882 war bis Fr. 15,151. 15. gestiegen, welche Welfling nun sammt Zins à 5% seit diesem Tag einklagte. Beklagter Bürgy weigerte jede Zahlung in erster Linie darum, weil es sich um eine reine Spielschuld handle, welche unklagbar sei, in zweiter Linie, weil Kläger ohne seinen Auftrag auf 29. December liquidiert und ihn, den Beklagten, durch diese unzeitige Liquidation geschädigt habe. Eventuell verlangte er Abweisung des Klägers über Fr. 5351. 15 hinaus, weil Kläger auf die Verweigerung der Deckung hin sofort die Liquidation, falls solche überhaupt berechtigt war, hätte vornehmen sollen, also am 15. December, an welchem Tage dem Beklagten günstigere Verkaufskurse bestanden hätten, welche laut Courszeddeln gegenüber dem Course vom 29. Dezember Fr. 9800. — Differenz ergäben.

Das Civilgericht Basel, durch Urtheil vom 22. April 1882, verurtheilte den Beklagten unter folgender Motivierung:

Was den ersten Einwand des Beklagten betrifft, so liegt ein reines Differenzgeschäft, d. h. ein nicht klagbarer Spielvertrag nur in dem Falle vor, wenn die Parteien ausdrücklich die Lieferung der Waare ausgeschlossen und sowohl das Recht des gewinnenden, als die Verpflichtung des verlierenden Theiles auf Leistung einer Geldsumme beschränkt haben. Dies geht aber aus der vorliegenden Correspondenz nicht hervor und keine Stelle derselben lässt darauf schliessen, dass eine der Parteien auf das Recht, die Lieferung der Waare zu verlangen, bzw. vorzunehmen, verzichtet hat. Es sind also die zwischen den Parteien abgeschlossenen Geschäfte als unzweifelhaft gültige und klagbare Spekulationsgeschäfte zu bezeichnen, welche diesen Charakter dadurch nicht verlieren, dass sie durch Bezahlung einer Differenz erledigt werden. Auch die eventuellen Einreden des Beklagten sind grundlos: denn hätte der Kläger den Verkauf der Werthpapiere verschoben, so wäre der Verlust des Beklagten noch ein bedeutend höherer geworden, und die Liquidation schon am 15. December vorzunehmen, dazu lag für den Kläger keine Veranlassung vor, da er erst auf die Nachricht von der Nichteinlösung des am 26. December fälligen Chèque hin sich zu diesem Schritte entschliessen konnte.

Aus diesen Gründen erkennt das Gericht:

Beklagter ist zur Zahlung von Fr. 15,151. 15 und Zins zu 5% vom 9. Januar 1882 und zu den ordentlichen und ausserordentlichen Kosten verurtheilt.

---

Das Appellationsgericht reformierte dieses Urtheil durch folgendes Erkenntniss vom 22. Juni 1882:

Im Anschluss an die thatsächliche Darstellung des erstinstanzlichen Urtheils, in rechtlicher Beziehung jedoch

in Erwägung:

Es ist dem erstinstanzlichen Urtheil insoweit beizustimmen, als ein reines Differenzgeschäft, d. h. ein nicht klagbarer Spielvertrag nur in dem Fall vorliege, wenn die Parteien in deutlich erkennbarer Weise ihren Willen dahin geäußert haben, dass die Lieferung der Waare ausgeschlossen und dass sowohl das Recht des gewinnenden, als die Verpflichtung des verlierenden Theiles auf Zahlung einer Geldsumme (Differenz) beschränkt sein solle. Allein es ist zu weit gegangen, wenn verlangt wird, dass diese Willensäußerung in ausdrücklichen Worten oder gar in bestimmten technischen Ausdrücken zu geschehen habe. Nach einem allgemein geltigen Rechtssatz kann eine Willenserklärung, falls nicht eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, in jeder beliebigen Weise gemacht werden und ist rechtsgiltig, wenn sie nur deutlich und unzweideutig erkennbar ist. Ein Grund, warum gerade bei den Differenzgeschäften eine Ausnahme von diesem allgemein geltenden Rechtssatze gemacht werden sollte, ist nicht einzusehen. Es kann sich also im vorliegenden Fall nur um die Frage handeln, ob ein gegenseitiger auf ein blosses Differenzgeschäft gerichteter Verpflichtungswille der Parteien entweder ausdrücklich ausgesprochen sei, oder aus der Correspondenz und den übrigen Umständen des Falles sich in unzweideutiger Weise ergebe. Nach der ganzen zwischen den Parteien gepflogenen Correspondenz kann es nun aber keinem Zweifel unterliegen, dass die Parteien sich gegenseitig nur zur Zahlung von Differenzen verpflichten, mithin ein reines Differenzgeschäft abschliessen wollten.

