

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:	11 (1892)
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: 30.01.2026

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

Schweizerische Rechtspflege.

1. Canton Zürich. Urteil des Cassationsgerichts
vom 14. März 1891.

Pflicht des Auslandes zu Anerkennung von Adoptionsverhältnissen nach Heimatrecht.

H. Wirz von Zürich, geb. 1828, erwarb 1869 das chilenische Bürgerrecht, ohne jedoch sein Schweizerbürgerrecht aufzugeben. 1878 adoptierte er während eines Aufenthaltes in der Schweiz die i. J. 1865 unehelich geborene Pauline Kündig aus Zürich und nahm sie nach Chile mit. 1881 brachte er sie wieder in die Schweiz in eine Erziehungsanstalt, holte sie dort bald wieder ab, lebte aber seit 1882 nicht mehr mit ihr zusammen. Die Tochter weigerte sich, zu ihm zurückzukehren, und erhob 1884 gegen ihn Klage auf Alimente vor chilenischen Gerichten. In zweiter Instanz wurde ihre Klage abgewiesen, weil das chilenische Gesetz, das für alle Bewohner von Chile mit Einschluss der Fremden gelte, die Adoption nicht kenne und somit Klägerin nicht ein nach chilenischem Gesetze unterstützungsberechtigtes Kind des Beklagten sei. Nachher fiel dem Wirz in Zürich eine Erbschaft von ca. 600,000 Fr. zu, und nun machte P. K. ihre Alimentationsansprüche in Zürich geltend. Zu diesem Behufe verlangte sie einen Arrest auf die Erbschaft, und der Audienzrichter des Bezirksgerichts Zürich bewilligte einen solchen bis auf den Betrag von 150,000 Fr.; die Beschwerde des Wirz gegen diesen Arrest wies die Rekurskammer ab, und das Cassationsgericht bestätigte diese Abweisung.

Motive: Der Beklagte hat durch die von ihm als Zürcherbürger 1878 nach zürcherischem Gesetz vollzogene Adoption der Klägerin gemäss § 246 (neu 725) pr. G.-B. die Verpflichtungen eingegangen, die dem Vater gegenüber dem in der Ehe erzeugten Kinde obliegen. Der Bekl. hat zunächst die Wahl, ob er seiner Verpflichtung durch Aufnahme der Klägerin in sein Haus oder durch standesgemässe

Versorgung bei Dritten oder durch Geldleistungen genügen wolle. Zur Versorgung bei Dritten macht er sich aber nicht anheischig, sein Anerbieten, die Klägerinn in seinem Hause aufzunehmen, lehnt diese aus begründeten Besorgnissen ab, somit rechtfertigt sich ihr Begehr von Geldleistungen. Die eine Voraussetzung der Zulässigkeit des Arrestes, nämlich der Nachweis der Wahrscheinlichkeit des Bestehens der gestellten Forderung, ist also vorhanden.

Beklagter stellt zwar schon jetzt die Einrede der abgeurtheilten Sache, und diese Einrede ist insofern begründet, als Klägerinn von den chilenischen Gerichten, die unzweifelhaft zur Beurtheilung der Klage zuständig waren, mit ihrer Alimentationsklage abgewiesen worden ist. Allein dieser Einrede steht die Replik der Nichtigkeit entgegen, die selbstverständlich, wenn es sich um ein auswärtiges Urtheil handelt, ohne Rücksicht darauf geltend gemacht werden kann, ob in dem Staate, in welchem das Urtheil erlassen worden ist, gegen dasselbe eine Nichtigkeitsbeschwerde hätte erhoben werden können, und ob dieselbe durch Nichtbenutzung einer bestehenden Frist verwirkt worden sei. Rechtskräftig ist nur das zweitinstanzliche chilenische Urtheil und dessen Begründung, und nun ist die chilenische zweite Instanz auf die Frage, was Beklagter der Klägerinn geleistet und ferner zu leisten anerboten, und wie sich Klägerinn gegen den Beklagten benommen habe, nicht eingetreten, sondern hat die Klage lediglich mit der Begründung abgewiesen, das chilenische Gesetz kenne die Adoption nicht und es sei daher Klägerinn nicht unterstützungsberechtigt. In der Abweisung der Klägerinn mit dieser Begründung liegt aber eine Rechtsverweigerung.

Durch eine zwischen dem Beklagten und der Klägerinn ausserhalb Chile, aber in einem Rechtsstaate vorgenommene, nach dem Gesetze dieses Staates gültige Rechtshandlung ist Beklagter gegen die Klägerinn eine privatrechtliche Verpflichtung eingegangen, von der Klägerinn also ein obligatorisches Privatrecht gegen den Beklagten erworben worden. Ein erworbenes Privatrecht muss aber nach anerkanntem Satze des internationalen Rechts auch von dem Richter desjenigen Staates geschützt werden, in welchem nach seinen Gesetzen die Erwerbung des Rechts nicht möglich gewesen wäre. Wäre die Klägerinn das Kind des Beklagten aus einer ersten, im Canton Zürich nach zürcherischem Gesetz geschlossenen Ehe, so hätte, wenn im Gebiete des Staates Chile die Trauung nach katholischem Ritus die allein zulässige Art der Eingehung der Ehe ist, der chilenische Richter

die Klägerinn consequenterweise abweisen müssen, weil Chile die Civiltrauung oder die Trauung durch einen altkatholischen Geistlichen nicht kenne und daher Klägerinn nicht ein nach chilenischem Gesetze unterstützungsberechtigtes Kind des Beklagten sei.

Auch die andere Voraussetzung der Zulässigkeit einer Beschlagnahme, nämlich die Wahrscheinlichkeit des Bestehens eines Arrestgrundes, ist vorhanden. Nach § 596 Ziff. 7 Rechts-pflegegesetzes hat Klägerinn wahrscheinlich zu machen, dass für ihre Forderung gegen den Beklagten in Chile kein Recht gehalten würde, und nun ist ihr ja wirklich für ihre, nach hiesigem und sogar nach internationalem Rechte überall klagbare Forderung kein Recht gehalten worden.

2. Canton Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 1. Juli 1891.

Verlöbnissbruch. Beurtheilung nach dem
Rechte des Wohnorts des Beklagten oder
nach dem des Ortes der Eingehung.

Klägerin B. M. von Dällikon (Zürich) verlangt Verurtheilung des Beklagten A. M. zu einer Entschädigung für Verlöbnissbruch und zu Alimentationskosten für das von ihr erwartete Kind. Sie führt aus, Beklagter habe ihr öfter, definitiv bei einem Besuche ihrer Mutter in Bözingen, die Ehe versprochen und mit ihr geschlechtlichen Umgang gepflogen. Nachher habe er ohne nähere Motivierung das Verhältniss mit ihr aufgehoben. Beklagter wendet ein, die Klägerin habe ihn auf intrigeante Weise umgarnt und ihm ihr lasterhaftes Vorleben verschwiegen, sie trage daher die meiste Schuld am Verlöbnissbruch. In den Parteivorträgen verlangt er Anwendung des Berner Rechts, weil das Eheversprechen und die Schwängerung in Bözingen bei Biel (Wohnort der Mutter der Klägerin) erfolgt sei. Ueber diese letztere Frage entschied das Civilgericht für Anwendung des Basler Rechts.

Motive: Der § 120 der Ehegerichtsordnung von 1837, wonach der Jurisdiction des Ehegerichts in Schwangerungssachen alle im Canton sich Aufhaltenden oder Niedergelassenen, in Verlöbnissachen ausserdem noch alle Bürger unterworfen waren, ist durch § 11 l. 5 der Civilprocessordnung ersetzt, wonach in jenen Fällen alle im Canton Wohnhaften ihren Gerichtsstand vor dem Ehegericht haben. Während nun aber

aus § 102 der Ehegerichtsordnung hervorgeht, dass bei Vaterschaftsklagen stets nur hiesiges Recht anzuwenden ist, gleichgültig wo die Schwängerung erfolgte, sobald das Heimatrecht der Klägerin nachgewiesenemmassen bei auswärtiger Schwängerung ein Klagrecht auch anerkennt, während also hier das Territorialprincip feststeht, fehlt bei Normierung der Verlöbnissklage eine entsprechende Bestimmung. Es unterliegt zwar keinem Zweifel, dass wenn aus einem in Basel abgeschlossenen Verlöbniss geklagt wurde, und der hiesige Gerichtsstand begründet war, stets und ausschliesslich ohne Berücksichtigung der Heimatsangehörigkeit der Parteien Basler Recht zur Anwendung kam. Das Gericht beurtheilt hier also nicht bloss die Frage der Form nach dem Satze *locus regit actum*, sondern es wendet für die Beurtheilung des Verlöbnissbruches durchgängig streng territoriales Recht an. Dagegen bietet die Praxis keine festen Anhaltspunkte dafür, welches Princip bei auswärts geschlossenem Verlöbniss befolgt wurde, da vor den 80er Jahren solche Fälle nicht nachweislich zur Cognition des Ehegerichts gelangt sind. Auch den seitherigen Entscheidungen lässt sich kein Princip entnehmen. Im Falle Rudischum (Badenserin) c. Ochsenbein (Solothurner) wurde 11. November 1885 Beklagter wegen in Birsfelden erfolgten Eheversprechens und Schwängerung allerdings nach Basler Recht, aber in contumaciam verurtheilt; i. S. Wenk c. Lehmann 16. December 1885 wurde die Untersuchung, welches Recht zur Anwendung komme, abgelehnt und Basler Recht angewendet, da das Verlöbniss nicht nachweislich in Baselland abgeschlossen sei; das Urtheil i. S. Eichler c. Zink 14. September 1887 endlich begründete gegenüber einem in Chaux-de-Fonds abgeschlossenen Eheversprechen die Anwendung des Basler Rechts mit dem Einverständniss der Parteien.

Es kann nun zwar einem Zweifel nicht unterliegen, dass nach der zur Zeit des Erlasses der revidierten Ehegerichtsordnung hierorts herrschenden Ansicht das Ehegericht durchweg Basler Recht anzuwenden verpflichtet war. Es geht dies aus Folgendem hervor:

Der Entwurf der Ehegerichtsordnung von 1833 sah in § 113 die Competenz des Ehegerichts in zwei Fällen vor: a) wenn der Beklagte das hiesige Bürger- oder Niederlassungsrecht geniesst; b) wenn der Kläger dieses Recht besitzt und zugleich das Verlöbniss hier geschlossen worden ist. Im Falle a) war letzteres aber nicht Voraussetzung.

Im Gesetze von 1837 wurde die Competenz auf jenen

vorbehaltlosen Fall a) eingeschränkt in der Fassung, „wenn der Beklagte Bürger des hiesigen Cantons ist oder in demselben Aufenthalt oder Niederlassung hat.“ Und zwar enthielt der Rathschlag an den Grossen Rath vom 20. Juni 1836 S. 34 folgende dem Gutachten zum Entwurfe von 1833 wörtlich entnommene Bemerkung: „In allen diesen Fällen urtheilt das Ehegericht nach unseren Gesetzen — eine Weisung, die von selbst aus den Grundsätzen, die wir bei der Competenzbestimmung annahmen, hervorgeht, und die nicht erst ausdrücklich aufgenommen zu werden brauchte. Es konnte hiebei der Zweifel entstehen, ob nicht der Grundsatz der Reciprocität aufzustellen sei, allein wir haben es aus wohlgegrundeter Absicht unterlassen.“

Mangels ausdrücklicher Festsetzung im Gesetze ist diese Meinung freilich nicht mehr festzuhalten, wenn sie heute anerkannten Grundsätzen betreffend Anwendung internationalen Rechtes widerspricht. Nun sind freilich die Ansichten gerade über Behandlung dieser Materie die aller-verschiedensten. Das Gericht hat nun für die Frage der Fähigkeit zur Eingehung eines Verlöbnisses, wenn dasselbe hier abgeschlossen war, nie auf die Personalstatuten der Parteien, sei es auf ihr Domicil-, sei es auf ihr Heimatsrecht, sondern nur auf das hiesige Recht abgestellt, und das Verlöbniss nicht als familienrechtliches Institut, sondern nur als Vertrag, dessen Bruch vermögensrechtliche Folgen nach sich zieht, aufgefasst; es hat daher den Ausländer auch diesbezüglich für hier eingegangene Verbindlichkeiten wie einen Schweizer behandelt und z. B. nicht untersucht, ob etwa das Requisit der väterlichen Einwilligung zum Verlöbniss fehle (da ja nach constanter Praxis hier jedes publicierte Eheversprechen klagbar ist). Von diesem Standpunkt in concreto abzuweichen liegt keine Veranlassung vor.

Dagegen ist allgemein anerkannt, dass für die Form des Verlöbnisses der Satz gilt: locus regit actum, und zwar richtiger Ansicht nach so, dass die Beobachtung der am Orte des Geschäftsabschlusses geltenden Rechtssätze genügt, nicht dass sie unerlässlich ist. Es müssen vielmehr auch die Formen desjenigen Rechtsgebiets genügen, in welchem das Geschäft zu wirken bestimmt ist. Aus der Correspondenz der Parteien ist nun offenbar der Schluss zu ziehen, dass als Sitz der Ehe Basel ins Auge gefasst war. Da das Verlöbniss nun durch Ringwechsel und Mittheilung an Dritte erfolgte, erscheint es nach hiesiger Gerichtspraxis als förmliches Eheversprechen, und es ist irrelevant, dass die Form-

vorschrift des Berner Gesetzbuchs Satz. 48 bei seinem Abschlusse in Bözingen nicht beobachtet wurde.

Die Frage endlich, nach welchem Gesetze sich die rechtlichen Wirkungen des Verlöbnissvertrages bestimmen, löst sich hier, wo nur vermögensrechtliche Folgen in Aussicht stehen, einfach. Denn man mag die Gesetze des Ortes, wo auf Erfüllung geklagt wird, oder die des Domicils der Verlobten oder des Bräutigams oder beider zusammen, oder des Ortes, wo der Sitz der Ehe beabsichtigt war, als massgebend ansehen, so steht bei der materiellen Uebereinstimmung der Basler Ehegerichtsordnung und des Berner Civilgesetzes Satz. 48 fest, dass der Beklagte, der das Eheversprechen grundlos gelöst hat, zu einem verhältnissmässigen Abtrag zu verfallen ist.

