

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:	3 (1884)
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: 11.02.2026

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

Schweizerische Rechtspflege.

1. Canton Uri. Urtheil des Bezirksgerichts vom 8. Mai 1883.

Gültigkeit der im Heimathcanton erfolgten Güter- trennung von Ehegatten im Niederlassungs- canton.

Gustav Lutz war im Canton Zürich fallit geworden und seine Ehefrau hatte in Folge davon für ihr ausgeschiedenes Weibergut einen Vogt in der Person von J. G. Arnold erhalten. Gleich darauf siedelten die Eheleute nach Altdorf über und zwar mit sämmtlichem der Frau gehörenden Inventar, das auf diese Weise mit Wissen der Verwandtschaft und des Vogtes der Frau wieder unter die Verwaltung und Verfügung des Ehemanns gelangte. An seinem neuen Wohnorte erhob Lutz in zwei Malen bei H. Zgraggen Darleihen im Gesamtbetrag von Fr. 750, zu deren Sicherstellung der Gläubiger, als sich üble Gerüchte über die Zahlungsfähigkeit des Lutz verbreiteten, von ihm Pfand auf sein Inventar erhielt. Als es dann zur Pfandschätzung kam, erhob Lutz Einspruch, behauptend, dass der Gemeindeweibel auf Gegenstände Pfand gelegt habe, die nicht sein, sondern seiner Ehefrau Eigenthum seien, und Arnold als Vogt der Ehefrau stellte die Vindicationsklage auf unbeschwerte Herausgabe des Inventars, soweit es Eigenthum der Ehefrau sei, gegen Zgraggen an.

Das Bezirksgericht Uri wies am 8. Mai 1883 und auf Appellation ebenso das Cantonsgericht am 12. September 1883 den Kläger mit seinem Begehren ab,

in Betracht :

1. Dass die klägerische Forderung von ca. Fr. 750 für das an Gustav Lutz gemachte Baaranleihen von der Gegnerschaft unbestritten ist.

2. Dass Schuldner Lutz dem Herrn Creditor für dieses Anleihen und Kosten unterm 29. März 1881 unbedingtes Pfand auf dem Inventar bestellte und zwar für hinlängliche Deckung der Schuld.

3. Dass nach Massgabe des von der Notariatskanzlei Aussersihl ausgestellten Inventar-Verzeichnisses das dem Herrn Zgraggen bestellte Pfand fast ausschliesslich jene Pfand-objecte betrifft, welche der Ehefrau Lutz geb. Düringer in dem unterm 6. Mai 1879 über ihren Ehemann Gustav Lutz eröffneten Concuse als deren Eigenthum zugesprochen worden.

4. Dass wenn auch laut Nr. 31 des Zürcherischen Amtsblattes pro 1879 über Gustav Lutz der Concurs publicirt und in Folge dessen, wie die Bescheinigung des Gemeinderathes Elsau ausweist, Frau Lutz unter Vormundschaft des Herrn J. G. Arnold in Zürich gestellt wurde, weder vom Concurse Lutz, noch von der Bevogtung von Frau Lutz im hiesigen Cantone, woselbst sich diese Eheleute im Jahre 1879 niederliessen, gestützt auf die sub 6. Oct. 1879 regierungsräthlich genehmigte Niederlassungs-Bewilligung, irgendwelche Publication oder sonstige Kenntnissgabe ertheilt wurde.

5. Dass zwar nach §§ 42/43 des Zürcherischen Concursverfahrens das Verwaltungsrecht des concursiten Ehemannes über das Vermögen seiner Ehefrau aufhört und speciell Frau Lutz der Vormundschaft unterstellt ist, dagegen die unbestrittene Thatsache bleibt, dass Frau Lutz sammt ihrem Inventar und Ehemann den Canton Zürich verlassen und während zwei Jahren ein Domicil im hiesigen Cantone aufschlug und trotz ihrer Bevogtung ihren Ehemann schalten und walten liess.

6. Dass dem Herrn J. G. Arnold als bestellter Vormund von Frau Lutz nicht nur der Aufenthalt der Letztern nebst ihrem Ehemanne in Altdorf bekannt, sondern auch im Wissen sein musste, dass Frau Lutz ihr sämmtliches Inventar mit sich nach Altdorf verbracht hatte.

7. Dass das freie Schalten und Walten seitens der Eheleute Lutz über dieses Inventar zur Annahme berechtigt, es sei ihnen dasselbe vom Vormunde der Frau Lutz zur freien Benutzung auch ausser Landes anvertraut worden, zumal für eine Sicherstellung gegen allfällige Verabwandlung und Verpfändung keinerlei Vorsorge getroffen wurde.

8. Dass mit Rücksicht auf die erwähnten Umstände die vom Ehemann Lutz auf dem Inventar seiner Ehefrau bestellte Pfandgabe, da diese Ehefrau sammt ihrem Kinde mit dem Ehemann in ungetrennter Ehe lebte und von Letzterm unter-

halten werden musste, als eine berechtigte betrachtet werden muss.

(Directe Mittheilung.)

2. Canton Freiburg. Urtheil des Appellhofes vom 22. Januar 1883.

Recht des Ortes der Wechselaussstellung
oder des Wohnortes des Schuldners für Beur-
theilung von Wechselschulden.

Die Brüder Dumoulin zu Attalens (Freiburg) hatten in Oron (Waadt) am 23. Sept. 1878 ein billet à ordre über Fr. 750 zu Gunsten Franz Dumoulin, zahlbar am 23. Januar 1879 im Domicil von H. Vuagniaux in Oron, unterzeichnet. Dieses Billet wurde an J. L. Taverney und von diesem an Vuagniaux indossiert. Bei Verfall wurde es nicht eingelöst und ging am 24. Januar 1879 unter Protest. Am 27. Januar 1882 liess Vuagniaux den Taverney dafür betreiben, welcher dagegen Rechtsvorschlag erhob, behauptend, er sei vom Protest nicht benachrichtigt und in der Monatsfrist nach Protesterhebung nicht belangt worden. Der Gläubiger V. klagte nun vor dem Bezirksgerichte de la Veveyse auf Rechtsöffnung gegen Taverney. Dieses Gericht wies durch Urtheil vom 13. November 1882 den Kläger ab :

„Considérant en droit, que le billet à ordre du 23 Septembre 1878, qui a servi de base aux gagements, ayant été fait dans le Canton de Vaud, souscrit payable dans le Canton de Vaud, est régi par la loi vaudoise“; woraus dann deducierte wurde, dass der Billetinhaber durch Unterlassung des Regresses gegen den Indossanten seinen Anspruch verwirkt habe.

Auf ergriffene Appellation änderte der Appellhof am 22. Januar 1883 dieses Urtheil und gab der Betreibung freien Lauf, considérant:

Que le billet à ordre du 23 Septembre 1878, sur lequel Mr. Vuagniaux fonde ses prétentions, revêt tous les caractères d'un titre régulier, à l'encontre duquel aucune opposition n'est soulevée ni quant à la forme ni quant au fond;

Que l'opposition de M. Tavernay repose sur la circonstance qu'il n'a pas été avisé du protêt du dit billet, fait le 24 Janvier 1879 par le Notaire Demiéville, et sur le fait que M. Vuagniaux ne l'a point actionné dans le mois dès le protêt,

comme Taverney estime qu'il aurait dû le faire pour se conformer à la loi vaudoise ;

Que ces motifs ne sont donc point opposés au titre lui-même, mais bien plutôt et spécialement aux poursuites faites pour obtenir l'exécution des engagements qu'il renferme ;

Qu'il est reconnu en droit international privé que tout ce qui se rapporte à l'exécution d'un titre est régi par la loi du domicile du débiteur ;

Que M. Taverney, tout en acceptant l'obligation, contenue dans le billet d'ordre, de payer à Oron, n'a fait aucune election de domicile dans cette ville, et ainsi il est resté soumis à la législation du lieu où il est domicilié, c'est à dire à la législation fribourgeoise : — Que l'art. 1 du code civil statue :

„Les lois du canton de Fribourg régissent toutes les personnes et tous les biens qui se trouvent dans son territoire, en tout ce qui n'est pas excepté par le droit des gens, par le droit public et les traités, ou par des dispositions spéciales.“

Que la loi fribourgeoise étant ainsi seule applicable, il y a lieu de voir si elle imposait à M. Vuagniaux l'obligation d'aviser M. Taverney du protêt intervenu et de l'actionner dans le mois dès le protêt ;

Que l'art. 177 du code de commerce dit : „*Tout engagement souscrit par un non-commerçant sur un billet à ordre, ou au sujet d'un billet à ordre, est régi par les dispositions du droit commun, à moins que cet engagement n'énonce une opération réelle de commerce pour laquelle il est souscrit.*“

Qu'il n'est pas douteux que les frères Dumoulin, souscripteurs du billet, et Taverney endosseur ne sont point commerçants et que l'engagement n'a point été souscrit en vue d'une opération réelle de commerce ;

Que le billet à ordre dont il s'agit n'est donc point régi par le Code de commerce, mais qu'il tombe dans le domaine du droit commun ;

Que le protêt qui est un acte d'exécution du contrat destiné à constater le défaut de paiement n'est point exigé par les lois fribourgeoises ; sa notification n'est donc point nécessaire et le créancier n'est pas tenu d'actionner dans le mois dès le protêt ;

Que le fait de n'avoir point actionné M. Taverney dans le mois dès le protêt ne peut donc être opposé à M. Vuagniaux comme une déchéance, soit une sorte de prescription qui frapperait son titre ;

Que le billet à ordre du 23 Septembre 1878, devant être assimilé aux créances et autres actions personnelles fondées

sur actes publics ou sous seing-prisé, ne peut être soumis qu'à la prescription de dix ans (art. 2138 du Code civil).

Que pour être autorisé à recourir à la voie des gagements, l'art. 3 de la loi sur les poursuites juridiques exige uniquement du créancier qu'il soit nanti d'un des actes exécutoires prévus à l'art. 4 de la même loi;

Que le billet à ordre rentrant dans cette catégorie, il s'en suit que M. Vuagniaux était porteur d'un titre exécutoire et pouvait recourir à la voie des gagements.

(Directe Mittheilung.)

3. Canton Neuenburg. Urtheil des Appellhofes vom 26. März 1881.

Verweigerung der Execution eines auswärtigen Urtheils über Vaterschaft eines unehelichen Kindes.

Das Amtsgericht Balsthal hatte auf Klage der Emma Berger von Oensingen den Fritz Schürer zu Landeron in contumaciam als Vater ihres unehelichen Kindes erklärt und zu einer Alimentationssumme von Fr. 60 jährlich bis zu vollendetem 16. Jahre des Kindes verurtheilt, im Uebrigen dem Kind den Namen und das Bürgerrecht der Mutter zugewiesen. Die Klägerin verlangte in Neuenburg die Execution dieses Urtheils. Der Appellhof verweigerte sie:

Sans s'arrêter aux allégués de F. Schurer, qui dit n'avoir eu connaissance de la demande formée par E. Berger et du jugement rendu par le tribunal de Balsthal,

Attendu que, dans le canton de Neuchâtel, la recherche en paternité est interdite,

Que ce sont des considérations d'ordre public qui ont engagé le législateur neuchâtelois à prononcer cette interdiction d'une manière absolue déjà dans la loi du 22 décembre 1849, puis par l'art 246 du code civil.

Attendu que suivant une jurisprudence constante la Cour ne peut accorder l'exécution de jugements qui au point de vue du droit public neuchâtelois sont sans valeur.

Attendu que si le jugement dont l'exequatur est demandé ne peut dans aucun cas et dans son dispositif principal recevoir son application, les condamnations pécuniaires qui en découlent suivent le sort du principal.

Que si l'on envisage, comme le fait le requérant, ces condamnations pécuniaires en soi et indépendantes de la cause

qui les a provoquées, le Tribunal de Balsthal était, aux termes de l'art. 59 de la Constitution fédérale, incomptént pour prononcer sur des réclamations personnelles faites à Schurer, qui est domicilié au Landeron.

(Arrêts de la cour d'appel, tome XIV, p. 211 s.)

4. Canton St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts vom 5. August 1881.

Verschollenheit. Bedeutung der Verschollenheitserklärung.

Der Mechaniker B. war auf den Fall seines Ablebens zu Gunsten seiner gesetzlichen Erben bei der Versicherungsgesellschaft C. für Fr. 3000 versichert. In der Nacht vom 7./8. Januar 1879 verunglückte er, den Ergebnissen einer diesfalls geführten bezirksamtlichen Untersuchung gemäss, auf dem Walensee. Die Erben suchten hierauf die Verschollenheitserklärung beim Bezirksgerichte S. nach, welches unterm 2. April 1880 eine öffentliche Edictalcitation an den Verunglückten auf den 30. September gleichen Jahres erliess und nach fruchtlosem Ablauf der Frist unterm 27. October desselben Jahres den B. verschollen erklärte, die Erbschaft auf dessen Nachlass eröffnete und den Erben auf die Dauer von fünf Jahren Bürgschaft für das Stammvermögen auferlegte, welche am 8. Januar 1881 geleistet wurde. Auf diese Vorgänge hin belangten die Erben die Versicherungsgesellschaft C. für Herausgabe des versicherten Betrages. Indem die letztere sich weigerte, diesem Begehr zu entsprechen, bezog sie sich vornehmlich auf folgende Gründe: Nach den §§ 3 und 8 des Versicherungsvertrages sei die Einforderung der Versicherungssumme an den förmlichen Ausweis des Ablebens des Versicherten gebunden. Die Verschollenheit enthalte nun aber eine blosse Präsumption des Todes zu Gunsten der Erben, welche für die Versicherungsanstalt um so weniger massgebend sein könne, als sogar der Art. 154 des Erbgesetzes die Möglichkeit des Lebens eines Vermissten noch während zehn Jahren einräume. Es könne daher während dieser Frist die nur für den Todesfall vorgesehene Versicherung nicht eingefordert werden. Mit der Bürgschaftsleistung habe sich die Anstalt nicht zu begnügen, da dieselbe nach Art. 154 nur dem Vermissten gegenüber und zu dessen Gunsten vorgesehen sei. Endlich müsse bei Annahme des Todes des Versicherten den Untersuchungsacten entnommen

werden, dass sich der Versicherte vertragswidrig in Gefahr begeben habe, womit der Anspruch auf die Versicherungssumme verwirkt worden sei.

Das Cantonsgericht, an dessen Entscheid die Sache mit Umgehung der ersten Instanz gebracht worden war, verurtheilte die Versicherungsanstalt zur Bezahlung der geforderten Fr. 3000 sammt Verzugszinsen zu 5 % vom 5. Mai 1881 an, geleitet von folgenden Erwägungsgründen:

Ein Wagniss Seitens des verunglückten B. anlässlich seiner Fahrt (im Schiffe) nach Walenstad, wie es von der Beklagten behauptet wird, könne nicht angenommen werden. Nach st. gallischem Rechte, an welches die Beklagte laut der ihr ertheilten Concession kommen müsse, könne unter den im vorliegenden Falle waltenden Umständen der Vorschrift des § 8 des Versicherungsvertrages auf Beibringung eines Todscheines nicht nachgelebt werden. An dessen Stelle trete die Verschollenheitserklärung durch Richterspruch, wodurch der Vermisste mittelst Rechtsvermuthung mit voller Beweiskraft als nicht mehr am Leben erklärt werde. Es constatiere nach st. gallischem Rechte die Verschollenheitserklärung gegenüber einer Versicherungsanstalt den Tod ebenso gut, als ein ärztliches Zeugniß oder ein Todeschein, und es wirke diese richterliche Erklärung auf alle Rechtsverhältnisse in gleicher Weise, wie der factisch nachgewiesene Tod. Hieran ändere der Umstand nichts, dass den Erben die Leistung einer Caution für eine gewisse Zeitdauer auferlegt worden sei. Denn von dieser Garantie könne das Gericht die Erben befreien und hätte im vorliegenden Falle, wo der Tod des B. zur höchsten Wahrscheinlichkeit dargethan sei, füglich davon Umgang nehmen können. Wollte der Wortlaut des § 8 des Versicherungsvertrages im Sinne des Anbringens der Beklagten genau innegehalten werden, so müsste in Fällen, wie der vorliegende, Ungerechtigkeit entstehen.

(Entscheidungen des st. gallischen Cantonsgerichts aus den Jahren 1880 u. 1881, S. 2 ft.)

5. Canton Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 28. September 1883.

Bedeutung der Todeserklärung für den Erbgang.

Durch Urtheil des Civilgerichts, Abtheilung Ehe- und Waisensachen vom 10. Mai 1882 wurde Wilhelm Dubied-Koch

von Basel, auf Grund des Gesetzes betreffend die Vermögensverhältnisse landesabwesender und vermisster Personen vom 4. October 1859 für todt erklärt und gemäss § 4 dieses Gesetzes als Zeitpunct des Todes der 1. December 1878 festgestellt. Einzige Erbin war seine Mutter, die heutige Beklagte, welche in Folge Mundtodterklärung unter der Curatel des Herrn Ferdinand Labhardt-Schubiger steht. Eine Erklärung über Annahme oder Verzicht der Erbschaft hatte derselbe Namens seiner Pflegbefohlenen bei Anlass der Todeserklärung nicht abgegeben.

J. Müller als Kläger forderte nun an Beklagte als Erbin des Wilhelm Dubied Bezahlung von Fr. 1000 nebst Accessorien aus einem Darlehen.

Die Beklagte lehnte zunächst jede Haftbarkeit ab aus dem Grunde, weil sie gar nicht Erbin des W. Dubied geworden sei. Dubied habe nichts hinterlassen und Beklagte sei daher auch nicht im Fall gewesen eine Erbschaft anzutreten oder darauf zu verzichten. Die Todeserklärung des W. Dubied habe nur Wirkung in Bezug auf die Vermögensrechte des Verschollenen, nicht aber in Bezug auf die Rechte und Pflichten seiner Erben. Uebrigens wäre in demjenigen Zeitpunkt, welcher vom gerichtlichen Urtheil als Todesmoment des Dubied angenommen worden sei, eine Erklärung über Antritt oder Verzicht schon desshalb nicht möglich gewesen, weil dieser Zeitpunkt erst 4 Jahre später festgesetzt worden sei. Sodann fehle für einen Erbschaftsantritt auch das formelle Erforderniss der waisenamtlichen Genehmigung nach § 36 des Vormundschaftsgesetzes und hätte auch der Civilgerichtspräsident nach § 37 dieses Gesetzes einen solchen Erbschaftsantritt gar nicht zulassen dürfen.

Weitere Einwendungen gegen die Existenz der Forderung von Fr. 1000 sind hier ohne Interesse.

Das Civilgericht Basel, durch Spruch vom 28. September 1883, welchen das Appellationsgericht am 8. November bestätigte, verwarf diese Einwendungen und verurtheilte die Beklagte zur Bezahlung der Klagsumme, mit folgenden Motiven:

Das Gesetz vom 4. October 1859 bestimmt ganz klar, dass ein Verschollener mit dem vollendeten 15. Jahr nach der letzten zu ermittelnden Nachricht, als todt zu betrachten ist. Von diesem Moment an gilt er als unfähig, Rechte zu erwerben (§ 4). Ein allfällig vorhandenes Testament wird eröffnet, gerade wie wenn der Vermisste jetzt gestorben wäre. Der Testamentserbe, oder in Abgang eines Testaments der-

jenige Erbe, der in jenem präsumtiven Todesmoment der nächste gesetzliche wäre, wird zur Erbschaft berufen (§ 7 und 5) und ihm das betreffende Vermögen zu freier Verfügung übergeben (§ 6), letzteres allerdings nur gegen Realcaution, welche dazu dient, noch weitere 15 Jahre dem Vermissten, falls er wieder zum Vorschein kommen sollte, sein Rückforderungsrecht zu sichern.

Wenn sich nun der zur Erbschaft Berufene gegen die nachtheiligen Folgen dieser Delation sichern will, so muss er diejenigen Schritte ergreifen, welche die Gerichtsordnung in den § 612 u. ff. dem Erben zu diesem Zweck gestattet, d. h. er hat innert der gesetzlichen Frist von 2 Monaten den Antritt sub beneficio inventarii oder den Verzicht zu erklären. Selbstverständlich muss die gesetzliche Frist nach Analogie von § 612 der Gerichtsordnung vom Moment der Berufung an gerechnet werden, als welcher hier die gerichtliche Todeserklärung anzusehen ist.

Da nun Beklagte innert dieser Frist keine Erklärung über Antritt oder Verzicht abgegeben hat, so gilt sie nach § 612 cit. als pure antretend. Der Umstand, dass ihr Vormund es versäumt hat, die nach § 36 des Vormundschaftsgesetzes erforderliche Genehmigung des Waisenamtes zu diesem Erbschaftsantritt einzuholen, kann höchstens eine Verantwortlichkeitsklage gegenüber dem Vormund, keineswegs aber die Nichtigkeit des geschehenen Antrittes begründen. Ebensowenig ist der Erbschaftsantritt desshalb ungültig, weil der Civilgerichtspräsident ihn wegen der mangelnden waisenamtlichen Genehmigung etwa hätte verweigern sollen (§ 37 des Vormundschaftsgesetzes). Denn der Civilgerichtspräsident hat bei Erbschaftsantritten überhaupt nur dann eine Cognition auszuüben, wenn dieselben sub beneficio inventarii geschehen (§ 614 G. O. und Art. 5 des Einführungsgesetzes vom 8. Februar 1875).

(Directe Mittheilung.)

6. Canton Luzern. Rekursescheid der Justizkommission des Obergerichts vom 6. Juli 1882.

Hypothekarrecht. Umfang des Pfandrechts:
Gebäude accessorium von Grund
und Boden.

Zur Liegenschaft „zur Sonne“ in Sursee gehörte früher auch ein ausserhalb des Städtchens gelegenes Stück Garten, welches jeweilen bei Gülterrichtungen mitverschrieben wurde.

Später wurde dann diese Parzelle von der Hauptliegenschaft wegverkauft und nachher darauf ein Haus erstellt. Die Eigenthümer der Liegenschaft „zur Sonne“ geriethen im Jahre 1881 an den Konkurs, und gestützt auf § 41 des Lucerner Konkursgesetzes, wonach die Inhaber von Grundstücken, welche in einem und demselben Gültbriefe für Eine Schuld mitverschrieben sind, ihre Stücke entweder in die über ein mitverpfändetes Grundstück ergehende Gant einwerfen oder durch Bezahlung der Gesammtgült lösen müssen, stellten mehrere Gültansprecher das Begehr, der Eigenthümer des z. Z. von der Hauptliegenschaft abgetrennten Stückes Garten habe dasselbe sammt dem darauf erstellten Haus in die Gant einzuwerfen, welchem Begehr der Eigenthümer hauptsächlich aus folgenden Gründen opponierte:

Unbestrittenermassen sei das neu erstellte Gebäude in den gegnerischen Titeln nicht mitverschrieben. Das Gesetz besage nun nirgends, dass bauliche Objekte, welche auf ein bisher verpfändetes Grundstück erstellt werden, ipso jure auch als Pfand für ältere Verschreibungen haften müssen. Auch das gemeine Recht behandle das Gebäude nicht unter allen Umständen als Nebensache zum Grund und Boden; es hange dieses vielmehr u. A. davon ab, welche Sache als diejenige erscheine, für welche die andere bestimmt, oder welche für sich von höherm Werthe sei. Mit Rücksicht auf die gegebenen Werthverhältnisse bilde im vorliegenden Falle offenbar nicht das Grundstück, sondern das darauf erstellte Gebäude die Hauptsache. Für solchartige Fälle sei das Rechtsverhältniss mit Bezug auf die Eigenthumsfrage durch § 281 unseres bürgerlichen Gesetzbuches geregelt.

Es wird sodann auf einen obergerichtlichen Entscheid vom 8. Jänner 1870 in Sachen X. Brunner gegen Creditoren Rüegger verwiesen.

Der Hypothekarkredit erleide durch die Anschauung des Opponenten in Wirklichkeit keine Einbusse, im Uebrigen sei die Theorie des Schutzes des Hypothekarkredites keineswegs eine absolute, sondern nur eine relative, was an Hand zweier Beispiele ausgeführt wird.

Wenn die Hypothekargläubiger dem erstellten Gebäude die Qualifikation von Rechtsamen im Sinne des § 23 des Hypothekargesetzes beilegen wollen, so müssten dieselben nach Massgabe dieser Gesetzesstelle in jedem Falle die auf dem Hause speziell haftenden Verschreibungen übernehmen.

