

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:	12 (1893)
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: 20.02.2026

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

Schweizerische Rechtspflege.

1. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 12. März 1891.

Anerkennung von Gewohnheitsrecht neben dem Code civil.

Le domaine „Derrière chez Belin“ est limité au nord-ouest et au sud par le pâturage communal de Saignelégier. La question à trancher est celle de savoir si ce voisinage oblige les propriétaires de barrer leur domaine du côté jouxtant le terrain de la dite commune. Celle-ci a invoqué plusieurs titres anciens pour prouver cette obligation, entr'autres un statut de la communauté de S. du 21 décembre 1741. Mais une obligation spéciale des propriétaires du susdit domaine de barrer leur propriété ne résulte ni de ce statut ni des autres titres. Toutefois, bien qu'ils ne soient pas très explicites à cet égard, tous les documents qui viennent d'être relatés, font admettre l'existence d'une coutume obligeant les propriétaires de barrer leurs immeubles attenant au terrain communal. Tous les témoins invoqués à l'appui de la demande, alléguant que l'obligation de barrer existe depuis un temps immémorial, sont d'accord sur l'existence de cet usage. Ph. Chipret, en particulier, témoin, âgé de 72 ans, déclare que la dite obligation se fonde sur un ancien usage général dans les Franches-Montagnes. Ces dépositions sont corroborées par le recueil des coutumes de l'Ajoie, rédigé par Quiquerez, conseiller des finances du dernier prince-évêque et notaire ; ce coutumier qui régissait aussi les Franches-Montagnes prescrit relativement aux barrages : Communauté contre communauté barre par moitié ; particulier contre communauté barre seul, et particulier contre particulier barre par moitié (cfr. A. Quiquerez, Histoire des institutions politiques, constitutionnelles et juridiques de l'évêché de Bâle, p. 332 lit. d, p. 462 i. f.). Cet usage est donc bien établi. Il ne reste donc plus qu'à examiner si cet usage est compatible avec

l'ordre de choses actuel, soit avec la législation française en vigueur dans le Jura. Cette question doit être résolue-affirmativement; en effet, l'art. 26, dernier alinéa, de l'ordonnance pour l'amélioration de l'agriculture dans les bailliages du Jura, du 23 décembre 1816, réserve expressément le droit de parcours pour les biens-fonds des Franches-Montagnes; le gouvernement bernois reconnaissait donc déjà alors que certaines coutumes continuaient à subsister malgré la législation française; en outre ainsi que la Cour de céans l'a reconnu par son arrêt du 3 février 1881 dans la cause Commune de Bémont contre Tissot (Zeitschr. d. Bern. Jur. Ver. XXIV p. 87), le Code civil français ne forme point l'élément unique de la législation jurassienne et n'exclut pas la coexistence de droits particuliers, étrangers à la loi française, mais fondés sur un usage constant. Or, on a vu plus haut que cet usage est dûment établi en l'espèce, la demande doit dès lors être adjugée.

2. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 7/17 décembre 1891.

Fondation. Droit du testateur de créer par son testament une personne juridique, soit une fondation, et de l'instituer héritière de ses biens.

Le testament de J. Fallet, du 13 février 1889, contient ce qui suit:

Je donne, pour après ma mort, la maison que je demeure et que j'ai fait bâtir pour en construire un asile de vieillards, pour en disposer en premier pour les communiers de Dombresson en premier lieu;

Je donne aussi ma petite maison habitée par M^{me} B., qui pourra être vendue pour soutenir l'asile après ma mort, de même que le restant de ma fortune, ainsi que tout ce qui est dans les deux maisons à moi appartenant, et après avoir payé ce que je puis devoir.

J. Fallet est mort le 3 décembre 1890. Le même jour, son testament a été déposé au greffe de la justice de paix de Cernier, et le 16 janvier 1891, jour de l'investiture de la succession, ses héritiers ab-intestat se sont présentés, et, d'autre part, se sont aussi présentées la commune de Dombresson et la Fondation de l'asile des vieillards de Dombresson,

agissant conjointement. Sur leur demande en investiture, ces prétendants ont été renvoyés à procéder devant le tribunal compétent, les héritiers ab-intestat étant réputés demandeurs. Ceux-ci développent comme suit les moyens de droit de leur demande: L'acte de dernière volonté doit, pour sa validité, renfermer une institution d'héritier, art. 630 et 636 C. c. Or, la commune de Dombresson, qui se présente comme héritière instituée, n'est pas nommée dans cet acte, elle n'est donc pas héritière testamentaire. L'asile des vieillards de Dombresson à construire n'existe pas le 13 février 1889, date de la disposition de F., ni à la mort de F., soit à l'ouverture de la succession. Il n'a eu une existence légale qu'à partir du 6 janvier 1891, date de l'homologation de ses statuts signés par le président et le secrétaire de Dombresson le 3 janvier 1891, par le Conseil d'Etat. N'existant pas à l'instant de l'ouverture de la succession, l'asile ne peut pas non plus être un héritier institué. Ainsi, les héritiers ab-intestat sont seuls en droit de se présenter et d'être invités de la succession. La commune de Dombresson et la Fondation de l'asile des vieillards, agissant comme consorts-défendeurs, soutiennent: les communiers de Dombresson sont directement nommés et désignés dans le testament comme les bénéficiaires des liberalités du défunt. Comme ils n'existent que par la commune et n'ont d'autre organe que la commune, c'est elle qui est appelée à recueillir pour eux la succession. La Fondation de l'asile doit sa naissance au testament même, c'est-à-dire à la volonté du testateur. Le Tribunal cantonal a débouté les demandeurs de leurs conclusions et a accordé l'investiture de la succession à la Fondation de l'asile des vieillards de Dombresson.

Motifs: En ce qui concerne la Fondation de l'asile:

Le droit neuchâtelois autorise la création de fondations par la seule volonté du testateur, qui a la faculté d'instituer cette fondation héritière de ses biens (Calame, Droit privé neuchâtelois, p. 43. Jacottet, le Droit civil neuch. II n. 284).

Ce droit du testateur de créer par son testament une personne juridique, soit une fondation, et de l'instituer héritière de ses biens, n'a pas été modifié ou supprimé par la loi sur les fondations du 16 février 1876.

Le but de cette loi a été de fixer les règles auxquelles les fondations, qui jusqu'alors n'étaient régies par aucune loi, seront tenues de se soumettre, et leur donner l'existence juridique qui leur manquait. Mais il n'a pas été question

de modifier le droit pour les testateurs de créer par leurs testaments une fondation.

Ce serait s'exposer à dépasser les intentions du législateur que d'admettre, en l'absence d'un texte précis et formel de la loi, une restriction au droit de tester, et de prononcer qu'un testateur n'a plus, après la loi sur les fondations, le droit qu'il avait avant cette loi, d'instituer lui-même et par son testament une fondation.

En ce qui concerne la commune de Dombresson:

Il est incontestable qu'elle avait qualité aussi pour postuler l'investiture dans le cas où la Fondation ne l'aurait pas réclamée, car les communiers de Dombresson sont désignés directement et principalement dans le testament de F., mais ils ne pouvaient pas agir par eux-mêmes, n'étant pas désignés nominativement, et leur organe naturel était la commune dont ils sont les ressortissants.

(Jugements du Trib. cant. II p. 493 ss.)

3. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 21. Mai 1891.

Z u g e b r a c h t e s G u t d e r E h e f r a u o d e r
E r r u n g e n s c h a f t ?

A. Gaudard, Burger von Bern und Angehöriger der Zunft zu Kaufleuten, hatte seiner Ehefrau einen Weibergutsempfangschein ausgestellt, in welchem als zugebrachtes Gut auch aufgeführt war: „ein Guthaben auf die Spar- und Leihkasse Bern, herrührend von Zunftertragersparnissen von Fr. 1700“. Im Geltstag des G. wurde dieser Empfangsschein angefochten und geltend gemacht, diese Zunftnutzungen seien dem Ehemann zu gut gekommen und nicht der Frau; auch wenn der Ehemann sie der Frau überlassen und diese sie an Zins gelegt hätte, so würde ein solches Guthaben doch nicht den Charakter von zugebrachtem Gut angenommen haben, weil es aus dem Vermögen des Mannes herrühre; insofern sei der Weibergutsempfangsschein unrichtig. Aus den Akten ergab sich, dass nur ein Teil der bei der Spar- und Leihkasse deponierten Gelder wirklich von Zunftnutzungen herrührte; allein auch bezüglich der capitalisierten sog. Zunftnutzungen erkannte das Gericht, dass sie sich nicht als eingekehrtes Vermögen qualifizieren, mithin ein Vorrecht für die Hälfte der Ehefrau nicht zustehe, sondern alles in die Masse des Ehemanns zu fallen habe.