Schon in dem ersten, das ganze Geschäftsverhältniss einleitenden und demselben zu Grunde liegenden Briefe des Beklagten vom 9. September heisst es u. a.: *je sais bien qu'il faudra une garantie quelconque à votre maison pour les différences négatives qui pourraient naître.* Schon hieraus ist zu entnehmen, dass Beklagter sich von Anfang an nur zur Bezahlung negativer Differenzen bzw. allfälliger Cursverluste verpflichten wollte, und dass dem entsprechend auch der Kläger sich nur zur Zahlung allfälliger Cursgewinne, nicht aber zur Lieferung der Papiere selbst verpflichtet halten konnte. In der ganzen übrigen Correspondenz ist ferner nirgends von Lieferung bzw. Abnahme der gekauften Titel die Rede, viel-

mehr reportierte Kläger jeweilen am Ende eines jeden Monats, wenn die Curse ungünstig standen, ohne weitere Anfrage an den Beklagten die gekauften Titel auf den folgenden Monat. Am 9. December verlangte Kläger im Hinblick auf die neuerdings gegebenen umfangreichen Aufträge eine Caution von Fr. 25,000. —, welche Summe nur zur Deckung der Differenzen, nicht aber des Kaufpreises der Titel dienen konnte. Der Betrag, auf den sich die jeweilen gegebenen Aufträge beliefen, überstieg die Mittel des Beklagten in einer Weise, dass von einem wirklichen Bezug oder von einer wirklichen Lieferung der Titel gar keine Rede sein konnte, und demgemäss verlangte denn auch beim Abbruch der Beziehungen Anfangs December Kläger keineswegs etwa Abnahme der gekauften Titel, sondern er wartete bis gegen Ende des Monats, verfügte dann ohne Anfrage an den Beklagten über die Papiere und berechnete dem Letztern nur die Differenz. Aus allem dem ergibt sich mit Sicherheit, dass die Absicht der Parteien beim Geben und Annehmen der Aufträge dahin gieng, sich gegenseitig nur zur Zahlung von Differenzen zu verpflichten.

Bei dieser Sachlage braucht die Frage nicht erörtert zu werden, ob der gegenwärtige Fall nach französischem oder nach hiesigem Recht zu beurtheilen sei. Denn sowohl nach dem französischen Recht, als nach der herrschenden gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis sind reine Differenzgeschäfte als Spielgeschäfte zu behandeln und sind als solche nicht klagbar.

#### Erkannt:

Es wird das erstinstanzliche Urtheil aufgehoben und Kläger mit seiner Klage abgewiesen.

Kläger Appellant trägt sämtliche Kosten beider Instanzen mit einer appellationsgerichtl. U.-G. von Fr. 60. —

(Directe Mittheilung.)

#### 25. Canton Lucern. Urtheil des Obergerichts vom 11. Januar 1882.

Uebergabe von Vieh an Fütterung. Welcher Vertrag liegt vor? Haftpflicht. Verschulden oder Zufall?

Friedrich Sch. klagt Namens der Nesslisboden-Gesellschaft in D. gegen Jakob Ch. in L. einen Fütterungslohn, herrührend von mehreren der Klägerin auf der Alp Nesslisboden zur Sömmerung laut Uebereinkommen übergebenen Rindern, den Betrag von Fr. 131. — ein. Diese Forderung wird von dem Beklagten nicht bestritten, dagegen erhebt derselbe in der Form der Widerklage eine Ersatzforderung für



ein während der Fütterungszeit verloren gegangenes Rind im Betrage von Fr. 340. — nebst Zins seit dem 19. Febr. 1880. Zur Begründung dieser Widerklage wird geltend gemacht:

1. das betreffende Rind sei durch Verschulden des klägerischen Personals abhanden gekommen, indem dieses es an der nöthigen custodia habe fehlen lassen;

2. eventuell, wenn auch keine culpa vorhanden, sei vorliegend die Klägerschaft, resp. die Widerbeklagte, dennoch haftbar, indem die Entschädigungsforderung sich auf ein Rechtsverhältniss gründe, welches im § 578 des b. G.-B. (receptum nautæ, cauponis etc.) normiert sei, bei diesem Rechtsverhältniss sei für den Uebernehmer die Haftbarkeit selbst aus dem Zufalle begründet.