Der Gerichtsausschuss von Sursee, welchem in erster Linie der Entscheid über die streitige Frage zustand, wies

das Begehrten der Gültansprecher um Einwerfung ab und beschützte den Eigenthümer bei seiner Opposition, wesentlich aus folgenden Gründen:

Der gegebene Streit beschlage nicht sowohl das Hypothekar-, als vielmehr das Eigenthumsrecht; denn es sei unzweifelhaft, dass der Bauplatz als solcher im Pfandnexus inbegriffen sei, und daher die solidarische Mitverhaftung desselben in die fraglichen Hypothekartitel fortdaure. Es handle sich daher nur darum, wie diese solidarische Haftbarkeit vorliegend zur Geltung kommen solle. Dies könne geschehen: entweder durch Verhaltung des Hauseigenthümers, gemäss § 281 Abs. 2 des b. G.-B., den wahren Werth oder Marktpreis des Grundstückes an die Hypothekargläubiger zu bezahlen, oder aber durch Einwerfung des Grundstückes mit Inbegriff des Gebäudes. Im ersten Falle mache Opponent das freiwillige Anerbieten, den Kaufpreis von Fr. 1400 zu bezahlen, wobei derselbe behaftet bleibe. Im letztern Falle wäre immerhin die Frage zu entscheiden, ob und inwieweit dem Eigenthümer aus dem Gesichtspunkte des Ersatzes für nützliche Verwendungen ein mit der exceptio doli geltend zu machender Entschädigungsanspruch zustehe.

Das Begehrten der Einwerfung verlangenden Creditoren stütze sich wesentlich auf die römisch-rechtlichen Grundsätze über Eigenthumserwerb durch Verbindung, speziell Jnädfikation. Nun sei aber das dahерige Rechtsverhältniss selbst mit Bezug auf das römische Recht kein abgeklärtes und unbestrittenes. In jedem Falle können diese Grundsätze nur subsidiäre Geltung beanspruchen. Unser bürgerliches Recht weise aber den römisch-rechtlichen Grundsatz: „quod inaedificatur solo cedit“ geradezu zurück, indem es denselben speziell in § 281 Abs. 2 des b. G.-B.¹⁾ durch eine den Interessen der Billigkeit Rücksicht tragende Rechtsnorm ersetze. Diese Bestimmung gelte auch für die vindicatio pignoris, und zwar a fortiori, weil der Umfang des Pfandrechtes kleiner sei, als derjenige des Eigenthumes. Im gegebenen Falle seien die thatsächlichen Voraussetzungen jener Bestimmung unbestrittenermassen vorhanden.

¹⁾ „Hat der Eigenthümer des Grund und Bodens um die Bauführung gewusst und sie dem Bauführer nicht sogleich untersagt, so kann er nur den Marktpreis des Grund und Bodens fordern und auf das Gebäude selbst keinen Anspruch machen.“

Eine Beeinträchtigung des Hypothekarkredites sei nicht ersichtlich, da die Pfandgläubiger mit nochmaliger Bezahlung des Kaufpreises genügend entschädigt seien.

Diese Anschauungen widersprechen der obergerichtlichen Praxis nicht, beziehungsweise stehen mit derselben im Einklang.

Gegen diesen Entscheid ergriffen die Gültansprecher den Rekurs an die Justizkommission des Obergerichts, welche den 6. Juli 1882 in Umänderung des erstinstanzlichen Entscheides den Rekurs als begründet erklärte und den Eigentümer anhielt: entweder das fragliche Grundstück sammt dem darauf erstellten Gebäude in die Gant einzuwerfen, oder aber die betreffenden Hypothekaransprachen zu lösen, — aus folgenden Gründen :

Dass, wenn in materieller Hinsicht die erste Instanz bei Schöpfung ihres Entscheides von der Ansicht ausging, es seien vorliegend zunächst nicht die Bestimmungen des Hypothekarrechtes, sondern vielmehr diejenigen über das Eigentumsrecht massgebend, mit dieser ihren weiten Ausführungen als Grundlage dienenden Anschauung der Streitfall auf einen Boden versetzt wird, welchem der selbe nicht angehört, insbesondere aber die Anwendung des § 281 Abs. 2 des b. G.-B. unzutreffend ist, indem :

- a. allerdings das Pfandrecht seiner Entstehung nach ein Ausfluss des Eigentumsrechtes ist und daher der Eigentümer durch Bestellung eines Pfandrechtes nicht mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen; hiedurch aber keineswegs ausgeschlossen ist, dass das einmal konstituirte Pfandrecht als ein selbständiges dingliches Recht mit Bezug auf Fortdauer und Umfang sein eigenes, von den Eigentumsverhältnissen an dem Unterpfande unabhängiges Schicksal habe;
- b. Die Voraussetzungen des cit. § 281 vorliegend ohnehin nicht zutreffen, indem diese Gesetzesstelle den Fall im Auge hat, wo ein Gebäude auf fremden Grund und Boden erstellt wird, während im gegebenen Falle das Gebäude vom Eigentümer auf dem eigenen Grundstück errichtet wurde, weshalb es auch durchaus unrichtig ist, wenn in den Erörterungen des Opponenten seine, resp. die Stellung seines Rechtsvorgängers als Ersteller des Gebäudes den Pfandgläubigern gegenüber wiederholt als die Stellung eines Dritten bezeichnet wird.

Dass daher, nachdem überall zugegeben wird, dass das betreffende Grundstück als solches im Pfandnexus der fraglichen Hypothekartitel inbegriffen ist, lediglich entschieden werden muss, ob sich dieser Pfandnexus neben dem Grund und Boden selbst auch auf das in der Folge darauf errichtete Gebäude erstrecke, für welche Frage neben allgemein sachenrechtlichen Grundsätzen die Bestimmungen des Hypothekarrechtes massgebend sein müssen.

Dass diese Frage im Sinne der Anbringen der Rekurrenten zu entscheiden ist, und zwar:

- a. mit Hinsicht auf das gemeine Recht, welches den unbestrittenen Grundsatz aufstellt, dass mit der Pfandsache Alles zu haften habe, was mit derselben zu einem Ganzen verbunden ist, und so namentlich auch mit dem verpfändeten Grundstücke das auf demselben errichtete Gebäude (vgl. u. A. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechtes Bd. I § 226 a Note 6 und die hier zitierten Quellenstellen; Arndts Lehrbuch der Pandekten § 368 zu Anfang);
- b. mit Bezug auf unser kantonales Recht, welches eine Abweichung von diesem gemeinrechtlichen Grundsatz nicht enthält, vielmehr denselben insoweit bestätigt, als gemäss §§ 207 und 208 des b. G.-B. ein Gebäude seiner Naturbestimmung nach zum Grundstücke gehört, und gemäss § 22 des Hypothekargesetzes vom Pfandnexus ohne Weiteres ergriffen wird, was nach Massgabe jener Bestimmungen zum Liegenden gehört;
- c. mit Bezug auf die obergerichtliche Praxis, welche jenen Grundsatz in einer Reihe von Entscheiden festgehalten hat (s. u. A. Präjudikat vom 7. Dezember 1871, amtliche Sammlung, Seite 78), wobei zu bemerken ist, dass das vom Opponenten angerufene Urtheil vom 8. Jänner 1870 allerdings zu gegentheiligen Anschauungen hinneigt, immerhin aber dasselbe auf andern thatsächlichen Verhältnissen beruht, und, abgesehen hiervon, gegenüber den seither mehrfach erlassenen obergerichtlichen Entscheiden nicht in die Wagschale fallen kann.

Dass bei diesem Rechtsverhältnisse das Begehren der Rekurrenten materiell und formell gerechtfertigt ist:

Materiell mit Bezug auf die für die pfandrechtliche Verhaftung von Grundstücken geltenden Grundsätze der Solidarität und Priorität, wonach der Pfandgläubiger für

seine Ansprache nach Massgabe seines Titels auf jedem Theile des Unterpfandes Deckung, und zwar, mit Verdrängung aller ihm nachgehenden Verschreibungen, volle Deckung zu suchen berechtigt ist; formell mit Bezug auf das für Realisirung dieser Ansprüche in § 41 c des K.-G. normirte Verfahren.

(Directe Mittheilung.)

7. Canton Uri. Urtheil des Bezirksgerichts vom 16. Juli 1883.

Unterschied von Gült und Obligation bezüglich persönlicher Haftbarkeit des Pfandinhabers.

Im Jahre 1872 brachte Joh. Kempf in Andermatt einen Antheil Haus und Stall mit Remise für Fr. 12,500 käuflich an sich und nachdem derselbe im Jahre 1874 in's Falliment gekommen, nahmen die Herren Gebr. Huber als hinterste Kreditoren das Unterpfand an, besassen es während 5 à 6 Jahren und bezogen jährlich Fr. 710 Miethzins.

Auf diesem Antheil Haus und Zubehör besass A. Danioth von Andermatt ein Obligo von Fr. 1346. 38, und nachdem der Werth der Wohnungen durch die Eisenbahn-Verhältnisse gesunken, strebten die Herren Huber die gerichtliche Bewilligung für das Aufwerfen des Unterpfandes an, wogegen Kläger als Inhaber des Obligo von Fr. 1346 opponirte in dem Sinne, dass vorerst die 1881er Zinse bezahlt werden und das Aufwerfen dem Obligo-Inhaber nicht zum Nachtheil gereichen dürfe.

Vom Bezirksgericht Ursern wurde mit diesem bedingten Vorbehalt das Aufwerfen bewilligt.

Nach Publikation des Beneficium Inventarii erfolgte die Bezahlung der Zinse dennoch nicht und wurde das bewilligte Aufwerfen auf gerichtliche Verfügung wieder revozirt, wogegen die Gebr. Huber an's Kantonsgericht rekurrirten und die Revocation wieder aufgehoben wurde.

Danioth erhob nun gegen die Gebrüder Huber Klage auf Bezahlung der Fr. 1346. 38 und machte in rechtlicher Beziehung hiefür geltend:

1. Der Liquidations-Auszug sowohl, als das vorgewiesene Obligo beweise, dass Kläger auf dem von den Beklagten abgetretenen Hausantheil und Zubehör Inhaber dieses Obligo's von Fr. 1346. 38 sei, welche bestanden, als noch Joh. Kempf Besitzer des Unterpfandes war.

2. Dieses Obligo sei in Gemässheit des Art. 138, Z. 3¹⁾) kündbar und Schuldner hafte, auf den Fall des Verlustes auf dem Unterpfande, mit Hab und Gut für die Ersatzpflicht.

3. Laut der vorgewiesenen amtlichen Bescheinigung sei dieses Obligo den Herrn Huber sub 26. April 1881 zur Abbezahlung aufgekündet worden, und zwar, bevor die Aufwerfung des Unterpfandes stattgefunden, indem laut Amtsblatt No. 28 die letztere erst den 12. Juni 1881 statt hatte.

4. Laut Bescheinigung des Falliments-Secretairs von Ursern sei nun das auf den Namen der Herren Huber lautende Obligo auf dem Unterpfand verloren gegangen.

5. Laut dem vorgelegten Gerichtsurtheil vom 23. Juni 1881 sei die Bewilligung für die Aufwerfung nur ohne Präjudiz für das Obligo erfolgt und Kläger habe bei Anlass der Liquidation jedwede Rechte und speziell gegen die Aufwerfung hinsichtlich der Obligo-Kündung Verwahrung zu Protokoll erklärt.

Die Beklagten (Gebr. Huber) machten dagegen geltend:

Nachdem Joh. Kempf ins Falliment gekommen, sei Anteil Haus und Zubehör desselben den Herren Huber als Pfandinhabern von der Fallimentscommission um die Totalsumme von Fr. 11,054. 90 Rp. zugestellt worden, nämlich mit einem Total-Vorstand von Fr. 10,500; Zinsen pro 1874 Fr. 423. 90 Rp., Liquidationskosten Fr. 131. —. Dem heutigen Kläger sei sub 2. Juli 1876 vom vorstehenden Capital ein Obligo von Fr. 1000. — abbezahlt worden, so dass der Vorstand noch in Sa. Fr. 9500. — bestand. Die Herren Huber haben Fr. 1500. — für Reparatur des Hauses ausgegeben, und nachdem die Rentabilität des Hauses gesunken, haben sie das Aufwerfen desselben angestrebt und zu diesem Behufe vom Gemeinderath Andermatt sub 1. März 1881 die Bescheinigung erhalten, dass das Haus weder beschädigt noch in Abgang gekommen sei, worauf das Bezirksgericht Ursern das Aufwerfen des Unterpfandes bewilligt und publizirt habe.

Ohne irgendwelche vorherige Kenntnissgabe an die Herren Huber sei Herr Danioth sub 7. Dec. 1881 vor Bezirksgericht Ursern gelangt und habe, gestützt auf den an-

¹⁾ Dieser § 3 bestimmt, dass Handschriften (im Gegensatz zu den Gültien des § 1) beliebig kündbar sind und wenn das Unterpfand verloren geht, der Schuldner mit all' seinem Hab und Gut dafür haften muss. Vergl. übrigens die Note am Schlusse der Mittheilung.

geblichen Grund, dass die Herren Huber die für die Abtretung bedingten Requisiten nicht erfüllt haben, die Revokation erwirkt, wogegen die Beklagten rekurrirten und die kantonsgerichtliche Begründeterklärung des Recursoes erfolgte.

Mit Schreiben v. 6. März 1882 habe nun Herr Fallimentschreiber Regli erklärt, dass die Aufwerfung als „erledigt“ zu betrachten und vom Falliments-Präsidium der Befehl ertheilt sei, die Gebäulichkeit nach Anleit des Gesetzes den hintersten Creditoren anheimzustellen. Das eidliche Verhör des Herrn Fallimentschreibers ergebe nun, dass dieser Weisung nachgekommen, von den hintersten Creditoren, welche mit ihren Titeln die Annahme oder den Verzicht zu erklären hatten, in welche Categorie auch das Obligo des Herrn Danioth gehörte, keine Antwort erfolgt sei, somit der Verzicht auf die Annahme angenommen werden konnte.

Auffallender Weise wisse nun, entgegen den Bestimmungen der Fallimentsordnung, Niemand, wer nun das Unterpfand angenommen habe und unter welchen Conditionen und wer hierüber verfügt habe, obwohl es sogar verkauft sein soll. Ebensowenig sei zur Stunde beim Hypothekar-Schreiber eine Handänderung angegeben worden. Auffallend sei ebenfalls, dass das Obligo des Herrn Danioth, womit das Unterpfand nebst den andern hiemit in solidum gehenden übrigen Titeln hätte angenommen oder darauf verzichtet werden sollen, noch unverschnitten habe vorgelegt werden können.

In rechtlicher Beziehung führten die Beklagten an:

1. Nicht Herr Apotheker Huber sei, wie Gegner behauptet, Kopfschuldner resp. ursprünglicher Schuldner, indem das eidliche Verhör des Hypothekarschreibers ergebe, dass das klägerische Obligo urkundlich bestanden habe, als noch Kempf Eigenthümer des Unterpfandes gewesen, und dass selbes, weil seither vermisst, nur ergänzt worden sei und zwar auf den Namen des Herrn Huber.

2. Art. Ldbch. 138 bestimme, wie Schuldtitle aufgerichtet und aushin gegeben werden mögen. Herr Regli habe eidlich ~~deponirt~~, dass dem Herrn Huber das neugefertigte Capital weder vorgelesen worden, noch derselbe bei der Angabe oder Aushingabe anwesend gewesen sei.

3. Dass dieses Obligo aufkündbar gewesen, werde nicht bestritten, dass der Inhaber desselben aber befugt sei, bei Verlust des Unterpfandes die Herren Huber zum Ersatze mit Hab und Gut zu verpflichten, könne nicht zugegeben werden, indem laut Art. Ldbch. 138 nur die Handschriften Hab und Gut des Schuldners beschlagen, die Obligos aber

diesen Charakter nicht besitzen. Herr Danioth habe nun bei Verzicht auf die Annahme des Unterpfandes und damit verbundenen Verlust des Obligos, weder bei der Verzichtserklärung, noch bei der Liquidationsverhandlung zu Lasten der Herren Huber eine Regress-Erklärung abgegeben und habe nun einen Regress auf selbe verwirkt.

4. Durch das Aufwerfen des Unterpfandes seien die Inhaber des Obligos in ihren Rechten nicht gefährdet worden, indem es sich nicht um ein Capital, welches die Herren Huber schuldig wurden, sondern um eine schon seit 1872 bestandene Urkunde handle, welche den Charakter einer Handschrift, wie das Gesetz vorschreibe, durchaus nicht besitze, sondern von derselben sich weit unterscheide.

5. Laut § 21 der Falliments-Ordnung hätte das Obligo des Herrn Danioth, wenn es auf dem Unterpfande verloren gegangen wäre, verschnitten werden sollen; nun aber liege dasselbe noch ganz vor und dennoch wollen die Herren Huber wegen Verlust desselben belangt werden.

Uebrigens sei zur Stunde noch ein Dunkel über die Art und Weise, wie diese Liquidation beendigt worden sei und durch wen das Unterpfand habe verkauft werden können.

Das Bezirksgericht Uri wies durch Urtheil vom 16. Juli 1883 den Kläger mit seinem Begehren ab, unter folgender Motivirung:

1. Dass die klägerische Pfandforderung von Fr. 1346. 38 Rp. sich namentlich darauf stützt, es haben die Beklagten Herren Gebrüder Huber ihren in Andermatt gelegenen Anteil Haus, Stall und Zugehör infolge gerichtlicher Bewilligung zu Handen der Creditoren aufgeworfen, ohne die hiemit verbundenen Verbindlichkeiten zu erfüllen, indem sie ein hierauf haftendes, dem Kläger gehörendes, aber zu Verlust gekommenes Obligo von Fr. 1346. — ungeachtet selbes laut amtlicher Bescheinigung schon vor dem Aufwerfen den Beklagten sei aufgekündet worden, nicht bezahlen wollen.

2. Dass Kläger im Besitze eines auf diesem aufgeworfenen Unterpfande haftenden Obligos im besagten Werthe ist, und auch dafür, dass selbes vor dem Aufwerfen zur Abbezahlung den Herren Huber sei aufgekündet worden, die amtliche Bescheinigung vom 26. April 1881 vorliegt.

3. Dass aber der vom Kläger für die Haftbarkeit der Zahlungs- oder Ersatz-Pflicht angerufene Art. Ldbch. 138 § 3, wornach behauptet wird, dass bei Aufwerfen von Liegenschaften für die zu Verlust gekommenen Obligos der Auf-

wurfende mit Hab und Gut hafte, in gegenwärtiger Rechtsfrage keine Anwendung finden kann, indem § 3 des Art. Ldbch. 138 nur die Inhaber von Handschriften nebst dem speziellen Unterpfandsobjekte auch des Schuldners Hab und Gut mit als Unterpfand besitzen, und aber gemäss § 4 des gleichen Artikels der Aufwerfer eines Unterpfandes nur gegenüber dem Inhaber einer zu Verlust gekommenen Handschrift zur Restitution derselben haftbar bleibt.

4. Dass dagegen der von Herrn Danioth vorgewiesene Titel nicht als eine Handschrift, sondern nur als eine Obligation aufgefasst werden kann, welche das zu Lasten der Herren Huber behauptete persönliche Restitutionsrecht nicht besitzt.

5. Dass das klägerische Obligo ebensowenig als eine Kopfschuld der Beklagtschaft betrachtet werden darf, indem dasselbe laut amtlicher Bescheinigung urkundlich zu Recht bestund, lange bevor die Herren Huber Inhaber des Unterpfandes waren, von letzteren jedoch, weil vermisst, laut Deposition des Hypothekarschreibers von Ursen erneuert werden musste.

6. Dass Kläger überdies bei Abgabe der Verzichterklärung auf Annahme des Unterpfandes die Aufwerfer weder regressirte, noch aber dafür, dass eine bezügliche Regresserklärung an's Liquidationsprotokoll angegeben worden sei, einen Beweis anstrebe.

Das Kantonsgericht, auf Appellation des Klägers, bestätigte am 13. September 1883 dieses Urtheil.¹⁾

(Directe Mittheilung.)

¹⁾ Der in Frage liegende grundsätzliche Entscheid ist besonders für die kantonalen Verhältnisse von grossem Interesse. Das Gesetz, Art. 138 des Landbuchs spricht nämlich blos von zwei Arten von Gülttiteln: — Altgülten, nicht kündbar für den Creditor, für den Gültschuldner aber jederzeit rückzahlbar; — Handschriften, für den Unterpfandsbesitzer jederzeit rückzahlbar, für den Titelinhaber ebenfalls kündbar, jedoch mit Einhaltung eines einjährigen Kündigungstermines.

Als Sicherung für Altgülten haftet blos das Unterpfand, nicht die Person des Besitzers, während bei Handschriften eine persönliche Hab- und Guts-Verpflichtung gesetzlich normirt ist.

Die Obligationen sind ein Gebilde der neueren Rechtspraxis, rückzahlbar jederzeit für den Schuldner und ebenso in der Regel kündbar für den Inhaber; mitunter ist aber die Kündbarkeit für den Creditor an Bedingungen geknüpft: z. B. Ausstehen von 2 Capitalzinsen, Einhaltung eines vorherigen 3—6monatlichen Kündigungstermins.

Nach der ziemlich allgemein recipirten Ansicht wurden bis in die neueste Zeit Obligationen als eine Art kündbarer Altgülten aufgefasst, mit Ausschluss persönlicher Haftbarkeit des Unterpfandbesitzers; erst in neuerer und neuester Zeit wurden vereinzelte Stimmen laut, welche einer

**8. Canton Zürich. Urtheil des Bezirksgerichts Meilen
vom 26. April 1883.**

**Anspruch des Pfandgläubigers auf
neue Sicherung bei Untergang des Pfandes.
Eintritt der Versicherungssumme in die
Stelle des Pfandes.**

K. Götz verkaufte dem J. Zinsmeyer im Jahre 1881 ein auf dem Rain Herrliberg gelegenes Heimwesen nebst einer Anzahl Fahrhaben um den Preis von Fr. 44,000. Hieran bezahlte der Käufer beim Kaufe Fr. 8000 an baar, ferner am 2. Januar 1882 Fr. 2050. Für den Betrag von Fr. 4000 wurde ein Kaufschuldbrief errichtet, welcher in jährlichen, mit Martini 1882 beginnenden Raten von 1000 Fr. abzuzahlen war, der Rest des an den Verkäufer zu bezahlenden Kaufpreises war erst von 1885 an kündbar. Für jene durch den Kaufschuldbrief grundversicherten Fr. 4000 errichtete der Käufer zu weiterer Sicherheit noch eine freiwillige Pfandverschreibung zu Gunsten des Verkäufers auf eine Reihe von Fahrhabegegenständen im ungefähren Werthe von Fr. 4500. Die Pfandverschreibung schliesst mit der Bemerkung, dass der Verkäufer im Falle der Nichtbefriedigung sich auf dem Weg Rechtens durch die Pfänder bezahlt machen könne. Eine Bestimmung über die Versicherung der Pfänder gegen Feuergefahr und über einen Anspruch des Verkäufers auf die Versicherungssumme ist in der Pfandverschreibung nicht enthalten, dagegen versicherte der Käufer seine sämmtliche Fahrhabe von sich aus bei der schweizerischen Mobiliarassekuranz. An den Kaufschuldbrief zahlte er die mit Martini 1882 fällige Rate von 1000 Fr. ab, so dass er im Ganzen an dem Kaufpreise 11,050 Fr. abbezahlt hat.

Am 8. Januar d. J. brannten Haus und Scheune des verkauften Guts bis auf den Grund nieder. Die Versicherungssumme der Gebäude betrug Fr. 8000, für das Mobiliar, von dem beinahe nichts gerettet werden konnte, wurde die Entschädigung auf Fr. 8291 bestimmt. Auf Begehren des Verkäufers wurde die gerichtliche Hinterlegung von Fr. 3000 der Mobiliarentschädigungssumme angeordnet und nur der Rest an den Eigenthümer ausbezahlt, die Parteien aber mit

gegentheiligen Auffassung das Wort redeten; eine gerichtliche Spruchpraxis bestand aber nicht, bis im vorliegenden Falle die Gerichte im Sinne der ersten Rechtsanschauung entschieden haben und zwar, nach unserer Ueberzeugung, mit vollem Rechte, indem durch Einräumung der Kündbarkeit auch für den Gültinhaber der Verkehrswert der gewöhnlichen Altgülten, welche immer noch im Kantone weitaus die Regel bilden, gesteigert werden wollte.

ihrem Streite über den Anspruch des Pfandgläubigers an dem deponirten Betrage in's ordentliche Verfahren verwiesen.

K. Götz erhab nun Klage mit der Begründung, der Kreditor sei berechtigt, Massnahmen zu treffen, wenn die Sicherheit seiner Forderung gefährdet sei; im vorliegenden Falle sei nichts mehr vorhanden und er dürfe desshalb auf die an Stelle der Pfänder getretene Assekuranzentschädigung greifen, bis wieder andere Deckung geleistet werde, wie der Beklagte solche in der Pfandverschreibung neben der Grundversicherung versprochen habe. Da die Errichtung einer neuen Pfandverschreibung nicht mehr möglich sei, so müsse die Assekuranzentschädigung bis zur Tilgung der Schuld gerichtlich hinterlegt bleiben.