3. Canton Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 9. September 1891.

**Verlöbnissbruch. Lex fori oder lex contractus
oder Personalstatut?**

Klägerin B. G., von und in Ebingen (Württemberg), klagt gegen V. L. aus Candide (Italien) auf Bezahlung von 1000 Fr. wegen Verlöbnissbruchs. Sie giebt an, Beklagter habe schon 1876, als er in Ebingen als Eisenbahnarbeiter wohnte, mit ihr ein Verhältniss angeknüpft, in Folge dessen sie am 7. Februar 1883 ein von ihm erzeugtes Kind geboren habe. 1889 habe er ihr ein förmliches Eheversprechen gegeben, sie aber nachher verlassen. Der Beklagte will ein verbindliches Eheversprechen nie gegeben haben, und beruft sich darauf, dass die Frage, ob ein gültiges und klagbares Eheversprechen vorliege, das italiänische oder das württembergische Recht entscheiden müsse; ersteres schliesse die Klagbarkeit des Verlöbnisses überhaupt aus, und dass letzteres sie zulasse, sei nicht nachgewiesen. Jedenfalls aber sei die Verlöbnissklage verjährt, da sie gemäss § 24 der Ehegerichtsordnung nach einem Jahr erlösche. Aus Zeugenabhörungen entnimmt das Gericht, dass Beklagter zu Weihnachten 1889 der Klägerin zusagte, sie im Herbste nächsten oder im Frühjahr übernächsten Jahres zu heirathen. Ueber die Anwendung des fremden Rechts äusserte sich das Gericht folgendermassen:

Es fragt sich, nach welchen Rechtsgrundsätzen ein in

Württemberg zwischen einer Württembergerin und einem Italiener abgeschlossenes Verlöbniss zu beurtheilen ist, wenn wegen Bruchs desselben auf Entschädigung geklagt wird. Die Frage ist vom Gericht bereits im Urtheil vom 1. Juli 1891 i. S. M. c. M. (s. hievor Nr. 2) aufgeworfen und dort auf den Widerstreit der diesbezüglichen Meinungen hingewiesen worden. So viel steht fest, dass nicht ohne Weiteres die lex fori angewendet werden kann; denn dass die Klage gerade in Basel zum Austrage kommt, ist ein reiner, von den Parteien nicht voraussehbarer Zufall. Wenn nun eine Theorie dahin geht, dass das Recht des beabsichtigten Sitzes der Ehe entscheide, so lässt dieselbe in concreto im Stich, weil nicht feststeht, wo die Ehe vollzogen und geführt werden sollte. Zunächst ist nun offenbar richtig, dass für die Frage der Form der Rechtsgeschäfte der Grundsatz locus regit actum unbedenklich angewendet werden mag (Bar, internat. Privatrecht, 2. Aufl. I. 149). Man muss aber in concreto weiter gehen und diesen Satz auch für die materiellen obligationenrechtlichen Folgen des Verlöbnisses anwenden. Dies fordert Treue und Glauben des Entschiedensten. Die Parteien kannten sich seit Jahren in Württemberg, wo Klägerin ihren Wohnsitz hatte; Beklagter reiste 1889 neuerdings dorthin und versprach der Klägerin dort die Ehe; es handelt sich also nicht um Abschluss an einem, dem Inhalt des Versprechens fremden, zufälligen Ort. Wollte man hier den Satz zur Anwendung bringen, dass das beiderseitige Personalstatut gelte und im Falle der Collision der Gesetze zu Gunsten des Beklagten zu entscheiden sei, so wäre dies höchst unbillig und formalistisch, denn es kann der Klägerin nicht zugemuthet werden, dass sie ein in Württemberg ihr gegebenes Versprechen auf seine Rechtsgültigkeit nach dem Personalstatut, welchem Beklagter zur Zeit unterworfen ist, hätte prüfen sollen. Sie war berechtigt, ihr Recht als Regel und Norm anzusehen, wie andererseits der Beklagte nicht annehmen konnte, dass irgend ein anderes Recht sein Versprechen regle. Es handelt sich ja in der That auch nicht um personenrechtliche, sondern nur um vermögensrechtliche, enger genommen obligationenrechtliche Folgen eines Versprechens.

Nun ergiebt sich aus den beim Württembergischen Amtsgerichte in Stuttgart eingeholten Erkundigungen, sowie aus Lang's Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Personen-, Familien- und Vormundschaftsrechts (Tübingen 1881 S. 283 f.), dass Württemberg bezüglich der Eheverlöbnisse gemeines Recht anwendet, wonach für das Zustande-

kommen eines Verlöbnisses nicht Beobachtung einer Form erforderlich ist, sondern reines Consensprincip besteht. Dieser Consens ist nun hier zweifellos erfolgt, und zwar nicht bedingt, vielmehr fest, aber mit einer Zeitbestimmung. Dieses Verlöbniss ist durch die anderweitige Heirat des Beklagten gebrochen worden und es fragt sich nun, welches nach Württembergischen Rechte die materiellen Folgen dieses Bruches sind.

Unbedingte Verlöbnisse unterliegen nach Basler Recht bezüglich ihrer Verjährung den allgemeinen Regeln, und nach Württembergischem Rechte kann jedenfalls binnen zwei Jahren (und diese sind innegehalten worden) geklagt werden (Lang, a. a. O. S. 286 Anm. 22).

Bei einseitiger grundloser Verweigerung der Erfüllung eines rechtsgültigen Verlöbnisses, wie sie hier vorliegt, hat nun nach Württembergischem Rechte der unschuldige Theil Anspruch auf Ersatz aller Nachtheile, welche ihn als nothwendige Folge der Nichterfüllung des Verlöbnissvertrages treffen; der Betrag dieser Entschädigung ist unter Berücksichtigung aller Umstände, namentlich der beiderseitigen Vermögensverhältnisse, nach gerichtlichem Ermessen festzustellen (Lang S. 295).

Darnach hat dann das Gericht die Entschädigung bemessen.

4. Canton Zürich. Urtheil der Appellationskammer des Obergerichts vom 28. October 1890.

Oeffentlich rechtliche oder privatrechtliche Verpflichtung des Staats gegenüber Gemeinden aus alten kirchlichen Verhältnissen?

In Rüti bestand bis zur Reformationszeit ein Kloster, welches 1525 vom Rathe aufgehoben wurde. Seine Güter und Einkünfte bildeten fortan einen Theil des Staatsguts. Der Staat übernahm Kirche, Pfarrgebäude und Friedhof und bestritt deren Unterhalt wie überhaupt alle kirchlichen Bedürfnisse der Ortschaft Rüti. Am 1. April 1851 schlossen Staat und Kirchgemeinde Rüti einen Vertrag, wonach letztere gewisse, bisher dem Staat obgelegene Leistungen übernahm und der Staat unter Anderm den Bau und Unterhalt des Kirchhofes behielt. 1888 verlangte der Gemeinderath Rüti

vom Staat eine Erweiterung des Kirchhofes in der Weise, dass an geeignetem Orte ein Begräbnissplatz erworben werde. Der Staat lehnte das ab, 1. weil nur die Kirchgemeinde, nicht aber die politische Gemeinde Rechte aus dem Vertrag von 1851 ableiten könne, 2. weil das Kirchhofwesen nicht mehr zu den kirchlichen Bedürfnissen gehöre, der Staat also blos den Unterhalt des jetzigen Kirchhofes laut Vertrag zu besorgen habe, jede Erweiterung desselben aber Sache der politischen Gemeinde sei, der das Gemeindegesetz vom 27. Juni 1875 das Friedhofwesen übertragen habe. In dem darüber entstandenen Processe erklärte das Obergericht den Staat grundsätzlich für verpflichtet, der Gemeinde Rüti den erforderlichen Beerdigungsplatz unentgeltlich zu verschaffen.

Motive: Der Beklagte (Staat) bestreitet zunächst die Activlegitimation der Klägerin (politische Gemeinde Rüti), jedoch mit Unrecht. Denn gesetzt, die eingeklagte Verpflichtung bestehe überhaupt, so kann kein begründeter Zweifel darüber bestehen, dass die Klägerin gegenwärtig Gläubigerin der entsprechenden Berechtigung ist. Nachdem durch § 14 des Gemeindegesetzes vom 27. Juni 1875 bestimmt worden ist, dass künftig die Anlegung und Unterhaltung der öffentlichen Friedhöfe nicht mehr Sache der Kirchgemeinden seien, sondern den politischen Gemeinden obliegen, ist es die Klägerin, welche für die diesfälligen Bedürfnisse der Gemeinde Rüti zu sorgen hat, und demgemäß muss ihr auch die Beauftragung zustehen, durch die Gerichte entscheiden zu lassen, ob nach besonderen Rechtsacten trotz jener Gesetzesvorschrift Andern obliege, jene Verpflichtung zu erfüllen. Die Rechte der Kirchgemeinde müssen, wenn sie nicht untergegangen sind, auf die Klägerin übergegangen sein. Jene musste 1875 den Friedhof abtreten, und diese Pflicht schloss naturgemäß auch die auf Abtretung aller mit dem Friedhofwesen verbundenen Rechte in sich.

In materieller Beziehung stützt Klägerin ihren Anspruch theils auf die Verhältnisse, wie sie geschichtlich durch den Staat Zürich geschaffen worden seien, theils auf den Vertrag vom 1. April 1851, theils auf seitherige Handlungen des Staates.

Was den ersten Punkt betrifft, so ist sicher, dass der Staat Zürich seit 1525 bis 1851 stets für die kirchlichen Bedürfnisse in der Gemeinde Rüti gesorgt hat. Dagegen lassen sich mit Grund Zweifel darüber hegen, ob die diesfällige Verpflichtung des Staats eine solche des öffentlichen Rechtes oder eine privatrechtliche gewesen sei, die z. B.

durch blosse gesetzgeberische Acte ohne Zustimmung der Gemeinde Rüti nicht hätte aufgehoben oder beschränkt werden können. Für die letztere Annahme spricht nicht nur, dass die Erfüllung der Verpflichtung Seitens des Staats nie scheint beanstandet worden zu sein, sondern auch der Umstand, dass 1851 bei Vereinbarung des Abkommens über die von der Regierung nicht losgekauften Verpflichtungen ausdrücklich bemerkt ist: „es verbleiben diese fernerhin dem Staat“. Diese Ausdrucksweise spricht dafür, dass bei Abschluss des Vertrages beide Theile davon ausgegangen sind, diese Leistungen hätten von Alters her vom Staat in Folge einer ihm obliegenden privatrechtlichen Verpflichtung besorgt werden müssen, und es solle dieses Rechtsverhältniss in der Zukunft forterhalten bleiben.

Andrerseits lässt sich für die Annahme, dass die genannte Verpflichtung des Staates nur eine solche des öffentlichen Rechtes gewesen sei, anführen:

theils dass, als nach der Säcularisation des Klosters Rüti die Güter desselben zunächst der Kirche in ihrer neuen Gestalt zugefallen und dann von ihr dem Staat übergeben worden sind, die Uebergabe an letztern nicht etwa an gewisse Bedingungen, z. B. die Erfüllung der hier in Frage stehenden Verpflichtungen geknüpft oder mindestens nur auf bestimmte Zusicherungen in diesem Sinne hin, sondern in der „bescheidenen Hoffnung“ erfolgt ist, dass der Staat den Bedürfnissen der Kirche werde gerecht werden;

theils dass nicht ersichtlich ist, dass aus den Klostergütern gewisse Fonds mit der ausgesprochenen Zweckbestimmung, dass deren Ertrag zur Erfüllung jener Verpflichtungen verwendet werden soll, gebildet worden seien.

Indessen kann von einer Prüfung dieser Frage für die ältere Zeit darum abgesehen werden, weil das Verhältniss jedenfalls durch den Vertrag von 1851 in einer Weise bestimmt worden ist, die unzweifelhaft von da an die Verpflichtung als eine privatrechtliche erscheinen lässt.

Beklagterseits ist ferner eingewendet worden, die vom Staate im Vertrag von 1851 anerkannte Verpflichtung sei dadurch erloschen, dass bei Erlass des Gemeindegesetzes v. 28. April 1866 der Gesetzgeber unterlassen habe, ähnlich wie in den früheren Gesetzen von 1835 und 1855 eine Bestimmung dahin aufzunehmen, dass die Ausgaben für kirchliche Bedürfnisse nur so weit von den Kirchgemeinden zu tragen seien, als dies nicht in Folge privatrechtlicher Verpflichtung Sache des Staates sei. Allein die Nichtwieder-

aufnahme der früheren Bestimmung in das Gesetz ist wohl richtig dahin zu erklären, dass man angenommen hat, sie verstehe sich von selbst und brauche daher nicht ausdrücklich gesagt zu werden.

Mit mehr Grund lässt sich fragen, ob die fernere Einwendung des Beklagten, die in Frage stehende Verpflichtung sei dadurch untergegangen, dass das Gemeindegesetz v. 27. Juni 1875 in Ausführung eines durch die Bundesverfassung von 1874 Art. 53 aufgestellten Grundsatzes die Sorge für Anlegung und Unterhalt der öffentlichen Friedhöfe den Kirchgemeinden abgenommen und den politischen Gemeinden überbunden habe, zur Abweisung der Klage führe; aber auch diese Frage ist zu Gunsten der Klägerin zu entscheiden. Im Allgemeinen muss unzweifelhaft als Meinung des Gesetzes angesehen werden, dass gleichzeitig mit dem Anfall der bezeichneten Verpflichtung auch das verfügbare Vermögen, welches die Kirchgemeinde mit der Bestimmung, zur Erfüllung dieser Verpflichtung zu dienen, besessen hat, auf die politische Gemeinde übergehen solle; es müssten also, um anzunehmen, dass der früher zu Gunsten der Kirchgemeinde gegenüber dem Staat bestandene privatrechtliche Anspruch auf Anlegung und Unterhalt der Beerdigungsplätze in Folge jenes Gesetzes nicht auf die politische Gemeinde übergegangen sei, sichere Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass bei Begründung des Anspruches oder Neuanerkennung desselben i. J. 1851 die Parteien sich dessen klar bewusst gewesen seien, derselbe werde nur speciell zu Gunsten der Kirchgemeinde als Besorgerin des Kirchhofes bestellt und falle mit dem Augenblick dahin, da die Sorge für den Kirchhof ihr abgenommen werde. Solche Anhaltspunkte können nun aber weder darin gefunden werden, dass im Vertrag von 1851 die Erstellung eines Kirchhofes als ein kirchliches Bedürfniss bezeichnet, noch dass der Ausdruck Kirchhof gebraucht ist. Zur Zeit des Vertragsabschlusses gehörte eben die Besorgung des Beerdigungswesens noch ganz zu den Obliegenheiten der Kirche, ebenso wie die Erstellung des Kirchengebäudes mit Allem was nothwendig dazu gehörte, und Niemand dachte daran, dass es einmal anders kommen werde. Es wäre daher zu weit gegangen, aus dem Umstand, dass der Vertrag von 1851 vom Kirchhof als einem kirchlichen Bedürfniss spricht, dessen Erfüllung dem Staat obliege, mit der ersten Instanz zu folgern, dass diese Verbindlichkeit nur für so lange als der Kirchhof ein kirchliches Bedürfniss bleibe, und dessen Anlegung und Unterhalt von Gesetzeswegen Sache

der Kirchgemeinde sei, dem Staat überbunden worden sei; was man durch die Vertragsbestimmung bezweckt hat, bestand nur darin, allgemein festzusetzen, dass die Anlegung und Unterhaltung des Beerdigungsplatzes, die auf Grund der bestehenden Gesetzgebung Sache der Kirchgemeinde sei, vom Staate besorgt werden soll. Ebensowenig kommt dem Gebrauch des Ausdruckes Kirchhof, statt Friedhof oder Beerdigungsplatz, im Vertrage von 1851 besondere Bedeutung zu Gunsten des Beklagten zu; in früheren Zeiten war eben allgemein die Anschauung verbreitet, dass die Beerdigungsplätze unter den Schutz der Kirche gestellt und daher auch unmittelbar neben den Kirchgebäuden angelegt werden sollen, daher der Name Kirchhof, und dieser Ausdruck hat sich auch dann noch erhalten, als man jene Anschauung nicht mehr als massgebend ansah, vielmehr bei Anlegung von Beerdigungsplätzen entscheidendes Gewicht darauf legte, was die Gesundheitsverhältnisse der betreffenden Gemeinde als wünschbar erscheinen lassen, und man namentlich darauf bedacht war, den Platz ausserhalb des Kreises der Wohnungen zu wählen. Daraus, dass im Vertrage von 1851 der Ausdruck Kirchhof gebraucht ist, lässt sich somit nicht darauf schliessen, dass man die Verpflichtung des Staates auf den bei der Kirche liegenden Beerdigungsplatz habe beschränken wollen.