Replicando wird von der Klägerin jedes Verschulden bestritten und behauptet, dass bezüglich der Haftbarkeit des Klägers die Grundsätze des § 578 des b. G.-B. nicht Anwendung finden.

Obergerichtlich wurde erkannt: die Klägerin resp. die Widerbeklagte sei gehalten, an den Beklagten als Ersatz für ein an die Fütterung gegebenes und nicht mehr zurückgestelltes Rind den Betrag von Fr. 340. — anzuerkennen und unter Abzug ihrer Fütterungsforderung von Fr. 131. — mit Fr. 209. — zu bezahlen.

#### Motive:

Die Parteien haben sich zunächst darum gestritten, unter welche rechtliche Kategorie ein Rechtsgeschäft, gemäss welchem Jemand gegen Entgelt die Fütterung von Vieh übernommen, zu rubricieren sei. Hiebei ist offenbar unzutreffend, wenn dasselbe Seitens des Beklagten als ein Rechtsverhältniss im Sinne des § 578 des b. G.-B. aufgefasst werden will, gemäss welchem nur eigene Schuld und höhere Gewalt die Haftbarkeit des Uebernehmers ausschliesst. Diese Haftbarkeit des Uebernehmers, welche dem § 578 des b. G.-B. zu Grunde liegt, ist auf ganz bestimmte Verhältnisse beschränkt, nämlich für Wirthe, Schiffer und Fuhrleute, und es ist unzulässig, die daherige Bestimmung ausdehnend auf andere Verhältnisse anzuwenden. Denn der Analogie steht schon die strenge Verantwortlichkeit, welcher die genannten Personen unterworfen sind, entgegen, indem dieselbe weiter ausgedehnt ist, als sonst die Regel des Rechts mit sich bringt, so dass die strenge Verantwortlichkeit dieser Personen einen ausgeprägten singulären Charakter hat. (Vgl. auch Seuffert, praktisches Pandektenrecht, Bd. II, S. 377, Anmerkung 25.) Dazu kommt noch, dass nach den klaren und bestimmten Quellenaussprüchen des römischen Rechts, welchen der § 578 des lucern. b. G.-B. mit

der unwesentlichen Modification nachgebildet ist, dass letzteres nach dem Vorbilde des österr. Rechts die Fuhrleute neben dem Wirthe und Schiffer hinstellt, — ausdrücklich die betreffende Verbindlichkeit nur auf die Schiffer, Gast- und Stallwirthe beschränkt wird (vgl. l. 1, § 2, 5, Dig. 4, 9). Es trifft überhaupt der Gesichtspunkt eines Aufbewahrungsvertrages auf den Fall nicht zu, wo Jemand — wie vorliegend — gegen Entgelt die Fütterung von Vieh übernommen hat. Denn es leuchtet ein, dass der eigentliche Zweck des Aufbewahrungsvertrages, das Raumgeben, hier ganz nebensächlicher Natur ist, und der Hauptzweck des Vertrages die Unterhaltung, d. h. die Fütterung der übergebenen Thiere bildet. Der in Rede stehende Vertrag kann daher unter eine bestimmte Kategorie der im Systeme unseres bürgerlichen Gesetzes speziell normirten Vertragsarten nicht subsumirt werden, und handelt es sich hier lediglich um einen unbenannten Vertrag auf gegenseitige Leistung (sog. *Innominatcontract*, „*facio ut facias*“). Vgl. Beseler, System des deutschen Privatrechts, 3. Aufl., § 197. Dagegen dürfen die Grundsätze des § 573 des b. G.-B. über die Haftbarkeit des Depositars für den verschuldeten Untergang der Sache unbedenklich per analogiam Anwendung finden, soweit nämlich der Uebernehmer der Thiere mit der Verpflichtung zur Fütterung implicite auch die Verpflichtung zur Aufbewahrung derselben übernommen hat. Und zwar muss hier der Uebernehmer um so mehr für jedes Verschulden, auch ein leichtgradiges, haften, da das Rechtsgeschäft ein entgeltliches ist. Andererseits liegt kein Grund vor, den Uebernehmer auch für den bloss zufälligen Verlust der Sache haftbar zu erklären, da sich eine solche Haftbarkeit weder aus den für den Aufbewahrungsvertrag geltenden Grundsätzen, noch aus den besonderen Eigenschaften des Fütterungsvertrages ergibt.