Der Beklagte verlangte dagegen Aushingabe des deponirten Betrages, da die Errichtung einer Pfandverschreibung nicht mehr möglich sei und er sich nur hiezu, nicht aber auch dazu verpflichtet habe, für den Fall des Unterganges der Pfänder durch Zufall anderweitige Sicherheit zu leisten, um so weniger, als sich der Gläubiger gegen die Gefahr eines solchen Zufalls nicht vorgesehen habe, ein stillschweigendes Pfandrecht aber an der Assekuranzentschädigung für die Pfänder einer freiwilligen Pfandverschreibung nicht bestehe.

Das Bezirksgericht Meilen wies in seinem Urtheil vom 26. April 1883 den Kläger mit seinen Ansprüchen ab und ermächtigte den Beklagten zum Bezug der deponirten 3000 Fr. Aus den Motiven ist hervorzuheben:

Die Errichtung einer neuen Pfandverschreibung ist nach § 210 des schw. O. R. zur Zeit nicht mehr möglich. Dieser durch die Veränderung des positiven Rechtes hervorgerufene Umstand kann den Kläger nicht berechtigen, Leistung anderweitiger Sicherheit zu begehrn, da derselbe lediglich aus der rechtlichen Natur der bestehenden Sicherheit gefolgt ist und der Untergang eines Rechtes durch gesetzgeberischen Act jedenfalls nur den Inhaber dieses Rechtes treffen kann.

Es gibt nun keine Bestimmung, welche dem Gläubiger das Recht gewährt, von dem Schuldner neue Sicherheit zu verlangen, falls er die bisherige durch Untergang in Folge Zufalles verliert, sondern der Schuldner ist nur pflichtig, einmal zu leisten, durch den Untergang des Pfandes geht das Pfandrecht unter (vergl. die Präjudizien in Ullmer Commentar Nr. 1811 und 1186 und Windscheid, Pandekten 4. Auflage § 382,2);

Uebrigens erscheint das Begehren auch materiell als unbegründet. Allerdings sind von den Pfändern, welche für die Forderung des Klägers haften, Haus und Scheune mit einem Assekuranzwerthe von 8000 Fr. und Fahrhaben in einem ungefährnen Werthe von Fr. 4500 verbrannt. Hinsichtlich der Immobilien darf auf Grund des Zeugnisses des Gemeindrathes Herrliberg, der vom Beklagten eingelegten Massbeschreibung und der Zugaben des Klägers angenommen werden, die neuerstellten Gebäude erreichen wieder den Werth der abgebrannten; aber auch, wenn ein Wiederaufbau derselben gar nicht erfolgt wäre, ist ein namhafter Schaden für den Kläger zum Voraus durch die Bestimmung des § 806 des privatrechtl. Gesetzbuches unmöglich gemacht. Dem Verlust der Fahrhaben mit Fr. 4500, — dafür dass der Kläger dem Beklagten für Fr. 8000 Fahrhabe in den Kauf gegeben habe, liegt nichts vor, — stehen aber Anzahlungen an den Kaufpreis im Betrage von 11,050 Frkn. gegenüber. Daraus folgt, dass der Werth der Pfande die auf denselben haftenden Schulden um mindestens 6000 Fr. übersteigt, insfern wenigstens der Kläger dem Beklagten das Heimwesen nicht über seinen wahren Werth verkauft hat, was von ihm nicht behauptet worden ist. Diese Summe ist aber eine so erhebliche Quote der auf dem Heimwesen haftenden Schulden, dass sie für den Fall einer Zwangsliquidation ausreicht, um die bei einem solchen Verkaufe zu gewärtigenden Einbussen und einen etwaigen Rückgang der Güterpreise zu decken. Jedenfalls wäre es Sache des Klägers gewesen, den Beweis dafür, dass er für seine Forderung zur Zeit keine genügende Deckung mehr habe, anzuerbieten; er hat das aber unterlassen.

Die zweite Alternative, die Kläger dem Beklagten gestellt wissen will, geht auf Bezahlung der Schuld, für welche das Pfandrecht bestellt worden ist. Soweit dieselbe überhaupt noch besteht, ist sie nach den vertraglichen Vereinbarungen zur Zeit nicht fällig; nun gibt es aber in einem solchen Falle für den Gläubiger so wenig ein Recht zu sofortiger Kündigung des Darlehens unter Aufhebung der Vertragsbestimmungen über die Rückzahlung der Hauptschuld, als ein Recht auf Leistung neuer Pfande nach Untergang der früheren; überall vorausgesetzt, dass den Schuldner kein Verschulden treffe (Vide das schon citirte Präjudiz Ullmer No 1811).

Der Kläger kann auch nicht mit der Behauptung Bezahlung beanspruchen, dass die Pfandverschreibung realisiert

sei, denn eine Realisirung ist nach § 886 des privatrechl. Gesetzbuches nur durch Versilberung in Folge Rechtstriebes oder im Konkurse möglich.

Es könnte sich nun einzig fragen, ob der Kläger, was zwar von ihm nicht positiv behauptet worden ist, die Deposition der Summe von 3000 Fr. auf Grund davon begehren dürfe, dass das Pfandrecht an den Gegenständen nach deren Untergang die Versicherungssumme, die für dieselben als Gegenwerth bezahlt worden, umschliesse, dass also an der Versicherungssumme ein freiwilliges Pfandrecht zu Gunsten des Klägers besteht.

Die zürcherische Gesetzgebung enthält eine Bestimmung dahingehend, dass die Versicherungsentschädigung für verpfändete Mobilien dem Pfandgläubiger in irgend welcher Weise zukommen solle, nicht; ebensowenig hat sich der Kläger in der Pfandverschreibung dieses durch Vertrag zugesichert, er hat ja nicht einmal den Beklagten verpflichtet, die Pfänder gegen Feuerschaden zu versichern.

Mit Bezug auf die Immobilien ist dem Pfandgläubiger durch § 806 des privatrechl. Gesetzbuches und § 43 des Brandassekuranzgesetzes ein Vorrecht auf die Versicherungssumme eingeräumt, man ist also dabei von der Ansicht aus gegangen, dieser Anspruch verstehe sich nach dem Rechtsbegriffe, den das zürcherische Gesetzbuch von der Wirkung des Pfandrechtes hat, nicht von selbst, sondern müsse ausdrücklich durch das Gesetz gewährt werden; daraus muss mit Notwendigkeit der Schluss gezogen werden, dass, soweit dem Pfandrechte diese Wirkung nicht zuerkannt wird, solche nicht vorhanden ist; dies ist aber bei der freiwilligen Verpfändung von Mobilien der Fall. Man kann denn auch mit Recht daraus, dass die Versicherungssumme den Gegenwerth der Pfänder bildet, nicht schliessen, dass darum ein Pfandrechtsanspruch an jener bestehe, denn die Identität zwischen beiden ist für das Verhältniss zwischen Pfandgläubiger und Pfandschuldner lediglich eine ökonomische, keineswegs aber eine tatsächliche, das Pfandrecht ist aber ein dingliches Recht, das an den einzelnen Gegenständen haftet. Dies ist um so wahrer, als eine Beziehung zwischen Pfandrecht und Versicherungssumme im Pfandvertrag überall nicht zum Ausdruck gelangt. Ein Anspruch des Gläubigers auf die Versicherungssumme kann deshalb nur anerkannt werden, wenn der Pfandvertrag in diesem Sinne ausgedehnt wird, wenn also der Pfandschuldner dem Pfandgläubiger nicht nur die Pfänder, sondern auch für den Fall ihres Untergangs deren

Versicherungssumme zu Pfand zu geben erklärt, was, wie schon bemerkt, hier nicht geschehen ist.

Allerdings wird in der gemeinrechtlichen Doktrin die Ansicht geltend gemacht, das Pfandrecht begreife auch die für das untergegangene Pfand zu zahlende Versicherungssumme in sich (vergl. Windscheid a. a. O. § 248,2), allein es sind die im gemeinen Recht geltenden Grundsätze auf verschriebene Pfänder nach zürcherischem Rechte nicht übertragbar, da jenes Recht dem Pfandrechte eine viel grössere Ausdehnung und dem Pfandgläubiger viel weiter gehende Befugnisse einräumt, als dies bei der freiwilligen Pfandverschreibung der Fall ist. Wollte man übrigens die Ausdehnung des Pfandrechtes auf die Versicherungssumme des verschriebenen Pfandes für den gegenwärtigen Streit gestatten, so könnte man jedenfalls dem Gläubiger nicht mehr Rechte an der Versicherungssumme einräumen, als ihm nach zürcherischem Rechte am Pfande selbst zugestanden haben, m. a. W., Kläger hätte kein Recht, die Versicherungsentschädigung herauszuverlangen oder deren gerichtliche Deposition zu begehren, vielmehr müsste er gestatten, dass die Geldsumme dem Schuldner als anvertrautes Gut im Sinne von § 883 des privatrechtl. Gesetzbuches überlassen werde, denn so lange (wie das hier der Fall ist) die Pfandrechtsforderung noch nicht verfallen ist, muss das Pfand in den Händen des Schuldners belassen werden.

Die subsidiäre Anwendung des gemeinen Rechtes erscheint aber nicht nur aus dem angeführten Grunde, dass das römische Pfandrecht von demjenigen einer freiwilligen Pfandverschreibung gänzlich verschieden ist, sondern auch desshalb als unzulässig, weil der Inhalt dieses Pfandrechtes und die dem Pfandgläubiger zustehenden Befugnisse durch das Gesetz in vollem Umfange geregelt sind.

(Directe Mittheilung.)

9. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 8. Juli 1882.

Verjährung gründversicherter Kaufszahlungen.

Auf der Liegenschaft „Oberroth“ zu Ruswil wurde in den 60er Jahren für Kaufszahlungen ein Zahlungsbrief — auf der Liegenschaft haftendes Hypothekarinstrument — errichtet mit jährlichen Zahlungen von Fr. 200, jeweilen auf 25. Juli

fällig. — Für die auf den 25. Juli 1867 verfallene Terminzahlung wurde nun erst den 6. Juni 1878 Betreibung angehoben, gegen welche aber Rechtsdarschlag erfolgte. — In dem nun folgenden Rechtsstreite schützte der Verklagte hauptsächlich die Einrede der Verjährung vor: die eingeklagte Zahlung sei schon den 25. Juli 1867 verfallen gewesen, und da erst den 6. Juni 1878, also nach Ablauf der ordentlichen zehnjährigen Verjährungsfrist, die Schuld betreibung sei angehoben worden, so sei das Klagerecht durch Verjährung erloschen.

Das Obergericht verneinte die Schutzbehauptung des Beklagten und verurteilte diesen zur Bezahlung der eingeklagten Forderung, — wesentlich aus folgenden Gründen:

Gemäss § 789 des b. G.-B. verjähren auf Liegenschaften haftende Hypothekarinstrumente, die in den öffentlichen Büchern unausgelöscht sich eingetragen befinden, nicht. Allerdings bestimmt der darauf folgende § 790 des b. G.-B.: „Verfallene Leistungen, die zu bestimmten Zeiten zu entrichten sind, und Zinsen aller Art verjähren mit dem Ablaufe der ordentlichen Verjährungszeit, wenngleich das Recht, diese Leistungen und Zinse zu fordern, mit dem Ablaufe dieser Frist nicht erlischt oder der Ersitzung nicht unterworfen ist.“ Allein diese Bestimmung ist, soweit sie von liegenden Schulden gelten will, offenbar nur von Gefällen als solchen, speziell von Zinsen, nicht aber auch von terminirten Zahlungen zu verstehen, welche Bestandtheile der nach § 789 nicht verjährbaren Kapitalschuld selbst bilden. Andernfalls würde diese Bestimmung eine Abänderung, resp. Einschränkung des § 789 begründen, zu welcher Auffassung der Wortlaut und Zusammenhang des § 790 keinen Anhalt bietet. Zu der gleichen Auffassung führt ferner der Nachsatz dieser Bestimmung („wenngleich das Recht, diese Leistungen und Zinse zu fordern, mit dem Ablaufe dieser Frist nicht erlischt oder der Ersitzung nicht unterworfen ist“), welcher deutlich darauf hinweist, dass der Gesetzgeber hier bloss Gefälle von Kapitalschulden im Auge gehabt habe, indem von einem Rechte, Zahlungen zu fordern, nach Verjährung derselben selbstverständlich nicht mehr die Rede sein kann, da hier mit der Zahlung zugleich auch das Grundrecht, auf welchem sie beruht, in entsprechendem Umfange verjährt. Diese Auffassung scheint auch der Commentar von Dr. Kasimir Pfyffer zu theilen, indem er an dieser Stelle verschiedenartige terminirte Leistungen beispielsweise aufführt, welche nach seiner Ansicht unter jene Bestimmung fallen, hiebei aber Gült- und

Kaufzahlungen nicht erwähnt werden, obgleich bei anderer Auffassung diese Leistungen offenbar das gegebenste Beispiel gewesen wären.

Da sich sonach die Bestimmung des § 789 des b. G.-B. auch auf Kaufzahlungen bezieht, so war die streitige Schuld, so lange sie liegendes Pfandrecht hatte, der Verjährung überhaupt nicht fähig, und konnte die ordentliche Verjährungsfrist erst mit dem Momente zu laufen beginnen, in welchem sie dieses durch Uebergang in's Fahrende geworden ist.

Diese dem Boden des b. G.-B. entnommene Anschauung steht in Einklang mit den Bestimmungen des Hypothekarrechtes. In § 74¹⁾ des Handänderungs- und Hypothekargesetzes wird gesagt, dass, sofern eine Kaufzahlung innert nützlicher Frist nicht bezogen werde, das Pfandrecht auf der Liegenschaft für dieselbe verloren gehe, und sie nur noch als eine fahrende Schuld auf dem Eigenthümer der Liegenschaft zu betrachten sei. Wenn nun auch der Letztere allerdings schon von Anfang an persönlich für die Schuld haftete, und daher insoweit mit dem Uebergange derselben in's Fahrende nicht eine neue Schuld entstanden ist, so ist gleichwohl mit diesem Momente die Natur derselben eine veränderte geworden, indem sie aus einer zunächst dinglichen in eine rein persönliche Schuld übergegangen ist, und ist es das Natürliche, dass mit diesem Uebergange auch die Verjährung neu, beziehungsweise erst jetzt zu laufen beginne.

Im gegebenen Falle ist die streitige Zahlung am 25. Juli 1868 fahrend geworden und da am 30. Juni 1878 (nach unbestrittener Klagebehauptung eigentlich schon am 6. Juni) hiefür Betreibung angehoben, der Lauf der Verjährung somit unterbrochen wurde, so ist die eingeklagte Schuld nicht verjährt.

(Directe Mittheilung.)

¹⁾ § 74 Abs. II leg. cit. lautet: Wird eine verfallene Zahlung eines Zahlungsbrieves von ihrer Verfallzeit an innert Jahresfrist nicht bezogen, oder dafür in gleicher Frist die Betreibung bis zum gelösten Aufrechnungsbot nicht geführt und fortgesetzt, so geht für diese Zahlung das Pfandrecht auf der Liegenschaft verloren, und sie ist nur noch als eine fahrende Schuld auf dem Eigenthümer der Liegenschaft zu betrachten.

**10. Canton Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom
26. Januar 1883.**

Rechtliche Natur der „Bankanweisung“: Anweisung oder Cassaschein.

Am 7. November 1882 präsentierte Daniel Rudolf Jenny, der bis zum 6. November Angestellter der Firma Schmoll-Dreyfus gewesen und an diesem Tage daselbst entlassen worden war, bei Rieber Sohn & Cie. einen gefälschten Wechsel der Firma Schmoll-Dreyfus auf New-York, sowie ein gefälschtes Begleitschreiben und eine gefälschte Anweisung derselben Firma, worin Rieber Sohn & Cie. ersucht wurden, an den Ueberbringer Fr. 25,000 zu zahlen. Jenny erhielt von den Letzteren gegen diese Papiere eine Bankanweisung im Betrage von Fr. 25,000. Diese Bankanweisung wechselte er bei Hermann Weiss um und erhielt dagegen:

R.-M. 10,000 in deutschen Banknoten	
à 123. 60 =	Fr. 12,360. —
und eine eigene Bankanweisung des	
Klägers von	" 12,640. —
zusammen . Fr. 25,000. —	

Unterdessen waren Rieber Sohn & Cie. die Fälschung inne geworden und hatten ihre Bankanweisung widerrufen. In Folge dessen wurde, als Weiss die Anweisung bei der Bank einkassieren wollte, die Zahlung Seitens der Bank verweigert, und ebenso weigerten sich auch Rieber Sohn & Cie. selbst ihre Anweisung zu honorieren.

H. Weiss als Kläger fordert daher von Rieber Sohn & Cie. als Beklagten Bezahlung von Fr. 25,000 nebst Zins à 5% vom 7. November 1882 und Ersatz sämmtlicher Prozesskosten gegen Aushändigung der Bankanweisung.

Gegen Zahlung der Fr. 25,000 nebst Zinsen und Kosten erklärt sich Kläger bereit, bezüglich seiner eigenen Bankanweisung von Fr. 12,640, welche sich auf dem gefänglich eingekauften Jenny noch vorgefunden hat, diejenigen Schritte zu thun, welche Beklagte etwa von ihm wünschen könnten, um ihnen diese Bankanweisung zu sichern, jedoch auf Kosten und Gefahr der Beklagten.

Beklagte lehnen jede Zahlungspflicht ab mit der Begründung, es finde bei der Bankanweisung als einer gewöhnlichen Anweisung kein Regress statt auf den Aussteller, sondern es bleibe, wenn die Bank nicht zahle, einfach die ur-

sprüngliche Forderung in Kraft gegenüber denjenigen, von welchen man die Bankanweisung zum Zweck der Zahlung empfangen habe. Kläger müsse sich also an Jenny halten. (Vergl. Art. 413 des eidg. Obligationenrechts.)

Ueberdies sei die Bankanweisung blos vom Cassier der Beklagten ausgestellt, der zwar gegenüber der Bank zur Ausstellung von Anweisungen Namens der Beklagten ermächtigt sei, aber gegenüber Dritten die Beklagten nur in Gemeinschaft mit einem andern Angestellten verpflichten könne.

Eventuell seien Beklagte jedenfalls nur für das zu behaften, was Kläger wirklich bezahlt habe. Nämlich R.-M. 10,000; für die auf Jenny vorgefundene, also noch nicht eingelöste Bankanweisung könne Kläger um so weniger Zahlung verlangen, als er dieselbe gleichfalls widerrufen habe.

Kläger beruft sich den Ausführungen der Beklagten gegenüber auf den Platzuso, wonach diese Bankanweisungen nicht als reine Anweisungen, sondern als Verpflichtungen des Ausstellers zu Gunsten des Inhabers betrachtet werden, so dass bei deren Annahme lediglich der Credit des Ausstellers in Betracht komme und ein Indossament durch den Inhaber gar nicht stattfinde.

Das Civilgericht Basel, durch Urtheil vom 26. Januar 1883, verurteilte die Beklagten zur Bezahlung der eingeklagten Fr. 25,000 sammt Zins gegen Aushändigung ihrer Anweisung vom 7. November 1882, unter folgender Motivierung:

Es ist den Beklagten darin beizustimmen, dass, wenn die streitige Bankanweisung nichts Weiteres ist als eine Anweisung auf den Inhaber, ein Regress auf die Beklagten nicht stattfindet, und Kläger sich bei Nichteinlösung nur an den halten kann, von dem er sie empfangen hat. In dieser Beziehung galt vor dem Inkrafttreten des Obligationenrechts kein anderes Recht als dasjenige, welches Art. 413 des Obligationenrechts enthält und welches aus den gemeinrechtlichen Grundsätzen über das Mandat abgeleitet ist.

Allein im hiesigen Verkehr nehmen die Bankanweisungen eine ganz andere Stellung ein, schon ihr Wortlaut deutet darauf hin. So lautet die streitige Anweisung:

„Bank in Basel.

Giro II.

Fr. 25,000.

Basel den 7. November 1882.

Gut für Franken fünfundzwanzigtausend, heute durch die Bank gutzuschreiben der Rechnung von Herrn Schmoll-Dreyfus zu Lasten von

prpa. Rieber Sohn & Cie.
Vest.

Obige Summe wird auch auf Begehren des Inhabers durch die Bank baar ausbezahlt.“

Nicht auf der Anweisung an die Bank liegt also der Nachdruck, sondern auf den Worten „Gut für Fr. 25,000“. Diese Worte aber bedeuten an sich ein directes Zahlungsversprechen des Ausstellers und der Sinn der Urkunde wäre demnach nicht sowohl der: „Die Bank wird angewiesen an Schmoll-Dreyfus oder dem Inhaber Fr. 25,000 zu zahlen,“ sondern: „Der Unterzeichnete zahlt an Schmoll-Dreyfus oder dem Inhaber Fr. 25,000 durch Vermittlung der Bank, welche zu dieser Zahlung angewiesen wird.“

Nach dieser Auffassung vertritt die Bankanweisung die Stelle eines Cassascheines auf den Aussteller zu Gunsten des Inhabers, und die Anweisung auf die Bank ist nur das Mittel, wodurch die Zahlung bewerkstelligt werden soll.

Dem entspricht nun auch durchaus die Anwendung der Bankanweisung im Verkehr. Dieselbe geht wie eine Banknote ohne Indossament von Hand zu Hand und wird wie diese als Baarzahlungsmittel verwendet. Wer sie empfängt, fragt sich blos, ob ihm der Credit des Ausstellers genüge, und wenn diess der Fall, so nimmt er das Papier, ohne sich um die Person dessen zu bekümmern, der es ihm übergiebt. Diesem wird vielmehr quittiert wie bei Baarzahlung, und es begiebt sich also übungsgemäss der Empfänger gegenüber dem Uebergeber jedes Nachweises, dass er das Papier von ihm erhalten hat.

Eine solche Verkehrssitte verträgt sich nun aber entschieden nicht mit der Auffassung der Urkunde als einer blossen Anweisung, welche nur Rechte zwischen dem Uebernehmer und dem Uebergeber begründet, sondern sie ist nur denkbar bei einer Urkunde, deren Aussteller gegenüber jedem Inhaber direkt als verpflichtet angesehen wird.

Nach dem Gesagten liegt in der Bankanweisung sowohl ihrem Wortlaut als dem Verkehrsgebrauch nach zweierlei, nämlich: 1. ein Zahlungsversprechen an den Inhaber, 2. eine Anweisung an die Bank, die vom Aussteller versprochene Zahlung für Rechnung des Ausstellers an den Inhaber zu leisten.

Die Zahlungsanweisung kann, wie jedes Mandat, widerufen werden, das Zahlungsversprechen aber nicht, und es ist klar, dass wenn das erstere geschieht, und der Creditor also die Zahlung von der Bank nicht erhält, er den Anweisenden selbst aus seinem Versprechen belangen kann, und ebenso ist klar, dass, wenn es sich um ein Inhaberpapier handelt,

der Schuldner nur solche Einreden entgegensetzen kann, welche gegen die Giltigkeit der Urkunde gerichtet sind, oder aus der Urkunde selbst hervorgehen. (Vergl. Art. 847 des Obligationenrechts.)

Von solchen Einreden haben nun die Beklagten nur eine wenigstens andeutungsweise geltend gemacht, nämlich die, dass die fragliche Anweisung nur vom Cassier der Beklagten unterzeichnet sei, der zwar gegenüber der Bank, nicht aber gegenüber Dritten Vollmacht habe, die Beklagten zu verpflichten.

Allein dieser Einwand ist nicht stichhaltig; denn in der Ermächtigung des Cassiers zur Unterzeichnung von Bankanweisungen gegenüber der Bank liegt nothwendigerweise auch die Ermächtigung gegenüber Dritten zur Eingehung derjenigen Verpflichtungen, welche durch Ausstellung einer Bankanweisung begründet werden. Auch in der Anweisung, wie sie Beklagte auffassen, würde nicht nur ein Zahlungsmandat an die Bank, sondern auch ein Incassomandat an den Empfänger der Anweisung liegen; also auch hier wäre ein Rechtsverhältniss mit einem Dritten vorhanden.

Wenn Beklagte diess nicht wollten, so mussten sie den Anweisungen einen andern Wortlaut geben oder dafür sorgen, dass der Cassier sie Niemanden aushändige, als direkt der Bank selbst. Beklagte haben aber nicht behauptet, dass ihr Cassier keine Befugniss zur Aushingabe der Bankanweisung an Dritte gehabt habe.