Motive: Gemäss dem durch „das grosse Bott der Gesellschaft zu Kaufleuten“ am 3. Dezember 1873 abgeänderten § 17 der Instruktion für die Waisenkommission vom 29. September 1869 partizipieren an den jährlichen Zinsüberschüssen des Stubengutes zu gleichen Teilen: a) jeder Stubengenossen, den die Gesellschaft angenommen hat; b) jedes auf der Gesellschaft verburgerte Frauenzimmer über 2½ Jahre alt. Gestützt auf diese Bestimmung bezog die Beklagte, die durch ihre Verheiratung mit A. G. auf der Gesellschaft zu Kaufleuten verburgert wurde, seit 1875 den ihr zufallenden jährlichen Betrag von 60 Fr. Von vornherein ist klar, dass diese Bezüge nicht zum vorbehaltenen Gute der Ehefrau (Satz. 90 C.) gehören . . . aber ebensowenig lassen sie sich unter den Begriff des zugebrachten Guts (Satz. 88 C.) subsumieren. Denn es fehlen die wesentlichen Merkmale dafür, dass diese Zinsüberschüsse des Stubengutes als der Ehefrau angefallenes Vermögen angesehen werden könnten, welches in das Eigentum des Mannes übergegangen und für dessen Wert der letztere der Ehefrau verpflichtet worden wäre. Es darf nämlich nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Beklagte gerade durch ihren Ehemann nutzungsberechtigt wurde; erst infolge ihrer Verehelichung flossen ihr diese Erträge als verburgerter Weibsperson auf der Gesellschaft zu Kaufleuten, der ihr Ehemann angehörte, zu. Die Nutzungen sind daher nicht etwa auf ihre eigenen, vor Eingehung der Ehe vorhanden gewesenen persönlichen Verhältnisse zurückzuleiten. Um so widerspruchsvoller wäre es dann aber auch, wenn solche Nutzungen, deren die Beklagte erst durch die Person ihres Ehemannes hindurch teilhaftig wurde, als Vermögen angesehen werden müssten, das der Ehefrau während der Ehe angefallen und von ihr dem Ehemann zugebracht worden wäre. Dem Standpunkte des bernischen ehelichen Güterrechtes entspricht es besser, wenn solche Nutzungen als Errungenschaft in weiterem Sinne betrachtet werden, auf welche der Ehemann das Recht hat und wofür er der Frau nicht verantwortlich wird. Dazu kommt, dass die jährlich zur Verteilung gelangten Zinsüberschüsse keine namhafte Höhe erreichten, von einem Vermögensanfall also im Sinn von Satz. 88 C., welche offenbar Kapital- oder Stammvermögen im Auge hat, nicht gesprochen werden kann; denn diese nicht bedeutenden Bezüge dienen ihrer Natur nach viel eher dazu, für den Lebensunterhalt der bezugsberechtigten Person verwendet und verbraucht zu werden. Gegen die Natur dieser Erträge als Kapitalvermögen und damit gegen ihre Quali-

fikation als zugebrachtes Gut spricht auch noch, dass sie zum voraus keine sichere Berechnung zulassen, sondern sowohl hinsichtlich ihrer Dauer als ihres Ertrages einen ganz unbestimmten Wert haben, daher auch nicht geeignet sind, als Vermögensbestandteile in das hiezu bestimmte Verzeichnis aufgenommen zu werden.

(Zeitschr. des Bern. Jur. Ver. XXVIII S. 105 ff. Der Herausgeber der Zeitschr. bemerkt dazu: Die Frage ist von grosser Tragweite, namentlich weil auch der kapitalisierte Arbeitserwerb der Ehefrau nach den nämlichen Grundsätzen zu behandeln wäre.)

4. Kanton Uri. Urteil des Kreisgerichts Uri vom 5. Februar 1889.

Recht des Ehemanns auf Nutzung des Frauenguts auch bei Getrenntleben der Ehegatten.

Die Eheleute B. leben wegen Unverträglichkeit von einander getrennt, ohne geschieden zu sein. Infolge davon hat der Gemeinderat Wasen die Frau und deren Vermögen unter das Waisenamt gestellt, welcher Beschluss vom Regierungsrate bestätigt und vom Ehemanne nicht angefochten wurde. Letzterer verlangt nun aber alle Zinse des Frauenguts für sich, behauptend, dass ihm die Frau ohne Grund davongelaufen und durchaus im Stande sei, ihr Brot selber zu verdienen, er aber das gesetzliche Recht auf die Nutzung ihres Vermögens noch habe, da die Ehe nicht geschieden sei. Das Gericht erkannte, dass das Waisenamt Wasen verpflichtet sei, den Überschuss der Zinse des Frauengutes, soweit er zu dem Lebensunterhalt der Frau nicht notwendig ist, an den Ehemann auszuzahlen.

Motive: Durch Verfügung des Gemeinderats und Regierungsratsbeschluss ist die Vogtei und Verwaltung des Frauenvermögens dem Ehemann B. aberkannt und das Recht zum Bezug der Zinsen auf das Waisenamt als nunmehr einzigen Vormund übertragen worden und zwar in dem Sinne, dass der Zins von diesem Vermögen zum Lebensunterhalt der Frau B. zu verwenden sei. Gegen diese Verfügungen hat der Ehemann keine rechtlichen Schritte getan, er hat sie somit stillschweigend anerkannt. Hingegen soll nach Ldb. Art. 112 das Frauengut in der Ehe weder wachsen noch schweinen, und hat demnach der Ehemann das Recht auf Nutzniessung desselben, so lang die Ehe zu Recht besteht.

5. Kanton Basellandschaft. Urteil des Obergerichts vom 24. April 1891.

M i t e i g e n t ü m e r z u g r e c h t.

E. V. in L. verkaufte eine obere Behausung nebst Anteil Scheune u. s. w. Die Besitzerin der unteren Wohnung machte das Zugrecht geltend gemäss L. O. § 161, Abs. 1:

„Wenn ihrer zwei oder mehrere ein Haus . . . gemeinsamlich besitzen, und einer der Inhaber seinen Anteil verkauft, soll demjenigen, der auch schon Teil daran hat, das Zugrecht gestattet sein.“

Der Käufer bestritt die Zulässigkeit des Zuges: gemeinsamlicher Besitz im Sinne des Gesetzes liege nur vor, wenn eine Liegenschaft von zwei oder mehreren gemeinsam erworben und unverteilt benutzt werde; die beiden Wohnungen seien aber vollständig abgeschieden und auch schon mehrmals getrennt verkauft worden; der Umstand, dass einzelne Treppen sowie das Hausdach, das Scheunentenn und der Abtritt gemeinschaftlich seien, lassen noch nicht auf gemeinsamlichen Besitz des ganzen Hauses schliessen. Diese Ansicht wurde vom Bezirksgericht Waldenburg gebilligt, vom Obergericht dagegen verworfen, demgemäß das Zugrecht in 2ter Instanz anerkannt.

Motive: Eine getrennte Benützung eines Hauses lässt noch keineswegs auf ein getrenntes Eigentum desselben schliessen. Ein solches ist überhaupt nicht denkbar, solange das getrennt benützte Haus, wie im vorliegenden Fall, auf gemeinsamem Grund und Boden und unter gemeinsamem Dache steht, die Umfassungsmauern, Decken, Böden u. s. w. die gleichen sind, alles Teile des Ganzen, ohne welche weder das Eigentum des einen noch des andern bestehen kann. Der Besitz eines solchen Hauses bleibt ein gemeinsamer im Sinne des § 161 L. O., auch wenn die Benützung der einzelnen Räume desselben zwischen den einzelnen Eigentümern ausgeschieden worden ist. Die Anschauung der 1. Instanz, als ob der § 161 nur die Fälle von ideellem Eigentum im engern Sinne dieses Wortes im Auge habe, findet in dem Wortlaut der betreffenden Gesetzesstelle keinen Haltpunkt und würde deren bisheriger Anwendung widersprechen. Die Gründe, welche zur Aufstellung des Zugrechtes aus gemeinsamem Besitz geführt haben, treffen in erhöhtem Masse auch da zu, wo die Benützung der einzelnen Räume von den Eigentümern getrennt stattfindet.

**6. Canton de Fribourg. Arrêt de la Cour d'appel
du 19 octobre 1892.**

**Droit d'établir des vues sur l'héritage voisin
entre propriétés séparées par un terrain
affecté à l'usage commun.**

B. H. a établi des vues, soit deux petites fenêtres dans le mur de sa maison se trouvant sur l'alignement des limites de sa propriété et faisant face à la maison et cour de A. M. La propriété H. est limitée du côté de la propriété M. par un canal-égout à ciel ouvert; ce canal, séparant les fonds des parties, est la propriété de la commune. A. M. a constitué H. de murer les fenêtres, en invoquant l'art. 493 Code civil frib.¹⁾ H. a tiré une exception d'irrecevabilité du fait que l'espace compris entre les fonds des parties est du domaine public. Le Tribunal de 1^{re} instance a reconnu A. M. bien fondé dans sa demande, mais la Cour d'appel l'a débouté de ses conclusions.

Motifs: Le Tribunal du Lac a reconnu que la règle de l'art. 493 C. c., applicable même au cas où les deux fonds n'étaient pas immédiatement adjacents, souffrait une exception lorsque le fonds intermédiaire est une voie publique; mais, s'appuyant sur l'opinion de Demolombe, II p. 47, Mourlon, IV p. 795, Pardessus, X p. 458, il a refusé d'étendre cette exception au cas où le fonds intermédiaire, bien que du domaine public, n'a pas les caractères d'un passage public et ne constitue, comme dans l'espèce, qu'un canal-égout. Or cette opinion ne reflète point le dernier état de la jurisprudence. Dans un arrêt du 18 janvier 1859, la Cour de cassation française a posé le principe que la distance prescrite pour l'établissement de vues droites et obliques sur l'héritage voisin n'est pas obligatoire entre propriétés séparées par un terrain affecté à l'usage et aux besoins généraux d'une commune, alors même que ce terrain ne présenterait pas les caractères d'une rue ou d'un passage public et que, par exemple, il ne servirait qu'à l'écoulement des eaux pluviales ou des immondices de la commune.

On ne saurait se refuser à sanctionner une semblable solution en droit civil fribourgeois. Les égouts publics sont, au même titre que les rues, partie intégrante du domaine

¹⁾ Art. 493: On ne peut établir des vues droites ou fenêtres ... sur le fonds clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a neuf pieds de distance entre le mur où on les pratique et le dit fonds.

public et ne sauraient être confondus avec le domaine patrimonial de l'Etat ou des communes, puisqu'ils sont affectés à l'usage et aux besoins généraux des habitants. Il importe peu, dès lors, que le fonds intermédiaire ne soit pas consacré au passage des individus. L'usage que les habitants peuvent faire du domaine public n'étant pas limité, il en résulte qu'ils peuvent s'en servir pour y ouvrir des vues (Laurent, VIII Nr. 50 p. 73).

(Journal des Tribunaux, 1892 Nr. 46.)

7. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts
vom 9. Juli 1891.

Servitut oder Reallast? Aufkündbarkeit
der Reallasten.

Die Korporationsgemeinde B. hat das Recht, auf der Liegenschaft der Frau E. M. das Eichenholz zu 20 Brücken und andern baulichen Vorrichtungen der Gemeinde, sowie zirka 3 Klafter Holz per Jahr zu Handen des Pfarramts zu beziehen. Sie beschloss, diese Lasten zur Abbezahlung aufzukiünden. Frau M. bestritt die Aufkündbarkeit und die Gemeinde erhob nun die Klage, gestützt auf § 12 der Staatsverfassung und das Gesetz über Loskauf von Zehnten und Grundzinsen von 1803, 1804 und 1806. Das Obergericht wies die Klage ab.