Es fragt sich somit, ob das Abhandenkommen des in Rede stehenden Rindes als ein bloss zufälliges oder aber als ein von Seite der Klägerin verschuldetes sich darstelle. Die erste Instanz hat ein solches Verschulden angenommen, allein aus kaum zureichenden Gründen. Denn unter gegebenen Verhältnissen kann von Seite des Uebernehmers doch nicht wohl eine so weitgehende Sorgfalt in der Ueberwachung der Thiere gefordert werden, dass demselben ein Diebstahl durch Dritte, oder das Verirren der Thiere ab der Weide nun ohne Weiteres als Mangel an der erforderlichen Aufmerksamkeit angerechnet werden dürfte. Auf der andern Seite sprechen allerdings die beiden Zeugen Röthlisberger sich dahin aus, es müsse das Abhandenkommen des Rindes als ein zufälliges, d. h. der Klägerin in keiner Weise zur Last fallendes erachtet werden.

Allein die Aussagen dieser beiden Zeugen können aus zwei Gründen nicht in's Gewicht fallen, einmal weil sie Angestellte der Klägerin sind, und sodann weil gerade die Zeugen von der Klägerin mit der Obhut über die Thiere beauftragt waren, somit ein Verschulden auf jener Seite ohne Weiteres ein eigenes persönliches Verschulden der Zeugen involvieren und damit event. ihre Ersatzpflicht gegenüber der Klägerin begründen müsste.

Da sonach ein Beweis nach beiden Seiten nicht vorliegt, so hängt der Entscheid über die gestellte Ersatzforderung endlich lediglich davon ab, auf welchem Theile die Beweislast ruhe. Diese Frage ist in dem Sinne zu entscheiden, dass Klägerin resp. die Widerbeklagte den blossen Zufall resp. das Nichtvorhandensein eines Verschuldens und nicht der Beklagte resp. Widerkläger das Vorhandensein eines Verschuldens hätte beweisen sollen; denn

a. die gestellte Ersatzforderung ist im Grunde nichts Anderes, als ein Surrogat der Contractsklage auf Rückstellung der übergebenen Sache. Wie aber im daherigen Streite der (Wider-) Beklagte, um sich von dem gegnerischen Ansprüche zu befreien, einredeweise den Beweis dafür hätte erbringen müssen, dass die Sache ohne seine Schuld untergegangen, resp. verloren sei (vgl. Entscheid vom 24. April 1877 Nr. 324), so ist das Gleiche auch bei der Ersatzforderung der Fall;

b. dasselbe ergibt sich ohne Weiteres auch aus der Natur der Sache, indem der abwesende Eigenthümer ja selten in der Lage sein könnte, das Vorhandensein eines Verschuldens auf Seite des Uebernehmers nachzuweisen;

c. wie bereits bemerkt, handelt es sich vorliegend um eine entgeltliche Aufbewahrung und ist daher schon aus diesem Gesichtspunkte wie bezüglich der gegenseitigen Verpflichtungen überhaupt, so auch bezüglich der Beweislast in fraglicher Richtung der Uebergeber günstiger gestellt.

Das Widerklagebegehren ist somit grundsätzlich gutzusprechen. Was das Maass betrifft, so dürfte allerdings in Frage gestellt werden, ob Klägerin, nachdem sie den betreffenden Fütterungslohn bereits in Abzug gebracht, nun gleichwohl den Gesamtwertb des abhanden gekommenen Rindes zu ersetzen habe. Allein die Parteien haben hierüber in den Rechtschriften eventuell nicht gestritten, und ist somit, nachdem der Werth des Rindes durch Eideszuschreibung festgestellt ist, das beklagtische Begehren auch dem Maasse nach gutzuerkennen.

(Directe Mittheilung.)