5. Canton Unterwalden ob dem Wald. Urtheil des Civilgerichtes vom 1. December 1877.

Begriff von „alter Landmann“. Beerbung eines solchen nach Obwaldner oder Nidwaldner Recht?

Ueber die Vertheilung der Verlassenschaft des in der obwaldnerischen Gemeinde Alpnach seit langen Jahren niedergelassenen und dort verstorbenen Nidwaldners Caspar Joseph Scheuber erhob sich Streit. Es entstand die Frage, ob der Verstorbene nach Obwaldner oder nach Nidwaldner Recht zu beerben sei. Ersteres schloss einen gewissen, nach Nidwaldner Recht erbberechtigten Verwandtschaftsgrad vom Erbe aus. Die in diesem Grade Verwandten des Verstorbenen erliessen sodann gegenüber den anderen Erben ein Rechtsverbot, wodurch den Letztern die Vertheilung des Erbes untersagt wurde, bis entweder die Ansprüche der nach

Nidwaldner Gesetz Erbberechtigten anerkannt oder aber gerichtlich abgewiesen seien. Die Intestaterben nach Obwaldner Recht klagten auf Beseitigung dieses Rechtsverbotes. Sie machten unter Bezugnahme auf das Concordat von 1822 geltend, der Verstorbene sei als „alter Landmann“ von Nidwalden auch Bürger von Obwalden gewesen; da er in Obwalden gewohnt habe, so sei seine Hinterlassenschaft dem Obwaldner Erbrecht unterworfen. Die Beklagten bestritten, dass der Erblasser als „alter Landmann“ wirklich das Bürgerrecht in Unterwalden ob und nid dem Wald besessen habe. Eine wesentliche Voraussetzung für das Cantonsbürgerrecht bilde das mit dem Gemeindebürgerrecht verbundene Armenrecht, d. h. das Recht auf Unterstützung durch die Gemeinde im Verarmungsfalle. Nun habe aber unbestrittenemassen der Erblasser in Obwalden kein Gemeindebürgerrecht besessen und desshalb auch das Landrecht nicht besitzen können. Um das Landrecht erwerben zu können, hätte er sich als Bürger in einer Gemeinde einkaufen müssen. Zudem sei schon in wiederholt vorgekommenen Fällen das Erbe von in Obwalden verstorbenen „alten Landleuten“ aus Nidwalden nach Nidwaldner Erbrecht vertheilt worden. Das Civilgericht von Obwalden schützte die Kläger, indem es das gegen sie erlassene Rechtsverbot aufhob und dadurch vorliegenden Falles das Obwaldner Erbrecht als massgebend erklärte. Die unterlegene Partei machte vom Rechte der Berufung keinen Gebrauch.

Motive: 1. Für den Entscheid der vorwürfigen Rechtsfrage sind in erster Linie massgebend die Bestimmungen des Concordates vom 15. Juli 1822; dass dieses Concordat noch in Kraft bestehe, wurde auch vom schweizerischen Bundesgerichte in einem von der Beklagschaft ad acta gegebenen Entscheide in sehr bestimmter Weise ausgesprochen. Demzufolge ist für die Vertheilung der Verlassenschaft das Erbrecht desjenigen Cantons entscheidend, dessen Bürger der Verstorbene gewesen ist. Besitzt derselbe in mehrern Cantonen das Bürgerrecht und stirbt er in einem dieser Cantone, so wird er nach der Gesetzgebung des Letztern beerbt.

2. Die Frage, ob die sog. „alten Landleute“ von Ob- und Nidwalden Bürger des einen und andern Cantonstheiles seien, muss bejaht werden. Es sind dies die Abkömmlinge derjenigen Geschlechter, welche vor der Trennung des Cantons Unterwalden Bürger desselben gewesen sind. Sie sind desshalb Bürger des ganzen Cantons Unterwalden, bezw. der beiden Landestheile desselben, als solche wurden sie von

jeher angesehen und behandelt. Die rechtliche Stellung der „alten Landleute“ wird übrigens durch die nidwaldnerische Gesetzgebung in sehr bestimmter Weise und zwar in dem Sinne normirt, dass denselben alle bürgerlichen Rechte zu kommen mit einziger Ausnahme des Armenrechtes, mögen sie nun in dem einen oder andern Landestheile ihren Wohnsitz haben. Der Begriff „alte Landleute“ involvirt denjenigen eines Doppelbürgerrechtes. Der Umstand, dass sie das Gemeindebürgerrecht nur in Einem Canton besitzen, alterirt ihre rechtliche Stellung als Bürger beider Cantone nicht. Wenn nunmehr zum Erwerb des Cantonsbürgerrechtes der Besitz eines Gemeindebürgerrechtes erforderlich ist, so hat diese Verfassungsbestimmung offenbar keinen Bezug auf diejenigen Landleute, welche das Gemeindebürgerrecht und das Cantonsbürgerrecht schon besessen haben zu der Zeit, als der Canton Unterwalden sich in zwei von einander vollständig unabhängige Landestheile sonderte. Wenn sich beide Parteien zur Begründung ihrer Anschauungsweise auf Präcedenzfälle berufen, so fallen dieselben um so weniger ins Gewicht, weil darüber kein richterlicher Entscheid angerufen wurde und weil mithin dabei lediglich die Anschauungsweise einzelner Privatpersonen sich geltend macht, welche für einen richterlichen Entscheid nicht bestimmend sein kann, insofern dadurch kein Gewohnheitsrecht constatirt wird. Auch der Umstand, dass von der Verlassenschaft in Obwalden verstorbener „alter Landleute“ von Nidwalden aus eine Erbschaftssteuer eingefordert und auch bezahlt wurde, beweist nicht, dass dieselben nicht als Bürger von Obwalden angesehen worden seien; denn es handelt sich dabei nicht um eine an den Staat zu entrichtende Erbschaftssteuer, sondern um eine Abgabe an die Armenverwaltung, welche durch das Armenrecht bedingt ist, dieses hinwieder hängt mit dem Gemeinderecht zusammen; im heutigen Processe aber muss zwischen Gemeindebürgerrecht und Cantonsbürgerrecht sehr wohl unterschieden werden. Ersteres steht denn auch gar nicht in Frage und ist für den Entscheid des Processe durchaus irrelevant.

3. Das Uebereinkommen zwischen den beiden Cantonstheilen von Unterwalden ob dem Wald und nid dem Wald vom 21. Juli 1852, durch welches verschiedene wechselseitige Rechts- und Verkehrsverhältnisse regulirt worden sind, hat auf die vorwürfige Rechtsfrage keinen Bezug, weil dadurch das Intestaterbrecht der beidseitigen Angehörigen nicht normirt worden ist. Die Annahme ist jedoch nicht gerechtfer-

tigt, es sei das Intestaterbrecht der „alten Landleute“ der Gesetzgebung des Wohnsitzes nicht unterworfen, weil durch das erwähnte Uebereinkommen nicht das Gegentheil statuirt wurde; denn dieses Uebereinkommen bezweckte nicht eine vollständige Regelung aller Rechtsverhältnisse der „alten Landleute“. Am allerwenigsten ist anzunehmen, dass man dieselben durch dieses Convenio ihres Doppelbürgerrechtes verlustig erklären wollte oder konnte; vielmehr beschränkte sich Letzteres auf eine Verständigung über einzelne Punkte.

6. Canton Unterwalden ob dem Wald. Urtheil des Obergerichts vom 17. März 1891.

Berechtigung der Bürgergemeinde zur Auflegung einer Hochwaldsteuer auf die viehaufreibenden Beisassen.

Durch Beschluss des Bürgerraths von Alpnach wurde den viehaufreibenden Beisassen von Schoried für die Sömmierung im sog. Howald auf jedes Stück Vieh eine Auflage von 45 Cts. überbunden. Die Beisassen weigerten sich diese Taxe zu entrichten, und der Bürgerrath ertheilte dem Revierförster die Weisung, die den Beisassen zu verabfolgenden Holzloose nur gegen Entrichtung der bestrittenen Howaldsteuer aushinzugeben. Daraufhin citierten eine Anzahl Beisassen den Förster vor Friedensgericht mit dem Begehr, dass er ihnen die Holzloose um den gewohnten Zeichnerlohn nebst Weggeld, wie den nicht viehaufreibenden Beisassen, verabfolge. In Folge dieser Citation beschloss der Bürgerrath am 13. Juli 1890, es sei den Reclamanten das sonst verwilligte Theilholz zu verabfolgen, sofern sie allen Rechten unbeschadet ihr Betreffniss Howaldsteuer entrichteten. Gegen diese neue Schlussnahme beschwerten sich die Beisassen beim Regierungsrath, welcher am 18. Juli 1890 entschied, dass die Beisassen für Erhalt des Holzes die bestrittene Howaldsteuer im Sinn des gemeinderäthlichen Vorbehaltes entrichten müssten, immerhin unter selbstverständlicher ausdrücklicher Wahrung des Rückforderungsrechtes gegenüber der Corporation, insofern die Steuer auf dem Processwege als unzulässig erklärt werde. Demgemäß erhoben die Beisassen nach Bezahlung der Steuer die Rückforderungsklage und erhielten in beiden Instanzen ihr Begehr zugesprochen.

Motive: Wenn sich die beklagte Partei dem kläge-

rischen Rechtsbegehren gegenüber auf Art. 4 des Steuergesetzes¹⁾ beruft, so ist dieser Standpunkt unhaltbar, denn offenbar kann Absatz 2 dieses Gesetzesartikels nicht die Tragweite haben, dass dadurch einer Corporationsbehörde das Recht eingeräumt werden wollte, gegenüber von Nichtcorporationsgenossen, denen ein Benützungsrecht am Corporationsgute zusteht, eine Auflage in dem Sinne zu decretieren, dass dadurch die Steuern, welche von den betreffenden Vermögensobjecten der Corporation entrichtet werden müssen, gedeckt werden. Das Recht der Mitbenutzung am Corporationsgute, insofern ein solches Nichtcorporationsbürgern zusteht, entspricht seinem rechtlichen Character nach durchaus einer Servitut. Nun wird aber das Recht der Beisitzenden am Corporationsgute in seinem Werthe geschmälert, wenn dessen Ausübung an die Bedingung geknüpft werden will, dass von den Nutzniessern die auf dem betreffenden Theile des Corporationsgutes lastenden Steuern bezahlt werden müssen.

Das Recht der Beisitzenden am Corporationsgute hat einen rein privatrechtlichen und keinen öffentlichrechtlichen Character. Dagegen ist die Entrichtung von Steuern an öffentliche Zwecke an Hand des Steuergesetzes durchaus öffentlichrechtlicher Natur und daherige Beschwerden sind nicht bei den Gerichten, sondern bei den in Art. 26 der Cantonsverfassung und im Steuergesetz vorgesehenen Recurinstanzen anhängig zu machen. Wenn und insoweit es sich vorliegenden Falles um eine Anwendung des Steuergesetzes handeln würde, wäre das Civilgericht gar nicht competent auf die Frage einzutreten. Wenn die beklagte Partei den von ihr eingenommenen Standpunkt mit Erfolg hätte vertreten wollen, so hätte sie die Einrede des Mangels der Competenz aufwerfen müssen, was aber nach Art. 57 C. P. O. in einer Vorfrage zu geschehen gehabt hätte. Mit der Anwendung des Steuergesetzes haben sich die civilgerichtlichen Instanzen nicht zu befassen.

Art. 4 Abs. 2 des Steuergesetzes hat übrigens offenbar nicht einen Fall im Auge, wie er heute vorliegt; es bezieht

¹⁾ Steuergesetz v. 3. März 1870 Art. 4: Bei Nutzniessungen, fliesse der Nutzen aus beweglichem oder unbeweglichem Gute, ist der Nutzniesser an der Stelle des Eigenthümers, gleich diesem, steuerpflichtig.

Bezüglich von Corporations- oder Gemeindegut wird hingegen die Vermögenssteuer in der Regel auf der Verwaltung erhoben, mit ihr überlassenem Rückgriff auf die Nutzniessung.

sich diese Gesetzesbestimmung vielmehr auf die eigentlichen Corporationsbürger und auf Verhältnisse, wie sie in mehreren Corporationen vorkommen, wo ein Theil des Corporationsgutes den Corporationsgenossen zur Benützung überlassen wird, und wo dann allerdings die Corporation zu entscheiden hat, ob sie für die von diesem Theil des Corporationsgutes zu entrichtende Steuer den Rückgriff auf die Nutzniesser nehmen will. Ganz anders gestaltet sich aber das Verhältniss zwischen den heutigen Processparteien; denn die Rechte der Kläger am Corporationsgute bilden nicht einen Ausfluss der freien Verfügung der Corporation, es steht deshalb auch keineswegs in der Befugniss der Corporation, diese Rechte aufzuheben oder zu schmälern. Sowohl im Vergleich vom Jahre 1739 als im Cantonsgerichtsurtheil vom Jahre 1865 wird gesagt, dass die Rechte der Beisassen am Corporationsgute nicht in einer Weise mit Auflagen belastet werden dürfen, dass darin eine Beeinträchtigung dieser Rechte gefunden werden könne. Eine solche Beeinträchtigung läge aber offenbar vor, wenn die Beisassen die Steuer von demjenigen Theile des Corporationsgutes entrichten müssten, an welchem ihnen ein blosses Mitnutzungsrecht zusteht, denn in diesem Falle würde das Recht der Beisassen in seinem Werthe zweifellos verringert. Mag es sich vorliegenden Falls um ein Güterrecht oder um ein Kopfrecht handeln, so ist der beklagtsicherseits eingenommene Standpunkt unbegründet. Bei güterrechtlichen Verhältnissen wird dieser Factor bei der Steuertaxation des betreffenden Grundstückes berücksichtigt und es muss dasselbe jedenfalls höher versteuert werden, wenn es mit einer Rechtsame am Corporationsgute verbunden ist. Sollte in Alpnach bisher nicht in dieser Weise verfahren worden sein, so könnte und dürfte dies jedenfalls in der Zukunft geschehen. Würde nun das Güterrecht bei der Steuertaxation in Betracht gezogen und nachher der Eigenthümer dieser Liegenschaft für die Ausübung des Rechtes nochmals besteuert, so wäre dieses eine unzulässige Doppelbesteuerung. Wenn und inwiefern es sich hinwieder vorliegenden Falls nicht um güterrechtliche Verhältnisse handelt, kann der Ansicht der beklagten Partei gleichwohl nicht beigetreten werden, weil den Klägern an Hand der aufliegenden Abkommenisse und Urtheile ein Recht am Corporationsgute zusteht, mit welchem sich die Steuerforderung der beklagten Partei offenkundig nicht verträgt. Wird die Corporation Alpnach als Eigenthümerin des dienenden Grundstückes angesehen, so kann sie nach gemeinrechtlichen Grundsätzen

nicht verfügen, dass die Nichtcorporationsbürger ihre Rechte am Corporationsgute nur dann ausüben können, wenn sie die auf demselben lastenden Steuern entrichten. Eine solche Befugniss der Corporationsverwaltung könnte unter Umständen das Recht der Beisassen rein illusorisch machen.