Motive: Die Parteien haben sich in erster Linie darüber gestritten, ob die Beschwerde als Servitut oder als anderweitige Last zu betrachten sei. Als richtig muss anerkannt werden, dass sie den Charakter einer Reallast hat. Gemäss Inhalt des Kaufbriefs hat Klägerin das Recht, für eine Reihe von Bedürfnissen das Holz von der Liegenschaft zu beziehen; das Korrelat dazu ist die Pflicht des Besitzers der Liegenschaft, so viel Holz zu liefern, als Klägerin zur Bestreitung jener Bedürfnisse nötig hat. Massgebend für die Pflichtigkeit ist also das Mass des Bedürfnisses auf Seite des Berechtigten und nicht das Vorhandensein des Materials auf der Liegenschaft. Die Beklagte bemerkt selbst, dass sie, wenn sich auf der Liegenschaft nicht genug Material finden sollte, solches anderswoher sich beschaffen könne. Es handelt sich demgemäß nicht um ein einfaches Beholzungsrecht, wobei der Berechtigte lediglich auf die vorhandenen Holzbestände angewiesen ist. Die Pflichtigkeit der Beklagten ist also nicht

nur ein Dulden (pati), sondern unter Umständen auch ein facere, welch letzteres das wesentliche Kriterium einer Reallast bildet.

Wenn aber Klägerin aus dieser Natur der Beschwerde deren Loskündbarkeit folgern will, so kann dem nicht beigepflichtet werden. Die Verfassung § 12 sichert allerdings die fortdauernde Loskäuflichkeit der Zehnten und Grundzinse. Aber an und für sich ist diese Garantie offenbar bloss zum Schutze des Pflichtigen aufgestellt. Es ist nun freilich zuzugeben, dass die Gesetzgebung über jenen verfassungsmässigen Grundsatz der Loskäuflichkeit von Seite des Pflichtigen hinausgegangen ist. Durch Nachtragsgesetz zum Gesetz über den Loskauf von Grundzinsen und Zehnten vom 4. Dezember 1861 ist das Recht der Ablösung von Grundzinsen und Zehnten auch den Berechtigten zuerkannt worden. Aber hier handelt es sich weder um eine Zehntpflicht noch um eine Grundzinslast, welch letztere regelmässig der Ausfluss des Eigentumsrechts ist und mit den lehenrechtlichen Verhältnissen zusammenhängt. Dass die hier in Rede stehenden Beschwerden ihrem Ursprunge nach vielleicht ebenfalls ein Ausfluss des Eigentums gewesen sein mögen, ist zwar nicht unmöglich, immerhin aber nicht ersichtlich und wohl auch kaum wahrscheinlich; die Natur der Leistungen wenigstens führt nicht zu dieser Annahme, da es sich nicht um regelmässig jährlich wiederkehrende, sondern bloss zeitweise, für den Fall des Bedürfnisses eintretende Leistungen handelt. Ein gesetzlich zugesichertes Recht zur Aufkündigung dieser Beschwerden, bezw. zu deren Umwandlung in Geldleistungen, besteht also nicht. Dass aber ohne besondere gesetzliche Zusicherung eine solche Befugnis für den Berechtigten nicht bestehe, ist für einen gleichartigen Fall hierorts schon früher entschieden worden (16. Sept. 1889 i. S. Siegrist c. Meier). Der Berechtigte hat eben nur Anspruch auf die Leistungen, welche sein Rechtstitel vom Verpflichteten stipuliert, und (abgesehen von den Folgen des Verzuges des Schuldners) steht dem Berechtigten eine Befugnis nicht zu, an deren Stelle Leistungen anderer Art zu verlangen. Die Beklagte ist daher nicht gehalten, die Aufkündbarkeit und Umwandlung der Beschwerden anzuerkennen.

8. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts
vom 13. März 1891.Nichtübergang des rückbezahltens Teils
einer Gültansprache auf den zahlenden
Schuldner.

J. W. hatte an eine, auf seiner Liegenschaft haftende Gült im Betrage von Fr. 3300 eine Kapitalrate von Fr. 825 abbezahlt, hierauf die Liegenschaft an H. und F. verkauft, wobei die Gült in vollem Umfange auf dieselbe vorgestellt wurde, und dann die abbezahlte Güttrate dem K. verpfändet. Später geriet J. W. in Konkurs und K. wollte nun als Gläubiger des W. sein Pfandrecht an der Güttrate gegen H. und F. geltend machen. Das Obergericht wies aber diese Klage ab und erklärte die Gült als für diesen Betrag durch Abzahlung erloschen.

Motive: Es liegt im Wesen der Zahlung, dass durch sie die gezahlte Schuld untergeht. Trotz der besonderen Natur des hypothekarrechtlichen Schuldverhältnisses gilt im allgemeinen dieser Grundsatz auch hier und besteht eine Ausnahme nur insoweit, als das Gesetz eine solche statuiert. Nun trifft das freilich für den Fall der gesamthaften Abzahlung einer Gültschuld zu, mag die Aufkündigung vom Schuldner oder vom Ansprecher ausgegangen sein. Für diesen Fall hat gemäss § 44 des Handänderungs- und Hypothekar gesetzes der Schuldner das Recht, das abbezahlted Instrument unentkräftet aushin zu verlangen, und die Schuld auf der Liegenschaft bleibt bestehen. Allein für den Fall bloss terminweiser Abzahlung gilt das gleiche nicht, und es ist eine unrichtige Anschauung, dass auch in diesem Falle, wie bei der gesamten Abzahlung die Gültansprache im Masse der geleisteten Abzahlung auf den zahlenden Schuldner übergeht oder, wie das Urteil der ersten Instanz sagt, der zahlende Schuldner im Belaufe der Schuld Mitanteilhaber an der Gült werde. Nicht nur stellt das Gesetz diesen Grundsatz nicht auf, sondern aus dem diesfalls massgebenden § 46 des cit. Gesetzes in Verbindung mit § 7 des Ges. über die Einzinserei geht deutlich das Gegenteil hervor.¹⁾ Die letztere Stelle be-

¹⁾ § 46 Ges. über das Handänderungs- und Hypothekarwesen v. 6. Juni 1861: Wenn eine terminweise Abbezahlung wirklich erfolgt, so gelten die Vorschriften des § 7 des Ges. über die Einzinserei.

§ 7 Ges. über die Einzinserei v. 5. Oktober 1859: Der Gläubiger ist pflichtig, dem Schuldner für jede geleistete Zahlung eine Quittung auszu-

dingt im Interesse des Verkehrs lediglich insoweit eine Ausnahme von der Regel, dass durch die terminweise Abzahlung die Gültschuld im Masse der Abzahlung untergehe, als für den Fall, dass der Schuldner von seinem Rechte, die Eintragung der Teilzahlung in das Instrument zu verlangen, nicht Gebrauch gemacht hat, und der Ansprecher das unentkräftete Instrument unter Verheimlichung der Teilzahlung veräussert, dann das Instrument in den Händen des neuen Gläubigers als vollgültig zu betrachten sei. Es will also in diesem Falle der gutgläubige Erwerber geschützt werden. Dass aber dieses Verhältnis hier nicht gegeben sei, ist klar. Der Kläger hat nicht das unentkräftete Instrument vom Gläubiger unter Verheimlichung der stattgefundenen Teilzahlung erworben, sondern die abbezahlte Gürtrata vom Schuldner sich verpfänden lassen. Das Geschäft selbst bedingte daher ohne weiteres die volle Kenntnis der Sachlage. Der Umstand, dass bei der Verpfändung vorausgegangenen Handänderung der Liegenschaft die Gült in vollem Betrag wieder vorgestellt wurde, ist ohne Bedeutung. Eine Täuschung des Klägers konnte dadurch nicht bewirkt werden, da er ja den Sachverhalt ohnehin kennen musste. Objektiv ist dieser Umstand dem vorliegend in Frage stehenden Geschäfte fremd.

(Verhandl. des Obergerichts 1891, Nr. 17.)

9. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 26. Januar 1892.

Schenkung von Schuldbriefen. Erfordernisse, wenn Schenker und Briefgläubiger zugleich Eigentümer der Pfandobjekte und Briefschuldner ist. Natur des Schuldbriefs.

Der am 26. März 1891 verstorbene H. C. hatte am 14. März gl. J. seiner Ehefrau laut einer unter Mitwirkung

stellen, und sie überdies in das Instrument selbst einzutragen..... Würde die Eintragung unterlassen, . . . und der Gläubiger das Instrument veräussern, unter Verheimlichung der daran erhaltenen Zahlungen, so ist das Instrument in den Händen des neuen Gläubigers als vollgültig zu betrachten und die Schuldner haben für ihre geleisteten Zahlungen nur eine persönliche Ansprache an dem früheren Gläubiger.

des Notars errichteten Schenkungsurkunde vier Schuldbriefe „schenkungsweise zu vollem und unbeschränktem Eigentum“ übertragen und die Briefe gleichzeitig übergeben. Diese repräsentieren einen Gesamtwert von 1160 Fr. Bei sämtlichen war jedoch der Schenker zum Teil selber Schuldner (Einzinser). Die von ihm geschuldeten Beträge (Einzinseraten) bei drei von diesen Briefen — bezüglich des vierten herrschte kein Streit — belaufen sich auf 640 Fr. Die Erben des Schenkers, Töchter aus erster Ehe, fochten diese Schenkung bezüglich der Einzinserraten an, d. h. sie verlangten, dass die Beklagte verpflichtet werde, den vom Erblasser geschuldeten Betrag von Fr. 640 auf den Schuldbriefen abschreiben zu lassen. Sie machten dafür geltend, soweit dritte Personen Schuldner seien, werde in der Übergabe der Schuldbriefe eine vollzogene Schenkung anerkannt; bezüglich derjenigen Beträge jedoch, für welche der Erblasser selbst Schuldner sei, sei die Constituierung der Schenkungsurkunde und die Übergabe der Schuldbriefe — da die entsprechenden Forderungen durch Confusion untergegangen seien — lediglich der Errichtung eines entsprechenden Obligos gleichzusetzen. Für diese streitigen Beträge liege demnach nur ein gewöhnliches Zahlungsversprechen, mithin keine perfekte Schenkung, sondern ein blosses Schenkungsversprechen vor, welches An- gesichts der vorliegenden Verhältnisse ein Schenkungsver sprechen auf den Todesfall und deshalb — mangels der Form des Vermächtnisvertrags gemäss § 1066 pr. G. B. — ohne rechtliche Gültigkeit sei.