Was sodann den Eventualantrag der Antwort anbetrifft, so fällt er, wenn die Bankanweisung als Inhaberpapier betrachtet wird, von selbst dahin. Denn wenn die Bankanweisung ein Inhaberpapier ist, so kann der Aussteller, der als Schuldner haftet, dem Inhaber nur solche Einreden entgegensetzen, welche die Giltigkeit der Urkunde betreffen, oder aus der Urkunde selbst hervorgehen. Die Behauptung, dass der Inhaber seinem Uebergeber den Gegenwerth nicht, oder nicht vollständig vergütet habe, ist aber keine solche Einrede, und Beklagte können sich daher nicht darauf berufen. Uebri gens bleibt auch Kläger aus seiner Anweisung dem Inhaber derselben haftbar. Auch dem Jenny gegenüber, wenn er sich als Inhaber präsentierte, könnte Kläger die Zahlung nicht weigern, da er den Gegenwerth empfangen hat und ihm also die Einrede des Betrugs gegenüber Jenny nicht zusteht.

(Directe Mittheilung.)

11. Canton Appenzell Ausser-Rhoden. Urtheil des Obergerichts vom 30. October 1882.

Anspruch der Concursmasse des Versicherten auf die Lebensversicherungssumme.

Die Eheleute N. N. in M. versicherten sich gegenseitig, jedes zu Gunsten des andern, beziehungsweise ihrer Kinder, den 1. März 1881 bei einer Lebensversicherungsgesellschaft für eine bestimmte Geldsumme zahlbar bei Tod des einen von ihnen. Am 2. März 1882 starb der Mann und über seine Verlassenschaft musste der Concurs verhängt werden. Die Concursmasse verlangte Auslieferung des, von der Gesellschaft dem Gemeindehauptmannamte zugestellten Betrages, wogegen aber die Witwe Einspruch erhob. Im Processe begründete die Masseverwaltung dies damit, dass nach Art. 1 des Erbgesetzes die Schulden eines Erblassers vor Allem zu bezahlen seien; Art. 9 des Concursgesetzes zähle die Theile des Frauenguts auf, welche die Frau im Concurse des Mannes ansprechen könne, darunter figurieren keine Schenkungen auf Ableben hin, ebensowenig eine Lebensversicherung. Letztere sei auch nicht Schenkung unter Lebenden, weil die laut Art. 22 der Ehesatzungen erforderliche Genehmigung nicht vorliege. Selbst wenn sie Schenkung wäre, so erscheine solche nicht als perfect geworden, denn der Mann habe die Police in Händen behalten und hätte frei darüber verfügen können. — Die Beklagte berief sich darauf, dass bei dem Vertragsschluss keinerlei Absicht einer Schädigung der Kreditoren vorgelegen habe und vertragsgemäss sie, die Ehefrau, als alleinige Bezugsberechtigte anzusehen sei. Die Summe sei nicht Erbe, sondern ihr Eigenthum.

Beide Instanzen wiesen den vollen Betrag der Versicherungssumme der Concursmasse zu, das Obergericht mit folgender Begründung :

Gemäss unserm Concurs-Verfahren gehen sämmtliche Aktivposten eines Kridars mit Ausnahme der in Artikel 10 dieses Gesetzes aufgeführten Gegenstände an den Gläubiger über.

Der in Frage stehende Lebensversicherungsbetrag muss unzweifelhaft als ein Aktivposten des Kridars angesehen werden.

Solche Beträge figuriren unter den in Artikel 10 des Concursverfahrens stipulirten Ausnahmen nicht und lassen sich diesen Ausnahmen offenbar auch nicht subsumiren.

Die versicherte Summe ist als Gewinn für die einbezahlten Prämien anzusehen, und weil die Gläubiger den Schaden zu tragen haben, welcher durch die einbezahlten Prämien entsteht oder entstehen kann, so muss denselben auch der Gewinn zufallen. Der Umstand, dass im vorliegenden Falle nur eine Prämie bezahlt wurde, ist rechtlich von keiner Bedeutung.

Der Prätension der Beklagten steht auch namentlich der in Art. 1 unsers Erbgesetzes ausgesprochene Grundsatz entgegen, dass, bevor geerbt werden kann, die Schulden des Erblassers bezahlt werden müssen.

Dieser Grundsatz muss im Concursfalle offenbar ohne Weiteres aufrecht erhalten werden, d. h. es kann im Concursfalle bezüglich der Aktivposten nicht eine Rechtsanschauung Platz greifen, wodurch dieser Grundsatz verletzt würde.

Ebenso steht auch Art. 22 unserer Ehesatzungen, wonach Schenkungen zwischen lebenden Ehegatten, wie die Eheverträge erst dann ihre Gültigkeit erlangen, wenn sie, was in concreto nicht geschehen, von der zuständigen Vorsteuerschaft (Gemeinderath) genehmigt und von derselben unter gutachtlicher Beurtheilung der Schenkung, der Verträge und der persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten dem Obergerichte vorgelegt und auch von diesem genehmigt worden sind, dem Begehren der Beklagten zuwider.

Der Umstand, dass der fragliche Betrag laut Police der Frau oder den Kindern des Kridars zufallen soll, kann rechtlich um so weniger von Bedeutung sein, als unbestritten vorliegt, dass die fragliche Prämie aus dem Eigenthum des Mannes bezahlt worden ist. — Verträge, welche unsren Gesetzen zuwiderlaufen oder durch welche die Gesetze umgangen würden, können selbstverständlich keinen Rechtsschutz ansprechen.

(Appenzeller Nachrichten 1882, No. 38.)

12. Canton Glarus. Urtheil des Appellationsgerichts.

Ausschluss der Concursmasse des Ehemanns
von der Lebensversicherungssumme
zu Gunsten der Witwe.

Sch. hatte mit der Basler Lebensversicherungsgesellschaft einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, wonach Fr. 5000 nach seinem Tode seiner Ehegattin ausbezahlt werden sollten.

Sch. verstarb im Jahre 1881 und es trat über seinen Nachlass der Concurs ein. Die Concursmasse beanspruchte den Versicherungsbetrag für sich und machte für diesen Anspruch geltend, dass die Police, gegen deren Aushändigung allein die versicherte Summe bezahlt werde, Eigenthum des Ehemannes und somit der Concursmasse geblieben sei, dass so dann nach den Bestimmungen von § 158 des bürgerlichen Gesetzbuches des Cantons Glarus die Ehefrau im Concurse des Mannes nur das von ihr in die Ehe gebrachte oder ihr während derselben zugefallene Vermögen anmelden könne und unter diesen Begriff weder die Police selbst, noch der nach derselben nun fällige Betrag subsumirt werden könne; dass die Zuwendung, welche auf diese Weise der Ehemann seiner Frau machen könnte, nach den Grundsätzen des ehemaligen Güterrechtes, wie solche in den §§ 148 bis 160 des bürgerlichen Gesetzbuches des Cantons Glarus niedergelegt seien, als unzulässig erscheine und ebenso eine Umgehung des Grundsatzes der Gleichstellung der Erben dadurch bewirkt werden könnte; und dass es endlich nicht angehen könne, dass die Gläubiger des Sch. leer ausgehen, während seine Ehefrau nun in den Besitz eines ordentlichen Vermögens gelange in Folge von Leistungen, welche jener lediglich aus seinen Mitteln gemacht habe. Eventuell verlangte die Masse Sch. unter allen Umständen Rückvergütung der bezahlten Prämien nebst Zinsen. Die Ehefrau Sch. berief sich dagegen in erster Linie auf den Wortlaut des Versicherungsvertrages selbst, wonach ausschliesslich sie als Versicherungsnehmerin für den Fall des Absterbens ihres Mannes bezeichnet und daher allein zum Bezuge des Versicherungscapitales legitimirt sei. Im Weiteren machte sie geltend, dass nach der Gesetzgebung des Cantons Glarus der Abschluss von solchen Verträgen zu Gunsten Dritter nicht verboten sei, dass die in Frage liegende Versicherungssumme niemals einen Bestandtheil des Vermögens des Sch. gebildet habe und daher durch deren Auszahlung an die Witwe Sch. keine Verminderung des Masseevermögens bewirkt werde, dass endlich durch die Gerichtspraxis in verschiedenen andern Kantonen der Schweiz festgestellt worden sei, dass solche Versicherungsbeträge nicht unter die Activen der Concursmasse des Versicherten fallen.

Das Civil- und das Appellationsgericht sprachen die Versicherungssumme der Witwe Sch. zu, verpflichteten jedoch dieselbe, der Concursmasse Sch. die von diesem bezahlten Jahresprämien nebst daherigen Zinsen zu bezahlen. Die Motive des appellationsgerichtlichen Urtheiles lauten:

1. Sch. hat zur Zeit seiner Selbst- und Rechtsständigkeit am 10. November 1873 mit der Basler Lebensversicherungsgesellschaft einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, laut welchem sich diese verpflichtet hat, nach dem Ableben des Sch. die Summe von Fr. 5000 seiner Frau auszubezahlen.

2. Wenn auch formell der Ehegatte Sch. als Versicherungsnehmer erscheint, so geht doch aus dem Wortlaut der Police hervor, dass ihm kein Rechtsanspruch auf die versicherte Summe zukam und diese letztere daher niemals als ein Bestandtheil seines Vermögens betrachtet werden konnte.

3. Aus dem Gesagten geht hervor, dass nach dem Ableben ihres Ehegatten der Frau Sch. das Eigentums- und Dispositionsrecht über den mehrerwähnten Versicherungstitel behufs Aufrechthaltung ihrer Ansprüche gegenüber der Versicherungsgesellschaft unzweifelhaft zustehen muss.

4. Dagegen erscheint die von der Concursmasse Sch. eventuell verlangte Restitution der durch den Sch. bezahlten Jahresprämien an jene um so gerechtfertigter, als aus den von Sch. hinterlassenen, zerrütteten Vermögensverhältnissen hervorgeht, dass diese Jahresprämien schon seit längerer Zeit aus dem Guthaben seiner Kreditoren bezahlt worden sind, resp. diesen letztern dadurch eine Schädigung zugefügt worden ist.

(Directe Mittheilung.)

13. Canton Genf. Urtheil des Appellhofes vom 6. November 1882.

Verpflichtung zu Bezahlung des Commandit- capitals.

Im Jahr 1874 wurde Monnier Commanditär mit Fr. 20,000 bei einer Collectivgesellschaft bestehend aus den Herren Alph. und Gust. Baur, Neyrevèze und Ingold. An die Stelle dieser Gesellschaft trat durch Notariatsact vom 7. October 1878 eine neue mit gleichem Zwecke zwischen Alph. Baur, Ingold und Régis, unter der Firma Baur Ingold et Cie., und Monnier erklärte an dieser Gesellschaft als Commanditär mit Fr. 20,000 betheiligt zu sein. Auch diese neue Gesellschaft musste liquidirt werden, und der Liquidator Schott fand, dass Monnier sein Commanditcapital nicht einzubezahlt habe, und klagte es gegen ihn ein. Monnier wandte ein: Alph. Baur und Ingold hätten alle Activen und Passiven der alten Gesellschaft in die neue eingebbracht, damit also auch sein Commanditcapital, das er somit nicht

ein zweites Mal einzuschiessen habe, und in jedem Fall wäre seine Schuld mit dieser seiner alten Forderung compensirt. Baur, Ingold und Régis unterstützten den Beklagten Monnier in seiner Klagbestreitung.

Beide Instanzen, Handelsgericht 15. Sept. 1881, cour de justice, 6. Nov. 1882, verurtheilten den Beklagten zur Bezahlung der Fr. 20,000 Commanditcapital, die zweite Instanz mit folgender Motivirung :

Considérant en droit que, si ce système a pu être admis par les associés eux-mêmes, il ne saurait l'être à l'égard des tiers ; qu'effectivement ces derniers, par la publicité légale donnée à l'acte du 7 octobre 1878, notamment par son insertion en extrait dans la Feuille d'avis du 22 même mois, ont été avertis qu'une somme de 20,000 frs. était apportée par un commanditaire ; que rien ne pouvait leur faire supposer que cette commandite dût être simplement fictive et représentée par une pareille somme versée dans la précédente société ; que, dès lors, Monnier ne peut se soustraire aux conséquences qu'entraîne nécessairement le silence gardé par l'acte sur ce point ;

Considérant, d'autre part, que l'inventaire dressé le 21 septembre 1878, et auquel se réfère l'acte du 7 octobre, établit suffisamment qu'à cette époque la maison Baur frères, Neyrevèze et Ingold était au-dessous de ses affaires et que la commandite de Monnier était entièrement absorbée par les dettes de la société, puisque dans cet inventaire l'actif et le passif n'arrivent à se balancer que grâce à la valeur insolite et plus qu'exagérée de 30,000 frs., attribuée à la clientèle ;

Considérant que, dans ces circonstances, Monnier n'est pas fondé à prétendre que le 7 octobre 1878, la compensation s'est opérée entre sa créance de 20,000 frs. comme commanditaire dans la maison Baur frères, Neyrevèze et Ingold, et son apport, non versé, de pareille somme dans la maison Baur, Ingold et Cie. ;

Qu'en effet les conditions exigées pour la compensation ne se rencontrent pas dans l'espèce, puisque les deux sociétés ne se componaient pas des mêmes personnes et qu'au moment où la première prenait fin avec un excédant considérable du passif social sur l'actif, Monnier devenait le créancier de ses associés pour le montant de sa commandite, tandis que dans la seconde il se constituait le débiteur de la société elle-même.

(Semaine judiciaire, 1882, No. 45.)

14. Canton Thurgau. Obergerichtsurtheil vom 31. August 1882.

Gesellschaftsvertrag. Eigenthum an einer Erfindung.

Unterm 10. Juli 1879 vereinigten sich D. Hug. in W. und J. Br. in B. zum Zwecke der Fabrikation und des Vertriebs eines Control- und Sicherheitsapparates für den Brennerdienst in Ziegeleien und verwandten Gewerben, konstruiert von D. Hug. zum wesentlichen Theil nach Prinzip und Angabe des J. Br. Ersterer sollte den technischen Theil des Geschäfts übernehmen, die Konstruktion und Anfertigung der Apparate, der letztere den merkantilen Theil, den Vertrieb und Verkauf derselben.

Zwischen den Parteien entstanden aber bald Uneinigkeiten über die gegenseitigen Befugnisse, den Verkaufspreis der Apparate, den Gewinnantheil etc.

D. Hug. stellte das Begehren, dass die Firma aufgelöst werde, weil J. Br. vertragsbrüchig geworden sei, und verlangte, dass er, der Kläger, als Eigenthümer der Erfindung und der für dieselbe erlangten Patente erklärt werde; eventuell dass der Beklagte die vorhandenen 11 Apparate zu dem vereinbarten Preis von je Fr. 100 übernehme, ebenso das vorhandene Material gegen Ersatz der Anschaffungskosten von Fr. 270. 90 Cts. und den Vorrath im Werthe von Fr. 440, dass er Ersatz leiste für den Antheil des Klägers an den Patentkosten, namentlich den Erneuerungskosten derselben pro 1882 (Fr. 348. 85 Cts.), dass er Fr. 120 für besorgte Zeichnungen und endlich als Abfindungssumme für die Erfindung Fr. 300 bezahle.

Der Beklagte verlangte Abweisung der Klage. Die Erfindung sei seine Idee. Er habe die Patente erworben, für die Reklame gesorgt. Die Kündigung des Vertrages bei Lebzeiten der Parteien sei ausgeschlossen. Während Beklagter sich alle Mühe gegeben habe, die Erfindung auszubuten, sei Kläger immer engherziger und zurückhaltender geworden, habe zu hohe Preise und Provisionen verlangt. Eventuell bei einer Auflösung der Gesellschaft sei die Erfindung Eigenthum des Beklagten und dem Kläger die Ausbeutung derselben zu untersagen. Beklagter habe nur die Anschaffungskosten für die fertigen Apparate zu bezahlen; das Material zu übernehmen sei er nur insoweit pflichtig, als dasselbe brauchbar sei. Die Forderung für den Vorrath

wurde qualitativ und quantitativ bestritten; ebenso die Post für Erwerb und Erneuerung der Patente und für Zeichnungen, sowie die Abfindungssumme. Eventuellst, falls Kläger als Eigenthümer erklärt würde, wurde eine Abfindungssumme von mindestens Fr. 3000 geltend gemacht.

Die erste Instanz ging davon aus, dass die Kündigung des Gesellschaftsvertrages Seitens des Klägers vom Beklagten angenommen werden müsse, weil sie nicht gegen die gute Treue, nicht zur Unzeit und nicht ohne schwere Ursachen, wie den gegenseitigen Mangel an Vertrauen und den ernsten Willen das Gesellschaftsverhältniss fortzusetzen, geschehen sei. Bei der Auflösung der Gesellschaft müsse durch den Richter nach Billigkeitsrücksichten und nach Art eines sorgfältigen und verständigen Familienvaters vorgegangen werden. Nach dem Text des Vertrages sei J. Br. der Erfinder und ihm desshalb das Eigenthum der Erfindung und das Recht sie allein auszubeuten zuzusprechen. Zur Festsetzung einer Entschädigung an den Kläger für seinen Anteil an der Erfindung und den Kosten des Patents liege kein Grund vor, da die Entschädigung sich durch einen längeren gemeinsamen Betrieb des Geschäftes hätte ergeben sollen, durch die Kündigung der Kläger aber darauf verzichtet habe. Abgesehen davon fehle jeder Massstab für die Entschädigung, da man nicht wisse, ob die Erfindung reussiere. Für Zeichnungen wurde keine Entschädigung gesprochen, weil diese Auslage mit der Erfindung und dem Betrieb in Zusammenhang stehe und diese Rechtsverhältnisse durch den Vergleich vom 10. Juni 1881 definitiv reguliert seien. Dagegen sei Beklagter J. Br. pflichtig, die fertigen Apparate und was ausschliesslich behufs Anfertigung solcher durch den Kläger angeschafft worden sei und noch in dessen Besitz sich befindet, nach billigem Ansatz zu übernehmen unter der Voraussetzung, dass die Apparate in gutem Zustand seien und der Kläger die Haftbarkeit für guten Gang übernehme. Der Preis der Apparate wurde auf Fr. 80 per Stück angesetzt und über das Material eine Expertise angeordnet.

D. Hug. appellirte gegen dieses Urtheil und stellte vor Appellationsinstanz das Begehren, dass die Erfindung ihm als Erfinder zugesprochen, eventuell dass sie als gemeinsames Gesellschaftsvermögen betrachtet, zwischen den Anteilhabern versteigert und jedem die Hälfte des Erlöses zugeschieden werde. Eventuell sei dem Kläger eine angemessene Entschädigung zu sprechen. Jedenfalls könne ihm die Anfertigung der Apparate für die Schweiz, in welcher kein Pa-

tentschutz bestehet, nicht verboten werden. Der Ansatz für die Apparate sei auf Fr. 100 zu fixieren, das Material zum Ankaufspreis zu übernehmen.

Der Appellat suchte um Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheils nach. Er sei der Erfinder und desshalb sei ihm das alleinige Recht der Ausbeutung der Erfindung in der Schweiz und im Ausland zuzusprechen; eventuell könne ihm nicht überbunden werden, die vorhandenen Utensilien zu übernehmen. Von einer Entschädigung an den Kläger könne keine Rede sein. Im Wege der Adhäsion wird eventuell, falls Kläger als Erfinder betrachtet werden wollte, vollständige Abweisung der Klage verlangt, weil der Vertrag auf Lebenszeit abgeschlossen worden sei.

Das Obergericht erliess am 31. August 1882 folgendes Urtheil:

Abgesehen davon, ob die Adhäsion des Appellaten formell zulässig sei, erscheint sie dem Obergericht als materiell unbegründet. Wichtige Gründe lassen die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses als im Interesse beider Parteien liegend erscheinen: beide Gesellschafter sind gegen einander misstrauisch, sie verstehen sich nicht und das Verhältniss ist seit längerer Zeit faktisch gelöst, so dass die Ausbeutung des Gesellschaftsobjektes sistiert wurde. Die Kündigung des Vertrages ist desshalb vom Appellantem in guten Treuen und nicht zur Unzeit geschehen und muss desshalb vom Appellaten angenommen werden.

Beide Parteien verlangen, dass ihnen das Eigenthum an der Erfindung zugesprochen werde. Nun kennt die Schweiz das Eigenthum an einer Erfindung nicht, und hat sich auch in neuester Zeit das Schweizervolk gegen die Einführung des Patentschutzes ausgesprochen. Dessenhalb ist es gar nicht möglich, das Eigenthum an der Erfindung der einen Partei zuzusprechen, in der Meinung, dass es der anderen Partei und anderen Personen in der Schweiz verboten sei, die Erfindung zu erstellen. Dagegen können die Patente, welche für die Erfindung in den benachbarten Ländern gelöst wurden, einen Vermögenswerth repräsentieren und dieser gehört der Gesellschaft. Nach dem Gesellschaftsvertrag und einer seitherigen Abmachung ist anzunehmen, dass das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftern zu gleichen Theilen gehöre. Allerdings heisst es im Gesellschaftsvertrag, es sei der Apparat zum wesentlichen Theil nach Prinzip und Angabe des Appellaten; allein unterm 10. Februar 1881 haben sich die Parteien dahin verständigt, dass letzterer aus dem

Worte „wesentlich“ für sich keine finanzielle Vortheile herleiten könne. Der Werth, den die Patente haben, wird am besten durch Versteigerung zwischen den Parteien ermittelt, in der Meinung, dass dann der Erlös zu gleichen Theilen zu theilen sei.

Für den Fall als Appellat die Patente ersteigern sollte, hat er die Anschaffungen, welche Appellant für die Gesellschaftszwecke aus seinen Privatmitteln mache, zu übernehmen. In Bezug auf die Ansätze für die Uebernahme werden im wesentlichen die Bestimmungen der ersten Instanz gebilligt. Die Apparate hat Appellat um Fr. 80 per Stück zu übernehmen, wobei nach dem bisherigen Vorgehen zwischen den Parteien, welche bereits unterm 10. Februar 1881 den Lieferungspreis für einen Regulator auf Fr. 80 festgesetzt haben, nicht wohl zweifelhaft sein kann, was unter einem solchen vom Appellanten zu liefernden Apparate zu verstehen sei. Eine Erhöhung des Preises auf Fr. 100 rechtfertigt sich nicht, denn in derselben, resp. der Provision von 25 %, welche laut Vereinbarung dem Appellanten in der Gesellschaft zukäme, liegt ein Theil des Gesellschaftsergebnisses, auf welches derjenige, welcher aus ihr getreten ist, keinen Anspruch mehr hätte.

Durch eine Expertise wäre im weiteren für den Fall, als der Appellat die Patente übernähme, zu erheben, was für Material Appellant noch besitze, welches speziell zum Zweck der Anfertigung der Apparate angeschafft wurde; der Werth desselben wäre durch die Experten festzustellen und hätte der Appellat es zu diesem Ansatz zu übernehmen.

Bei der Regulierung des Kostenpunktes ist der Ausgang des Prozesses in Betracht zu ziehen.

E r k a n n t :

1. Sei der zwischen den Parteien am 10. Juli 1879 abgeschlossene Gesellschaftsvertrag aufgehoben.
2. Seien die Patente als gemeinsames Eigenthum der Gesellschaft erklärt und Behufs Theilung zu gleichen Theilen einer Versteigerung unter den Gesellschaftern unterstellt.
3. Für den Fall, als der Appellat Br. Eigenthümer der Patente würde, habe er die bereits fertigen Apparate vom Appellanten um Fr. 80 per Stück zu übernehmen, und sei alsdann durch eine Expertise zu erheben, was an speziell Behufs Anfertigung von Apparaten angeschafftem Material noch im Besitze des Appellanten sich befindet und welchen Werth solches repräsentiere,

und habe alsdann der Appellat es zu diesem Ansatz zu übernehmen.

4. Seien zu Experten ernannt
5. Zahle Appellant ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von Fr. 40 und habe er beim Appellaten an seine Gesamtkosten Fr. 70 zu erheben.

(Direkte Mittheilung.)

15. Canton Lucern. Urtheil des Obergerichts vom 26. März 1881.

Erbfähigkeit der Mitglieder eines geistlichen Ordens.

Die Erben des Kapuzinerbruders Martin H. sel. stellen das Rechtsbegehren: die Gebrüder St. seien gerichtlich zu verhalten, in die Erbsmasse des Martin H. sel. den Betrag von Fr. 1240. 60 nebst Zins zu bezahlen.

Dieses Rechtsbegehren gründen Kläger auf folgende Thatsachen: Unterm 10. April 1877 starb in St. Erhard Witwe St. geb. Tsch. — Erben derselben waren als Kinder zweiter Ehe u. A. die heutigen Beklagten und als einziger Sohn erster Ehe Martin H., Kapuziner-Bruder, damals in Näfels.