**7. Canton St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts
vom 3. December 1890.**

Nothweg. Voraussetzungen für Inanspruchnahme eines solchen.

Der an steiler Berghalde gelegene R. Wald der Gemeinde B. stösst bergwärts an das ins Dorf B. hinunterführende Waldsträsschen, thalwärts an die Berggüter der Nachbarn E. und K. und auf der einen Seite an eine Wildbachrums, welche auch längs der beiden Berggüter von E. und K. ins Thal hinunter führt.

Der zunächst dieser Bachrums gelegene Theil des R. Waldes ist so abschüssig, dass das dortige Stammholz beim Fällen von selbst in die Bachrums fällt und durch diese den natürlichen Lauf ins Thal hinunter nimmt. Die Gemeinde B. hat jedoch gegenüber den Berggütern von E. und K. eine Grunddienstbarkeit auf Benützung der zu denselben gehörenden Bachrumsstrecke zur Holzabfuhr niemals erworben, weder durch Vertrag noch durch Uebung. Sie sah sich beim letzten Kahlschlag des R. Waldes darauf verwiesen, mit den Nachbarn E. und K. über die Abfuhr durch die Bachrums gütlich zu unterhandeln. — Um für die Zukunft daherriger Differenzen enthoben zu sein, gelangte die Gemeinde B. mit dem Rechtsbegehren ans Cantonsgericht,

es stehe ihr das Recht zu, das Holz aus ihrer R. Waldung durch das Eigenthum von E. und K., nämlich diese Bachrums abzuführen, beziehungsweise zu schleifen und zwar jeweilen unter Voranzeige an E. und K. und gegen vollen Ersatz für die den E. und K. Gütern dabei zugefügten Schädigungen.

Dieses Begehrum Einräumung des sog. Nothweges durch die Rums beruhe auf dem unabwendbaren Bedürfniss. Dieses sei nachgewiesen durch den Augenschein. Am steilen Hange könne das gefallte Stammholz unmöglich aufwärts auf das oben vorbeiführende Waldsträsschen gebracht werden. Die Herstellung einer passenden Communication von dieser steilsten Partie des R. Waldes auf das Waldsträsschen oder in irgend anderer Richtung zur Holzabfuhr wäre mit Kosten verbunden, die ausser allem

Verhältniss zum Werthe des Holzes stünden. — Das gemeine Recht kenne kein unbeschränktes Eigenthum an Grund und Boden. Zu den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums, die auch ohne besondern Rechtsact sofort mit dem Eigenthum selbst entstehen, gehöre auch der Anspruch des Nachbars auf den Nothweg, da wo einem Grundstück der Zugang zur öffentlichen Strasse fehlt. Dieses Nothwegrecht habe Aufnahme gefunden in eine Reihe von Particulargesetzgebungen, auch einzelner Cantone. Bei Abgang einer ausdrücklichen Erwähnung desselben in unserm Dienstbarkeitengesetz trete das gemeine Recht als subsidiäres Recht auch bei uns in Anwendung.

Die Nachbarn E. und K. verlangen Abweisung dieses Begehrens.

Eine Grunddienstbarkeit im Sinne von Art. 17—20 des Dienstbarkeitengesetzes liege nicht vor, werde nicht einmal behauptet. Ein Anspruch auf diese Holzabfuhr könne auch nicht aus dem Titel des Nachbarrechtes, Art. 12 ibidem abgeleitet werden. Dieser Artikel kenne den Nothweg nicht. Der Augenschein habe ein unabwendbares Bedürfniss auf diese Transportrichtung nicht dargethan. Der Art. 48 im Forstgesetz verpöne selbst im Hochgebirge den Holztransport durch natürliche Riesen, da wo zweckdienliche Waldwege ohne unverhältnismässig grosse Kosten angelegt werden können, und die Art. 30—37 im neuen Strassengesetz geben Anleitung, wie das zur freien Benützung eines Grundstücks nötige Fahrrecht über Dritt-mannsboden erworben werden kann.

Das Cantonsgericht hat die Gemeinde B. abgewiesen.
Im Wesentlichen in Erwägung:

Klägerin beansprucht das Holzabfuhrrecht durch die Güter der Beklagten nicht als eine durch Vertrag oder durch Uebung erworbene Grunddienstbarkeitsberechtigung; sondern als ein durch das unumgänglich nothwendige Bedürfniss begründetes Nothwegrecht. Es kommt daher zunächst in Frage, ob wirklich die örtlichen Verhältnisse derart seien, dass das Holz vom klägerischen R. Wald auf keinem andern als dem beanspruchten Wege zu Thal gefördert werden könne, beziehungsweise ob die Abfuhr auf andere Weise nur durch künstliche Herstellung eines Transportweges möglich wäre, welche mit ganz ausserordentlichen und unverhältnismässigen Kosten verbunden wäre. Da selbst die Klägerin dieses tatsächliche Verhältniss als nothwendige Voraussetzung ihres Rechtsanspruches erklärt, so hat sie hiefür die Beweislast und ist sie mit ihrem Anspruch abzuweisen, sofern dieses tatsächliche Verhältniss nicht zur Gewissheit erhoben wird. Es ist nicht Sache der Beklagten, zu zeigen, dass und wo und wie die Klägerin ihr Holz auf anderm Wege wegführen

könne. Der Augenschein hat ergeben, dass nur die östlichste, steilste, am wenigsten bewaldete Partie des klägerischen Waldstückes auf die Abfuhr in die Runs mehr oder weniger zwingend hinweist; dass dagegen die grössere Partie des R. Waldes so gelegen ist, dass es wenigstens dem Laien weder unmöglich, noch besonders beschwerlich und kostspielig erscheint, das Holz auf das oben vorbeiführende Waldsträsschen zu verbringen und auf letzterm abzuführen, wenn nämlich eine practicable Communication erstellt würde. Nun hat Klägerin unterlassen mittelst Expertenbeweis darzuthun, dass nur mit unverhältnissmässig grossen Kosten ein dem R. Walde vollkommen zadienlicher Waldweg erstellt werden könnte, und muss daher schon aus diesem Grunde abgewiesen werden; denn aus blossen Rücksichten grösserer Bequemlichkeit und allfällig wohlfeilerer Abfuhrverhältnisse darf den Anstössern und Nachbarn eine derartige Beschwerde nicht auferlegt werden. Wenn aber Klägerin aus Art. 35 im Strassengesetz eine freie Zufuhr in ihre R. Waldung beanspruchen zu können glaubt, so muss sie das im citirten Artikel vorgezeichnete Verfahren einschlagen und den Besitzern der betreffenden Grundstücke nicht bloss, wie von ihr angeboten, von Fall zu Fall den Ersatz der jeweiligen Schädigungen, sondern für die bleibende Belastung ihrer Güter mit einer neuen Beschwerde eine hiernach zu bemessende Entschädigung vergüten.

Da die Klägerin Mangels Beweises für die *thatsächliche* Voraussetzung ihres Klageanspruches abgewiesen wurde, so hatte das Cantonsgericht die *rechtsgrundätzliche* Frage nicht mehr zu entscheiden, ob neben den Bestimmungen des Dienstbarkeitengesetzes (Art. 12, 17 bis 20, 57) und des Strassengesetzes (Art. 35) das gemeinrechtliche Institut des Notwegrechtes auch bei uns subsidiäre Geltung habe.

**8. Canton Uri. Urtheil des Kreisgerichts Uri
vom 18. Juni 1888.¹⁾**

Langjährige Verzinsung eines Capitals durch einen Nichtunterpfandsbesitzer, wiefern für ihn präjudicierlich?

J. Baumann ist Eigenthümer der Güter Rain und Alt-

¹⁾ Die diesem Urtheil zu Grunde liegenden Thatsachen scheinen mir merkwürdig und seltsam genug, um die Publication des Urtheils zu rechtfertigen.

D. Red.

gaden in Meien, hatte aber das auf diesen Gütern haftende Capital der Erziehungsanstalt nie verzinst, sondern dasselbe war seit 1852 von A. Enderli und seit 1858 von J. M. Gerig ab dem Gute Aderbogen verzinst worden, bis letzterer seines Irrthums gewahr wurde und die Zinszahlung einstellte. Darauf belangte der Gläubiger den Baumann um die Zinse seit 1884 (Fr. 70. 32), welche Baumann auch unter Anerkennung seiner Zinspflicht gegenüber dem Gläubiger bezahlte; aber er verlangte nun von Gerig Entlastung durch Auszahlung des Capitalbetrages von Fr. 351. 65 und der verfallenen Zinse von Fr. 70. 32, weil Gerig die Zinspflicht beim Kaufe des Aderbogen vertragsweise übernommen habe: das Capital sei ihm bei der Kaufsumme angerechnet worden und er habe eine um dessen Betrag geringere Auszahlung leisten müssen. Darum habe er auch seit 25 Jahren die Zinse bezahlt und damit seine Verpflichtung anerkannt und könne sie jetzt nicht ohne Gegenleistung auf Baumann wälzen. Gerig dagegen behauptete, die Verzinsung vieler Capitalien in Meien sei durch Andere als die Unterpfandsbesitzer erfolgt, weil früher die Schuldentreiber ungerechter Weise den Zins von Andern als den Pflichtigen eintrieben und jene dann aus Unwissenheit und Furcht bezahlten. So sei auch das fragliche Capital von ihm aus Irrthum verzinst worden. Baumann könne daher keinen Ersatz fordern, eher wäre er (Gerig) berechtigt, die irrthümlich bezahlten Zinse zurückzuverlangen.

Das Kreisgericht Uri wies durch Urtheil vom 18. Juni 1888 den Kläger Baumann mit seiner Klage ab:

in Erwägung,

dass irgend ein Vertrag, wonach Gerig, ungeachtet er nicht Unterpfandsbesitzer ist, dennoch ab dem Aderbogen das fragliche Capital zu verzinsen verpflichtet war, nicht erwiesen ist,

dass infolge dessen G. keine Verpflichtung hat, den Kläger B. dafür zu entschädigen, weil der Zins nunmehr mit Recht von letzterem als dem Unterpfandsbesitzer gefordert wird, und Kläger nicht auf Grund der irrthümlich von Gerig gemachten Zinszahlungen einen Anspruch auf Ersatz erwerben kann;

dass nach Ldb. Art. 63¹⁾) Gerig nur dann das Recht

¹⁾ „Wer eine Sache zehn Jahre ungerechtfertigt anstehen lässt, . . . dem soll man darum nicht mehr richten, es wäre denn, dass einer hätte gute Sigill und Briefe, die nicht gefährlich hinterhalten worden, d. h. die er

zur Verweigerung der Zinszahlung verwirkt hätte, wenn er ungerechtfertigt die Sache hätte anstehen lassen, dass aber Gerig Sigill und Briefe nicht bei sich gehabt, sondern das Capital selbstverständlich in Händen des Gläubigers war, und er vor Ablauf von zehn Jahren nach der Capitalbereinigung und nach Erhalt des Hypothekarbuchauszuges die Zinszahlung einstellte, und dass daher Gerig in dieser Hinsicht nichts verschuldete, was eine Ersatzpflicht begründen könnte;

dass der durch Uebergang der Zinspflicht auf Baumann dem Gerig erwachsende Vortheil eher das Verhältniss zwischen Gerig und A. Enderlis Erben als Käufer und Verkäufer des Gutes Aderbogen berührt, dagegen zwischen Gerig und Baumann kein Rechtsverhältniss besteht, und dass folglich Baumann auch aus diesem Grunde keinen Anspruch auf Ersatz herleiten kann.

In Folge Appellation hat das Cantonsgericht am 25. Juli 1888 dieses Urtheil bestätigt.

9. Canton St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts vom 14. Januar 1890.

Rücktritt vom Verlöbniss. Massgebende Gesichtspunkte für die Höhe der Entschädigung.

Zwischen den Parteien hatte am 31. October 1888 eine förmliche Verlobung mit Ringwechsel und unter gegenseitiger Beschenkung stattgefunden. Im Laufe des Winters erkaltete die Zuneigung der Braut und im April 1889 trat sie von dem Verhältniss zurück. Der Mann klagte auf gerichtliche Genugthuung für die darin liegende Ehrenkränkung und auf eine Entschädigung von Fr. 2500 nebst Rückerstattung der Geschenke. Die Beklagte gab die Geschenke zurück und erbot für allfällige Auslagen eine Vergütung von Fr. 300, im Uebrigen beantragte sie Abweisung der Klage. Der Kläger stützte seine Begehren in erster Linie auf Art. 50 und 55

nicht selbst kundig in Handen gehabt und doch nicht geltend gemacht hätte. Wenn aber einer von einem Capital zehn Jahre keinen Zins fordert, soll das Capital mit den Zinsen verloren haben.“ Hätte sich Baumann nicht auf diesen letzten Satz gegenüber dem Gläubiger, der ihn 25 Jahre lang in Ruhe gelassen, berufen können ?