Die Klage wurde von beiden Instanzen abgewiesen.

G r ü n d e: Die Frage, ob in der Hingabe der drei Schuldbriefe bezüglich derjenigen Quoten, bei welchen der Erblasser selbst Schuldner (Einzinser) war, eine vollzogene Schenkung liege, ist zu bejahen.

Schon unter der Herrschaft des alten pr. G. B. hatte der zürcherische Schuldbrief die rechtliche Natur eines zirkulationsfähigen Wertpapiers, in welchem die verbrieftte Forderung nebst Pfandrecht verkörpert war und bei welchem deshalb bezüglich der Veräusserung und Verpfändung die sachenrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kamen (§ 844 ff. pr. G. B. alt). Dagegen galten die allgemeinen obligationsrechtlichen Grundsätze insoweit, als bei Bezahlung der Briefschuld, sowie bei Vereinigung des Forderungsrechtes und der Schuldverpflichtung bezw. des Pfandobjektes in einer Person Forderung und Pfandrecht untergingen und lediglich der gutgläubige dritte Besitzer des unversehrten Schuld-

briefes berechtigt war, den Inhalt desselben nach wie vor geltend zu machen (§ 849 a. pr. G. B., Ullmer, Commentar Nr. 1253 und 1275). Demgemäß war der Schuldner berechtigt, bei völliger Zahlung die Herausgabe der entkräfteten Pfandurkunde und Löschung im Protokoll zu verlangen. Indes hat der Verkehr, insbesondere gestützt auf § 849 cit. und § 836, wonach, wenn der Schuldner aus dem Geld eines Dritten zahlte, der Gläubiger verpflichtet war, auf Begehrungen des Schuldners den Schuldbrief mit allen Rechten unversehrt an den neuen Gläubiger abzutreten, auch den abbezahlten oder infolge von Confusion im Besitze des Pfandschuldners befindlichen Schuldbrief als einen gültigen negoziablen Werttitel betrachtet.

Das neue pr. G. B. ist dieser Verkehrsanschauung durch die Aufstellung verschiedener neuer Bestimmungen gerecht geworden. Nach § 386 n. pr. G. B. steht auch dem Schuldner die Veräußerung und Verpfändung eines abbezahlten oder unversehrt in seine Hand übergegangenen Schuldtitels zu, und demgemäß bestimmt § 396, dass bei gänzlicher Abzahlung der Schuld der Gläubiger verpflichtet sei, — nicht nur wie unter altem Rechte dem für den Schuldner zahlenden Dritten, sondern — dem Schuldner selber die Schuldurkunde unentkräftet herauszugeben. Dem gleichen Grundsätze entspricht die ebenfalls neue Bestimmung des § 398 pr. G. B., wonach der Pfandgläubiger sich die Errichtung neuer Titel an Stelle eines ihm vorstehenden zu löschen Pfandrechtes gefallen lassen muss, insofern der Eigentümer der Unterpfande ein solches Begehrung sofort bei der Löschung stellt und die neuen Titel zusammen den Betrag des bisherigen Vorstandes nicht übersteigen, während nach dem früheren Rechte (§ 853) der nachfolgende Gläubiger durch die Löschung einer Grundversicherung unbedingt vorrückte.

Angesichts dieser Gesetzesbestimmungen ist es klar, dass der zürcherische Schuldbrief, sofern er noch unversehrt ist, auch nach einer Abzahlung oder Vereinigung des Forderungsrechtes und der Schuldverpflichtung in einer Person, den Charakter eines gültigen Wertpapieres nicht verliert, vielmehr nach wie vor, auch wenn er sich im Besitze des Schuldners befindet, sich als ein Vermögensobjekt qualifiziert, welches der Inhaber jederzeit verwerten kann.

Diesen prinzipiellen Standpunkt hat das Obergericht schon in seinem Kreisschreiben vom 24. Dezember 1887 (Rechenschaftsber. 1887 S. 167) eingenommen, wonach ein abbezahlt, aber unversehrt im Besitze des Schuldners befind-

licher Schuldbrief auch Gegenstand der gerichtlichen Pfändung sein kann. Übereinstimmend damit Schneider, Commentar zum pr. Gr. S. § 386 Note 2, wonach ein unter den Aktiven eines Konkursiten befindlicher ungelöschter Schuldbrief, dessen Schuldner der Konkursit selber ist, unter die Konkursaktiven aufzunehmen und wie ein anderer Werttitel zur Versteigerung zu bringen ist.

Nach dem gesagten liegt in der Übergabe der streitigen Schuldtitle an die Beklagte auch bezüglich der Einzinserraten eine perfekte Schenkung, d. h. eine Schenkung von beweglichen Wertobjekten.

A n m e r k u n g. Eine Minderheit wollte blosses Schenkungsversprechen annehmen, da nach früherem Entscheide der Appellationskammer (Schw. Bl. f. handelsr. Entsch. X Nr. 23) sich ein solches nicht als Versprechen zu schenken, sondern als die besondere Art der Schenkung durch Übernahme einer Schuldverpflichtung seitens des Schenkens zu Gunsten des Beschenkten qualifiziere, also als vollzogene Schenkung durch Verschaffung einer Schuldforderung an den Beschenkten auf den Schenker. Das liege aber hier vor. In der Weiterbegebung eines Schuldbriefes durch den Schuldner liege nichts anderes als die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses, nicht die Cession eines bestehenden Forderungsrechtes, weil das Forderungsrecht in der That nicht habe bestehen können, solang Gläubiger und Schuldner eine Person gewesen. Das Gesetz verlange auch keineswegs die Fortdauer der formell nicht gelöschten Forderung nach eingetretener Konfusion. Am allerwenigsten könne § 398 pr. G. B. n. dafür angerufen werden, wonach sofort bei Abbezahlung eines Titels eine neue Hypothek in dessen Rang eingestellt werden kann.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XI Nr. 4.)

**10. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom
23. Januar 1890.**

**Verfallzeit und Verjährungsbeginn bei
Schuldforderungen, die unter Kündigungs-
bedingung stehen.**

Laut Schuldbrief mit Grundpfandverschreibung vom 16. Dezember 1874 anerkannten damals vor der Fertigungsbehörde von Frick die Geschwister Sebastian und Rosa Lämmli von Oeschgen der Klägerin (Mantelin'sche Kaplaneistiftung,

resp. Kirchgemeinde Frick) ein Bardarlehen von Fr. 800 schuldig geworden zu sein und verpflichteten sich, diesen Betrag „auf eine gegenseitige vierteljährliche Aufkündung“ zurückzubezahlen und inzwischen zu 5% zu verzinsen. Als Grundpfand setzten sie ein auf Fr. 1200 geschätztes, ihnen gehörendes Stück Rebland ein. Eine frühere Verhaftung mit Fr. 330 war aus der Darleihensumme zu tilgen.

Durch Vertrag vom 20. November 1883 mit Fertigung vom 24. Dezember 1883, resp. 19. März 1884, kaufte Sebastian Lämmli seine Schwester Rosa von ihrem Anteil an den gemeinsamen Liegenschaften aus und es wurde die klägerische Forderung von Fr. 800 durch die Fertigungsbehörde Öschgen ausschliesslich dem Sebastian Lämmli als Auskäufer zur Bezahlung überbunden und der Klägerin eine vom 17. Juni 1884 datierte Überbundsanzeige zugestellt. Im Jahr 1888 fiel Sebastian Lämmli in den Geltstag und auf der klägerischen ursprünglich Fr. 800 betragenden Forderung ergab sich ein Verlust von Fr. 676.

Unter Berufung auf die §§ 582, 583, 827 und 832 des A. B. G., wonach ein Anweiser für die angewiesene Forderung noch 3 Jahre von der Anweisung, resp. der Verfallzeit der Forderung an haftet, belangt die Klägerin die Rosa Lämmli, resp. deren nunmehrigen Ehemann um den zu Verlust gerathenen Forderungsbetrag. Der Beklagte bestreitet die Klage wesentlich aus dem Grunde der Verspätung und verlangt deren Abweisung. Das Bezirksgericht hat den Anspruch der Klägerin gutgeheissen, wogegen das Obergericht, dem Appellationsbegehren des Beklagten entsprechend, die Klage abgewiesen hat.

G r ü n d e: Vorab ist zu konstatieren, dass die von beiden Parteien angerufenen §§ 582 bis 585 des mit dem 1. Mai 1850 in Kraft getretenen aarg. Sachenrechts im vorliegenden Fall, der sich auf Thatsachen aus den Jahren 1883 bis 1888 gründet, ganz ausser Betracht fallen. Denn durch das am 1. Juli 1881 in Kraft getretene Abänderungsgesetz vom 16. November 1880 sind die erwähnten §§ 582—585 und so auch die von den Parteien namentlich betonten §§ 582 und 583 aufgehoben und durch andere Bestimmungen ersetzt worden.

Was nun dieses Gesetz von 1880 anbelangt, so kommen dessen Bestimmungen, soweit sie das bisherige Prinzip der Unteilbarkeit des Pfandrechts abändern, resp. mildern, im vorliegenden Fall nicht zur Erörterung; es handelt sich in concreto nur um die persönliche Haftbarkeit der

Rosa Lämmli, welche ihren Schuldenanteil an der klägerischen Forderung ihrem Bruder überbunden hat. Wohl aber ist massgebend der § 1, wonach, wenn die sämtlichen für eine Forderung verschriebenen Pfänder auf einen neuen Erwerber übergehen, dieser Erwerber die darauf haftende Schuld zu übernehmen und die Fertigungsbehörde dieselbe auf ihn anzuzuweisen hat (wie dies bei dem Auskauf von 1883/84 geschehen); ferner der ebenfalls auf den Fall des § 1 sich beziehende § 4, Absatz 2, wonach für die persönliche Haftbarkeit des früheren Schuldners die Bestimmungen des § 832 des A. B. G. gelten.