An der Schlusstheilung in Nachlasssache genannter Witwe St. vom 27. Oktober 1877 beschlossen und anerkannten die anwesenden Erben Folgendes:

- a. Es sind dieselben einig, den ehrwürdigen Kapuzinerbruder Martin H., einen Sohn der Erblasserin aus erster Ehe, als Miterbe pro rata eintreten zu lassen.
- b. Die heutigen Beklagten gaben die Erklärung ab, ihrer Mutter sel., resp. deren Erben, an verschiedenen Posten eine Summe von Fr. 8684. 20 zu schulden.

Dieses Guthaben unter sieben Theile vertheilt, ergibt auf einen Theil Fr. 1240. 60 und wurde angewiesen auf die Beklagten, zinsbar auf den Todestag der Erblasserin, 10. April 1877.

Unterm 6. April 1879 starb sodann der genannte Martin H. von Zell. Erben zum Nachlasse des Letztern sind die heutigen Kläger und es verlangen dieselben nun, dass die Beklagten verhalten werden, in die Erbsmasse den Betrag von Fr. 1240. 60 nebst Zins seit 10. April 1877 zu bezahlen.

Beklagte schliessen auf Abweisung der Klage und machen ihrerseits geltend :

- a. Es sei nicht richtig, dass Martin H. sel. Erbe der Wwe. St. sel. war, denn der Eintritt in einen geistlichen Orden habe für ihn sowohl nach gemeinem Rechte, als auch nach obergerichtlicher Praxis den Verlust der bürgerlichen Erbschaftsrechte nach sich gezogen.
- b. Nach Ableben der Wwe St. sel. habe Martin H. mit Chargé-Brief vom 29. August 1877 an den Gemeinderath von Knutwil geschrieben: „Mit Berücksichtigung der Eventualität, dass in nächster Zeit die Kapuziner-Klöster in der Schweiz aufgehoben werden könnten, wird das Theilungsoffizium ersucht, Namens meiner den mir zugehörigen Erbstheil zu Hand zu nehmen und in einer währschaften Kasse anzulegen. Im Falle ich diesen Erbstheil nicht bedarf, so soll nach meinem Ableben dasselbe unter meine Halbgeschwister St. vertheilt werden.“ Mit Bezug auf diesen Brief und im Sinne desselben haben die Erben dann allerdings den Stiefbruder Martin H. pro rata als Miterben eintreten, resp. einen Kindestheil im Sinne seines Schreibens bei Seite legen lassen, ohne ihn indessen als Miterben anzuerkennen.
- c. Es werde bis zum Ausweise bestritten, dass die Kläger Erben des Martin H. seien, wenn überhaupt ein Nachlass desselben bestünde.
- d. Ein solcher bestehe aber nicht, da Martin H. sel. mit seinem Eintritt in den Kapuzinerorden die Vermögens- und Erwerbsfähigkeit überhaupt verloren habe.

Obergerichtlich wurde die klägerische Forderung guterkannt.

Motive: Nachdem Beklagte in der Duplik die Legitimation der Kläger in dem Sinne zugestanden haben, dass sie die Qualität derselben als Erben des Martin H. sel. unter dem Vorbehalt, dass juristisch von einem Nachlasse desselben die Rede sein könnte, anerkennen, muss vorliegend in erster Linie die streitige Frage gelöst werden, ob der Eintritt in den Kapuzinerorden, resp. die Ablegung der Ordensgelübde für Martin H. sel. den Verlust seiner bürgerlichen Erbschaftsrechte nach sich gezogen habe.

Allerdings hat diese Frage in unserem bürgerlichen Gesetzbuche eine unmittelbare und direkte Lösung nicht gefunden; allein, da es sich um eine A u s n a h m e b e s t i m m u n g handelt, muss aus dem Stillschweigen des Gesetzgebers zunächst gefolgert werden, dass auch hinsichtlich der

Ordenspersonen der allgemeine Grundsatz der Erbfähigkeit Platz greift. Der Richter dürfte sich zudem gerade bei Streitigkeiten erbrechtlicher Natur am wenigsten in der Lage finden, Ausnahmsbestimmungen fremden Ursprungs zur Anwendung zu bringen, indem gerade diese Materie in unserer Gesetzgebung eine verhältnissmässig selbständige Normirung erhalten, und mehr denn andere Materien als ein abgeschlossenes Ganzes sich darstellt.

Da indessen einerseits vorwürfige Frage eine unmittelbare Lösung in unserm b. G.-B. nicht gefunden hatte, anderseits auf Grundlage des § 193 des C. R. V. die Anwendbarkeit gemeinrechtlicher Bestimmungen ohnehin auch bei Streitigkeiten erbrechtlicher Natur grundsätzlich nicht bestritten werden kann und zudem gerade der gemeinrechtliche Ausschluss der Ordenspersonen von der Erbfähigkeit auch durch die obergerichtliche Praxis zeitweise anerkannt wurde (vgl. Entscheid des Obergerichtes vom 13. Dez. 1850), so ist die Frage über die heutige Geltung dieser Ausnahmebestimmung auch nach den anderweitigen, hiebei in Betracht fallenden Gesichtspunkten zu erörtern.

Es steht nämlich fest, dass nach gemeinem, beziehungsweise nach kanonischem Rechte Personen, die Mitglieder von Orden sind, welche das feierliche, lebenslängliche Gelübde der Armut etc. (die vota solennia im Sinn des kirchlichen Rechtes) ablegen, dadurch die Vermögensfähigkeit und hiemit auch die Fähigkeit, zu erben und beerbt zu werden, verlieren (vgl. u. A. Vering, Archiv für katholisches Kirchenrecht, 13. Bd., pag. 329). Die Feierlichkeit des Gelübdes der Armut wird durch die Ablegung desselben in einem vom päpstlichen Stuhle approbierten Orden konstituiert (vgl. Sentis, Archiv für katholisches Kirchenrecht, Bd. 14, pag. 53 u. f.). Als ein solcher Orden, dessen Mitglieder (und zwar ohne Unterschied, ob der betreffende Kleriker, oder, wie im gegebenen Falle, bloss Laienbruder war) die vota solennia im angegebenen Sinne ablegen, erscheint anerkanntermassen auch der Kapuzinerorden.

Was nun aber die Frage über die Geltung dieser gemeinrechtlichen, resp. kanonischen Bestimmungen betrifft, so hängt dieselbe vorliegend von zwei Voraussetzungen ab. Es darf nämlich die betreffende Bestimmung nicht im Widerspruche stehen :

1. mit den heutigen Rechtsanschauungen und
2. mit den Prinzipien der Bundesverfassung.

Hinsichtlich der fraglichen Bestimmung ist nun aber das Eine wie das Andere der Fall.

Ad. 1. Das Erbrecht ist ein Begriff, welcher dem Vermögensrechte angehört. Dieses kann aber nur eine Beschränkung erleiden durch Faktoren, welche dem Rechtsgebiete angehören. Der Ausschluss der Ordenspersonen von der Erwerbs-, beziehungsweise Erbfähigkeit begründet aber nach heutiger Rechtsanschauung bloss mehr eine Gewissens- und keine Rechtspflicht. Die natürliche Konsequenz einer gegentheiligen Annahme würde die sein, dass der Staat ein Ordensgelübde, d. h. die Haltung eines solchen eventuell erzwingen müsste. Hieraus folgt, dass der fragliche Ausschluss der Ordenspersonen im Widerspruch mit den heutigen Rechtsanschauungen sich befindet.

Ad. 2. Der Art. 49, Abs. a der B. V. sagt: „Die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte kann durch keinerlei Vorschriften oder Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden.“ Dass das Ordensgelübde, beziehungsweise das Gelübde der Armuth einen religiösen Charakter habe, liegt auf der Hand; es handelt sich hiebei überall nicht um einen Vertrag unter Personen, wobei der Betreffende z. B. gegenüber dem zukünftigen Erblasser oder gegenüber allfälligen dritten Präsumtiverben zum Nachlasse derselben in verbindlicher Weise auf seine Erbrechte zu verzichten erklärt. Das Gelübde im Allgemeinen ist vielmehr als ein unmittelbar Gott gegebenes und Gott gegenüber verpflichtendes Versprechen aufzufassen. Durch die Feierlichkeit des Gelübdes (der Armuth) erhält aber dasselbe noch einen speziellen kirchlichen Charakter. Denn wenn die Feierlichkeit des Gelübdes der Armuth konstituiert wird durch Ablegung desselben in einem vom päpstlichen Stuhle approbierten Orden, so wird die höchste kirchliche Autorität als diejenige Macht bezeichnet, welche die Vermögensrechts-Unfähigkeit des Gelobenden statuiert (vgl. auch Sentis cit. loco). Würde daher eine Ordensperson von der Geltendmachung ihrer Erbrechte aus Grund des abgelegten feierlichen Gelübdes der Armuth ausgeschlossen, so müsste sie der klare Wortlaut des zit. Art. 49 schützen, wonach die Ausübung bürgerlicher Rechte durch keinerlei Vorschrift religiöser oder kirchlicher Natur beschränkt werden darf, und insoweit widerspricht die fragliche Bestimmung des kanonischen Rechtes auch einem Verfassungsgesetze.

Aus dem Gesagten ergibt sich daher, dass der gemeinrechtliche Ausschluss der Ordenspersonen von der Vermögens-

und Erwerbs-, resp. Erbfähigkeit für den hierseitigen Richter keine Geltung mehr hat und daher Martin H. sel. auch trotz seiner Eigenschaft als Laienbruder des Kapuzinerordens Vermögen besitzen, solches erbsweise erwerben und hinwieder selbst beerbt werden konnte.

Die Beklagten wenden im Weiteren ein, es habe Martin H. gemäss seiner an das Theilungsoffizium von Knutwil abgegebenen schriftlichen Erklärung vom 29. August 1877 selbst nur unter der Bedingung Erbe werden wollen, dass in nächster Zeit die Kapuzinerklöster in der Schweiz aufgehoben werden sollten. Allein der Wortlaut der betreffenden Stelle im Briefe vom 29. August 1877 gibt zunächst nicht dieser Auslegung Raum, wonach Martin H. sel. den Erbschaftsantritt an eine Bedingung knüpfen wollte, sondern ist vielmehr in dem Sinne zu verstehen, dass damit das Motiv bezeichnet werden wollte, warum er trotz seiner Eigenschaft als Kapuzinerbruder gleichwohl auf sein Erbe nicht verzichte. Hiemit stimmt denn auch die nachherige Verfügung überein, wonach, sofern er den Erbtheil nicht bedürfen würde, derselbe nach seinem Ableben seinen Halbgeschwistern zufallen solle. Dass aber eine solche Verfügung von Todeswegen in einem einfachen Briefe keine Bedeutung haben kann, liegt auf der Hand.

Die Einwendung, es haben die Erben der Wwe. St. das Erbrecht des Martin H. sel. nur im angegebenen Sinne anerkannt, ist nun ohnehin unerheblich, nachdem feststeht, dass die Erbfähigkeit desselben einer solchen Anerkennung Seitens der Miterben nicht erst bedurfte. Im Uebrigen ergibt sich eine solche Beschränkung der fraglichen Erklärung der Erben aus dem Protokoll über die betreffende Erbsverhandlung (Klag-Beleg 1) in keiner Weise und ist eine solche auch durch Aussagen der abgehörten Zeugen Gemeinderathspräsident M. und Gemeindeschreiber B. nicht erstellt, ganz abgesehen davon, ob gegenüber jener (amtlichen) Urkunde ein Zeugenbeweis überhaupt zulässig gewesen wäre (§ 534 b des b. G.-B.).

(Directe Mittheilung.)

16. Canton Basellandschaft. Obergerichtsurteil vom 25. Juli 1879.

Ungültigkeit von Erbverzichten.

Hans Ulrich Thommen, Müller in Gelterkinden, der Erblasser der heutigen Parteien war in erster Ehe verheirathet

mit Barbara Mengis von Tenniken. Aus dieser Ehe, welche im Jahr 1843 durch den Tod der Ehefrau aufgelöst wurde, waren zwei Söhne vorhanden, Johann Jakob geb. 1824 und Hans Georg geb. 1838. Mit Akt vom 7. Juni 1843 kaufte Hs. Ulrich Thommen bei einem amtlich auf Fr. 14,253. 85 geschätzten Vermögen diese seine Söhne und die legitimierte Tochter seiner verstorbenen Ehefrau Anna Barbara Mengis für ihr mütterliches Erbe mit je Fr. 1600 aus. Bald nach dem Tode seiner ersten Frau ging Hans Ulrich Thommen eine neue Ehe ein mit Anna Maria Sutter von Zeglingen. Diese letztere gebar ihm drei Kinder, Hermann, Anna Marie und Jakob. Im Jahr 1846 wanderte der älteste Sohn erster Ehe Joh. Jakob nach Amerika aus und 12 Jahre später folgte ihm dorthin auch sein Bruder Joh. Georg. In diesem Jahre sandte Hans Ulrich Thommen seinem Sohne Johann Jakob Fr. 4000, wogegen dieser einen Revers folgenden Inhalts ausstellte:

„Chicago, den 7. Juni 1858.

Hiedurch bescheinige ich, Johann Jakob Thommen, wohnhaft zu Chicago im Staate Illinois, vereinigte Staaten von Nordamerika, von meinem Vater Hans Ulrich Thommen, wohnhaft in Gelterkinden, Kantons Baselland, Schweiz, Viertausend Franken für alle Ansprüche, welche ich oder meine Erben an meinem väterlichen Vermögen haben, erhalten zu haben. Ich verspreche, dass ich nie einen Anspruch auf irgend einen Anteil an mein väterliches Vermögen machen werde.“

Im Jahr 1866 empfing auch der zweite Sohn erster Ehe auf gleiche Weise Fr. 6000. Auch er musste, wie sein Bruder, einen Verzichtschein folgenden Inhalts ausstellen:

„Ich Unterzeichneter unterschreibe mich, von meinem Vater Hans Ulrich Thommen die Summe von Fr. 6000, sage sechstausend Franken, als mein väterliches Erbtheil erhalten zu haben und nichts mehr zu fordern habe fürderhin.“

Im Jahr 1874 starb Hans Ulrich Thommen mit Hinterlassung eines Vermögens, welches in dem darüber aufgenommenen Inventar auf Fr. 142,241. 43 angegeben ist. In dieses Vermögen theilten sich unter Mitwirkung der Bezirksschreiberei Sissach die hinterlassene Witwe und die Kinder zweiter Ehe; die beiden Söhne erster Ehe wurden mit Rücksicht auf die beigebrachten Verzichtscheine ausgeschlossen.

Indessen bemerkte der Bezirksschreiber im Theilungsakt:

„Insofern die beiden Söhne erster Ehe, so ausgekauft sind, dennoch früher oder später fernere Erbsansprüche erheben sollten, so haften hiefür sämmtliche Erben in solidum, übernehmen alle desshalb möglicherweise eintretenden Folgen, und es wird die Bezirksschreiberei ausdrücklich aller und jeder daherigen Verantwortlichkeit entbunden.“

Diese Theilung wurde von der Witwe des in Amerika verstorbenen Joh. Jakob Thommen und von Johann Georg Thommen angefochten und es verlangten dieselben mit den Kindern zweiter Ehe sich in den Nachlass ihres Vaters theilen zu dürfen. Das Bezirksgericht Gelterkinden von der Ansicht ausgehend, Joh. Jakob und Joh. Georg Thommen hätten auf ihr Erbrecht an ihrem Vater verzichtet und sei ein solcher Verzicht gesetzlich zulässig, wies dieselben mit ihrem Anspruche ab.

In Folge Appellation der Kläger reformierte das Obergericht dieses Urtheil und erklärte die Kinder erster Ehe gegen Collation der vorempfangenen Fr. 4000 und Fr. 6000 als neben den zweitgeborenen Kindern erbberechtigt.

M o t i v e :

Die Hauptfrage, ob der Erbsauskauf oder der Erbsverzicht eines Kindes über die noch nicht angefallene väterliche Erbschaft zulässig sei, ist allerdings in unserer Landesordnung nicht mit ausdrücklichen Worten geregelt, dagegen durch die Art, wie in derselben das Notherbenrecht zwischen Eltern und Kindern geordnet worden, deutlich genug entschieden. Darnach ist es den Eltern nicht erlaubt, ein Kind zu enterben oder das eine oder andere der Kinder zu bevorzugen. Der Grundsatz, dass alle Kinder an dem Vermögen der Eltern gleichberechtigt sein sollen, ist unzweideutig ausgesprochen. Nur ganz ausnahmsweise, aus wichtigen Ursachen und nach genauer Untersuchung kann der Regierungsrath die Bewilligung ertheilen, Kinder oder Grosskinder gänzlich oder theilweise zu enterben (L.-O. § 49), und nur wenn sich das eine oder andere der Kinder besonders um dieselben verdient gemacht, ist es den Eltern nach § 66 L.-O. gestattet, einem solchen Kinde eine verhältnissmässige Gabe im Voraus zukommen zu lassen.

Mit diesen Grundsätzen sind aber Erbsverträge oder Erbsverzichte über noch nicht angefallene Erbschaften nicht vereinbar. Aus diesem Grunde spricht unsere L.-O. von einem Erbsverzichte nur über schon angefallene Erbschaften und ist es desshalb ganz unrichtig, wenn das erstinstanzliche Urtheil aus dem Umstände, dass die L.-O. über das in Frage

gezogene Rechtsverhältniss sich nicht mit ausdrücklichen Worten verbreite, dahin geschlossen hat, es seien solche Erbsverzichte nach den über gewöhnliche Verträge geltenden Normen zulässig.

Diese Bestimmungen über das Notherbenrecht tragen gleichsam den Charakter öffentlichen Rechts und können entgegenstehende Uebereinkommen nicht auf Rechtsverbindlichkeit Anspruch machen. Mit Rücksicht darauf verlieren auch die Ausführungen der beklagten Partei, dass man es hier mit Verträgen zwischen mehrjährigen und handlungsfähigen Personen zu thun habe und dass Niemand seine eigene Handlung anfechten könne, alle und jede Bedeutung.

In den auswärtigen Gesetzgebungen, so namentlich in denjenigen verschiedener Schweizerkantone, sowie im französischen Recht, ist die Frage über die Rechtsgültigkeit solcher Erbsverzichte verschieden gelöst, von den einen bejaht, von den andern verneint worden, je nachdem dieselben mehr der deutschrechtlichen oder der römischrechtlichen Auffassung dieses Verhältnisses folgen. Wo indessen die Zulässigkeit ausgesprochen ist, sind meist auch gewisse schützende Formen vorgeschrieben, unter denen die Errichtung solcher Verträge zu erfolgen hat.

Dass unsere L.-O., welche ja namentlich in ihren erbrechtlichen Bestimmungen auf römischrechtlichem Boden steht, in die letztere Kategorie gehört, steht ausser Zweifel.

In der bisherigen Rechtsprechung ist die vorliegende Frage, soweit bekannt, nur einmal und zwar in dem Sinne gelöst worden, dass solche Erbsverzichte unzulässig seien.

Mit Rücksicht auf die vorstehenden Ausführungen und unter Beachtung der Wegleitung, wie solche in der Einleitung zur L.-O. für deren Auslegung und Anwendung gegeben worden, wonach Rechtsähnlichkeit, hergebrachte Gewohnheit und Billigkeit zu Rathe gezogen werden sollen, müssen die von der beklagten Partei angeführten Erbsverzichte als unzulässig und darnach die Kinder erster Ehe und zweiter Ehe am Nachlass des verstorbenen Hans Ulrich Thommen erbberechtigt erklärt werden.

Dass bei der Theilung die den Klägern ausgewiesenen Summen mit Zinsen als vorempfangenes Gut einzuschliessen sind, bedarf nach dem darauf bezüglichen Zugeständniss der Klagpartei keiner weitern Erörterung.

(Directe Mittheilung.)

**17. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichts
vom 12. September 1882.**

T e s t a m e n t u m c o r r e s p e c t i v u m . T e s t a m e n t s -
m ü n d i g k e i t d e r E h e f r a u .

Den 30. September 1872 errichteten die Eheleute Bösch eine letztwillige Verordnung, deren wesentlicher Inhalt in dem Satze besteht: „Dem überlebenden Ehegatten soll vom hinterlassenen Guthaben des Verstorbenen ein Viertheil eigenthümlich und drei Viertheil nutzniessungsweise zufallen.“ —

Den 25. Juli 1881 ging dann der Ehemann L. Bösch mit Tod ab und dessen Witwe beanspruchte nun gestützt auf obige letzte Willenserklärung an Einem Viertheile des Nachlasses das Eigenthumsrecht und an den übrigen drei Viertheilen das Nutzniessungsrecht. Die Intestaterben bestritten jedoch die Rechtsgültigkeit des Testaments, erhoben die Nullitätsklage und führten zur Substantiierung derselben u. A. an :

1. Das Testament sei ein gegenseitiges und ein solches sei nach luzernischem Recht nicht zulässig ;

2. Die Ehefrau sei bei der Testamentserrichtung nicht durch ausserordentlichen Vormund versehen gewesen, was zur Gültigkeit des Testaments — § 424 des b. G.-B. — nothwendig gewesen wäre.

Sowohl erst- als zweitinstanzlich wurde die Klage abgewiesen. Zweitinstanzlich mit der Begründung :

Das vorliegende Testament stellt sich als ein wechselseitiges und zwar speziell als ein sogenanntes correspективum (Testamentum correspективum) dar, indem zwei Testamente von zwei Personen zugleich in einer und derselben Urkunde errichtet worden sind, und hiebei es als Intention der Testatoren angesehen werden muss, dass die Erbeinsetzung beider Seits bloss um der von dem andern Theile geschehenen Erbeinsetzung willen und unter der Voraussetzung geschehe, dass dieser andere Theil sein Testament nicht ändern werde.

Allerdings ist nun diese Art von Testamenten in unserm bürgerlichen Gesetzbuche nicht ausdrücklich anerkannt. Allein immerhin ist dieselbe auch nicht untersagt; und nachdem das bürgerliche Gesetzbuch ein dahерiges Verbot nicht enthält, ist ein zureichender Grund für den Richter nicht vorhanden, diesem, im gemeinen Rechte ausdrücklich anerkannten, und in unserm Rechtsleben tagtäglich vorkommenden wechselseitigen Testamente die Anerkennung zu ver-

weigern; unter der Voraussetzung indessen, dass die für die Testamentserrichtung überhaupt vorgeschriebenen Formen im gegebenen Falle beobachtet worden seien;

Wenn in dieser Richtung von der Klägerschaft eingewendet wird, es hätte die beklagte Frau Bösch bei der Testamentserrichtung mit einem ausserordentlichen Beistand versehen sein müssen, so ist diess unrichtig. Die Bestimmung des § 424 des b. G.-B. ist durch das neue Vormundschaftsgesetz ausdrücklich aufgehoben, und zwar wie die obergerichtliche Praxis mehrfach ausgesprochen hat (siehe unter Anderm Präjudikat vom 5. November 1878, Amtl. Sammlung S. 523 u. ff.) nicht nur mit Bezug auf ledige Weibspersonen, sondern auch mit Bezug auf Ehefrauen.

(Directe Mittheilung.)

18. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 13. Januar 1882.

Legitimation des Testamentsvollziehers zur Klage gegen die Erben auf Anerkennung der Vermächtnisse. — Collationsverbindlichkeit der Erben auf Begehren der Legatare. — Vollberechnung der Legate, durch welche eine blosse Nutzniesung verordnet wird.

Durch letztwillige Verordnungen vom 20. Februar 1872 und 25. April 1877 hatte Ferdinand W., Vater, mehrere Legate ausgeworfen, und bestimmt: „Als Vollstrecker meiner letztwilligen Verordnung erenne ich den Herrn X. H., welchem ich dieselbe übergebe und der für seine allfälligen Bemühungen und Auslagen aus meiner Verlassenschaft angemessen zu entschädigen ist.“

Nach dem Tode des Vaters W. verweigerten die Söhne des Erblassers resp. der Sohn Joseph und die Concursmasse des Sohnes Ferdinand dem Testamentsvollstrecker die Anerkennung der fraglichen Legate, worauf Letzterer gegen sie auf Anerkennung der letztwilligen Verordnungen und Verabfolgung der Legate an ihn (den Testamentesexekutor und Kläger) zu Handen der Legatare klagte.

Die Beklagten verlangten in erster Linie, dass Kläger Mangels Legitimation zur Klage abgewiesen werde, eventuell, dass die Legate auf das gesetzliche Mass eingeschränkt, also

um Fr. 17640 oder auf Fr. 11440 reducirt werden und zwar verhältnissmässig nach Vorschrift des § 465 des b. G.-B.

Alles beiderseits auf Grund der aus den Motiven ersichtlichen Thatsachen.