O. R. und eventuell auf Art. 32 des St. Galler Gesetzes betr. das Verfahren in Ehestreitsachen vom 13. Januar 1879, wonach bei Rücktritt eines Verlobten vom Verlöbnisse ohne Verschuldung des andern dieser letztere zur Klage auf Schadenersatz berechtigt ist. Das Cantonsgericht wies den Kläger mit seinen Ansprüchen, soweit sie die angebotene Entschädigung von Fr. 300 überstiegen, ab aus folgenden Gründen:

Aus dem Verlöbniss erwächst für die Verlobten keine Verbindlichkeit zur Schliessung der Ehe, kein Rechtsanspruch auf Erfüllung des Eheversprechens; nicht einmal ein Grund zur Einsprache gegen den vom einen Verlobten beabsichtigten Eheabschluss mit einer Drittperson. Bundesgesetz über Zivilstand und Ehe, Art. 26, 27, 28, 34, Abs. 2. Es steht jedem Verlobten frei, einseitig zurückzutreten. Ein solcher Rücktritt kann daher nicht schon an und für sich und in allen Fällen als eine „unerlaubte Handlung“ und die dem andern Theil daraus erwachsenden öconomicischen Nachtheile als „widerrechtliche“ Schadenszufügung im Sinne von Art. 50 und ff. O. R. betrachtet werden. — Dagegen kann allerdings der Rücktritt durch die besondere Veranlassung oder durch die besondern Verumständungen, unter welchen er vor sich geht, oder durch die Form, in welcher er zum Ausdrucke gelangt, sich zu einer persönlichen Beleidigung des andern Verlobten, zu einer „ernstlichen Verletzung in seinen persönlichen Verhältnissen“, und die ihm dabei erwachsenden öconomicischen Nachtheile dadurch auch zu einer „widerrechtlichen Schädigung“ desselben gestalten und in diesem Falle unter den Art. 50 ff. O. R. fallen.

(In Casu wurde der Rücktritt nicht als eine „unerlaubte Handlung“ darstellend angesehen, dagegen nach Art. 32 des erwähnten St. Galler Gesetzes die Schadenersatzpflicht der Beklagten im Princip ausgesprochen und dann über deren Höhe Folgendes ausgeführt:)

Hinsichtlich der Art und Grösse des Schadenersatzes fällt jedenfalls da, wo sich der Rücktritt nicht zur unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 50, 55 O. R. gestaltet, in Betracht, dass im Art. 26, Bundesgesetz, zu einer gültigen Ehe die unbedingt freie Einwilligung der Brautleute gefordert wird. Diese Freiheit würde gefährdet, wenn auch ein an sich vielleicht noch so wohl begründeter Rücktritt mit grossen Schadenfolgen belegt würde, bloss desswegen, weil der Rücktritt „ohne Verschuldung des andern Theils“ erfolgt ist. Auch scheint es durch den gesetzlichen Ausschluss der Klag-

barkeit des Verlöbnisses auf Vollziehung der Ehe zum vorneherein ausgeschlossen, den zu ersetzenen Schaden — so, wie bei einseitiger Nichterfüllung einer klagbaren Vertragsleistung — nach den öconomicischen Interessen zu bemessen, die sich für den verletzten Theil an das Zustandekommen der Ehe geknüpft haben mochten (reiche Braut, Erbanwartschaften u. dgl.). Zunächst und hauptsächlich fallen daher diejenigen directen und auch indirecten öconomicischen Nachtheile in Betracht, die durch das Entstehen und durch den Bestand des Verlöbnisses verursacht wurden (Baarauslagen, Anschaffungen für den künftigen Haushalt, Veränderungen in der bisherigen Erwerbsstellung und dgl.) im Gegensatz zu denjenigen Nachtheilen, die sich aus dem Nichtzustandekommen der Ehe ergeben. — Nun hat der Kläger eine wirkliche Schädigung nicht näher ausgewiesen und mit Einrechnung seiner Auslagen für die in natura zurückgehaltenen Brautgeschenke und derjenigen anlässlich der gemachten und empfangenen Besuche erscheint die ihm vor Vermittleramt anerbotene Entschädigung von Fr. 300 den Verumständungen angemessen.

Das Begehren des Klägers um gerichtliche Genugthuung für die ihm durch den Rücktritt zugefügte Ehrenkränkung entbehrt einer genüglichen Begründung. — Weil der Rücktritt vom Verlöbniss, und wenn er auch in schonendster Form erklärt wird, dem andern Theil wehe thut, ihn in seiner Eigenliebe, in seinem Selbstgefühl verletzt, so ist dieser in der Regel geneigt, eine wirkliche Unbill, eine Ehrenbeleidigung darin zu finden, aber es begründet nicht jede Kündigung objectiv auch eine wirkliche Beleidigung oder gar eine ernsthafte Verletzung des Andern in seinen persönlichen Verhältnissen, und ebenso wenig ist zum Voraus anzunehmen, dass beim Rücktritt, selbst wenn er ohne jede Verschuldung des andern Theils vor sich geht, die Absicht gewaltet habe, den andern Theil zu beleidigen.

10. Canton Uri. Urtheile des Bezirks- und des Cantonsgerichts vom 17. Januar und 8. Februar 1888.

**Verfügungsrecht des Ehemanns über das
Frauengut.**

Die Ehefrau des Peter Dittli hatte von Albin Furrer ein Capital von Gl. 964.5.3 = Fr. 1695. 19 geerbt, woran

aber die Wittwe des Furrer, Rosa Zberg, Niessbrauchsrecht hatte. Peter Dittli schuldete dem Johannes Walker Gl. 100 und kam mit ihm im Jahre 1840 überein, nach dem Tode der Rosa Zberg obiges Capital um diesen Schuldbetrag von Gl. 100 zu vermindern und dafür ein auf dem gleichen Gute haftendes Capital des Walker von Gl. 543 um diesen Betrag zu vergrössern. Inzwischen sollte die Gült von Gl. 964.5.3 in die Waisenlade Silenen gelegt werden. Dies letztere wurde aber erst 1872 ausgeführt, indem zugleich ein neues Instrument über diese Gült errichtet wurde, in welches obige Vereinbarung eingeschrieben war. Rosa Zberg starb im April 1885, die Eheleute Dittli und J. Walker waren schon vorher gestorben. Nun verlangten die Erben des Walker von den Erben Dittli die Ausführung jener Vereinbarung. Letztere verweigerten sie, weil Peter Dittli ohne obrigkeitliche Bewilligung über das Capital, welches Frauengut gewesen, verfügt habe, was gemäss Art. 111 und 112 Landbuchs ungültig sei,¹⁾ und ausserdem über das mit Nutzniessungsrecht belastete und daher in die Waisenlade gehörende Capital nicht habe verfügt werden können gemäss Art. 114 Landb.²⁾

Das Bezirksgericht Uri erklärte durch Urteil vom 17. Januar 1888 jene Vereinbarung für ungültig,

in Erwägung, dass Peter Dittli zur Tilgung seiner eigenen Schuld nicht eigenes Capital, sondern solches seiner Frau verwendete, und zwar ohne dass hiefür eine obrigkeitliche Bewilligung nachgewiesen worden wäre, und dass überdies das verwendete Capital wegen des Nutzniessungsrechtes der Rosa Zberg in waisenamtlicher Verwahrung war, dass aber gemäss Landb. 111 und 112 derartige Verfügung über Frauengut ohne hoheitliche Bewilligung unstatthaft und gemäss

¹⁾ Art. 111 sagt: Der Ehemann soll nichts mit der Ehefrau ohne hoheitliche Bewilligung kontrahiren mögen. In solchen Fällen also, wo die Frau mit dem Ehemann oder zu seinen Gunsten etwas kontrahiren . . . wollte, soll sie . . . die oberkeitliche Einwilligung einholen, und was eine Frau ohne Bewilligung der Oberkeit . . . auf diese Art verhandeln oder versprechen würde, soll ungültig sein.

Art. 112: Frauengut soll bei ihrem Mann noch schweinen noch wachsen, und was eine Frau erweisen kann, dass sie zum Mann gebracht, soll laufenden Schulden vorgehen, u. s. w.

²⁾ Art. 114: Es soll auch kein unter vögtlicher oder waisenamtlicher Verwahr liegendes Gut ohne oberkeitliche Bewilligung ausgehändigt oder veräussert werden.

Art. 114 unter waisenamtlichem Verwahr liegendes Gut ohne obrigkeitliche Bewilligung nicht veräussert werden darf.

Das Cantonsgericht hob durch Urtheil vom 8. Februar 1888 dieses erstinstanzliche Erkenntniss auf,

in Erwägung, dass die Verminderung der Gült von Gl. 964 um Gl. 100 erst nach dem Absterben der Rosa Zberg und also nach Erlöschen des Nutzniessungsrechtes stattfinden sollte, dass folglich die über dieses Capital getroffene Anordnung jedenfalls durchaus dem Nutzniessungsrechte der Rosa Zberg unbeschadet und nicht über in waisenamtlichem Verwahre liegendes Gut gemacht wurde, also auch nicht eine Veräusserung oder Aushändigung von solchem Gute und daher nicht an die durch Art. 114 vorgeschriebene obrigkeitliche Bewilligung gebunden war;

dass die Verwendung und der Gebrauch des Ehefrauenguts gesetzlich und im Besondern durch Landb. Art. 111 und 112 dem Ehemanne nicht verboten ist, gemäss Landb. Art. 111 nur dann die obrigkeitliche Bewilligung nöthig ist, wenn die Frau selber mit dem Ehemanne oder zu dessen Gunsten etwas verhandeln oder versprechen wollte; dass ferner Peter Dittli nicht bevogtet, sondern selbständig und also zu der Verfügung an sich berechtigt war, ferner eine wirkliche Minderung des Frauenguts nicht erwiesen ist.

11. Canton Basellandschaft. Urtheil des Obergerichts vom 31. Januar 1890.

Vereinbarung des Rückfalls des beiderseitigen Eingebrachten bei Tod eines Ehegatten bedeutet nicht Ausschluss der Gütergemeinschaft.

Der Ehevertrag der Eheleute Adam bestimmte, dass bei Tod eines Ehegatten das von einem jeden eingebrachte und während der Ehe ererbte Vermögen auf seine Seite zurückfallen, das während der Ehe errungene und gewonnene Vermögen aber zwischen dem überlebenden und den Kindern zur Hälfte getheilt werden solle. Im Lauf der Ehe gieng der Ehemann in Verbindung mit A. Vogt als Mitbürgen Bürgschaftsverpflichtungen ein. Nach dem Tode der Frau Adam traten der Wittwer und die sechs Kinder die Verlassenschaft ohne Auskündung an. Später mussten die Bürigen die Bürgschaftsschuld bezahlen, und da Adam zahlungs-

unfähig war, belangte Vogt die Kinder in solidarischer Verbindung auf die Hälfte der von ihm bezahlten Bürgschaftsschuld, weil durch die Bürgschaft des Adam das gesammte eheliche Vermögen belastet worden sei und die Kinder mit der Erbschaft ihrer Mutter auch diese Schulden übernommen hätten. Die Beklagten wandten ein, durch die Eheabrede sei das gesetzliche eheliche Güterrecht, die Gütergemeinschaft, ausser Kraft und die Errungenschaftsgemeinschaft an deren Stelle gesetzt worden, daher habe die fragliche Bürgschaft nur das Vermögen des Vaters belastet. Das erinstanzliche Gericht wies den Kläger ab, das Obergericht dagegen verurteilte die Beklagten.

Motive: Der Vorderrichter hat angenommen, die Eheleute A. hätten nicht in der (laut § 10 L. O. gesetzlichen) Gütergemeinschaft gelebt; durch die Eheabrede hätten sie vielmehr für sich die Errungenschaftsgemeinschaft akzeptiert, wonach durch persönliche Schulden eines Ehegatten einzig dessen Sondervermögen berührt werde, sodass die fragliche Bürgschaftsschuld nicht zu den ehelichen, sondern nur zu den persönlichen Passiven des Ehemannes könne gerechnet werden.

Dieser Ansicht kann das Obergericht nicht beipflichten. In der Eheabrede werden nur Bestimmungen über den Theilungsmodus für den Todesfall des einen oder andern Ehegatten aufgestellt. Mit keinem Worte wird jedoch darin über das güterrechtliche Verhältniss der Ehegatten während der Ehe etwas gesagt. Daraus muss geschlossen werden, dass auch die bei uns zu Recht bestehende Gütergemeinschaft nicht ausser Kraft gesetzt werden sollte.

Bei der grundsätzlichen Beurtheilung eines güterrechtlichen Systems giebt nämlich nicht die Art der Liquidation beim Tode eines Ehegatten, sondern das Verhältniss während der Ehe den Ausschlag (Huber, schweiz. Privatrecht, I 338).

Der Theilungsmodus der Eheabrede kann daher nur Anwendung finden auf das nach Bezahlung sämmtlicher Gemeinschulden übrig bleibende Activvermögen.

Daraus geht hervor, dass durch die Bürgschaftsverpflichtung des J. Adam das gesammte eheliche Vermögen belastet wurde.

Da nun die Bekl. die Erbschaft ihrer Mutter übernommen, so haben sie sich damit auch an den Passiven der Erbmasse theilhaftig gemacht und haften als Erben der Frau Adam nicht nur im Verhältniss des bei der Theilung

angewendeten Theilungsmodus, sondern in solidarischer Verbindung.¹⁾

Da Vogt für seinen insolventen Mitbürgen A. den Betrag von Fr. 1418. 30 bezahlte, so ist er somit berechtigt, diese Summe von den Beklagten zurückzufordern.

12. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 8 Juin 1891.

Régime dotal. Insaisissabilité des revenus de biens paraphernaux pour des dettes personnelles du mari.

Burklin et Mattmüller, créanciers de Benninger, ont saisi-arrêté, entre les mains des locataires, les loyers d'une maison appartenant à dame Benninger. Celle-ci est intervenue au procès pour revendiquer les loyers saisis; elle a produit, à l'appui de sa revendication, un contrat de mariage passé devant notaire à Genève, le 7 octobre 1884, d'où il résulte, 1^o que les époux ont pris, pour base de leur contrat, le régime dotal tel qu'il est établi par le Code civil en vigueur à Genève, et ont renoncé formellement au régime de la communauté de biens; 2^o que la dame Benninger s'est réservée, à titre de propres, soit paraphernaux, tous ses biens présents et à venir, et en a conservé, à ce titre, la libre administration sous l'autorisation de son mari, conformément à la loi, s'obligeant à consacrer tous les revenus de ses biens paraphernaux aux charges du ménage commun, et donnant tous pouvoirs à son mari aux fins de la perception des dits revenus.

Le 25 novembre 1890, le Tribunal civil a décidé que, malgré les termes du contrat, les biens que la dame B. possédait au moment du mariage étaient dotaux, et il a ordonné aux parties de déclarer si l'immeuble, dont les loyers étaient saisis, était déjà la propriété de dame B. au moment de son mariage. Cette décision se fonde sur ce qu'il n'y aurait pas de régime dotal sans dot, qu'en adoptant, d'une manière générale, le régime dotal comme son régime matrimonial dans le contrat, la dame B. s'est tacitement constituée en dot tous les biens qu'elle possédait à l'époque de son

¹⁾ Da scheint doch eine Verwechslung obzuwalten zwischen der solidaren Haftpflicht der Eheleute und der solidaren Haftung der Erben.

mariage, et que c'était par inadvertance que le notaire avait mentionné qu'elle se réservait, à titre de paraphernaux, tous ses biens présents et à venir.