Dieser § 832 bestimmt, dass für angewiesene Forderungen der Anweiser noch drei Jahre vom Tage der Anweisung an haftet, wenn die Forderung bereits verfallen, und wenn sie nicht verfallen, 3 Jahre über die Verfallzeit hinaus.

Unter Bezugnahme auf diese Bestimmung glaubt nun die Klägerin, dass ihr Regress auf die frühere Schuldnerin ein rechtzeitiger sei, denn erst durch die im Juni 1887 erfolgte vertragsgemäss vorgesehene Kündung an den neuen Schuldner, respektive durch den Ablauf der bezüglichen Kündigungsfrist, sei die in Frage stehende Forderung im Sinne des § 832 des A. B. G. eine fällige geworden; zur Zeit der Überbindung, als noch keine Kündung vorgelegen, sei sie es nicht gewesen; die dreijährige Verjährung der Regressklage habe somit erst im Jahr 1887 zu laufen begonnen und sei zur Zeit der Anhebung gegenwärtiger Klage noch nicht abgelaufen gewesen.

Einen andern Standpunkt nimmt dagegen der Beklagte ein. Nach seiner Darstellung hat die Verabredung einer Kündigungsfrist der fraglichen Forderung die Eigenschaft der Fälligkeit nicht benommen; die Verjährung der Regressklage habe demnach mit dem Tage der Fertigung, 24. Dezember 1883, resp. 19. März 1884 begonnen und sei schon am 20. März 1887, jedenfalls aber drei Monate später und unter allen Umständen vor Einreichung der vorliegenden Klage, resp. der Anhebung der vorausgegangenen Betreibung, abgelaufen gewesen.

In dieser sachentscheidenden Beziehung muss nun der Auffassung der beklagten Partei zugestimmt werden. Mag auch im gemeinen Recht die hier zu entscheidende Frage eine kontroverse sein, so beruht die hierseits geltende Gesetzgebung mehr auf dem, theoretisch zwar angefochtenen, allein entschieden rationellen Grundsatz, dass der Lauf der Verjährung beginnt, sobald die Herbeiführung der Nativität des bezüglichen Anspruchs in der Willkür des Gläubigers liegt.

Was vorab das kantonale Recht anbelangt, welches gemäss Art. 414 des O. R. mit Bezug auf Anweisung grundversicherter Forderungen ausdrücklich vorbehalten ist, so stellt das oberwähnte Gesetz von 1880 zwei verschiedene Verjährungsfristen auf mit Bezug auf die Ansprüche eines durch Wegfertigung des Pfandes und Überbindung der Pfandschuld an den neuen Eigentümer gefährdeten Grundpfandgläubigers.

In § 3 bestimmt es, dass der Gläubiger nach erfolgter Anweisung resp. Überbindung sofort auf das Pfand greifen und dessen ungesäumte Liquidierung verlangen könne, bevor nachteilige Veränderungen in demselben eingetreten; für diese Rechtsschritte setzt es eine Verjährungsfrist von 12 Monaten fest.

In § 4, Absatz 2, erklärt es, wie bereits erwähnt, dass die persönliche Haftbarkeit des früheren Eigentümers und Schuldners einstweilen noch fortdaure; zur Wahrung diesfälliger Ansprüche bestimmt es eine Frist von 3 Jahren vom Tage der Anweisung resp. Fertigung an, wenn die Forderung bereits verfallen, und eine gleiche Frist von 3 Jahren über die Verfallzeit hinaus, wenn die Forderung zur Zeit der Fertigung noch nicht verfallen ist.

Das nämliche Gesetz bestimmt aber auch mit Bezug auf die Rechte aus dem Pfandrecht in § 3, Absatz 2 (s. auch § 5, Abs. 2), wie die Verjährung zu berechnen ist, falls eine Forderung auf Kündigung gestellt, resp. auf Kündigung zahlbar ist. Es verwirft die Auffassung, dass in diesem Falle es dem Gläubiger zustehe, mit seiner Kündigung beliebig zuzuwarten und so den Eintritt des Beginnes der im nämlichen Paragraphen normierten Verjährung nach Willkür hinauszuschieben, sondern es verfügt, dass in einem solchen Fall die 12-monatliche Frist nur um so viel sich verlängere, als die Aufkündigungsfrist beträgt. Mit Bezug auf die persönliche Haftbarkeit des früheren Schuldners, resp. die daraus sich ergebenden Ansprüche des Gläubigers, § 4, Abs. 2, wiederholt es allerdings den in § 3, Absatz 2 aufgestellten Grundsatz nicht. Allein wenn das nämliche Spezialgesetz für zwei Arten aus dem nämlichen Rechtsverhältnis sich ergebender Rechtsansprüche gesondert Verjährungsfristen aufstellt und für die eine Art bestimmte Anordnungen hinsichtlich des Beginns der Verjährung trifft, so muss diese Anordnung doch auch in der andern Eventualität gelten, sobald sie durch dieses Spezialgesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, eine Voraussetzung, welche weder bei dem § 4, Absatz 2, noch bei

dem daselbst citierten § 832 des A. B. G. zutrifft. Siehe auch § 13 des A. B. G.

Eine verschiedenartige Beantwortung einer und derselben, aus diesem nämlichen Gesetz sich ergebenden Rechtsfrage, je nachdem der eine oder andere Fall dieses Gesetzes vorliegt, würde, sofern nicht ganz bestimmte materielle Gründe hiefür geltend gemacht werden können, der Rechtskonsequenz widersprechen. Solche besondere Gründe zu einem je nach der tatsächlichen Voraussetzung verschiedenenartigen Entscheid liegen aber mit Bezug auf die streitige Frage nicht vor; im Gegenteil, der § 3 wie der § 4 des erwähnten Spezialgesetzes verfolgen den nämlichen Zweck: möglichst bald die aus einem Wechsel in der Person des Eigentümers und Pfandschuldners für den Grundpfandgläubiger sich als notwendig ergebenden Rechtsschritte einem definitiven Abschluss entgegenzuführen und in die hypothekarischen Forderungs- und Schuld-Verhältnisse Klarheit und Ordnung zu bringen. Dieser Zweck würde aber vollkommen vereitelt, wenn dem Grundpfandgläubiger das Recht zugestanden würde, den Regress auf den früheren Pfandschuldner sich auf lange Jahre hinaus vorzubehalten, dadurch, dass er dem neuen Schuldner gegenüber die ihm zustehende Kündung nach Belieben und Willkür verschiebt.

Dass das aargauische Recht, welches bei Erlass des Gesetzes von 1880 noch in Kraft war, überhaupt bei einer auf Kündung gestellten Forderung die Kündung nicht als Voraussetzung des Beginns der Nativität der Forderung, sondern als eine vertragsmässige Verlängerung der zur Geltendmachung des Anspruchs gewährten Frist betrachtete, erhellt deutlich aus den gegenwärtig allerdings aufgehobenen §§ 584 und 785 des A. B. G.

Allerdings lässt der hier massgebende § 832 des A. B. G. die Nativität des Regressanspruchs erst mit der Fälligkeit der überbundenen Forderung eintreten. Allein aus dem soeben citierten § 785 ergiebt sich auf's deutlichste, dass bei auf Kündung gestellten Forderungen die Kündung nicht als Voraussetzung der Fälligkeit im materiellen Sinn, sondern nur als Vorbedingung der rechtlichen Erforderung betrachtet werden muss. Der § 785 geht demnach von der Annahme aus, dass eine Forderung fällig sei, sobald der Gläubiger es in der Hand habe, durch Kündung deren Eintreibung herbeizuführen. Dieser § 785 bestand bei Erlass des Gesetzes von 1880 noch in voller Kraft, er

bildete einen Bestandteil des damals geltenden kantonalen Rechts; er kann und darf daher zur Interpretation des in dem Gesetz von 1880 angerufenen § 822 benutzt werden, auch wenn er in der Folge durch das schweiz. Obligationenrecht aufgehoben worden ist.

Was das gegenwärtig geltende schweizerische Obligationenrecht anbelangt, so kommt dasselbe im vorliegenden Fall allerdings nicht zur Anwendung, obschon es sich im Grunde genommen nur um eine Frage der „persönlichen Haftbarkeit“ (Gesetz von 1880, § 4, Absatz 2) und nicht um eine eigentliche pfandrechtliche Frage handelt. Denn in Art. 414 sind offenbar alle mit der Anweisung grundversicherter Forderungen direkt zusammenhängenden Rechtsfragen dem kantonalen Recht unterstellt, gleichviel, ob sie mehr sachenrechtlicher (hypothekarischer) oder mehr reinforderungsrechtlicher Natur sind, sonst wäre das Gesetz von 1880 wenigstens teilweise ausser Kraft. Immerhin muss konstatiert werden, dass das O. R. die nämliche Auffassung vertritt, wie das kantonale Recht, denn es bestimmt in Art. 149, dass, wenn eine Forderung auf Kündung gestellt ist, die Verjährung von dem ersten Tage an zu laufen beginnt, auf welchen die Kündung zulässig ist.

Es ergiebt sich hieraus in concreto die Folgerung: Wenn die Klagpartei sich den Regress auf die frühere Schuldnerin Rosa Lämmli wahren wollte, hätte sie die Kündung an den Überbundsschuldner Sebastian Lämmli und nachher dessen Betreibung so beförderlich vornehmen sollen, dass noch binnen der gesetzlichen, um die Kündigungsfrist verlängerten Zeit von drei Jahren und drei Monaten, Sebastian Lämmli vollständig exequiert gewesen wäre und dass noch binnen gleicher Frist, gestützt auf die Verlustkollokation, der jetzige Beklagte für den Verlustbetrag hätte betrieben werden können. Dies ist nicht geschehen, obschon es möglich gewesen wäre; auch wenn als Datum der Fertigung und der damit verbundenen Anweisung der 19. März 1884 angenommen wird, wäre doch die im Juni 1888 gegen den Beklagten angehobene Betreibung eine verspätete gewesen.