Obergerichtlich wurde erkannt:

1. Der dermalige Kläger X. H. sei Namens des Erblassers Vater W. sel. resp. der betreffenden Vermächtnissnehmer gegenüber den beklagten Erben zur Klagestellung legitimirt;

2. Die letztwilligen Verordnungen des Vaters W. seien auf das gesetzliche Mass eingeschränkt;

3. Die in Frage stehenden sämmtlichen Legate scien demgemäss für dermalen auf den Betrag von Fr. 17876. 35 Rp. reduzirt;

4. Die dahere Reduction der einzelnen Legate habe verhältnissmässig nach Vorschrift des § 465 des b. G.-B. zu erfolgen.

Aus den Motiven entnehmen wir Folgendes im Auszuge:

I. Betreffend Legitimation des Testamentsvollziehers zur Klage.

Dieselbe ist zu bejahen. Unser Luzerner Recht hat das Institut des Testamentsvollstreckers allerdings nicht. Es beruht in seiner heutigen Anwendung auf Gewohnheitsrecht, welches auf ältere germanische Rechtseinrichtung zurückzuführen ist. Nach dieser liegt es den Testamentsvollstreckern ob, für gehörige Ausführung der letztwilligen Verfügungen, besonders auch dafür zu sorgen, dass die Vermächtnissnehmer das ihnen Zugedachte erhalten.

Die §§ 124 des luzern. b. G.-B. und § 9 litt. a. des Vormundschaftsgesetzes vom 7. März 1871 räumen einem Vater das Recht ein, auf den Fall seines Todes für seine minderjährigen Kinder den Vormund zu bestellen. Schon hieraus folgt, dass die Befugniss, letztwillig auch bezüglich eines andern Gegenstandes als des Vermögensnachlasses zu verfügen, durch das Gesetz nicht schlechthin ausgeschlossen werden will. So liegt es dann aber in der Natur der Sache, dass die Befugniss zu testieren, die Befugniss — als die mindere — in sich schliesse, für die gehörige Vollziehung der letztwilligen Verordnung Vorsorgen zu treffen, daher auch einen Testamentsvollstrecker zu ernennen. Gegen eine solche Ernennung spricht auch kein ausdrückliches gesetzliches Verbot. Vielmehr erscheint die Zulässigkeit der testamentarischen Ernennung von Testamentsvollstreckern herkömmlich aner-

kannt. (Dr. C. Pfyffer, Rechtsfreund für den Kt. Luzern, 1842, S. 105.)

Als natürliche Consequenz dieser rechtlichen Stellung des Testamentsvollstreckers ergibt sich aber die Berechtigung desselben, gegen die Erben auf Anerkennung der Vermächtnisse zu klagen, ohne dass es hiezu einer speciellen Vollmacht der Legatare bedarf. (Vgl. auch Entscheid des Oberappellgerichts zu Celle vom 17. Juli 1860 in Seufferts Archiv, Bd. 15, Nr. 142.)

II. Betreffend Collation des Vorempfangs der Erben zu Gunsten der Legatare.

Die Legatare verlangen mit Rücksicht auf § 397 des b. G.-B., dass die Söhne gewisse Summen als „Vorempfänge“ in die Erbmasse des Vaters W. einschiessen.

Hiebei entsteht nun vorab die Frage, ob es einzig Sache der Erben, oder auch der Legatare sei, ein solches Begehr zu stellen?

Ein Begehr der Legatare um wirklichen Einschuss müsste von vornherein als unthunlich erklärt werden. Die Legatare können in keinem Falle mehr verlangen, als dass ihnen die betreffenden Legate ausbezahlt werden. (§ 464 des b. G.-B.)

Die Frage dagegen, ob die Legatare nicht wenigstens verlangen dürfen, dass bei der Bestimmung der Grösse des Betrages, über welchen ein Erblasser zu testiren befugt sei, die Vorempfänge, als des elterlichen resp. grosselterlichen Vermögens, in Berechnung zu ziehen seien, wird durch die luzern. Gesetzgebung ausdrücklich nicht beantwortet.

Diese Frage ist jedoch grundsätzlich zu bejahen.

Der Vorempfang im Sinne des § 397 des b. G.-B. ist als ein Theil des elterlichen resp. grosselterlichen Vermögens zu behandeln. Gemäss diesem Artikel hat das Kind dasjenige, was es bei Lebzeiten der Eltern resp. Grosseltern von denselben zur Ausstattung der Ehe oder zu eigener Haushaltung oder unmittelbar zum Antritte eines Amtes oder eines Gewerbes erhalten hat, sowie was allfällig zur Bezahlung seiner Schulden verwendet worden, den Eltern resp. Grosseltern nicht zurückzuerstatten, wohl aber dasselbe als eine Schuld an die Erbmasse anzuerkennen, resp. sich auf seinen Erbtheil anrechnen zu lassen. Daher auch für dasjenige, was dergestalt eingeschossen werden muss, die Benennung „Vorempfang“. Auch der Commentar von Dr. C. Pfyffer zu § 400 des b. G.-B. sagt, dass die Vorempfänge „zu dem

elterlichen Vermögen gehören.“ Bei der Ausmittlung des Vermögens verstorbener Eltern resp. Grosseltern ist daher auch der Betrag der Vorempfänge in Berechnung zu ziehen.

(Als solche Vorempfänge werden hierauf Fr. 15000 für jeden der beiden Erben auf Grund der Acten ermittelt und zu der Hinterlassenschaft des Vaters im Betrag von Fr. 97338. 10 zugerechnet, somit Gesamtvermögen Fr. 127,338. 10.)

III. Betreffend Berechnung des Pflichttheiles, resp. des für Legate verfügbaren Theils der Hinterlassenschaft.

Vermächtnisse zu Eigenthum wurden an verschiedene Personen und Anstalten ausgesetzt im Betrage von Fr. 11,204. —	
Vermächtnisse zu Nutzniessung „ 12,875. —	
Erbsgebühren von den Legaten, laut besonderer Verfügung aus dem Nachlass zu bestreiten „ 1,488. —	
<hr/>	
	Fr. 25,567. —

Legate zu geistlichen Zwecken „ 8,304. —

Hier entsteht vorab die Frage, ob bei Feststellung der Testirbefugniss die Legate, durch welche eine blosse Nutzniessung verordnet wird, ebenfalls nach ihrem vollen Betrage zu berechnen seien.

Diese Frage ist zu bejahen, da nach dem Wortlaute des § 428 des b. G.-B. den Descendenten eines Erblassers der Pflichttheil unbeschwert zukommen soll. (Dr. C. Ptyffer, Commentar zu § 429 des b. G.-B.)

Bei einem nicht bloss nominellen, sondern reellen Nachlasse von Fr. 127,338. 10 Rp. wäre sodann Vater Ferdinand W. letztwillig zu verfügen berechtigt gewesen:

a. nach § 428¹⁾ des b. G.-B. über

Fr. 127,338. 10 : 5 = Fr. 25,467. 62,

b. nach § 451²⁾ des b. G.-B. über

Fr. 127,338. 10 : 10 = Fr. 12,733. 81.

Insoweit jedoch die Concursansprache an Sohn Ferdinand³⁾ nicht erhältlich ist, resp. durch den Betrag desjenigen, was

¹⁾ § 428: Personen, welche gesetzliche Erben der ersten Classe haben, dürfen nur über den fünften Theil ihres Vermögens letztwillig verfügen.

²⁾ § 451: Vermächtnisse zu Gunsten der Kirche und geistlicher Zwecke, welche den zehnten Theil des Vermögens des Erblassers übersteigen, können nicht die für solche Legate erforderliche Bestätigung der Regierung erhalten.

³⁾ Als Activum der Erbmasse figurirt eine unbestrittene Eingabe im Concurs des Sohnes Ferdinand mit Fr. 37,956. 37.

dem Sohne Ferdinand aus dem Nachlasse des Vaters noch zukommt, nicht gedeckt wird, darf sie auch nicht als reelles Guthaben behandelt werden. Wie viel aber von fraglicher Ansprache aus dem Concurse des Sohnes Ferdinand erhältlich sei, kann erst durch die betreffende Konkursliquidation ermittelt werden. Die Grösse des Erbtheiles des Ferdinand W. aber lässt sich erst bestimmen, wenn einmal die bis anhin noch nicht erfolgte Erklärung der zwei Töchter W. vorliegt, ob sie auf das Intestaterrecht definitiv verzichten wollen oder nicht.

Vorderhand darf daher als reeller Vermögensnachlass des Vaters W. nur der Betrag von Fr. 127,338. 10 Rp. weniger die Concurseingabe des Erb-

lassers W. an seinen Sohn Ferdinand	„ 37,956. 37 „
somit	<u>„ 89,381. 73 „</u>

behandelt werden.

Bei einem reellen Vermögen in letzterm Betrage durfte Vater W. letztwillig verfügen:

a. nach § 428 des b. G.-B. über

$$\text{Fr. } 89,381. 73 : 5 = \text{Fr. } 17,876. 34\frac{3}{5}$$

b. nach § 451 des b. G.-B. über

$$\text{Fr. } 89,381. 73 : 10 = \text{„ } 8,938. 17\frac{3}{10}.$$

Die ausgesetzten Vermächtnisse sind somit auf den ersten Betrag zurückzuführen. (Directe Mittheilung.)

19. Canton Zürich. Urtheil des Obergerichts (Appellationskammer als Recurs- und Cassationsinstanz) vom 28. Juli 1881.

Prorogierter Gerichtsstand gegenüber dem Concordat über Erbrechtsverhältnisse.

Eine Bürgerin des Cantons Aargau, die in B., Canton Zürich, ihr gewöhnliches Domizil hatte, starb im Krankenasyl N., Canton Zürich, bei einem vorübergehenden Aufenthalte daselbst, mit Hinterlassung von Intestaterben, die, soweit sie bekannt sind, theils im Canton Zürich, theils im Canton Waadt wohnen. Verschiedene Legatare verlangten von den bekannten Erben Auszahlung der von der Verstorbenen ausgesetzten Legate und machten ihre Klage durch Weisung des Friedensrichteramtes B. beim zürch. Bezirksgerichte A. anhängig. Bei der Hauptverhandlung waren von den Beklag-

ten nur zwei in B. wohnende Erben vertreten, und obwohl ihr Vertreter erklärte, dass er die Zuständigkeit des Bezirksgerichtes A. anerkenne, erklärte sich letzteres inkompotent und wies die Sache von der Hand.

Die Beschwerde hierüber wurde als begründet erklärt, unter folgender Ausführung:

Das Konkordat betreffend Testirungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse, vom 15. Juli 1822 verweist in § 3 Abs. 3 alle Erbstreitigkeiten über die Verlassenschaft eines den Vertragsständen angehörigen Bürgers an die Gerichte des Heimatortes des Erblassers, ohne Rücksicht darauf, ob die erbrechtlichen Ansprüche aus Gesetz oder letztwilliger Verordnung abgeleitet werden.

Da nun die Erblasserin Bürgerin des Cantons Aargau war, und sowohl dieser als auch der Canton Zürich dem Konkordate beigetreten sind, so können sich die Beklagten unzweifelhaft auf jene Konkordatsbestimmung berufen. Das wird auch von den Klägern anerkannt mit Bezug auf die in B. wohnenden Beklagten, es dürfte aber auch mit Bezug auf die andern, welche im Canton Waadt wohnen, der Fall sein, weil sie höchst wahrscheinlich Bürger des Cantons Aargau sind, für diesen Fall aber dem Umstände, dass der Canton Waadt dem Konkordate nicht beigetreten ist, keine Bedeutung zukommt.

Von diesem Rechte ist bis zur Stunde noch kein Gebrauch gemacht worden, vielmehr haben zwei der Beklagten ausdrücklich darauf verzichtet, und was die Andern anbetrifft, so liegt von Seite derselben eine bestimmte Erklärung weder im Sinne der Geltendmachung der Inkompotenzrede, noch im Sinne eines Verzichtes und Anerkennung der zürcherischen Gerichte vor.

Das Bezirksgericht ist davon ausgegangen, es sei nicht verpflichtet, den Prozess zu behandeln, auch wenn von allen Beklagten auf die Einrede der Inkompotenz verzichtet werde. Diese Ansicht ist aber irrig. Das Bezirksgericht hat nämlich die zur Beurtheilung und Entscheidung der streitigen Ansprüche erforderliche Gerichtsbarkeit. Anderseits ist zwar richtig, dass die Beklagten hierorts nicht gerichtspflichtig sind, und der § 220 des Gesetzes über die Rechtspflege bestimmt, dass dieser Mangel nicht bloss durch freiwillige Unterwerfung der Letztern gehoben werden kann, sondern überdem erforderlich ist, dass das an sich inkompotente Gericht sich zur Behandlung des Streites bereit erkläre. Diese Gesetzesstelle wird aber mit Unrecht angerufen. Dieselbe

setzt voraus, dass das angerufene Gericht an sich nicht kompetent sei, die Frage aber, ob diese Voraussetzung zutreffe oder nicht, ist lediglich nach unserem cantonalen Prozessgesetz zu beurtheilen; nach § 212 dieses Gesetzes aber ist das Bezirksgericht A. als Gerichtsstand des Wohnortes der Erblasserin zur Entscheidung des Prozesses zuständig, weil die Letztere, wenn sie auch im Krankenasyl N. gestorben ist, dort nur vorübergehenden Aufenthalt genommen hatte, somit B. auch für den Zeitpunkt des Todes noch als ihr eigentliches Domizil angesehen werden muss. Das zit. Konkordat steht allerdings in einem gewissen Sinne über dieser Gesetzgebung, aber nicht so, dass es dieselbe vollständig aufheben würde. Dasselbe will nicht einen eigentlichen sondern Gerichtsstand begründen, wie ein Gesetz; es ist auch kein Gesetz, sondern bloss ein Vertrag zwischen den Konkordatsständen, daraus aber folgt, dass durch die in Frage stehende Bestimmung nur ein persönliches Recht für die Angehörigen und Niedergelassenen der Vertragsstaaten, den Richter des Heimatsortes des Erblassers anzurufen, begründet worden ist. Wenn sie von diesem Rechte Gebrauch machen wollen, so müssen sie von den Gerichten der dem Konkordate beigetretenen Cantone geschützt werden. Selbst Art. 59 der Bundesverfassung begründet nicht einen eigentlichen besonderen Gerichtsstand, sondern räumt bloss eine Rechtswohlthat ein, nämlich diejenige, für persönliche Ansprachen nur an seinem Wohnorte belangt zu werden. Wenn aber das richtig ist, so kann einer blossen Konkordatsbestimmung noch viel weniger eine weitergehende Bedeutung zugestanden werden.

Nun ist nicht abzusehen, warum es den Beklagten nicht gestattet sein sollte, auf dieses ihnen durch das Konkordat gegebene Recht zu verzichten, und wenn sie das thun, so muss das Bezirksgericht, weil nach unserem Prozessgesetze kompetent, den Streit entscheiden. Es kann die Sache von Amtes wegen gerade so wenig ablehnen, wie wenn die Parteien auf ihr vertragliches Recht, den Streit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, verzichten oder wie wenn der Beklagte, der auf Grund des *forum contractus* an einem andern als seinem Wohnorte belangt worden ist, auf die Wohlthat des Art. 59 der Bundesverfassung Verzicht leistet.

(Rechenschaftsbericht des Obergerichts Zürich für 1881,
Beilagen S. 50 ff.)

20. Canton Zürich. Urtheil des Obergerichts (Appellationskammer in Civilsachen) vom 29. November 1881.**Negation des Klaggrundes oder Einrede? Beweispflicht.**

Kläger hatte dem Beklagten Käse verkauft und behauptet, dass der vereinbarte Kaufpreis 55 Fr. per Zentner betrage. Beklagter gab dies zu, machte aber geltend, dass dabei ein sogenanntes Eingewicht (ein im Käsehandel hie und da vor kommender Rabatt) von 6% ausbedungen worden sei. Der Entscheid des Prozesses hing davon ab, ob Kläger zu beweisen habe, dass ohne Eingewicht gehandelt, oder Beklagter, dass das behauptete Eingewicht von 6% vereinbart worden sei. Das Obergericht entschied sich im Anschluss an frühere Präjudizien und die Ansicht der meisten Rechtslehrer für das erstere, mit folgender Begründung:

1. Es frägt sich, wem die Beweislast obliege, dem Beklagten für die Verabredung des Eingewichts oder dem Kläger, dass ohne ein solches gehandelt worden sei. Das Bezirksgericht hat das erstere angenommen, davon ausgehend, dass der genannte Einwand des Beklagten nicht eine blosse Negation des Klagegrundes, sondern eine Einrede sei, welche wie der Rabatt, als eine aussergewöhnliche Modalität des Kaufvertrags, von demjenigen zu beweisen sei, welcher sich darauf berufe.

2. Dieser Anschauung kann nicht beigetreten werden. Auf den ersten Blick mag allerdings die Geltendmachung jener Einwendung als eine Einrede erscheinen; eine genauere Prüfung zeigt aber, dass sie keine solche ist, d. h. nicht eine Behauptung, welche, obwohl mit den zur Begründung des klägerischen Rechts erforderlichen Thatsachen nicht im Widerspruch stehend, doch ihrerseits Thatsachen enthält, welche dieses Recht wieder aufheben resp. unwirksam machen, sondern eine blosse Klagebestreitung oder ein Widerspruch gegen Thatsachen des Klagefundaments.

3. Die Beweislast trifft also nicht bloss dann den Kläger, wenn das Eingewicht im Käsehandel Usance ist, was nicht angenommen werden darf, weil es vom Beklagten selbst nicht behauptet wird, sondern auch dann, wenn eine solche Usance nicht vorhanden ist, und der Unterschied ist lediglich der, dass im ersten Fall der Verkäufer nicht bloss wie im zweiten die Nichtverabredung eines Eingewichts, sondern zudem noch

die ausdrückliche Wegbedingung desselben beweisen muss, da dasselbe sonst als durch die Usance bewiesen zu betrachten wäre.

(Rechenschaftsbericht des Obergerichts Zürich für 1881, Beilagen S. 32.)

21. Canton Waadt. Urtheil des Cantonsgerichts vom 13. Juni 1882.

Evocation en garantie und appel en cause.

Durch Testament hatte J. F. L. P. verfügt, dass der seiner Tochter, verehelichten S., zufallende Erbtheil dem Ehemann nicht auszuhändigen, sondern besonders zu verwalten sei. Diese Clausel wurde von den Eheleuten S. angefochten; die Klage ging auf Nichtigerklärung derselben und Ermächtigung des Ehemannes S. zur Verwaltung des Erbguts seiner Frau. Die Klage wurde gegen sämmtliche Miterben der Ehefrau gerichtet, weil es sich um theilweise Ungültigkeit des Testaments handelte. Alle Beklagten ausser F. P. erklärten der Klage nicht widersprechen zu wollen. Bloß F. P. nahm die Vertheidigung auf und beantragte Abweisung der Klage angebrachter Massen, weil der gerichtlich bestellte Vermögensverwalter dieses Erbtheils ebenfalls als Beklagter ins Recht zu fassen sei. Das Districtsgericht von Lausanne wies diesen Antrag zurück. Darauf verlangte der Beklagte, dass er ermächtigt werden möge à évoquer en garantie personnelle dans le procès, subsidiairement à appeler en cause le régisseur judiciaire des biens. Kläger widersetzen sich beidem, weil es sich um eine Clausel des Testaments und somit eine rein nur die Erben gehörende Sache handle, und es zudem nicht angehe, dass der Vermögensverwalter, der die Frau S. repräsentiere, zugleich gegen diese auftrete.

Vor Districtsgericht Lausanne wurde die Evocation en garantie verworfen, weil der Streit ein Erbstreit sei und Beklagter persönlich, als Miterbe, sich zu vertheidigen habe; dagegen der appel en cause zugelassen, in Betracht, dass der Beklagte sich gegen alle allfälligen künftigen Ansprüche müsse sichern können und dem Verwalter des Erbes von Frau S. die Aufgabe zukomme, die Klaganträge zu prüfen.

Auf Appellation beider Parteien entschied das Cantonsgericht:

Sur le recours de F. P., relatif à l'évocation en garantie du régisseur :

Considérant que le but poursuivi par le notaire P. en évoquant en garantie le régisseur, serait que ce régisseur prenne sa place au procès et le garantisse des conséquences de celui-ci.

Considérant que cette manière de voir ne saurait être admise, le régisseur n'ayant ni vocation ni intérêt pour discuter les clauses d'un testament auquel il est complètement étranger.

Attendu, en effet, que, vu la nature du procès, il n'y a que les héritiers de J.-F.-L. P. qui doivent être parties en cause dans l'action actuelle qui tend à faire prononcer la nullité d'une clause du testament de leur auteur.

Attendu qu'en sa qualité d'héritier, F. P. est tenu de se déterminer personnellement sur les conclusions qui ont été prises contre lui et qu'il ne saurait, par la voie d'une évocation en garantie, se soustraire aux obligations qui résultent pour lui de cette qualité d'héritier et ne pas suivre à un procès qui n'existe que par la position prise par lui en ce qui concerne l'exécution du testament de son père.

Que sa demande d'évocation en garantie du régisseur n'est, dès lors, pas fondée,

Le Tribunal cantonal écarte le recours de F. P.

Quant au recours des époux S.-P., en ce qui concerne l'appel en cause du régisseur :

Considérant qu'aux termes de l'art. 156 Cpc., il y a lieu à l'appel en cause lorsque l'une des parties estime avoir droit à exiger d'un tiers qu'il soutienne le procès conjointement avec elle.

Considérant que cet article n'est pas applicable à l'espèce, le régisseur n'ayant ni intérêt ni vocation à soutenir le procès avec le défendeur, ainsi qu'il a déjà été dit plus haut à l'occasion de l'évocation en garantie.

Considérant, en outre, que le régisseur des biens de dame S.-P. n'a pas de détermination à prendre sur les conclusions des demandeurs, puisqu'il est absolument étranger au testament attaqué et qu'il tient ses fonctions, qui sont tout administratives, de la Justice de paix du cercle de Pully.

Considérant que l'on ne comprendrait du reste pas la position que le régisseur pourrait prendre dans le procès, en présence de la double autorisation donnée par la Justice de paix à dame S.-P. pour demander la nullité de la clause du testament et au régisseur pour soutenir cette clause.

Considérant que l'appel en cause demandé par F.-P.

n'est, dès lors, pas justifié, et que c'est ainsi à tort qu'il a été admis par le président du Tribunal de Lausanne,

Le Tribunal cantonal admet le recours des époux S.-P.; réforme le jugement incident du 13 mai, en ce sens que F. P. n'est pas autorisé à appeler en cause le régisseur judiciaire des biens de sa sœur.

(Journal des Tribunaux 1882, Nr. 36.)

22. Canton Uri. Urtheil des Bezirksgerichtes vom 26. September 1882.

Zeugnisspflicht des Anwaltes einer Partei auf Begehren der Gegenpartei.

In einem Forderungsstreite des Negociant J. M. Arnold in Altdorf gegen die Gemeinds-Armenpflege von Isenthal (Uri) wurde unter Anderm auch die Einvernahme des Anwaltes der beklagten Parthei wesentlich in der Richtung verlangt, um durch dessen Zeugniss zu constatieren, dass in früherer Zeit die beklagte Gemeinds-Armenpflege Isenthal für Verabfolgung von Lebensmitteln durch den Kläger an eine damals in Armuth befindliche, in der Gemeinde Isenthal armengenössige Familie eine Bürgschaft übernommen, resp. ein Ausschuss der Armenpflege den Kläger bevollmächtigt habe, bis auf Weiteres, unter Haftbarkeit der Armenverwaltung besagter Familie die nothwendigsten Lebensmittel zu liefern. Gegen dieses Verlangen der Klägerschaft wurde von der Beklagtschaft und ganz besonders von dem zum Zeugniss aufgerufenen Anwalte Einspruch erhoben, im Wesentlichen mit folgender Begründung:

- a. Er sei bekanntlich Anwalt der Beklagtschaft, wie dies bei Erwirkung des Contumazurtheils constatirt sei;
- b. der Anwalt sei die Vertrauensperson seiner Parthei und werde durch eine Einvernahme in Prozesssache seiner Clientschaft, zumal, wenn er zu deren Ungunsten deponiren würde, in eine sonderbare Stellung gedrängt.

Das Bezirksgericht Uri erkannte am 26. September 1882 in Gemässheit des klägerischen Begehrens und zwar unter Annahme nachstehender Motive:

In Betracht:

1. Dass weder § 54 der Civ.-P.-O., welcher die Gründe für Ausschluss von Zeugen enthält, noch irgend eine andere

gesetzliche Bestimmung festsetzt, dass die Eigenschaft eines Anwalts, wenn Letzterer von der Gegnerschaft als Zeuge laut Gesetz aufgefordert und honorirt ist, den Ausschluss von der Fähigkeit eines Zeugen zur Folge hat.