Le 17 février 1891, le Tribunal civil a validé les saisies-arrêts pratiquées par B. et M. entre les mains des locataires de la maison de dame Benninger; cette décision se fonde sur ce que cette maison est un immeuble dotal, et qu'aux termes du Code civil le mari perçoit les fruits de la dot et les fait siens pour tout ce qui excède les besoins de la famille ou les charges du mariage; que, par conséquent, les loyers du dit immeuble peuvent être saisis au préjudice du mari pour être affectés à l'extinction, soit des dettes par lui contractées ensuite des charges du mariage, soit de ses dettes personnelles.

Les mariés Benninger ont interjeté appel de ces jugements, et la Cour de Justice civile a réformé la sentence et mis à néant la saisie-arrêt.

Motifs: Considérant que c'est par erreur que les premiers juges ont admis qu'il ne pouvait y avoir de régime dotal sans une constitution de dot;

Qu'au contraire, la dot n'est pas de l'essence du régime dotal, et que, s'il n'y a pas eu de dot constituée, tous les biens de la femme sont paraphernaux;

Qu'ils le sont, à bien plus forte raison, lorsque, comme dans l'espèce, la femme s'est réservée expressément, à titre de paraphernaux, tous ses biens présents et à venir;

Qu'il suit de là que l'immeuble de dame B. est paraphernal et non dotal, que la dame B. est propriétaire des revenus de son immeuble et qu'ils ne peuvent être saisis pour des dettes personnelles de son mari;

Attendu que les saisissants ne sont pas fondés à soutenir qu'ils ont bien procédé, parceque dame B. s'est obligée à consacrer ces revenus aux charges du ménage commun et a donné tous pouvoirs à son mari aux fins de les percevoir;

Qu'en effet, en vertu de cette clause de son contrat, la dame B. n'a pas cédé à son mari, en toute propriété, les revenus de ses biens paraphernaux, mais a seulement donné à son mari le mandat de les percevoir, afin de les appliquer aux charges du ménage;

Attendu que l'existence de ce mandat ne donne pas aux créanciers du mandataire le droit de saisir les revenus qui en ont fait l'objet, au mépris des instructions du mandant et en vertu de jugements rendus, non contre ce dernier, mais contre le mandataire.

**13. Canton de Vaud. Arrêt du Tribunal cantonal
du 11 mars 1891.**

Validité de la clause par laquelle le testateur, en instituant les enfants de sa fille pour héritiers, prive leur père, son gendre, de l'administration des biens qu'ils leur sont dévolus.

Par testament J. A. Pingoud a disposé de ses biens en instituant comme héritiers les cinq enfants de sa fille unique, prédecedée, M. C. Pingoud, femme de H. Dupuis, et en stipulant que „la succession soit mise sous régie, pour les revenus aider à l'entretien des enfants qui ne pourront toucher leurs parts qu'au fur et à mesure qu'ils auront atteint leur majorité“. Le père des enfants, H. Dupuis, qui a été de tout temps un homme honnête et dont les capacités administratives n'ont d'ailleurs pas été mises en cause, à ouvert action à ses enfants mineurs, concluant à ce que l'administration des biens dévolus à ses enfants lui soit conférée, estimant qu'il ne peut être porté atteinte, par le moyen de dispositions testamentaires, à une règle d'ordre public telle que le principe de l'administration des biens des enfants par le père, principe qui est un des éléments et des attributs essentiels de la puissance paternelle. Le curateur ad hoc des enfants Dupuis, tout en admettant que les revenus des biens de la succession provenant de J. A. Pingoud doivent être remis à H. Dupuis jusqu'à la majorité de chacun des enfants, a conclu à libération des conclusions de la demande quant à l'administration. Les deux instances ont débouté le demandeur de sa conclusion. Voici les motifs du Tribunal cantonal:

Considérant que la législation Vaudoise consacre le droit de disposer à cause de mort dans la mesure la plus large, restreinte seulement par les prescriptions relatives à la légitime des descendants et par l'interdiction de donner sous conditions impossibles ou contraires aux lois ou aux moeurs (C. c. 559).

Qu'en stipulant que l'héritage serait mis sous régie, feu J. A. Pingoud a évidemment enlevé à son gendre le droit d'administrer cette partie de la fortune des enfants, droit qui lui serait échu en vertu de la loi, soit de l'art. 213 du C. c.

Que semblable condition n'est ni impossible ni contraire aux bonnes moeurs.

Qu'il s'agit cependant de savoir si elle est contraire à la loi et si dans le conflit qui s'élève entre la faculté de disposer à cause de mort et le droit du père de famille de pourvoir à l'administration des biens de ses enfants mineurs, le droit de disposer doit céder devant le principe qui fait du père le seul administrateur des intérêts matériels de ses enfants.

Qu'il ne saurait être question d'apporter au droit de disposer de ses propres biens des restrictions qui seraient l'effet, non expressément stipulé, d'articles de loi intéressant le droit privé d'une personne d'ailleurs étrangère et indifférente à la libéralité faite par le testateur.

Que même si cette personne se trouve, comme dans l'espèce, être le père des institués, et, à ce titre, l'administrateur des biens de ses enfants, le droit d'administrer peut lui être enlevé par le testateur, qui dispose librement de ce qui lui appartient, à moins toutefois que l'on ne reconnaisse, dans le droit d'administration dévolu au père par la loi, un principe d'ordre public, auquel ne sauraient déroger ni les conventions particulières, ni l'expression unilatérale de la volonté d'un sujet de droit.

Que si des considérations d'intérêt social et familial ont permis de donner au père de famille certains droits absolus à l'égard de ses enfants, notamment en ce qui concerne leur état moral et intellectuel, l'on ne saurait dire cependant qu'au nombre de ses prérogatives essentielles et constitutives de la puissance paternelle, le législateur ait placé le droit d'administrer nécessairement les biens que ses enfants reçoivent d'un tiers.

Que la loi autorise elle-même des exceptions au principe énoncé en l'art. 213 précité, ces exceptions atteignant tantôt le droit d'administrer seulement, comme dans le cas de l'art. 279 du C. c., tantôt le droit de jouissance, qui est certainement plus étendu et plus important que celui de gérer (C. c. 209).

Que si la privation du droit d'administrer dépend, il est vrai, de certaines circonstances de fait, telles que l'incapacité ou l'insolvabilité dûment constatées, il convient cependant de ne porter aucune atteinte à la liberté de celui qui dispose de ses biens à semblable condition, puisqu'il est à présumer qu'une mesure préventive de cette nature est prise par le testateur en connaissance de cause et dans l'intérêt des bénéficiaires de la libéralité qu'il fait.

Qu'il y aurait danger, dans l'intérêt moral de la famille,

à discuter dans chaque cas spécial l'opportunité d'une semblable mesure de prudence.

Que, d'autre part, la puissance paternelle de H. Dupuis n'est pas diminuée, par la clause incriminée, dans une mesure plus sérieuse que si le testateur, sans indication de motifs et comme il en possédait le droit, avait privé Dupuis de la jouissance des biens donnés à ses enfants.

Que le droit d'administration dévolu au père apparaît plutôt comme la constitution d'un mandat légal, qui lui est imposé en faveur et pour la protection des intérêts de ses enfants,¹⁾ et que rien ne s'oppose, dès lors, à ce que ce mandat soit conféré à autrui, sans qu'il en résulte une diminution des droits afférents à la puissance paternelle.

Qu'ainsi on ne peut prétendre que le testateur ait disposé de ses biens sous des clauses contraires à une loi renfermant un principe d'ordre public.

14. Canton Bern. Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 11. Juni 1890.

Erbtheilungsvertrag. Rechtlicher Charakter desselben.

In der Theilung, welche die fünf Kinder der Witwe Aellen 1868 über deren Nachlass abgeschlossen, hatte der eine der Contrahenten, Wilhelm Aellen, sämmtliche Liegenschaften im Werthe von 20,000 Fr., ausserdem Zinsschriften für Fr. 2288. 59 und Fahrniss für Fr. 220 erhalten. Da jedem Erben nur ein Erbtheil von Fr. 2790 zukam, so wurde er den vier Miterben eine Summe schuldig, welche im Theilungsvertrag als „Aushingelder oder Auskaufssumme“ bezeichnet ist, und für welche er die Erbschaftsliegenschaften mit Pfandrecht belastete. Die vier Theilungsgenossen erhielten förmliche Forderungstitel zugeschafft. Der Ehemann der einen Schwester, Oesch, verpfändete den seinigen und trat ihn

¹⁾ Das ist nun doch wohl zu weit gegangen, unsre heutige väterliche Gewalt, deren Ausfluss die Verwaltung des Kinderguts ist, hat nicht diesen vormundschaftlichen Charakter bloser Fürsorge für die Kinder, sondern den strengerem der Hausherrschaft als eines im Interesse des Hauswesens bestehenden Machtverhältnisses und Rechtes des Vaters. Diese Seite der Sache wird in den Motiven zu sehr übersehen, welche darum auch die Frage nicht völlig befriedigend lösen.

schliesslich an Ch. Gasser ab. Im Jahre 1889 errichtete W. Aellen auf der s. Z. übernommenen Liegenschaft ein Pfandrecht zu Gunsten der Hypothekarkasse. Später fiel er in Geltstag, in welchem Gasser volle, die Hypothekarkasse nur theilweise Anweisung erhielt. Die Hypothekarkasse erhob Einspruch gegen die Anweisung des Gasser, weil sein Rechtsvorgänger, Oesch-Aellen, dem Wilh. Aellen nur den fünften Theil des Miteigenthums an den Liegenschaften, welchen er durch Notherbrecht erworben, habe veräussert können und auch wirklich veräussert habe, mithin auch nur auf diesen Fünftel ein Pfandrecht erworben habe. Der App.- und Cass.-Hof erkannte aber dem Gasser die Priorität vor dem Pfandrechte der Hypothekarkasse auf die ganze Liegenschaft zu.

Motive: Der Haupteinwand der Klägerin gegen die Anweisungsberechtigung des Ch. Gasser im Geltstage des W. Aellen geht dahin, es habe auf der dem Geltstager durch die Theilung zugekommenen Liegenschaft ein Unterpfandrecht zu Gunsten der Ehefrau Oesch geb. Aellen, wenn überhaupt, so jedenfalls nur für den ihr zustehenden ideellen Fünftel an dem Heimwesen vorbehalten werden können (Satz. 931 C.). Diese Ansicht fusst auf der Voraussetzung, dass die Miterben Aellen bereits vor dem Abschluss der Erbtheilung in der Weise Miteigentümer des in die Verlassenschaft gehörigen Heimwesens gewesen seien, dass es anzusehen sei, als habe jeder Miterbe dem W. Aellen den ihm zustehenden ideellen Fünftheil des Heimwesens veräussert, in welchem Fall dann allerdings der Pfandrechtsvorbehalt nicht weiter als auf den von dem betreffenden Miterben veräusserten ideellen Anteil sich erstrecken könnte, und wobei auch die Frage nach der juristischen Möglichkeit eines dergestaltigen Pfandrechtsvorbehaltes an einem ideellen Miteigentumsanteile eine Rolle spielen würde. Es ist mithin in erster Linie zu prüfen, ob das bernische Recht auf dem Boden einer ipso jure sich vollziehenden Theilung der Verlassenschaft unter die antheilsberechtigten Miterben stehe, oder ob nicht vielmehr vor der Zutheilung der einzelnen Vermögensstücke an die einzelnen Miterben die Verlassenschaft als eine Indivisionsmasse sich darstelle und zwar in dem Sinne, dass den einzelnen Miterben ein Verfügungsrecht über die im Nachlass sich vorfindenden Sachen nicht zusteht. Nach Satz. 505 C. besteht das Erbrecht in dem Rechte, sich das Ganze oder einen bestimmten Theil, z. B. je die Hälfte oder den Zehntel des Ganzen einer Verlassenschaft (Erb-schaft) anzueignen, und nach Satz. 514 C. tritt der wirkliche

(annehmende) Erbe in alle Rechte und Verbindlichkeiten ein, welche der Verlassenschaft angehören oder auf derselben haften. Daraus folgt aber noch lange nicht, dass der Uebergang der Rechte und Verbindlichkeiten auf mehrere Miterben pro parte sofort und ohne Weiteres sich vollzieht, und es beweist denn auch schon die ursprüngliche Fassung der Satz. 515 C., dass der Gedanke der Einheit der Erbschaft auch beim Vorhandensein von Miterben vom Gesetzgeber festgehalten wurde. Am schlagendsten spricht aber wohl die Satz. 533 C. gegen die von der klägerischen Kasse vertretene Auffassungsweise, denn die Bildung einer besondern Theilungssumme (vgl. Satz. 538 C.) wäre doch kaum nothwendig, wenn die Activen und Passiven der elterlichen Verlassenschaft ohne weiteres unter den Kindern getheilt wären. Schon die Gerichtssatzung von 1761 steht übrigens auf dem Standpuncte, dass der Miterbe vor der „Ausklägd“ über seinen Theil am gemeinsamen Gut nicht frei zu verfügen berechtigt sei (Satz. 6 Titels von der Theilung vom gemeinen Gut), und es entspricht eine solche Beschränkung der Dispositionsbefugniß des Miterben offenbar ebensowohl der Natur der Sache und dem Zweck der Erbtheilung (vgl. Art. 883, 1872 C. c.) als dem Bedürfnisse des practischen Rechtslebens, welches nur mit aufgeklärten, greifbaren Rechtsverhältnissen rechnen will und desshalb auch den Gläubigern nicht gestattet, auf die ideellen Anteile der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen zu greifen (Art. 569 O. R.). Wenn es auch hier an einer constanten Gerichtspraxis mangelt, so ist doch aus einem regierungsräthlichen Administrativentscheide von 1884¹⁾ zu entnehmen, dass im Gebiet der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit die hier vertretene Auffassung getheilt wird, und gerade

¹⁾ Der Entscheid ist abgedruckt in Jahns Monatsblatt I. S. 341. Der Fall war der: Miterben brachten die ihnen angefallenen Liegenschaften auf öffentliche Steigerung und die einen von ihnen blieben die höchsten im Gebote. Der Amtsnotar, der die Kaufsconcepte ausfertigte, führte darin gemäss den Steigerungsprotocollen die sämmtlichen Versteigerer (Miterben) als Veräußerer und den einen Miterben als Erwerber auf, nahm demgemäss das ganze Angebot als Kaufsumme auf und dehnte den Pfandrechtsvorbehalt auch auf die ganze Kaufsumme aus. Die Amtsschreiberei Thun wollte diese Kaufsconcepte nicht annehmen, wurde aber durch die Regierung dazu angehalten, unter Berufung darauf, dass erst durch den Kaufabschluss bzw. die daraufhin erfolgende Zufertigung der erwerbende Miterbe in das reelle Eigenthum der Liegenschaft trete. Der vollständige Entscheid steht jetzt auch in Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver. XXVII S. 160.

bei einer Frage wie der vorliegenden dürfte der Gesichtspunct der practischen Brauchbarkeit einer juristischen Construction über den Versuch einer Anpassung derselben an die Systematik des römischen Rechts den Sieg davontragen. Es ist denn auch bezeichnend, dass im Geltungsbereiche des Preuss. Landrechts der einer ausdrücklichen gesetzlichen Sanction entbehrende Ausschluss der Verfügungsbefugniß des einzelnen Miterben über seinen ideellen Anteil an der Verlassenschaft bezw. den einzelnen dazu gehörenden Sachen nach dem Vorgang des Obertribunals von der Gerichtspraxis als Axiom festgehalten wird. Nach den bisherigen Ausführungen muss die Ueberlassung des Heimwesens an den Geltstager W. Aellen in der Theilung von 1868 mit der Veräusserung desselben an einen Dritten Seitens der Gesamtheit der Erben auf die gleiche Linie gestellt werden, und es ist also nicht richtig, dass jeder Miterbe seinen ideellen Fünfttheil an den Geltstager veräussert hat. Mithin konnte für die Forderungen, welche die Miterben Aellen wegen der Veräusserung an den Erwerber W. Aellen zu machen hatten, das Unterpfandsrecht auf dem gesammten Heimwesen vorbehalten werden, wie solches in Art. 3 der Schlussbestimmungen geschehen ist.