(Bericht des Oberger. f. d. Jahre 1889 und 1890, S. 56 ff.)

11. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 17 novembre 1891.

Vente de bétail. Remise du certificat de santé par l'inspecteur au non-propriétaire-vendeur. Effet civil.

Dans le courant de l'été 1888, G. Ueltschy a remis en hivernage à D. Conod deux vaches qui sont restées inscrites au chapitre d'Ueltschy et qui ont été remises à Conod avec des certificats d'hivernage. Le 4 octobre 1888 Conod a demandé à l'inspecteur du bétail Ch. Oulevay un certificat de vente pour conduire à Orbe l'une des vaches hivernées chez lui. Oulevay lui a délivré ce certificat sans l'assentiment du propriétaire Ueltschy. Conod a vendu alors la vache à un boucher d'Orbe, qui en a pris livraison le 4 octobre sur la production du certificat de vente dont Conod était porteur. La vache avait une valeur de 350 fr. — Conod est insolvable. Ensuite de ces faits, Ueltschy a ouvert action à l'inspecteur Oulevay concluant à ce qu'il soit condamné à lui payer 350 fr. à titre de dommages-intérêts. Le président du Tribunal du district de Cossonay lui a accordé ses conclusions et le Tribunal cantonal a confirmé ce jugement.

Motifs: Attendu que pour pouvoir vendre cette pièce de bétail, Conod devait être porteur d'un certificat de santé.

Que le dit certificat lui a été délivré par Oulevay au nom de G. Ueltschy, la vache litigieuse étant inscrite au registre du bétail au chapitre de celui-ci.

Que Conod a ainsi pu aliéner la vache, ce qu'il n'aurait pas pu faire s'il n'avait obtenu le certificat de santé prévu par l'art. 117 § d, de la loi sanitaire.

Considérant que bien que la dite loi ne dise pas expressément à qui peut être délivré un certificat, il résulte cependant de l'usage constant dans le canton, et de l'esprit de la loi, que cette pièce ne peut être remise qu'au propriétaire du bétail que cela concerne et non à un tiers, sauf l'autorisation expresse du dit propriétaire.

Qu'Oulevay a ainsi commis une faute ou une imprudence en délivrant le certificat à un non-propriétaire.

Attendu que bien que le but poursuivi par le législateur, en établissant des certificats, soit uniquement de faire la police du bétail au point de vue sanitaire, les dits certificats peuvent cependant, dans certains cas, déployer des effets civils.

Considérant qu'il n'est pas établi, il est vrai, que Conod

se serait trouvé dans l'impossibilité absolue de vendre la vache à lui remise en hivernage, s'il n'avait pas été porteur du certificat de santé.

Que cependant cette vente aurait été beaucoup plus difficile.

Qu'en effet, Conod n'aurait pas pu sans certificat vendre la vache en dehors de la commune où elle se trouvait en hivernage.

Que, dès lors, la faute ou l'imprudence d'Oulevay a facilité l'acte qui cause un dommage à Ueltschy.

Que pour dégager sa responsabilité, Oulevay aurait dû établir que la perte éprouvée se serait produite même en l'absence de toute faute de sa part.

Que cette preuve n'a point été faite.

(Journal des Tribunaux, 1891 Nr. 50.)

12. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 9 novembre 1891.

Action en résiliation d'une vente d'immeuble par suite de servitude non déclarée.

Par acte du 22 juillet 1887, la veuve Gos a vendu aux consorts Chenaud, pour le prix de 8200 fr., une étendue de terrain de 17 ares 33 mètres; dans cet acte elle a déclaré qu'elle ne connaît l'existence d'aucune servitude passive. Par jugement du Tribunal civil du 21 mars 1890, rendu au profit de la Commune de Plainpalais contre les consorts Ch., il a été prononcé que cette Commune a un droit de servitude pour l'écoulement des eaux provenant des chemins communaux sur le fossé cadastré dans la propriété des consorts Ch., et ceux-ci ont été condamnés à enlever les terres, graviers et matériaux qui obstruent le dit fossé et à le rétablir dans son état primitif. Le 12 sept. 1890, les consorts Ch. ont formé contre dame Gos une demande tendant à la résiliation de la vente du 22 juillet 1887, à la restitution du prix payé, et au paiement d'une somme de 1500 fr. à titre de dommages-intérêts. Subsidiairement, ils ont conclu à ce que, dans le cas où le Tribunal ne leur allouerait pas leur demande en résiliation, il leur soit alloué une somme de 2000 fr. de dommages-intérêts, indépendamment de celle de 1500 fr. La dame Gos n'a pas conclu au déboutement pur et simple des demandeurs, elle a articulé que les consorts Ch. n'avaient droit qu'aux dommages-intérêts qui résultaient, pour eux, de

l'éviction, et elle a conclu à la nomination d'experts pour fixer l'indemnité qui pouvait être due aux demandeurs. La Cour de Justice civile a déclaré mal fondée la demande en résiliation de la vente, mais a alloué aux demandeurs la somme de 410 fr. à titre de dommages-intérêts.

Motifs: Considérant qu'il résulte de l'état des lieux que la servitude n'est pas d'une telle importance qu'il y ait lieu de présumer que les consorts Ch. n'auraient pas acheté, s'ils en avaient été instruits;

Qu'en effet, le fossé, qui longe la limite ouest de leur fonds, leur laisse toute liberté d'user, comme bon leur semble, dans les limites du contrat de vente passé entre eux et dame Gos, de la presque totalité de la parcelle vendue, qu'il est, d'ailleurs, facile à franchir par un petit pont ou aqueduc;

Attendu, dès lors, qu'ils ne peuvent invoquer en leur faveur l'art. 1638 C. civil, mais bien l'art. 1637, aux termes duquel la valeur de la partie, dont l'acquéreur se trouve évincé, doit lui être remboursée suivant l'estimation à l'époque de l'éviction;

Que par suite, l'offre de dame Gos de payer la valeur du terrain soumis à la servitude, d'après le dire d'experts, est pleinement satisfactorie;

Considérant, toutefois, qu'il n'est pas articulé par les parties que le fonds vendu par l'intimée aux appellants ait augmenté ou diminué de valeur depuis l'époque de la vente;

Que sans recourir à la nomination d'experts, la Cour a les éléments suffisants pour estimer, au vingtième de la surface du fonds vendu, celle qui est grecée par la servitude, et pour fixer, par conséquent, à 410 fr., le montant de la somme à payer par dame Gos aux consorts Chenaud.

(La Semaine judiciaire 1891, Nr. 45.)

13. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de Justice civile du 3 septembre 1892.

Assurance contre les accidents. Droit de la victime à une indemnisation totale malgré sa faute partielle. Imputation de l'indemnité payée par l'auteur de l'accident sur la somme due par l'assureur.

Empeyta et Cie. ont contracté auprès de la Winterthur, en faveur de leurs ouvriers et employés, une assurance col-

lective et combinée contre les accidents. Le 29 août 1889, l'ouvrier Rigolatti a été blessé gravement à un pied par une machine de la Compagnie des chemins de fer à voie étroite. Ce sinistre a été dénoncé à la Winterthur, qui a informé Empeyta et Cie. que l'indemnité à eux due était de 829 fr. 50 cts., en ajoutant que le paiement de cette indemnité était subordonné à l'issue du procès intenté par Rigolatti à la Société des chemins de fer. Cette instance ayant été terminée par un arrêt qui a condamné la Société à payer à R. 500 fr., Empeyta et Cie. ont réclamé à la Winterthur le paiement de la somme de fr. 829. 50. La Winterthur a excipé qu'elle ne devait rien parceque l'accident n'était pas un accident professionnel, mais un accident causé par un tiers, et à l'occasion duquel E. et Cie. n'ont encouru aucune responsabilité; que R. avait été rempli de tous ses droits et complètement indemnisé par l'indemnité payée par la Société des chemins de fer; qu'enfin, en obtenant l'adjudication de la somme réclamée, R. retirerait un bénéfice de son accident. Le Tribunal de 1^{ère} instance a condamné la Winterthur à payer à E. et Cie. la somme réclamée sous déduction de 500 fr., montant de l'indemnité payée par la Société des chemins de fer. Les deux parties ont interjeté appel de ce jugement. La Cour de justice civile a alloué à E. et Cie. la somme de 340 fr.

Motifs: 1. Considérant qu'il importe peu que la responsabilité civile d'E. et Cie. ait été ou non engagée;

Qu'en effet, aux termes de l'art. 4 des conditions de la police, l'indemnité est due dans tous les cas;

Que l'intimée n'a pas établi que l'accident de R. n'était pas un accident professionnel;

Qu'aucune instruction n'a été faite sur ce point.....;

2. Considérant que l'arrêt, dans la cause R. contre voie étroite, a décidé souverainement et définitivement que l'accident survenu à R. lui a causé un préjudice évalué à 840 fr., sur lesquels il a été laissé à sa charge 340 fr., à raison de la faute légère par lui commise;

Considérant que R., en faveur de qui ont stipulé E. et Cie., doit recevoir une pleine et entière indemnité, mais ne peut cependant retirer un bénéfice de son accident;

Qu'en conséquence l'intimée ne saurait équitablement être condamnée au paiement d'une somme supérieure à 340 fr.;

Considérant, d'autre part, que si R. s'était directement adressé à la Winterthur au lieu d'assigner la Société des

chemins de fer, l'intimée eut été en droit d'appeler en garantie cette société, auteur de l'accident, qui par son fait et sa faute la mettait dans le cas de payer les indemnités stipulées dans la police, et qu'il est de toute évidence que la faute de l'appelée en garantie ayant été démontrée, elle eut été condamnée à relever et garantir la Winterthur en tout ou partie.

(La Semaine judiciaire, 1892 Nr. 39.)

14. Kanton Zürich. Urteil des Obergerichts (Appellationskammer) vom 27. August 1892.

Testierfähigkeit eines infolge Anerkennung einer Bevogtigungsklage Bevogteten.