2. Dass Hr. Dr. Schmid im heutigen Prozesse Anwalt der Beklagtschaft, resp. nicht von seiner Clientschaft zum Zeugnisse aufgefordert wird.

3. Dass andere Gründe, welche den Ausschluss des Hrn. Schmid als Zeugen für die vorwürfige Frage zu rechtfertigen im Falle wären, weder angestrebt, noch geltend gemacht wurden.

(Directe Mittheilung.)

23. Canton Waadt. Urtheil des Cantonsgerichts vom 10. October 1882.

Rechtliche Verschiedenheit von Beweis und Expertise.

Fontannaz verlangte von Cart Bezahlung von Fr. 150 als Schadenersatz für zwei Rinder, die er ihm behufs Alpauffütterung übergeben habe und die bei Cart durch dessen Schuld zu Grunde gegangen seien. Er erbot sich zum Beweise durch Zeugen unter anderm über folgende Punkte :

No 14. Le vétérinaire Gaillard a constaté que ces deux génisses portaient les traces laissées par la fièvre aphteuse dont elles avaient été atteintes, et qu'en outre elles étaient atteintes de diarrhée, maladie à laquelle elles ont succombé.

No 15. La diarrhée est une complication de la fièvre aphteuse qui se produit lorsque les animaux n'ont pas été soignés convenablement.

No 16. Constant Cart n'a pas soigné ainsi qu'il le devait les deux génisses du défendeur.

No 17. C'est par suite de ce défaut de soin que ces deux bêtes ont péri et elles n'eussent pas péri si des soins convenables leur avait été donnés.

No 18. Les deux génisses périses valaient au moins 150 frs.

Cart widersetzte sich dem Zeugenbeweis, weil Nro. 14 nur durch eine Expertise festgestellt werden könne, Nro. 15 eine persönliche Ansicht enthalte und nicht zur Sache gehören, Nro. 16 und 17 zu allgemein seien und Rechtsfragen aufstellen, Nro. 18 die Höhe eines Schadens festzustellen trachte, was auch nicht durch Zeugenbeweis geschehen könne.

Der Friedensrichter von Cossenay erklärte den Zeugenbeweis über alle 5 Puncte als zulässig, das Cantonsgericht dagegen erkannte, der Zeugenbeweis könne stattfinden bezüglich Nro. 14 mit Weglassung der Worte „maladie à laquelle elles ont succombé“, ferner bezüglich Nro. 16 und 18, dagegen sei er ausgeschlossen über Nro. 15 und 17; aus folgenden Gründen:

Considérant, quant à l'allégué 14, que Fontannaz entend établir par témoins que le vétérinaire Gaillard a constaté que deux génisses portaient les traces laissées par la fièvre aphèteuse et qu'en outre elles étaient atteintes de la diarrhée.

Considérant qu'il ne s'agit ici de prouver q'un fait concret, c'est-à-dire la simple constatation de maladie qu'aurait faite un vétérinaire sur les deux génisses appartenant à Fontannaz.

Considérant, dès lors, que ce fait No 14 doit pouvoir être prouvé par témoins, à l'exception toutefois de la fin de l'allégué ainsi conçue: „maladie à laquelle elles ont succombé“, phrase qui contient une appréciation technique dont la preuve testimoniale ne saurait être entreprise.

Considérant que, par l'allégué No 15, le défendeur veut établir au procès que la diarrhée est une complication de la fièvre aphèteuse qui se produit lorsque les animaux n'ont pas été soigné convenablement.

Considérant que cet allégué ne contient aucun fait quelconque, mais qu'il constitue une appréciation médicale qui ne peut être établie par témoins.

Considérant que l'allégué 16 est un simple fait indiquant la manière dont Cart a soigné les deux génisses du défendeur.

Que la preuve testimoniale doit dès lors être admise sur cet allégué.

Considérant que l'allégué No 17, comme celui sous No 15, est une appréciation juridique constituant un des éléments pour former la conviction du juge.

Qu'une telle appréciation ne saurait faire l'objet d'une preuve testimoniale.

Considérant que l'allégué 18 indique la valeur des génisses du défendeur.

Considérant que ces animaux ayant péri, il paraît difficile d'admettre, dans les circonstances indiquées, que la valeur des dits animaux puisse être autrement établie que par témoins.

(Journal des tribunaux 1882, No. 47.)

24. Canton Baselstadt. Urtheile des Civil- und des Appellationsgerichts vom 9. Februar/5. April 1883.**Indicien. Beweiskraft der Stammcontrole
für Absendung des Avisbriefs.**

Dem Kläger, R. J. in Basel wurden am 9. Oktober 1882 von J. Fehrlstorfer in Schaffhausen 10 Fass Suserwein zum Preise von Fr. 58. — per Hectoliter fakturirt, die Waare sollte sofort geliefert werden und Kläger zählte darauf, sie bis Sonnabend 14. October zu erhalten, und hatte sie zum grössten Theil, wie er angiebt, schon an mehrere Wirthe zur Verwirthung am Sonntag 15. October verkauft. Der Wein kam Freitag den 13. October Vormittags 11 Uhr 55. Min. im Rangierbahnhof zu Basel an, am Nachmittag des gleichen Tages will sich Kläger auf dem Bureau der Beklagten, der Güterexpedition der schweiz. Nordostbahn, nach dem Wein erkundiget und zur Antwort erhalten haben, derselbe sei noch nicht angelangt. Die Beklagte erklärt, dass sich keiner ihrer Beamten an solche Nachfrage erinnere, dass übrigens, falls solche stattgefunden, eine verneinende Antwort erklärlich sei, weil man zu dieser Stunde auf der Güterexpedition in der That von der Ankunft der Waare auf dem Rangierbahnhof noch nichts habe wissen können. Ihrerseits behauptet die Beklagte, am 13. October Nachmittags 3 Uhr den Avisbrief an Kläger der Post übergeben zu haben, und beruft sich hiefür darauf, dass die Stammcontrole unter No. 2037 den Stamm zu dem an Kläger gesandten Avisbrief enthalte. Der Kläger hinwieder bestreitet des Bestimmtesten den Avisbrief erhalten zu haben und führt den Briefträger W. Brodbeck hiefür als Zeugen an. Am Montag den 16. October kam Kläger wieder auf das Bureau der Beklagten, um sich nach dem Wein zu erkundigen, und erhielt nun Kenntniss von der Ankunft des Weines. Er bezog denselben nicht, sondern liess der Beklagten durch seinen Anwalt sub. 17. October mittheilen, dass er sie für den ihm erwachsenen Schaden von 8 Cts. per Liter haftbar mache, und sie anfragen, ob sie denselben anerkenne. Die Beklagte antwortete ablehnend und gab, als der Bezug der Waare nicht erfolgte, dieselbe in Depot bei Rieber & Cie. Darauf erfolgte die Klage auf Entschädigung von 10 Cts. per Liter, also (bei einem Betrag von 6553 Liter) Fr. 655. 30. Das Civilgericht Basel wies die Klage durch Urtheil vom 9. Febr. 1883 mit folgender Motivirung ab:

Die Beklagte kann sich allerdings nicht, wie sie eventuell thut, darauf berufen, dass weil der Wein erst am 12. October in Romanshorn abgegangen sei, die Lieferfrist erst am 16. October abgelaufen sei. Denn § 105 des Transportreglements sagt ausdrücklich, die Anzeige der Ankunft habe bei gewöhnlichem Frachtgut längstens 24 Stunden nach Ankunft desselben stattzufinden, „a u c h w e n n d i e L i e f e r f r i s t n o c h n i c h t a b g e l a u f e n s e i n s o l l t e“. Auch die Thatsache, dass die Stammcontrole der Beklagten den Stamm zu dem an Kläger ausgestellten Avisbrief enthält, würde keinen vollen Beweis liefern, obschon ihr der Werth eines Indiciums für Absendung des Avisbriefs am 13. October nicht abzusprechen ist; und diesen Werth eines Indices könnte auch der klägerischerseits angebotene Gegenbeweis über Nichtempfang des Avisbriefs nicht entkräften, weil auch eine dem Kläger günstige Aussage des angerufenen Briefträgers die Möglichkeit offen lässt, dass der Avisbrief ohne Schuld der Beklagten oder ihrer Angestellten unterwegs verloren gegangen ist. Entscheidend aber erscheint zu Ungunsten des Klägers, dass, wie die Beklagte richtig ausrechnet, sie 24 Stunden, also bis 14. October Mittags, Zeit hatte den Avisbrief abzusenden, derselbe dann dem Kläger frühestens zwischen 3 und 4 Uhr zugekommen wäre und dieser die Waare also doch nicht mehr vor Montag hätte beziehen können, weil während der Wintermonate (1. October—31. März) gewöhnliche Güter an den Sonnabenden nur bis 4 Uhr Nachmittags expedirt würden. Was letztern Punkt betrifft, so bestimmt der § 82 des Transportreglements dies allerdings nur für die Aufgabe der Güter, nicht auch für die Abgabe; aber da fragliches Reglement von letzterer sonst gar nicht spricht, so ist doch wohl anzunehmen, dass für sie dasselbe gelte. Diese Berechnung ist allerdings sehr ausgespitzt und daher für den Kläger rigoros, aber die Beklagte hat immerhin ein Recht darauf, und Kläger hätte dieselbe von Anfang an in Berücksichtigung ziehen und darnach bemessen sollen, ob er statt gewöhnlicher Fracht nicht Eilfracht vorschreiben müsse, wenn ein einziger Tag Verspätung so wichtige Folgen für ihn hatte.

In Folge Berufung des Klägers bestätigte das Appellationsgericht durch Spruch vom 5. April 1883 das erinstanzliche Dispositiv, jedoch mit andrer Motivirung:

Das erinstanzliche Urtheil nimmt an, die Thatsache, dass die Stammcontrole der Beklagten den Stamm zu dem an Kläger ausgestellten Avisbrief enthalte, bilde zwar ein

unzweitelhaftes Indicium für das Absenden des Avisbriefes am 13. October, liefere aber doch keinen vollen Beweis hiefür. Zieht man indess die fernere Thatsache in Betracht, dass der andere Avisbrief, welcher laut Stammcontrole zur gleichen Stunde und am gleichen Tag als der Post übergeben daselbst notirt ist, in der That rechtzeitig an seine Adresse gelangte, und sieht man von dem beklagterseits angebotenen, klägerischerseits aber recusierten Zeugniss des betr. Bahnangestellten, welcher den Avisbrief der Post übergeben haben soll, ab, so hat die Beklagte denjenigen Beweis geleistet, den sie unter den gegebenen Umständen überhaupt zu leisten im Stande war, und es ist nicht einzusehen, welcher weitere Beweis von ihr verlangt werden könnte. Jedenfalls wird hiedurch eine so starke Präsumtion für die Absendung des Avisbriefes begründet, dass dieselbe nur durch einen ordentlich geführten Gegenbeweis entkräftet werden könnte, welcher Gegenbeweis indess in keiner Weise geleistet worden ist. Kläger ist daher schon aus diesem Grunde der Beklagten gegenüber abzuweisen.

Bei dieser Sachlage braucht auf die Frage nicht weiter eingetreten zu werden, ob § 105 des Transportreglements die Anzeige der Ankunft des Gutes binnen 24 Stunden nach Ankunft desselben in so absoluter Weise vorschreibe, dass ein Verstoss gegen diese Vorschrift die Bahn unbedingt zum Schadensersatz verpflichte, auch wenn die Lieferzeit, wie im vorliegenden Fall, innegehalten worden ist.

Auch die weitere Frage mag dahingestellt bleiben, ob § 82 des Reglements sowohl auf die Aufgabe als auf die Abgabe der Güter zu beziehen sei, wie die Beklagte ohne weitern Beleg als eine immerhin anfechtbare Analogie annimmt, oder auf die Aufgabe der Güter allein, wie der Kläger behauptet und zu beweisen versucht.

(Directe Mittheilung.)

25. Canton Basel-Stadt. Urtheil des Civilgerichts vom 1. Juni 1883.

Universalität des Concurses.
Wahrung dieses Grundsatzes gegen das
Ausland.

H. Brath, Kläger, ist Creditor der am 5. April 1882 zu Basel in Concurs gerathenen Firma Scholer und Martin. Als solcher hat er in die Masse eine Forderung von Fr. 12,754. 70

angemeldet. Schon vor Eröffnung des Concurses, am 6. und 10. März 1882 hatte er für zwei in obiger Summe inbegriffene Wechselforderungen auf einen in St. Ludwig (Elsass) gelegenen Theil der schuldnerischen Aktiven durch das dortige, zuständige Gericht Arrest legen lassen und am 19. April wirkte er für eine dritte Wechselforderung gleichfalls Arrest aus. Da die deutschen Behörden die Durchführung des Concurses gegen Scholer und Martin in ihrem Gebiet ablehnten, so gelang es dem Brath, in die von ihm arrestirte Fahrniss, deren Werth er auf circa Fr. 3200 angiebt, separate Execution zu erlangen, wurde aber in Folge dessen durch Entscheid der Massacuratel vom 12. März 1883 von der Masse ausgeschlossen. Er klagte nun auf Zulassung seiner, um den Erlös der von ihm arrestirten Fahrniss reducirten, Forderung in die hiesige Masse, indem die in Deutschland nach deut schem Gesetz erlangte Execution nur insoweit Einfluss auf seine Rechte gegenüber der hiesigen Masse haben könne, als eben seine Forderung um das Ergebniss jener Execution gemindert werde. Die Universalität des Concurses, wie sie § 118 des Concursgesetzes ausspreche, finde ihre positive Schranke in der Gesetzgebung des Auslandes, und soweit diess der Fall sei, könne aus der Verletzung des hier geltenden Rechtsgrundsatzes dem Gläubiger, der seine Befriedigung theilweise nach der ausländischen Gesetzgebung gesucht und gefunden habe, kein Präjudiz erwachsen.

Die beklagte Concursmasse stützt sich auf folgende Erwägungen :

1. Wer bei der hiesigen Masse sein Recht suche, der müsse sich auch dem hiesigen Gesetz unterwerfen. Ziehe er dagegen vor, seine Befriedigung auswärts zu suchen nach den dortigen Gesetzen und im Widerspruch mit den hiesigen, so verwirke er eben dadurch sein Recht auf Theilnahme an der hiesigen Execution.

2. Keinenfalls könnte Kläger mit Rücksicht auf das auswärts erworbene Pfandrecht anders behandelt werden als ein gewöhnlicher Faustpfandgläubiger, zumal auch die deutsche Civilprocessordnung in ihrem Artikel 709 das richterliche Pfandrecht dem Faustpfandrecht ausdrücklich gleichstelle.

Nun habe Kläger die Anmeldung und Einlieferung seiner Faustpfänder in die Concursliquidation unterlassen; es trete also nach § 131 des Concursgesetzes die Folge ein, dass Kläger für den Mindererlös aus den Pfändern seine Ansprüche gegen die Masse verliere.

3. Eventuell, wenn man den vollständigen Ausschluss

des Klägers nicht als berechtigt anerkennen sollte, so müsse derselbe doch jedenfalls sich die Anrechnung des Erlöses aus seiner Separatexecution auf die ihm aus der Masse zukommende Dividende gefallen lassen, was im praktischen Resultat auf das Gleiche herauskomme, wie der vollständige Ausschluss.

Das Civilgericht wies durch Urtheil vom 1. Juni 1883 (bestätigt durch das Appellationsgericht am 5. Juli gl. J.) den Kläger in dem Sinne ab, dass er nur soweit in die Masse zuzulassen sei, als er über den Erlös seiner Arrestpfänder Rechnung stelle und sich denselben auf seine Dividende anrechnen lasse.

M o t i v e :

Nach unserem Concursgesetz (§§ 112 ff.) umfasst der Concurs das Gesamtvermögen des Cridars sowohl im In- als im Auslande. Es ist nun richtig, dass dieser Grundsatz gegenüber dem Auslande nicht durchweg zur Ausführung gelangen kann; allein diess hindert nicht, dass unsere Theilungsbehörde, soweit ihre Macht reicht, nach jenem Grundsatz verfahren muss und dafür zu sorgen hat, dass die Befriedigung aller Gläubiger aus dem Gesamtvermögen nach Massgabe unserer Gesetzgebung geschieht.

Eine blosse Consequenz hievon ist es, dass der Creditor, der durch auswärtige Execution sich den Besitz von Vermögensobjecten verschafft hat, welche nach hiesigem Gesetz in die allgemeine Masse gehören, an der hiesigen General-execution nur insoweit Theil nehmen kann, als er das Ergebniss seiner Separatexecution in die Masse einschiesst, oder sich auf seine Dividende anrechnen lässt.

Das richterliche Pfandrecht des Klägers ist nun zu einer Zeit erworben worden, wo nach hiesigem Gesetz für eine bereits bestehende Forderung ein Pfandrecht gar nicht mehr gültig bestellt werden konnte, d. h. theils erst nach Ausbruch des Concurses, theils innert der Frist von 6 Wochen vor Ausbruch des Concurses (§ 109 des Concursgesetzes). Die klägerischen Pfänder gehören also nach hiesigem Recht in die Masse. Die Theilungsbehörde ist also befugt, den Erlös, welchen Kläger aus diesen Pfändern erzielt, als Anzahlung auf sein Betreffniss aus der Masseliquidation zu betrachten.

Dagegen lässt sich der vollständige Ausschluss des Klägers von der Masse nicht wohl rechtfertigen. Es käme diess einer Strafe gleich und eine solche müsste doch speziell im Gesetz vorgesehen sein; vielmehr verlangt die richtige

Anwendung unseres Gesetzes nur, dass der Kläger aus seinen Pfändern und der hiesigen Masse zusammen nicht mehr erhalten, als was er erhalten würde, wenn die von ihm arrestirten Fahrnisse zur Masse gezogen worden wären. Auch die unterlassene Anmeldung seines richterlichen Pfandrechtes präjudicirt dem Kläger nicht, denn wenn man die Analogie von § 131 des Concursgesetzes anwenden will, so ist doch hier der Ausschluss von der Generalmasse nicht sowohl an die Nichtauslieferung der Pfänder, als vielmehr an die Unterlassung der Anmeldung der Forderung geknüpft. Kläger hat aber im vorliegenden Fall seine Forderung angemeldet.

(Directe Mittheilung.)

**26. Canton Basellandschaft. Obergerichtsurtheil vom
2. Juni 1882.**

U m f a n g d e s C o n c u r s p r i v i l e g s d e r A r m e n -
k a s s e n .

In Sachen

Johannes Rickenbacher in Zeglingen und Joh. Grieder,
Präsident in Kilchberg

gegen

Armenkasse Zeglingen und Kilchberg betreffend Collo-
cationsstreit

ward

nach gehaltener Umfrage und Berathung in Erwägung

1. In der Collocation von Joh. Rickenbacher, Schuster in Zeglingen, vom 1. Okt. 1881 wurden eine Handschriftforderung der Armenkasse Zeglingen sammt Zins im Betrage von Fr. 352. 10 und eine solche der Armenkasse Kilchberg sammt Zinsen im Betrage von Fr. 591. 25 durch die Bez. Schreiberei Sissach als gemeines Gut in III. Klasse kolloziert, wodurch das der Ehefrau ebenfalls in III. Klasse zufallende Betreffniss um Fr. 945. 35 nachstehen musste. Die Ehefrau aber haftete mit ihrem Weibergut unter anderem in einer Obligation der basellandsch. Hypoth.-Bank, welche in II. Klasse mit Fr. 1104. 80 in Verlust kam und in welcher die Kläger als Bürgen verpflichtet sind. An das Weibergut gelangten Fr. 238. 55 und bei der Kollokation dieser letztern unter die von der Frau eingegangenen Verpflichtungen an die erwähnte Obligationsforderung der Hypothekenbank ein

Betrag von Fr. 42. 70. Die Kläger bestritten die Kollokation und das Bezirksgericht Sissach entsprach am 29. März 1882 ihrem Begehrten und änderte die Kollokation dahin ab, dass die in III. Klasse eingereichten Forderungen der beiden Armenkassen in die V. Klasse und die dadurch gewonnenen Beträge an das Weibergut resp. an die durch das Weibergut gesicherten Forderungen zur Vertheilung gewiesen wurden.

2. Für die Kollozierung von Forderungen der Armenkassen kommt § 241 Ziff. 1 der L.-O. in Betracht lautend:

„Nun (d. h. in III. Klasse) folgen die so in Rechten besondere Privilegien und stillschweigende Unterpfänder haben in folgender Ordnung:

1. Das gemeine Gut, und zwar nicht nur was Uns als der h. Obrigkeit selbst, sondern auch was unsern Gotteshäusern, Spitäler, Sondersiechenhäusern, Elendenherbergen, Almosen, Waisenhaus, Kirchen und Schulen, den Armenseckeln der Landdistrikte und andern dergleichen ad pias causas gewidmeten Kollegien gebührt.“

„Es sollen aber die Schaffner und Verwalter, in Anlegung und Verwaltung der ihnen anvertrauten Gelder allen gehörigen Fleiss anwenden, oder den durch ihre Saumsal verursachten Verlust ersetzen.“

Diese Bestimmung ist sehr undeutlich und lässt dieselbe Zweifel darüber zu, ob sich das Privilegium der Armenkassen auf deren ganzes Vermögen, auf alle Forderungen ohne Unterschied oder bloss auf die ihnen zukommenden Gebühren bezieht. Aus dem Nachsatz kann ebenso wohl geschlossen werden, dass die Kapitalforderungen der Armenkassen ausser dem Privilegium der Kollokation in III. Klasse noch durch die Verantwortlichkeit der Kassiere (Verwalter) geschützt seien, als auch, dass die Kapitalforderungen eines Konkursprivilegiums nicht bedürfen, weil die Verwalter schon für Sicherheit der Anlagen zu sorgen und einzustehen haben. Wenn aber bezüglich der Auslegung eines Privilegiums Zweifel obwalten, so ist das Privilegium nicht in ausdehnendem, sondern in beschränkendem Sinne auszulegen.

3. Ein Vorrecht der Armenkassen für Kapitalforderungen hat offenbar keinen Sinn, und liegt ein Bedürfniss dafür nicht vor. Den Armenkassen stehen wie den Privatpersonen die Mittel zu Gebote, ihre Geldanlagen durch Bürgschaft oder sonst zu sichern, und in der Regel ist dies bis jetzt auch geschehen, ganz ohne Rücksicht auf ein Concursprivilegium. Durch das Privilegium werden daher in den meisten Fällen gar nicht die Armenkassen, sondern bloss die Bürigen der-

selben begünstigt und es würde diesen sogar eine bevorzugte Stellung gegenüber dem Frauengut und den durch dasselbe gesicherten Forderungen eingeräumt, während sonst Handschriftforderungen in die V. Klasse gehören.

4. Eine ausdehnende Interpretation würde zu Konsequenzen führen, welche der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Mit dem gleichen Recht, wie die Handschriften der Armenkassen, könnte man auch sämmtliche in II. Klasse zu Verlust kommenden hypothekarisch versicherten Forderungen des Kirchen-, Schul- und Landarmenguts als gemeines Gut und damit als privilegiert erklären. Auch könnten gewöhnliche Handschriften durch Cession an eine Armen- oder Schulkasse zum Nachtheil des Frauenguts aus der Klasse der gewöhnlichen Forderungen in diejenige der privilegierten versetzt werden.

5. Der Umstand, dass die Bezirksschreibereien unseres Kantons in der ersten Hälfte des Jahrhunderts nahezu übereinstimmend die Handschriftforderungen der Armenkassen in III. Klasse kolloziert haben und in ihrer Mehrheit auch jetzt noch so kollozieren, ist nicht massgebend, weil der Richter an die Auslegung, welche Administrativbeamte einem Gesetze geben, nicht gebunden ist; ein gerichtlicher Entscheid über die Streitfrage ist aber nicht bekannt.

6. Wenn nun die Kollokation vom 1. Okt. 1881 nach den gemachten Ausführungen abzuändern und also der Betrag, welchen die Kläger bei richtiger Kollokation aus dem Frauengut würden erhalten haben, unter Einrechnung des bereits aus dem Frauengut erhaltenen Betrages von Fr. 42. 70 der durch sie verbürgten Forderung zuzuweisen ist, so hat die Abänderung im Gegensatz zu der Anschauung des Bezirksgerichts Sissach doch nur in Bezug auf denjenigen Posten stattzufinden, für welchen die Kollokation bestritten worden ist, und nicht auch für die übrigen am Frauengut partizipierenden Posten (Obligation der Kantonalbank Fr. 533. 40, Handschrift der Kantonalbank Fr. 539. 60, Handschrift der Wittwe Grieder in Kilchberg Fr. 1955.). Den Beklagten bleibt also derjenige Betrag, welcher bei richtiger Kollokation den letztern zugefallen wäre. Danach gelangen an die Forderung der Hypothekenbank Fr. 293. 94 statt Fr. 42. 70, also mehr Fr. 251. 24, um welche die in III. Klasse kollozierten Beträge der beiden Armenkassen zu vermindern sind, und zwar diejenige der Armenkasse Zeglingen um Fr. 93. 77 und diejenige der Armenkasse Kilchberg um Fr. 157. 47.