**15. Canton Aargau. Urtheil des Obergerichts
vom 22. Januar 1891.**

Pflicht des Grosskindes, Vorempfang des von ihm nicht beerbten Vaters in der Theilung des grosselterlichen Nachlasses sich anrechnen zu lassen.

Gegen N. N. wurde das Klagbegehren gestellt: er habe anzuerkennen, dass die Summe, welche sein Vater vom Grossvater auf Rechnung seines Erbtheils empfangen, bei der Theilung des grossväterlichen Nachlasses in Anrechnung gebracht werde.

Der Beklagte hielt dem Klagbegehren unter Anderm die Einwendung entgegen: er habe die Erbschaft seines Vaters nicht angetreten; der Betrag, welchen sein Vater vom Grossvater erhalten, sei ihm also nicht zugekommen und er demgemäß auch nicht verpflichtet, den fraglichen Betrag bei der Theilung der Verlassenschaft des Grossvaters sich anrechnen zu lassen.

Die Einrede des Beklagten ist als unstichhaltig verworfen worden.

Motive: Nach § 879 des a. b. G. fällt die Verlassenschaft den Kindern zu gleichen Theilen an und nach dem Grundsatze der Erbvertretung (§ 880 l. c.) erben die Nachkommen eines verstorbenen Kindes gemeinsam soviel, als der Verstorbene, welchen sie vertreten, geerbt hätte, wenn er noch am Leben wäre. Die im Gesetze ausgesprochene Gleichberechtigung gibt eine wesentliche Wegleitung zur richtigen Auslegung des § 988 des a. b. G., welcher also lautet: „Enkel oder entferntere Nachkommen müssen sich nicht nur „das, was unmittelbar sie selbst, sondern auch das, was ihre „Eltern, Grosseltern etc. erhalten haben, anrechnen lassen.“

— Eine verständige Interpretation dieser Gesetzesvorschrift muss, wenn sie den Grundsatz der Gleichtheilung der Erbschaft unter den Nachkommen im Auge behält, zur Lösung führen, dass die Anrechnung der Vorempfänge eines Sohnes gegenüber dem Enkel auch dann stattfinden muss, wenn der Enkel den Sohn, bezw. seinen Vater nicht beerbt und das zu conferirende Vermögen nicht auf den Enkel gekommen, weil § 988 eben ganz categorisch disponirt und keine Ausnahme aufstellt.

Dem Grundsatze, dass auch ohne Bereicherung des Enkels aus der Verlassenschaft seines verstorbenen Vaters Collation im Sinne des § 988 des a. b. G. eintrete, huldigen auch die Vorbilder des aargauischen Gesetzbuches und andere schweizerische Privatrechtscodificationen und die Gesetzbücher Frankreichs (§ 843 des Code civil) und Oesterreichs (§ 790, letzter Satz).

Sie und namentlich das aargauische Recht bleiben unberührt von der Theorie neuerer Rechtslehrer, welche den Satz aufstellen, dass Enkel den Vorempfang ihres Vaters nur dann conferiren müssen, wenn sie diesen beerbt hätten und dadurch die Conferenda in ihre Hand gekommen wären. In neuester Zeit wird diese Auffassung als unhaltbar erklärt.

16. Canton St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts vom 9. Januar 1890.

Ungültigkeit des letzten Willens wegen Differenz des Datums im Text und bei der Unterschrift der Zeugen.

Die Erblasserin X. hat am 22. October 1888 ein eigen-

händiges schriftliches Vermächtniss aufgesetzt und demselben folgende Zeugenformel beigefügt:

„Wir die von X. dahier erbetenen Vermächtnisszeugen „bescheinigen hiemit bei unsren Pflichten, dass X. uns am „October eintausendachthundertachtundachtzig gegenwärtiges „Papier als ihre letzte Willensmeinung enthaltend vorge- „wiesen habe und erklären, dass wir die X. bei völligem „gutem Verstande gefunden haben.

„Graben, den October 1888. Zeugen:....“

Bei Unterzeichnung dieser Formel durch die Zeugen A., B. und C., deren Unterschriften als echt und gleichzeitig beigesetzt unangefochten sind, wurde in der Datumzeile das Wort „October“ gestrichen und in den Zwischenraum zwischen der Datumzeile und dem Worte „Zeugen“ das neue Datum: „den 10. November“ hineingeschrieben. Dabei blieben im Texte der Zeugenformel die Worte: „am October“ unverändert stehen.

Auf die Klage¹⁾ der durch das Testament verkürzten Intestaterben hat das Cantonsgericht das Testament nichtig erklärt.

In Erwägung: Die Testamentserben beantragen den Beweis durch die Testamentszeugen einestheils dafür, dass die Testatorin auch noch am 10. November bei gesundem Verstande gewesen sei; aber das ist nicht bestritten worden, der daheriche Beweis daher unnöthig; — anderntheils dafür, dass dieses auch „am October“ der Fall gewesen sei; aber das können die Zeugen nicht wissen und daher auch nicht beweisen. Endlich kann dieses im Texte stehengebliebene Datum nicht nachträglich durch die Testamentszeugen dahin berichtigt werden, dass die Vorweisung des Testaments an die Zeugen und der Befund der letztern über den Geisteszustand der Testatorin wirklich auch erst am 10. November und nicht schon am October stattgefunden habe.

¹⁾ Auf Grund von § 67—70 des Erbgesetzes, welche lauten: Der Erblasser muss das Vermächtniss von drei rechtlichen Zeugen als seinen wahren letzten Willen bescheinigen lassen. Zu diesem Ende ist er gehalten, die Zeugen zu ersuchen, sein Vermächtniss am Schlusse eigenhändig zu unterschreiben und hiemit dessen Echtheit zu versichern. Die Zeugen haben hiebei zu beobachten, ob der Erblasser bei gesundem Verstande ist. Die Zeugen bescheinigen die Echtheit des Vermächtnisses und den gesunden Gemüthszustand des Erblassers durch folgende Formul: (folgt der im Obigen beobachtete Wortlaut, natürlich mit Offenlassung des Datums).

Auf dem streitigen Testamente haben nun die Testamentszeugen erst am „10. November“ bescheinigt, dass ihnen die Testatorin schon im October, aber an einem gar nicht näher bezeichneten Tage, das Testament vorgewiesen habe und dass sie die Testatorin dabei bei gutem Verstande befunden haben.

Das verstösst aber gegen die schon früher wiederholt gerichtlich postulirte Einheitlichkeit der ganzen Zeugenverhandlung im Sinne der gleichzeitigen Anwesenheit der drei Zeugen bei der Vorweisung des Testaments durch den Testator und beim Befunde des Geisteszustandes dieses letztern durch die Zeugen, sowie des unmittelbaren Anschlusses der von den Zeugen durch ihre Unterzeichnung hierüber abzugebenden Erklärung.

Der Wortlaut der Zeugenformel lässt zwar vermuten, dass sie von den Zeugen gar nicht gelesen wurde, sonst wäre wohl auch im Texte der Formel das unbestimmte Datum entsprechend corrigirt worden. Aber diese Vermuthung als wahr angenommen, benimmt dem Testamente auch jegliche Gewähr dafür, dass der Inhalt der Zeugenbescheinigung überhaupt materiell richtig sei und auf ernstlich gewalteter Prüfung und Beobachtung der Zeugen beruhe.

**17. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile
du 18 novembre 1889.**

**Insaisissabilité des pensions dues par une
caisse de prévoyance en vertu de l'approba-
tion des statuts par un acte législatif du
Grand Conseil.**

Mauris, ancien boulanger à S., a pratiqué une saisie-arrêt en mains de la Caisse de prévoyance des fonctionnaires de l'enseignement primaire du canton de Genève au préjudice de Pellegrin, ancien régent à Carouge, à concurrence de la somme de fr. 944. 05. P. n'a pas contesté devoir la somme réclamée, il conclut seulement à ce que la saisie soit réduite au cinquième de la pension qui lui est servie par la Caisse. Celle-ci a conclu à sa mise hors de cause, ne pouvant valablement déclarer dans la présente instance, qu'elle tient à la disposition de qui justice ordonnera une somme quelconque pour le compte de P., les pensions qu'elle sert à ses membres étant incessibles et insaisissables aux termes

de la loi du 23 octobre 1886 qui a approuvé ses statuts. M. conteste que l'approbation des statuts par le Grand Conseil ait pour conséquence de rendre ces statuts obligatoires à l'égard des tiers, et de déroger au principe que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers. Le Tribunal civil ayant débouté M. de ses conclusions, la Cour de Justice civile a confirmé ce jugement.

Motifs: La Caisse de prévoyance des fonctionnaires de l'enseignement primaire du canton de Genève, fondée en 1839, a été maintenue comme fondation par la loi sur les fondations du 22 août 1849, et ses statuts, ainsi que les modifications qui y furent apportées, ont été soumis à l'approbation du Conseil d'Etat en 1849, 1853, 1858, 1864, 1866 et 1873.

La loi sur l'instruction publique du 19 octobre 1872 (art. 42) contraignit les régents nommés à partir de la promulgation de la loi, à faire partie de la Caisse, et autorisa le Conseil d'Etat à accorder une subvention de 5000 fr. pendant 10 ans à la Caisse pour améliorer les pensions qui s'ouvriraient à l'avenir. La loi sur l'instruction publique du 5 juin 1886 a modifié ces dispositions et a décidé que l'Etat payerait directement pour chaque fonctionnaire une allocation annuelle de 50 fr. et que les statuts de la Caisse devraient être approuvés, non plus par le Conseil d'Etat, mais par le Grand Conseil.

Or, les statuts de la Caisse modifiés en 1886 furent soumis à l'approbation du Grand Conseil, approbation accordée par la loi du 23 octobre 1886. Dans ces statuts figure pour la première fois la clause (art. 25): „Toute pension est inaccessible et insaisissable.“

Considérant en droit, que cette approbation a été demandée au Grand Conseil en exécution de la loi du 5 juin 1886, et que, dans ces circonstances, l'approbation donnée aux statuts par l'autorité législative a une portée beaucoup plus grande que celle que lui accorde le demandeur; qu'en imposant à cette fondation l'obligation de lui soumettre ses statuts, en approuvant les statuts qui lui ont été soumis, le Grand Conseil a entendu donner à ceux-ci une valeur plus grande que n'en peuvent avoir les statuts d'une simple fondation sans liens avec l'Etat, et voulu en faire un véritable acte législatif, obligatoire non seulement à l'égard des membres de la Caisse, mais encore à l'égard des tiers.

Considérant qu'en approuvant, notamment, la disposition de ces statuts qui décide que les pensions sont incessibles et insaisissables, le Grand Conseil a entendu assimiler les

pensions servies par la Caisse aux fonctionnaires astreints à en faire partie, aux pensions accordées par des lois spéciales à certains fonctionnaires retraités, lesquelles sont toujours stipulées incessibles et insaisissables.

Que cette intention du législateur résulte, d'autre part, du fait que les statuts de la Caisse de prévoyance ont été annexés à la loi qui les approuve, et publiés dans le Recueil des lois.

18. Canton St. Gallen. Urtheil des Cantonsgerichts vom 11. Juli 1890.

Lebensversicherung. Betrügliche Verschweigung schwerer Krankheit auf Rath des Versicherungsagenten. Ungültigkeit der Versicherung.

Laut Versicherungs-Antrag vom 23./27. Februar 1890 hat Frau A. S. auf ihr Leben die Summe von Fr. 2000 zu versichern beantragt, und nachstehende Fragen beantwortet wie folgt :

Sind Sie gegenwärtig bei guter Gesundheit? Ja. — Erfreuen Sie sich einer gewöhnlich guten Gesundheit? Ja. — Sind Sie mit irgend einem verborgenen Gebrechen behaftet? Nein. — Sind Sie so krank gewesen, dass Sie der Gegenwart eines Arztes bedurft haben? Nein. — Welches sind die Aerzte, die Sie besucht haben? Keiner. — Wer ist Ihr gewöhnlicher Arzt? Keiner.

Dieser Versicherungs-Antrag wurde von Frau A. S. und von ihrem Ehemann unterzeichnet. Das ärztliche Zeugniss, ausgestellt vom Arzte der Gesellschaft, empfiehlt die Frau A. S. zur Aufnahme auf Grund stattgehabter Untersuchung, worüber das von der Gesellschaft vorgeschrriebene Befund-protocoll aufgenommen wurde, welches unter Anderm constatirt: „Harn- und Geschlechtsorgane gesund.“ „Auf diesem Zeugniss hat Frau A. S. unterschriftlich erklärt, „dass ich in den besten Gesundheitsverhältnissen stehe.“

Laut Police verpflichtete sich die Gesellschaft auf den Antrag der Frau A. S.,

welche erklärt, weder einer Krankheit noch einem schweren Gebrechen unterworfen zu sein, den 11. März 1915 die Summe von 2000 Fr. zu bezahlen, wenn sie noch am Leben, oder an ihre Erben sofort nach dem Tode, sofern dieser während der Dauer der Versicherung stattfände. Die Jahresprämie beträgt Fr. 86. 60. Zahlbar je am 11. März und 11. September mit Fr. 43. 30.

Die Frau A. S. ist am 11. April 1890 an carcinoma uteri gestorben, und die Gesellschaft verweigert die Ausbezahlung der Versicherungssumme, gestützt auf Art. 1 der Police, weil sich mittlerweile herausgestellt hatte, dass Frau A. S. vom 9.—28. December 1889 im Cantonsspital verpflegt und dort operirt worden war. Die Operation war laut Bericht des Spitalarztes ein Evidement der carcinomatösen Masse, eine Radicaloperation sei nicht mehr möglich gewesen, so dass Patientin nicht als geheilt, sondern nur als gebessert entlassen werden konnte. Die Aufnahme in die Versicherung sei somit nur in Folge betrüglicher Verschweigung einer schweren Krankheit erfolgt.