Ein von J. B. errichtetes eigenhändiges Testament fochten seine Intestaterben an, weil der Testator wegen Verschwendug unter Vormundschaft gesetzt, somit nach § 994 Pr. G. B. ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörden nicht testierfähig gewesen sei. Es hatte nämlich der Gemeinderat W. dem Bezirksrat beantragt, den J. B. wegen verschwenderischer Lebensweise zu bevogten, und diese Behörde hatte auch über ihn unter Vorbehalt gerichtlicher Bestätigung die Bevogtigung erkannt und den Bevogtigungsprozess bei dem Bezirksgerichte anhängig gemacht. Nachdem dann aber der Beklagte mittelst Zuschrift erklärt hatte, dass er die Bevogtigungsklage, bezw die über ihn verhängte Vormundschaft anerkenne, beschloss das Bezirksgericht, der Prozess sei als durch Anerkennung der Klage erledigt abgeschrieben.

Die Testamentsanfechtungsklage wurde von beiden Instanzen abgewiesen, vom Obergericht mit der Begründung:

Die Gerichte sind immer davon ausgegangen, dass derjenige, der sich freiwillig unter Vormundschaft begeben habe, fähig sei, ein Testament zu errichten, welches auch der Grund sein möge, aus dem er sich unter Vormundschaft begeben.

Aus dem Beschluss des Bezirksgerichts ergibt sich zwar, dass der eingeleitete Bevogtigungsprozess als durch Anerkennung der Klage erledigt abgeschrieben wurde; allein es ist nicht richtig, diesen Beschluss einem Urteile gleichzustellen, wonach der Beklagte wegen Verschwendug unter Vormundschaft gestellt worden, denn eine Bevormundung wegen Verschwendug setzt eine Prüfung des Falles durch das Gericht voraus und kann überhaupt nur durch Urteil

ausgesprochen werden, ähnlich wie zur Ehescheidung die blosse Anerkennung der Klage nicht genügt. Richtigerweise hätte der Bevogtigungsprozess nicht als durch Anerkennung der Klage erledigt abgeschrieben werden sollen, sondern deshalb, weil der Streit infolge der Erklärung des Beklagten gegenstandslos geworden war.¹⁾

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XI Nr. 19.)

15. Kanton Baselstadt. Urteil des Zivilgerichts
vom 17. November 1891.

Ungültigkeit eines eigenhändigen, vom Testator
nicht persönlich deponierten Testamentes.

Der am 4. August 1891 verstorbene Fridolin Gürtler hatte am 5. August 1882 mit Zustimmung seines Vaters und Bewilligung des Regierungsrates des Kantons Baselland ein eigenhändiges Testament errichtet, in welchem er seine Geschwister als Erben einsetzte. — Er bewahrte das Testament bei sich auf. Im Jahre 1888 erkrankte er an Gehirnerweichung, wurde mundtot erklärt und in die Irrenanstalt gebracht, wo er bis zu seinem Tode blieb. — Nach seiner Erkrankung überbrachte sein Bruder, der zu seinem Kurator ernannt worden war, das Testament einem Notar zur Aufbewahrung. Dieser übergab es nach dem Tode des Testators dem Zivilgerichtsschreiber mit dem Bemerkung, er habe das Testament nie als in rechtlich wirksamer Weise deponiert betrachtet und daher auch nicht in sein Register eingetragen, da der Testator zur Zeit, als sein Bruder ihm das Testament überbrachte, wegen seiner Geisteskrankheit keinen rechtlich wirksamen Willen mehr hatte. Das Testament wurde am 10. August 1891 eröffnet. Die Konkursbehörde Basel als Vertreterin des am 22. Januar 1873 in Konkurs geratenen Fridolin Gürtler-Werdenberg, des Vaters und einzigen Intestatserben des Testators, erhob Einsprache und verlangte Ungültigerklärung des Testamentes. Die Testamentserben verfochten die Gültigkeit, weil alle gesetzlichen Requisite erfüllt seien und das Gesetz nirgends Deposition durch den Testator persönlich verlange.

¹⁾ Nach dem vorgehend ausgeführten hätte aber wohl der Prozess nicht abgeschrieben, sondern trotz der Anerkennung des Bekl. verhandelt werden sollen, so gut als ein Ehescheidungsprozess.

Das Zivilgericht erklärte das Testament als ungültig.

Motive: Es ist unzweifelhaft, dass das streitige Testament den zur Zeit seiner Errichtung geltenden formellen Vorschriften entsprach, somit gültig war. Ebenso unzweifelhaft aber war es vom 1. Januar 1886 an ungültig, so lange es nicht deponiert war (§ 108 des Gesetzes vom 10. März 1884).

Es fragt sich nun, ob es durch die im September 1888 erfolgte Deposition wieder zu einem gültigen gemacht werden konnte. Diese Frage wäre zu bejahen, wenn die Deposition durch den Testator oder einen von ihm Beauftragten erfolgt wäre. So wie aber die Deposition hier erfolgt ist, muss die Frage verneint werden. Das Gesetz verlangt in § 59 ausser der eigenhändigen Niederschrift, Datierung und Unterschrift noch die Deposition. Diese ist eine Bedingung der Gültigkeit. Ein beim Testator aufbewahrtes eigenhändiges Testament ist zweifellos ungültig und auch der Beweis, dass sein Inhalt dem Willen des Testators durchaus entspricht, kann es nicht zu einem rechtlich gültigen Testament machen.

Daraus folgt, dass die Deposition eines eigenhändigen Testamentes zur Testamentserrichtung selbst gehört: erst durch diese gibt der Testator in rechtlich wirksamer Weise seinen Willen kund, dass sein Inhalt nach seinem Tode als sein letzter Wille zur Ausführung gelangen soll, während er anderseits weiss, dass er über seinen Nachlass nicht verfügt hat, so lange er sein eigenhändiges Testament in eigener Verwahrung behält. Die Deposition muss also unzweifelhaft mit seinem Willen erfolgen, mag er sie nun persönlich vornehmen oder durch einen von ihm Beauftragten vornehmen lassen.

Hier ist nun die Deposition des vom 1. Januar 1886 an ungültigen Testamentes erfolgt in einem Zeitpunkt, wo der Verstorbene infolge seiner Geisteskrankheit und Bevormundung keinen rechtlich wirksamen Willen mehr hatte und nicht mehr fähig war ein Testament zu errichten (§ 55 des Erbrechtsgesetzes). Das Testament entspricht daher den gesetzlichen Formen nicht.

16. Kanton Zürich. Urteil des Kassationsgerichts
vom 5. Oktober 1891.

Wechselseitiger Erbvertrag oder zwei einseitige, widerrufliche Testamente?

Am 12. August 1888 schrieb und unterschrieb Frau Marie X. in Zürich eine mit der Überschrift „Mein eigen-

händiges Testament“ versehene Urkunde des Inhalts, dass ihr Mann, wenn er sie überlebe, aus ihrem Nachlass die gesetzliche Statutarportion beziehen solle, ihren Intestaterben von ihrem Nachlass der Pflichtteil, ihrem Mann aber der Rest als Eigentum zufallen und ihm auch am Pflichtteil der Intestaterben die lebenslängliche Nutzniessung zustehen solle. Der Ehemann X. schrieb und unterschrieb gleichen Tags eine als „Mein eigenhändiges Testament“ bezeichnete Urkunde, worin bestimmt ist, dass seiner Frau, wenn sie ihn überlebe, das von ihr in die Ehe gebrachte Gut (Fahrhabe und Fr. 225000) und von seinem Nachlasse alles, was ihr gemäss §§ 900 und 901 des Pr. G. B. als Statutarportion gebühre, zukommen solle. Beide Eheleute unterzeichneten auch noch gegenseitig die Urkunde des andern und brachten gemeinsam und persönlich beide Urkunden am 16. August dem Notar der Stadt Zürich zur Aufbewahrung in einem versiegelten und vom Notar vorschriftsgemäss mit Amtssiegel und Nummer versehenen Umschlag; die Urkunden blieben daselbst bis zum Tode der Frau X. (7. Juli 1890). Dann wurden sie vom Notar eröffnet und dem Ehemann übergeben. Der Umschlag trug bei der Übergabe an den Notar die vom Ehemann gefertigte Aufschrift „Letztwillige gegenseitige Verordnung der Eheleute X.“. Der gesetzliche Erbe der Frau X., ihr Bruder, klagte auf Ungültigerklärung der letztwilligen Verordnung seiner Schwester, weil sie Teil eines wechselseitigen Erbvertrages mit dem Beklagten sei, dieser Vertrag aber der gesetzlich vorgeschriebenen Form entbehre, und eventuell, falls die Urkunde der Frau X. als einseitige, widerrufliche, letztwillige Verfügung aufgefasst werden wollte, auch dieser die gesetzlich vorgeschriebene Form mangle.

Die Appellationskammer des Obergerichts wies die Klage ab, davon ausgehend, dass zwar, wenn die Eheleute X. bei ihren Verfügungen die Meinung gehabt hätten, einen gegenseitigen Erbvertrag in der Form eines eigenhändigen Testaments abzuschliessen, dieser Vertrag wegen Mangels der gesetzlichen Form ungültig wäre, dass aber ein darauf gerichteter Wille der Eheleute X. nicht dargethan sei, vielmehr sie einseitige widerrufliche letztwillige Verordnungen in Form eigenhändiger Testamente errichtet haben. Gegen diesen Punkt wurde Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt, mit der Behauptung, dass die Annahme, die Eheleute X. hätten sich nicht vertraglich binden wollen, aktenwidrig sei, und eventuell, dass die Annahme der Erfüllung der gesetzlichen Formen des eigenhändigen Testaments mit klarem Recht in Widerspruch stehe. Das Kas-

sationsgericht hob das Urteil auf und erklärte die letztwillige Verfügung der Frau X. als dem Kläger gegenüber nicht vorhanden.