7. Bezuglich der Kosten ist zu berücksichtigen, dass die

vorliegende Rechtsfrage bis auf den heutigen Tag streitig war, was es rechtfertigt, von Zusprechung ausserordentlicher Kosten an die obsiegende Partei Umgang zu nehmen.

E r k a n n t :

Das Urtheil des Bezirksgerichts Sissach vom 1. April 1882 wird aufgehoben und dahin abgeändert, dass von der Forderung der Armenkasse Zeglingen Fr. 93. 77 und von derjenigen der Armenkasse Kilchberg Fr. 157. 47 in die V. Klasse verwiesen und die Summen dieser beiden Beträge im Betrage von Fr. 251. 24 auf die Obligationsforderung der Hypothekenbank von Fr. 1104. 80 kolloziert werden sollen.

Die appellantische Partei trägt die ergangenen ordentlichen Kosten beider Instanzen.

Anmerkung. Vor Ausfällung des Urtheils ist durch eine Obergerichtskommission festgestellt worden, dass in Arlesheim eine seit Jahrzehnten konstante Praxis auf Kollozierung in III. Klasse herrscht, dass in Liestal von 1863—1869 (d. h. Bezirksschreiber Mangold) in V. Klasse, sonst aber von 1800 bis heute beständig in III. Klasse, in Sissach von 1852—1869 in V. Klasse, sonst ebenfalls in III. Klasse und in Waldenburg von 1800—1868 in III. und dann in V. Klasse kolloziert wurde.

(Directe Mittheilung.)

**27. Canton Waadt. Urtheil des Cantonsgerichts
vom 10. October 1882.**

**Concursprivileg der Beerdigungskosten im
Concuse des Erben.**

Bei Tod des Marc Bippert zahlte sein Sohn Emil die Beerdigungskosten mit Fr. 123. 05 und gab diese Summe als Intervenient im Beneficium inventarii über die Verlassenschaft ein. Sein Bruder H. E. Bippert trat die Erbschaft an, gerieth aber bald darauf in Concurs. In der Auskündigung meldete Emil B. obigen Betrag an und beanspruchte hiefür das Concursprivileg in zweiter Classe (C. c. 1575 § 2). Der Liquidator setzte aber die Forderung in die sechste Classe. Die Klage des Emil B. auf Collocierung in zweiter Classe wurde vom Friedensrichter in Vevey gutgeheissen:

En droit, si les priviléges doivent être appliqués d'une manière restrictive, cependant le privilège fait partie intégrante de la créance et suit celle-ci.

H.-E. Bippert ayant été envoyé en possession et saisi de la succession de son père, avait dès lors l'obligation d'en acquitter toutes les dettes et charges (Cc., 721, 745, 746, 787).

Une masse en discussion est l'ayant-cause du débiteur et non un tiers. La nature de la créance n'est point changée par le fait que les créanciers de la succession de Marc Bippert n'ont pas demandé la séparation du patrimoine. Il ne peut s'agir ici de novation, H.-E. Bippert n'ayant pas été déchargé par le demandeur de ses obligations comme héritier de son père (Cc., 951 2^o et 954).

Das Cantonsgericht reformierte und wies die Forderung in die 6. Classe :

Considérant que les créances privilégiées dans une faillite doivent se rapporter à la personne même du débiteur, le privilège ne s'appliquant, en matière de frais funéraires, par exemple, qu'à ceux faits pour le débiteur lui-même ou sa famille, ce qui n'est pas le cas dans l'espèce.

Qu'en effet, la créance de l'intervenant se rapporte non à H.-E. Bippert, lequel n'est pas mort, mais à la succession de Marc Bippert, qui n'a plus d'existence juridique, cette succession s'étant absorbée dans le patrimoine de H.-E. Bippert.

Que les créanciers de la succession de Marc Bippert n'ont pas demandé, dans les délais légaux, la séparation de son patrimoine d'avec celui de son héritier, ce qu'ils pouvaient faire pour sauvegarder leurs droits, notamment pour résERVER le rang privilégié sur les biens du défunt.

Considérant que les priviléges ne doivent pas être étendus, mais qu'il y a lieu, au contraire, de les interpréter restrictivement.

(Journal des Tribunaux, 1882, Nr. 47.)

28. Canton Basellandschaft. Obergerichtsurtheil vom 17. October 1879.

Gültigkeit von Pfandrechten im Concurs.

In Sachen
Stöcklin, Franz Joseph, Zimmermanns, in Ettingen, Kläger
Appellant
gegen

Basellandschaftliche Hypothekenbank in Liestal, Bekl.

Appellaten
betreffend Kollokationsstreit
ward

nach gehaltener Umfrage und Berathung

In Betracht :

Die heutige Beklagte machte dem Xaver Stöcklin-Brunner in Therwil am 23. Nov. 1878 ein Darlehen von Fr. 3200,

nachdem ihr der Schuldner zu dessen Sicherung laut Signatur vom 19. Nov. 1878 drei Grundstücke verpfändet hatte, welche bereits für ein früheres Darlehen derselben Kreditorin laut Obligation vom 20. Juli 1878 als Unterpfänder hafteten.

Bald nach der Auszahlung dieses Darlehens (welches übrigens fast ganz zur Tilgung von Schulden des Empfängers verwendet wurde) begab sich der Schuldner ausser Landes und wurde deshalb im Amtsblatte vom 12/15. Dezbr. 1878 als „ausgetreten“ auf Grund von § 321 der P.-O. amtlich ausgekündet.

In der Kollokation vom 24. Febr. 1879 wurde die Beklagte für den vollen Betrag ihres Guthabens, also auch für die in Frage stehenden Fr. 3200 nebst Fr. 37. 20 Zins, auf den Erlös ihrer Unterpfänder angewiesen, jedoch mit Schreiben vom 8. März gleichen Jahres gegen diese Anweisung von Fürsprech Loew Namens des Franz Joseph Stöcklin, Zimmermann in Ettingen, des heutigen Klägers, beim Gerichtspräsidenten in Arlesheim Einsprache erhoben.

In der hieran sich knüpfenden Klage verlangte J. Stöcklin Abänderung der Xaver Stöcklischen Kollokation in dem Sinne, dass die Beklagte mit Fr. 3200 aus der II. Klasse weg und in die V. Klasse solle verwiesen werden, da die bezügliche Verpfändung vom 19. Nov. 1878 zur Zeit der Auskündigung des Schuldners noch nicht einen Monat alt gewesen sei, somit § 237 der L.-O. Anwendung finde, wonach in II. Klasse nur diejenigen Gläubiger anzuweisen seien, welche eine wenigstens einen Monat vor ausgebrochenem Concuse gefertigte Obligation haben.

Seine Klagberechtigung begründet der Kläger damit, dass er am Concursiten Fr. 2987. 32 für Baukosten zu gut habe, was auch von ihm in der Auskündigung gehörig angemeldet worden war.

Darüber, ob diese Forderung begründet sei, erklärte die Beklagte Nichtwissen, ein Beweisverfahren darüber fand jedoch nicht statt.

In der Hauptsache bestritt sodann die Beklagte zunächst, dass die Kollokation rechtzeitig sei angefochten worden, da Fürsprech Loew keine Vollmacht des Klägers zu diesem Schritte eingelegt habe; und in zweiter Linie bestritt der Beklagte die Anwendbarkeit der vom Kläger angerufenen Bestimmung von § 237 der L.-O. auf vorliegenden Fall, namentlich deshalb, weil die Landesordnung Fallimente in Folge Austritts, wie sie jetzt nach § 321 der P.-O. rasch herbeigeführt werden können, nicht gekannt habe. Das Be-

zirksgericht Arlesheim trat dieser letztern Anschauung bei und wies die Klage mit Urtheil vom 5. August 1879 ab.

Hiegegen beschwert sich der Kläger und beide Parteien wiederholen heute ihre früheren Anträge, wobei die Beklagte noch speziell hervorhebt, dass das klägerische Begehren, selbst wenn es im Allgemeinen begründet wäre, doch jedenfalls nicht auf eine totale Aenderung der Kollokation zu Gunsten Dritter sich richten könnte, sondern höchstens darauf, dass die Beklagte dem Kläger dasjenige zu ersetzen habe, was er mehr erhalten hätte, wenn in seinem Sinne kolloziert worden wäre.

Das Obergericht erachtet die Abweisung der Klage als begründet und zwar zunächst aus dem formellen Grunde, weil der Kläger nicht innert der fatalen Frist von 14 Tagen die in Frage stehende Kollokation angefochten hat und dadurch die Kollokation in Rechtskraft erwachsen ist. Die Anfechtung einer Kollokation muss, wie die Appellationserklärung gegen erstinstanzliches Urtheil, entweder von dem Berechtigten selbst ausgehen oder doch von Jemand, der entweder als gesetzlicher Vertreter oder kraft gehöriger Vollmacht dazu legitimiert ist. Diese Bedingung erfüllt der Brief von Fürsprech Loew vom 8. März 1879 nicht, und es könnte auch die nachträgliche Genehmigung dieser Anfechtung den Mangel nicht ersetzen, da jeder bei einer Kollokation Beteiligte ein Recht darauf hat, mit Ablauf der 14 Tage bestimmt zu wissen, ob die Kollokation rechtskräftig geworden oder wirklich von einem Beteiligten angefochten ist, und sich nicht in ein nachträgliches Beweisverfahren einzulassen braucht.

Allein auch abgesehen von diesem formellen Mangel kann das Obergericht die Klage nicht als rechtlich begründet erachten. Zwar sagt allerdings der § 237 der L.-O. von 1813 (wie schon die L.-O. von 1757), in zweiter Klasse seien anzzuweisen diejenigen Kreditoren, „welche eine wenigstens einen Monat vor ausgebrochenem Falliment vor Gericht gemachte Obligation aufzuweisen haben.“

Es ist hieraus wohl mit Recht zu schliessen, dass das Gesetz solche Gläubiger, welche erst unmittelbar vor Concurrausbruch (innert des letzten Monats) sich für ihre Gutshaben durch Hypothekbestellung haben sichern wollen, wie das nicht selten vorkommt, vom Pfandrecht hat ausschliessen wollen.

Allein wenn aus jener Vorschrift der weitere Satz abgeleitet werden will, dass Obligationen jüngeren Datums

selbst dann kein Pfandrecht geniessen sollten, wenn der Gegenwerth einer solchen Obligation in guten Treuen erst zur Zeit der Pfandbestellung ist ausgewiesen bezw. geleistet worden, so würde dies zu so ungeheuerlichen mit den Grundsätzen der Gerechtigkeit und den Bedürfnissen des praktischen Lebens so sehr im Widerspruch stehenden Konsequenzen führen, dass ein solcher Satz unmöglich als geltendes Recht anerkannt werden kann. Unmöglich kann nämlich derjenige, welcher ein Darlehen gegen Hypothek macht, sich dagegen schützen, dass nicht binnen Monatsfrist über seinen Schuldner der Concurs ausbricht. Nicht nur kann er seinen Schuldner nicht hindern, sich innert Monatsfrist insolvent zu erklären oder auszutreten, sondern es könnte ein Concurs innert dieser Frist auch eintreten durch Tod des Schuldners und sofortigen Verzicht seiner Erben, ja sogar durch Betreibung, in dem Falle nämlich, wo der betreibende Gläubiger die Anzeige des 45 Rechtstages unterlassen hätte (wozu er ja befugt ist) oder wo eine solche Anzeige von der Bezirksschreiberei nicht berücksichtigt wurde, endlich auch dann, wenn gegen den Schuldner nach erfolgloser Exekutionsgant gemäss § 5 des Gesetzes vom 19. April 1847 sofort die Urtheil-Urkunde bewilligt wird. Als sicheres Schutzmittel bliebe also nur das, den Gegenwerth einer Obligation erst dann auszuzahlen, wenn sie einen Monat alt geworden ist. Dass eine solche Konsequenz aber nicht der Sinn unseres Rechtes sein kann, erscheint als unzweifelhaft, und es ist auch notorisch, dass Niemand, auch der vorsichtigste Darleihner nicht, bisher etwa ein solches Verfahren beobachtet hätte, eben weil Jedermann der rechtlichen Ueberzeugung ist, auch ohne diese Massregel ein gültiges Pfandrecht zu erhalten. Es war ohne Zweifel nur ein Ausfluss dieses herrschenden Rechtsbewusstseins, wenn schon am 9. März 1855 durch Obergerichtsurteil in einem dem heutigen ganz analogen Falle (es handelte sich dort um Falliment in Folge Insolvenzerklärung) ein Pfandrecht, welches innert Monatsfrist vor Ausbruch des Falliments in guten Treuen für ein Darlehen errichtet worden war, als gültig erklärt worden ist. Können auch die Motive jenes Urtheils nicht in allen Theilen auf Zustimmung Anspruch machen, so ist doch sein Grundgedanke der, dass eine Obligation, bei deren Errichtung der Kreditor keinerlei Absicht hat, bereits vorhandene Gläubiger zu benachtheiligen, sondern in guten Treuen das durch die Obligation versicherte Darlehen ausbezahlt, auf Rechtsschutz unbedingt Anspruch hat, mag über den Schuldner früher oder später der Concurs ausbrechen.

Es darf daher als geltendes Gewohnheitsrecht betrachtet werden, dass ausser den in § 237 der L.-O. erwähnten Obligationen auch solche Obligationen in zweiter Klasse kolloziert werden, deren Gegenwerth erweislich erst innert Monatsfrist vor Ausbruch des Falliments in guten Treuen ist ausbezahlt, bezw. geleistet worden. Für den vorliegenden Fall kommt überdiess noch in Betracht, dass allerdings die L.-O. die Concurseröffnung in Folge Austritts nicht erwähnt, weshalb es sehr wahrscheinlich ist, dass der Gesetzgeber der L.-O., wenn schon damals gegen Ausgetretene so rasch hätte Concurs eröffnet werden können, wie das nach der heutigen P.-O. möglich ist, für solche Fälle eine schützende Ausnahmebestimmung würde aufgestellt haben.

E r k a n n t :

Das Urtheil des Bezirksgerichts Arlesheim vom 5. August 1879 also lautend:

„Sei der Kläger mit seiner Klage abgewiesen und habe er die ergangenen Kosten zu bezahlen, inbegriffen Fr. 16 Parteientschädigung an die beklagte Partei“ ist bestätigt.

Appellant trägt auch die Obergerichtskosten nebst Fr. 10 obergerichtl. Parteientschädigung an die III. Partei (Beklagte hat auf Entschädigung verzichtet).

(Directe Mittheilung.)

29. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 4. November 1882.

Rangordnung des Anspruchs auf Nachwährschaft des Gütterrichters in des letztern Concuse.

N. N. als Kläger forderte im Concuse des J. W. ab Withof, Littau, als Errichters und Abtreters der dem Erstern zugehörenden vier letzten Gütten auf der Concursliegenschaft die Summe von Fr. 24150, als denjenigen Betrag, welcher auf jenen Instrumenten bei der in der Folge stattgefundenen Liegenschaftssteigerung verloren gegangen ist, Marchzins unberechnet; für diese Ansprache verlangte er Collocation in V. Classe des Fahrenden.

Die Concursgläubiger als Beklagte bestritten diese Forderung grundsätzlich nicht, wohl aber deren Collocation in V. Classe des Fahrenden, indem sie behaupteten, es müsse

dieselbe, als „Verlorenes im Liegenden“ gemäss § 26 des Concurs-Gesetzes in die VI. Classe verwiesen werden.¹⁾

Kläger berief sich zur Begründung seiner Rechtsstellung auf § 26 des Hypothekargesetzes und § 742 des bürgerlichen Gesetzbuches (betr. Nachwährschaftspflicht des Verkäufers).

Das Bezirksgericht K. wies den Kläger gemäss dem Begehren des Beklagten ab. Das Obergericht, durch Urtheil vom 4. November 1882, änderte dieses Urtheil und setzte die Forderung des Klägers in die V. Classe, mit folgender Motivierung:

Der § 26 des Hypothekargesetzes bestimmt, dass, wer Verschreibungen auf liegende Güter errichten lässt, für die verschriebene Summe „persönliche Nachwähr zu leisten“ habe. Selbstverständlich ist es, dass diese Nachwährschaftsverpflichtung des Errichters erst dann eintritt, wenn er das Instrument weiter begibt, indem derselbe, so lange dies noch nicht geschehen, in ein Rechtsverhältniss zu Dritten überhaupt nicht eingetreten ist. Indem dann aber jene gesetzliche Bestimmung dem § 742 des bürgerl. Gesetzb. ruft, wollte damit offenbar gesagt werden, dass, wenn auch die Abtretung von Verschreibungen auf der eigenen Liegenschaft begrifflich nicht als eine Cession aufgefasst werden kann, da ja hier Schuldner und Abtreter zusammenfallen, gleichwohl der Abtreter von solchen Verschreibungen auf seiner Liegenschaft im Grundsätze ganz gleich nachwährschaftspflichtig sein solle, wie ein Cedent im technischen Sinne des Wortes.

Wenn übrigens unbestritten bleibt, dass, wenn der Errichter einer Verschreibung die Liegenschaft inzwischen verkauft und vor der ersten Ausdienung ein Dritter auf derselben in Concurs geräth, Jener persönlich für die von ihm errichtete Verschreibung Nachwährschaft leisten muss, so kann diese Nachwährschaft ihren Grund offenbar nur in der ursprünglichen Weiterbegebung der Verschreibung und nicht in der nachherigen Veräusserung der Unterpfande haben, indem diese letztere, als ein Rechtsgeschäft unter Dritten, dem Inhaber der Verschreibung keine neuen persönlichen Rechte zu geben vermag, so wenig als ein Gültabtreter seiner persönlichen Nachwährschaft für die abgetretene Gült dadurch sich entschlagen könnte, dass er die darin verpfändeten Unter-

¹⁾ Nach Luzerner Recht hat der Gütlgläubiger einen persönlichen Anspruch gegen den Schuldner nur insoweit, als er den Ausfall, den er bei der Liquidation der Liegenschaft auf seiner Gült erleidet, im Concuse des Schuldners nach den gemeinen Geldern (Chirographargläubigern V. Classe) in VI. Classe beanspruchen kann.

pfande eigenthümlich erwerben würde. Wie die persönliche Nachwährschaft nicht erst mit dem Verkaufe der Unterpfande entsteht, ebenso kann sie nicht durch den Ankauf derselben untergehen.

Nun steht es wohl ausser Zweifel, dass der Nachwährschaftsanspruch aus Grund des § 742 des bürgerl. Gesetzb. im Concurse des Nachwährschaftspflichtigen als eine gewöhnliche persönliche Ansprache in V. Classe des Fahrenden collociert werden müsste, und dass nicht anders auch der Nachwährschaftsanspruch aus Grund des cit. § 26 des Hypothekar gesetzes wenigstens dann ebenfalls in V. Classe Geltung haben müsste, wenn der Errichter und Abtreter der Verschreibung beim Concursausbruche nicht mehr Besitzer des Unterpfands wäre. Letzteres scheinen auch die Beklagten nicht bestreiten zu wollen.

Es fragt sich daher nur, ob an diesem Rechtsverhältnisse durch den Umstand etwas geändert werde, dass der Errichter und Abtreter der klägerischen Verschreibungen beim Concursausbruche noch Besitzer des Unterpfandes war?

Hier trifft vorab der von den Beklagten allerdings in anderm Sinne ebenfalls angerufene allgemeine Rechtsgrundsatz zu: Wo das Gesetz nicht unterscheidet, soll es auch der Richter nicht thun. Es kann, so lange eine bezügliche gesetzliche Vorschrift nicht besteht, nicht angehen, eine und dieselbe Forderung unter Umständen so und unter Umständen anders zu behandeln. Die Beklagten berufen sich nun freilich auf § 26 des Concurs-Gesetzes, welcher allgemein vorschreibt, dass Verlorne im Liegenden in VI. Classe des Fahrenden, also nach allen andern persönlichen Schulden des Cridars colloziert werden solle. Allein mit dieser Bestimmung ist wohl positiv gesagt, dass dem Gültbesitzer für den verlustig gewordenen Theil seiner liegenden Ansprache, den andern persönlichen Schulden des Concursiten nachgehend, ein Anspruch auf das fahrende Vermögen desselben zustehen solle, auch wenn er sonst zum Concursiten in durchaus keinem obligatorischen Rechtsverhältnisse steht; keineswegs aber ist mit jener Bestimmung auch negativ gesagt, dass dem Gültbesitzer nicht ein besseres Recht zustehen könne und müsse, wenn ein solches obligatorisches Rechtsverhältniss zwischen ihm und dem Gemeinschuldner wirklich besteht, wie etwa dann, wenn derselbe sich für eine Verschreibung ausdrücklich noch persönlich haftbar erklärt hätte, nicht anders aber auch dann, wenn derselbe als Errichter der Verschreibung

unmittelbar von Gesetzeswegen persönlich für letztere haften muss.

Sollte übrigens zwischen dem § 26 des Hypothekar-Gesetzes und § 26 des Concurs-Gesetzes ein Widerspruch vorhanden sein, so ist zu beachten, dass das erstere Gesetz jünger ist als das letztere, und daher diesem vorgehen müsste.

Wenn endlich auch der erinstanzliche Richter sich daran stossst, es könnte, wenn die klägerische Ansicht Geltung haben würde, jeder Gültinhaber seine Forderung unter gegebenen Voraussetzungen gleichzeitig im Liegenden und Fahren den geltend machen, so ist hierauf zu bemerken, dass hierin eine mehrfache Geltendmachung einer und derselben Forderung in Wirklichkeit nicht liegt; denn die Eingabe im Fahren den ist lediglich eine bedingte, und wird nur unter der Voraussetzung und in dem Belaufe geltend gemacht, als sie im Liegenden zu Verlust gehen sollte. Dass aber auch bedingte Forderungen im Concurse geltend gemacht werden können, wie Regresse, Rechtsverwahrungen u. s. w., ist unbestritten.

(Directe Mittheilung.)

**30. Canton Genf. Urtheil des Handelsgerichtes
vom 28. Juni 1883.**

**Faillite auf Grund nicht kaufmännischer
Schulden.**

Dupuis war durch Urtheil des Handelsgerichts am 29. März 1883 fallit erklärt worden. Er beantragte Aufhebung der Faillite, behauptend, dass er zur Zeit der Falliments-erklärung gar nicht mehr Kaufmann gewesen sei, eine Behauptung, die sich als grundlos erwies; dagegen machte er des Weiteren geltend, dass kein einziger kaufmännischer Gläubiger die Aufrechterhaltung des Fallimentsurtheils begrebe, sondern dass alle Gläubiger, welche sich jetzt seinem Antrage widersetzen, créanciers civils seien, n'ayant pas le droit de requérir sa mise en faillite.

Das Handelsgericht wies diese Anschauung zurück:

Attendu qu'on ne saurait nier que la mise en faillite d'un commerçant peut être provoquée par le créancier d'une dette purement civile, alors qu'il y a cessation de paiement des dettes commerciales, et qu'ainsi, à plus forte raison, ce

créancier peut s'opposer à la rétractation d'une faillite déjà prononcée;

Attendu que, lors du jugement du 29 mars 1883, Dupuis était en état de cessation de paiement de dettes commerciales, et que, s'il a réglé une partie de celles-ci en cours d'instance, ce n'est pas là une raison qui fasse disparaître sa cessation de paiements commerciale, au moment où elle a été constatée par le Tribunal;

Attendu, du reste, qu'il y a lieu d'admettre que le créancier d'une dette civile a qualité, par lui-même, pour provoquer la mise en faillite de son débiteur;

Qu'en effet, les créanciers porteurs d'engagements commerciaux et les créanciers à titre purement civil étant également soumis aux conséquences de la faillite, il n'existe aucun motif de refuser aux uns le droit de la provoquer, alors que ce droit est accordé aux autres, et que le juge est même autorisé à la prononcer d'office dans l'intérêt de tous indistinctement;

Attendu que cela est tellement vrai, que la loi du 19 octobre 1861, dans son art. 437, dit que tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite, sans indiquer le moins du monde que le législateur ait voulu faire une différence entre les paiements civils et les paiements commerciaux;

Attendu, dès lors, que c'est à bon droit que le demandeur a été mis en faillite; que sa cessation de paiements est établie et que, par conséquent, il y a lieu de le débouter de ses conclusions et de confirmer le jugement auquel est opposition, en le condamnant aux dépens autres que ceux des intervenants dont il sera parlé ci-après, lesquels dépens seront passés en frais privilégiés de faillite.

(Semaine judiciaire 1883, No 41.)