Der auf Ausbezahlung der Versicherungssumme klagende Ehemann der A. S. stützte sich auf den Wortlaut der Police, sowie darauf, dass die Gesellschaft nicht betrogen worden sei, da die Ehegatten A. S. dem Agenten, der die Aufnahme vermittelte, die Krankheit der A. S. keineswegs verhehlt haben, sie von diesem vielmehr veranlasst worden seien, den Fragebogen so auszufüllen, wie es geschehen sei. — Wenn der Agent diesfalls seiner Gesellschaft gegenüber unrichtig oder betrüglich gehandelt habe, so möge sich die Gesellschaft an diesen halten. — Auch hätte dem Gesellschaftsarzt bei der ihm obliegenden persönlichen Untersuchung der Frau A. S. ein solches Leiden gar nicht entgehen können, wenn er auch nur einigermassen umsichtig verfahren wäre.

Das Kantonsgericht hat die Gesellschaft bei ihrer Zahlungsweigerung geschützt. Im Wesentlichen in Erwägung:

Der Kläger hat zugestanden, dass seine Ehefrau zur Zeit der Aufnahme in die Versicherung schon an carcinoma uteri behandelt worden und sogar im Kantonsspital in Behandlung gestanden war. Nach seiner eigenen Angabe haben er und seine Ehefrau zum Agenten der Gesellschaft, welcher das Ehepaar zum Beitritt zu überreden suchte, und zu Drittpersonen erklärt, die Frau A. S. könne wegen ihrer Krankheit gar nicht aufgenommen werden, und bei der Ankündigung des Erscheinens des Hauptagenten und des Gesellschaftsarztes haben die Eheleute S. selbst geäussert, dann werde die Aufnahme nicht erfolgen können, weil bei dieser Untersuchung die Krankheit bemerkt werden müsse. — Der Kläger behauptet nicht, dass der Agent ihm und seiner Ehefrau die Meinung beigebracht habe, dass die Krankheit für die Frage der Aufnahme bedeutungslos sei und dass deren Verheimlichung aus diesem Grunde erfolgen dürfe. Vielmehr ist nach den Angaben des Klägers vom Agenten diesfalls nur

die Anleitung gegeben worden, wie die Verheimlichung am besten unentdeckt durchgeführt werden könne, indem der Agent bemerkt habe, man solle beim Besuch des Hauptagenten und des Gesellschaftsarztes nur nicht mehr sagen, als man gefragt werde.

Wenn, wie es häufig vorkommt, bei Beantwortung des Fragebogens der Agent zu Rathe gezogen wird und die Beantwortung nach seiner Anleitung erfolgt, und dabei auf seine Veranlassung hin entscheidende Momente verschwiegen oder unrichtig dargestellt werden, so hat in solchen Fällen der Richter zu untersuchen, ob überhaupt, oder mit Rücksicht auf die Bethätigung des Agenten und seiner Rathschläge, der Versicherungsnehmer in guten Treuen gehandelt habe oder nicht, ob er vielleicht durch den Agenten in den Irrthum versetzt worden über das, was als entscheidend angezeigt werden müsse und als bedeutungslos verschwiegen werden dürfe; und wenn sich die gute Treue des Versicherungsnehmers ergibt, dann kann unter Umständen allerdings, trotz materiell unrichtiger Erklärungen des Versicherten, beziehungsweise trotz Verschweigung von Thatsachen, die das Risico der Gesellschaft beeinflussen konnten oder beeinflusst haben, die Gültigkeit der Versicherung doch bejaht werden.

Im gegebenen Falle aber haben die Eheleute S. die Krankheit und deren Bedeutung als Aufnahmehinderniss gekannt; sie sind durch den Agenten nicht angeleitet worden, diese Krankheit als eine bedeutungslose Thatsache anzusehen, die desswegen verschwiegen werden dürfe, sondern die Abrede zwischen ihnen und dem Agenten ist dahin gegangen, wie die Verheimlichung gegenüber der Gesellschaft am ehesten durchgeführt werden könne, und dass der Agent sich bemühen werde, die Versicherung trotz der Krankheit zu bewirken.

Da nun die Versicherungsnehmer selbst in übler Treue gehandelt haben, so ist die Versicherung nach Art. 1 der Police als ungültig zu erklären, und es kann diese Ungültigkeit auch nicht dadurch gehoben werden, dass dem mitwirkenden Agenten die Verheimlichung bekannt war, dass ihm sonach auch seinerseits gegenüber seiner Gesellschaft eine culpose oder betrügliche Handlungsweise zur Last fällt, noch auch dadurch, dass der Hauptagent und der Gesellschaftsarzt auch ihrerseits beispiellos oberflächlich und vorschriftswidrig vorgegangen sind.

**19. Canton de Genève. Jugement du Tribunal civil
du 11 juillet 1890.**

Assurance sur la vie. Nullité du contrat en
cas de suicide. Preuve du suicide.

Les héritiers de sieur X. concluent à la condamnation de la Compagnie d'assurances „La Nationale“ à la somme de 20,000 fr. montant d'une police d'assurance contractée par défunt X. le 28 octobre 1889 et devenue exigible par le décès du dit sieur X. survenu le 14 janvier 1890. La défenderesse conclut à libération à cause de suicide du sieur X., et dans le cas où le tribunal estimerait que ce n'est pas aux demandeurs à rapporter la preuve de l'inconscience de leur auteur, offre de prouver que feu sieur X. avait des habitudes de jeu; qu'il a perdu des sommes importantes au jeu; qu'il a déclaré à différentes reprises que, si cela continuait, il se détruirait; que peu de semaines avant son décès, il a fait une tentative de suicide; qu'enfin il s'est volontairement empoisonné par du laudanum le 13 janvier 1890. — Le rapport médico légal des experts commis par ordonnance du Tribunal du 16 janvier constate: 1. que les lésions congestives signalées dans les organes de X. sont celles qu'on trouve actuellement dans les cas d'empoisonnement par un narcotique; 2. que la quantité notable de morphine isolée et la constatation de la présence d'acide méconique dans l'intestin et l'estomac montrent que sieur X. a succombé à un empoisonnement dû à une préparation d'opium et selon toute vraisemblance à l'ingestion d'une dose toxique de laudanum.

Le Tribunal s'est prononcé comme suit sur les moyens d'exception de la défenderesse.

Attendu que le rapport d'experts ne peut constituer, à lui seul, la justification de suicide de feu X., mais qu'il se borne simplement à constater que celui-ci a succombé par suite de l'absorption d'une dose de laudanum;

Que ce rapport d'experts ne se prononce pas et ne pouvait pas se prononcer sur l'élément essentiel qui constitue seul le suicide, c'est-à-dire sur l'intention de se donner la mort;

Que le suicide . . . est l'action de celui qui s'est donné volontairement la mort, sachant qu'il se la donnait et ayant pleinement conscience de cette action;

Que, suivant la jurisprudence (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 30 nov. 1875 et arrêt de la Cour de Cassation

du 3 août 1876, Sirey 1877; 1, 26), l'art. 5 de la police produite ne saurait être entendu en ce sens que le fait matériel de se donner la mort suffit pour rompre l'engagement et que l'extinction de l'obligation de l'assureur ne peut avoir lieu que par un fait volontaire et réfléchi de l'assuré;

Que si la défenderesse veut se libérer de son obligation, c'est nécessairement à elle qu'il incombe d'établir l'existence de la circonstance entraînant la nullité de son engagement, puisqu'en réalité elle est demanderesse dans son exception;

Que c'est seulement dans le cas où le bénéficiaire du contrat soulèverait une exception, à savoir que la mort n'a pas été le résultat d'une volonté libre, mais d'un acte inconscient, que celui-ci devrait en faire la preuve; or, les demandeurs ne font aucune allégation semblable dans les écritures de la cause.

Attendu que dans l'offre de preuve de la défenderesse, un seul chef est pertinent et admissible, c'est celui où elle offre de prouver que feu X. s'est volontairement empoisonné par du laudanum le 13 janvier 1890;

Que peu importe que celui-ci ait eu la funeste passion du jeu et qu'il y ait perdu des sommes importantes; ces circonstances ne suffisent point pour constituer la certitude du suicide.

20. Canton Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 30. August 1890.

Anspruch der Concursmasse des Versichereten auf die Versicherungssumme bei ausdrücklicher Bezeichnung bestimmter Berechtigter in dem Versicherungsvertrage.

J. A. Wolgensinger von Fischingen, vom thurgauischen Fiscus als Waldarbeiter in den Staatswaldungen Fischingen angestellt und als solcher versichert, starb in Folge eines ihm in seiner Anstellung zugestossenen Unfalles. Die Versicherungssumme, die sich nach Abzug eines vom Fiscus der Familie des Verunglückten nach dessen Tode gemachten Vorschusses von Fr. 100 auf Fr. 2900 belief, wurde von der Versicherungsgesellschaft ausbezahlt. Ueber die Verlassenschaft des W. brach der Concurs aus; die Versicherungs-

summe wurde nun einerseits von seinen Hinterlassenen als Ersatz für die verlorene Arbeitskraft und Stütze der Familie unter Berufung auf die in den §§ 7 und 11 der Versicherungsstatuten ausgesprochene Intention der Contrahenten beansprucht, andererseits von der Concursmasse als ein Theil der Verlassenschaft des Verstorbenen vindicirt.

Die erste Instanz schützte die Ansprache der Hinterlassenen, von der Erwägung ausgehend, dass der Versicherungsnehmer, im vorliegenden Falle der Thurgauische Fiscus, darüber bestimmen könne, wem eine Entschädigung für erlittenen Unfall zukommen solle. Nach § 7 der Versicherungsstatuten gehe die Intention des Versicherungsnehmers dahin, dass, wenn der verstorbene Versicherte eine Wittwe oder Kinder unter 16 Jahren oder unterstützungsbedürftige Eltern hinterlasse, diesen Hinterbliebenen die der genommenen Versicherung entsprechende volle Capitalsumme entrichtet, dass in allen andern Fällen dagegen eine Entschädigung gar nicht bezahlt werde. Aus dieser Bestimmung ergebe sich, dass der Anspruch auf Entschädigung kein im Sinne von § 1 des Erbgesetzes „übertragbares Recht“ des Versicherten, sondern ein Anspruch des Versicherungsnehmers, bzw. der hülfsbedürftigen Hinterbliebenen des Verunglückten sei, wie es auch in der Natur der Sache und im Zweck der Versicherung liege, dass der Versicherungsnehmer nur diesen letzteren und nicht allfälligen „lachenden Erben“ oder den Gläubigern des Versicherten eine Entschädigung habe sichern wollen.

Gegen dieses Urtheil appellierte die Concursverwaltung und führte aus, die Versicherungssumme bilde rechtlich einen Bestandtheil der Verlassenschaft des Versicherten und könne daher, weil keine gesetzlichen Bestimmungen beständen, wonach die Versicherungssumme von dem Nachlasse ausgeschlossen wäre, von den Gläubigern des Versicherten zu ihrer Befriedigung in Anspruch genommen werden, ohne dass dieses gesetzliche Recht durch abweichende Bestimmungen der Versicherungsstatuten beeinträchtigt zu werden vermöchte.

Das Obergericht bestätigte aber das erstinstanzliche Urtheil.

Motive: Die Versicherungssumme, welche unter den Parteien streitig ist, wurde auf Grund eines Versicherungsvertrages ausbezahlt, bei dem der thurgauische Fiscus als Versicherungsnehmer und eine gewisse Anzahl seiner Arbeiter, zu denen auch der verstorbene Wolgensinger gehörte,

als collectiv versicherte Gemeinschaft betheiligt war (vgl. § 1, Absatz 2 der Statuten). Die Prämien wurden gemäss §§ 2 und 3 der Statuten vom Fiscus als Versicherungsnehmer in der Weise bezahlt, dass dieser ungefähr den fünften Theil der Prämien von den versicherten Arbeitern durch Lohnabzüge sich vergüten liess.

Der Wille der Versicherungscontrahenten ging nach § 7 der Statuten dahin, den unterstützungsbedürftigen nächsten Anverwandten (nämlich der Wittwe, Kindern unter 16 Jahren und den Eltern) des Versicherten, aber auch nur diesen, eine Entschädigung für den Verlust ihres Ernährers und Versorgers zu sichern. Dass keine unter allen Umständen beim Tode des Versicherten einfach an dessen Erben zu entrichtende fixe Leistung stipulirt war, ergiebt sich zur Evidenz aus der Bestimmung des § 7 der Statuten, wonach, wenn keine der vorhin erwähnten nächsten Anverwandten vorhanden sind, eine Entschädigung gar nicht ausbezahlt, sondern nur für die Beerdigungskosten Vergütung geleistet wird.

Der im vorliegenden Falle abgeschlossene Versicherungsvertrag ist zufolge der unzweifelhaften Intention der Contrahenten ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Ein solcher Vertrag ist nach Art. 128 O. R. zulässig und begründete zunächst nur ein Recht des Versicherungsnehmers, zu fordern, dass an den Dritten geleistet werde, erst in zweiter Linie auch einen selbständigen, jedoch suspensiv bedingten Anspruch des Dritten auf Erfüllung der vereinbarten Leistung, bezw. den Bezug der Versicherungssumme.

Dieses suspensiv bedingte Recht auf den Bezug der Versicherungssumme kommt erst mit dem Eintritt der Bedingung, mit dem Tode des Versicherten, zur Entstehung; es hat daher niemals zum Vermögen des Versicherten gehört und kann somit auch keinen Bestandtheil seines Nachlasses bilden. Die Personen, zu deren Gunsten der Versicherungsvertrag geschlossen wurde, erwerben das Recht zum Bezug der Versicherungssumme nicht aus dem Nachlass und nicht als Erben, sondern allein und unmittelbar auf Grund der Bestimmungen des Versicherungsvertrages. — Anders freilich wäre das Verhältniss, wenn die Versicherungssumme keinen bestimmt bezeichneten Personen oder lediglich den Erben stipulirt worden, wenn aber nach den concreten Umständen anzunehmen wäre, dass unter den Erben einfach die Nachlassmasse verstanden sei (vgl.

auch Seufferts Archiv, Bd. 26 Nr. 178, Bd. 43 Nr. 145 und 292).

Ist somit die Versicherungssumme kein Bestandtheil der Verlassenschaft, so haftet sie auch nicht für die Forderungen der Gläubiger des Versicherten; es könnte sich nur noch fragen, ob der Versicherungsvertrag als ein zur Benachtheiligung der Gläubiger geschlossenes Rechtsgeschäft mit der *actio Pauliana* angefochten werden könnte; allein die Appellantin macht eine derartige Klage überhaupt nicht geltend, wie denn auch zu einer Anfechtungsklage offenbar kein Grund vorläge, da der Staat seine Waldarbeiter zur Versicherung gegen Unfall zwingt, selbst den grössten Theil der Beiträge bezahlt und dem Arbeiter nur ein Abzug von 2% von seinem Lohne für die Unfallversicherung gemacht wird.