Motive: Es ist durch die Akten festgestellt, dass die Eheleute X. durch onerosen Vertrag, der freilich rechtlich nicht wirksam geworden ist, weil er zu seiner Gültigkeit einer gesetzlichen Form, welche die Kontrahenten nicht beobachtet haben, bedurft hätte, sich Erbrechte, je der eine Ehegatte am Nachlasse des andern, zugesichert, also auf letztwillige Verordnungen, soweit dadurch die zugesicherten Erbrechte verletzt würden, verzichtet haben. Diesen Vertragswillen haben sie unzweideutig dadurch ausgedrückt, dass jeder Kontrahent die Verordnung des andern unterzeichnet hat, dass sie ihre Verordnungen in denselben Umschlag gelegt haben, dass dieser Umschlag von einem der Kontrahenten mit der Überschrift „Letztwillige gegenseitige Verordnung der Eheleute X.“ versehen worden ist, welcher Ausdruck hier zu Lande, wie derjenige „gegenseitiges Testament“ stets nur für wechselseitige Erbverträge, niemals für sog. reciproke oder korrespektive Testamente gebraucht worden ist, und dass endlich die Eheleute X. gemeinsam persönlich ihre Verordnungen in diesem Umschlag zur Aufbewahrung übergeben haben. Die Überschrift „Mein eigenhändiges Testament“ auf beiden Verordnungen spricht nicht gegen das Vorhandensein eines Vertragswillens, sondern hat offenbar seinen Grund darin, dass die Kontrahenten gemäss § 1056 Pr. G. B. ihren Erbvertrag in Form eines eigenhändigen Testaments haben errichten wollen, die weiteren Vorschriften dieses § aber missverstanden haben.

Indessen hat jeder der beiden Ehegatten seine Verordnung als eigenhändiges Testament bezeichnet und eine ausdrückliche Bezeichnung der beiderseitigen Verordnungen als eines Vertrages findet sich in ihnen nicht. Die Annahme, dass ein Vertrag vorliege, ist also immerhin nur eine Schlussfolgerung, und wenn der Richter diese nicht zieht und zu einer entgegengesetzten Auslegung durch Würdigung eines gleichfalls in den Akten liegenden Umstandes gelangt, so ist der Nichtigkeitsgrund der aktenwidrigen Annahme nicht vorhanden.

Ist somit die Annahme, dass die zwei letztwilligen Verordnungen nach der Meinung ihrer Errichter einseitig widerriefliche gewesen seien, nicht als aktenwidrig anfechtbar, so widerspricht dagegen die Annahme, dass diese angeblich einseitigen und widerrieflichen Verordnungen formell gültige,

eigenhändige Testamente seien, klarem Rechte, nämlich den §§ 996, 997, 1041 und 1045 Pr. G. B.

Zwar widerspricht es nicht einer klaren Gesetzesvorschrift, dass die beiden Verordnungen, trotzdem sie mit den Unterschriften beider Eheleute versehen sind, als zwei eigenhändige Testamente angesehen werden; denn es ist *quaestio facti*, ob durch das Mitunterzeichnen einer andern Person der Wille des Erblassers, widerruflich zu verfügen, ausgeschlossen oder zweifelhaft wird, oder ob der Erblasser aus irgend einem Grunde nur bezweckt hatte, dem Mitunterzeichner vom Inhalte des Verordneten Kenntnis zu geben.

Dagegen widerspricht es klarer gesetzlicher Vorschrift, wenn der Vorderrichter davon ausgeht, die Art und Weise der Uebergabe der Verordnungen an den Notar Seitens der Eheleute X. genüge, um jeder derselben die rechtliche Bedeutung einer in Form des eigenhändigen Testaments errichteten einseitigen und widerruflichen letztwilligen Verfügung beizulegen. Nach klarer gesetzlicher Vorschrift¹⁾ hätten die beiden Verordnungen, um die rechtliche Wirksamkeit eigenhändiger Testamente zu haben, jede in besonderm Umschlage aufbewahrt und der die letztwillige Verordnung des Ehemanns enthaltende Umschlag mit seinem Namen, der andre mit dem Namen der Ehefrau bezeichnet werden sollen. Alle gesetzlichen Bestimmungen betreffend das ordentliche (öffentliche oder eigenhändige) Testament gehen von dem Gedanken aus, zur Gültigkeit des Testaments sei erforderlich, dass der Testator durch Beobachtung bestimmter Formen beurkunde, was sein einseitiger Wille betreffend seiner Verlassenschaft sei, und auch zu rechtlich wirksamer Aufhebung oder Änderung des einmal errichteten Testaments sei erforderlich, dass der Testator vor seinem Tode die Änderung seines Willens durch Beobachtung bestimmter Formen beurkunde. Daher bestimmt § 997, dass der Notar sich von dem Willen des Testators, das Testament zu hinterlegen, genügend überzeugen, und nachdem dies geschehen, das ihm versiegelt oder unversiegelt übergebene Testament mit dem Amtssiegel versehen und auf dem Umschlag Name und Wohnort des Erblassers bezeichnen solle, wenn der Umschlag nicht

¹⁾ Das ist doch eine kühne Behauptung. Vielmehr muss das Cassationsgericht durch eine recht künstliche, um nicht mehr zu sagen, Argumentation diese „klare“ Vorschrift herausdüfteln. Das Urteil der Appellationskammer scheint uns der Sachlage entsprechender und richtiger.

bereits diese Bezeichnung trage. Daher hat ferner § 996 lit. b (wonach zur Gültigkeit eines eigenhändigen Testaments Übergabe Seitens des Testators an einen Notar zur Aufbewahrung erforderlich wird) offenbar nicht den Sinn, es genüge, um einer vom Erblasser eigenhändig geschriebenen, datierten und unterschriebenen Urkunde die rechtliche Bedeutung eines eigenhändigen Testaments beizulegen, dass dieselbe vom Erblasser dem Notar übergeben worden sei, sondern es muss der Notar vom Testator oder von der durch den Testator dazu unzweifelhaft bevollmächtigten Person davon unterrichtet werden, dass das ihm Übergebene die Beurkundung seines einseitigen letzten Willens, sein Testament bedeuten solle. Daher bestimmen ferner die §§ 1041 und 1042, der Testator habe zwar, solange er lebe, jederzeit das Recht, ein errichtetes Testament aufzuheben oder abzuändern, es müsse aber in einer der im Gesetze bestimmten Formen geschehen, und zu diesen Formen gehört, wenn es sich um ein eigenhändiges Testament handelt, nach § 1045 diejenige, dass der Testator das Testament aus der Verwahrung des Notars zurücknimmt. Hätten die Eheleute X. bei Übergabe des versiegelten Umschlags dem Notar erklärt, derselbe enthalte ihre Testamente, so wäre der Notar verpflichtet gewesen, entweder mit ihrer Ermächtigung in ihrer Gegenwart den Umschlag zu öffnen und jedes der Testamente in einen besondern Umschlag zu legen und diese besondern Umschläge vorschriftsgemäß zu versiegeln und zu bezeichnen, oder Mangels solcher Ermächtigung die Empfangnahme in demselben Umschlage zu verweigern. Da aber der dem Notar versiegelt übergebene Umschlag die Überschrift „Letztwillige gegenseitige Verordnung“ trug und diese Überschrift hier zu Lande dasselbe bedeutet was wechselseitiger Erbvertrag, so hatte der Notar keine Veranlassung, die Empfangnahme der übergebenen Urkunden und deren Aufbewahrung in dem von den Übergebern versiegelten und überschriebenen Umschlage abzulehnen. Damit hatte sich jeder der beiden Ehegatten der Möglichkeit begeben, ohne persönliche Gegenwart oder sonst genügend festgestellte Einwilligung des andern Ehegatten das im Umschlag Enthaltene aus der Verwahrung des Notars zurückzuziehen. Die Ansicht des Vorderrichters, es komme darauf nichts an, weil jedem der Ehegatten die Möglichkeit unbenommen geblieben sei, sein Testament in einer andern als der in § 1045 bezeichneten Form aufzuheben, widerspricht den §§ 1041 und 1042, welche dem Testator das Recht einräumen, die Aufhebung oder Änderung des Te-

staments in verschiedener Weise zu bewerkstelligen. Verzichtet der Testator auf dieses Recht, so beschränkt er sich von vornherein in der Möglichkeit, vor seinem Tode einer Änderung des von ihm beurkundeten einseitigen Willens gesetzlichen Ausdruck zu geben, welche Möglichkeit zum Wesen der Testierfreiheit gehört. Ein Testator kann tatsächlich gehindert sein, ein neues Testament zu errichten, dagegen nicht gehindert, das hinterlegte eigenhändige Testament vom Notar zurückzuziehen, und kann tatsächlich gehindert sein, das eigenhändige Testament da, wo er es hinterlegt hat, zurückzuziehen, dagegen nicht gehindert, da, wo er wohnt, ein neues Testament zu errichten.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. X. Nr. 22.)

17. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichtes vom 11. April 1892.

Prälegat an einen Miterben.

L. A. Perret hatte durch Testament seine Ehefrau zur Erbin für die Hälfte seiner Verlassenschaft eingesetzt und ausserdem verfügt: „dass bei der Teilung meiner Hinterlassenschaft meine l. Ehefrau M. L. geb. Senn das Recht haben soll, die Liegenschaft Eisengasse Nr. 4 in Basel zu einem Anschlagspreise von Fr. 55,000 auf Rechnung der ihr laut Testament zustehenden Ansprüche an die Verlassenschaft zu übernehmen, und dass meine Erben nicht berechtigt sein sollen, gegen den Willen meiner l. Ehefrau die Versteigerung dieser Liegenschaft zu verlangen.“ Nach seinem Tode focht sein Sohn erster Ehe diese letztere Verfügung an und verlangte öffentliche Versteigerung der Liegenschaft, weil sie weit mehr wert sei als Fr. 55,000. Bei der Inventaraufnahme schätzten zwei Experten die Liegenschaft auf Fr. 58,000, zu welchem Betrage sie die Wittwe übernehmen zu wollen erklärte. Die erste Instanz erklärte diese testamentarische Verfügung als ungültig, denn: „sie charakterisiere sich ihrem Inhalte nach nicht als Legat; dies wäre der Fall, wenn die Liegenschaft ohne weiteren Zusatz vermacht wäre; sie sei vielmehr eine Reglierung der Erbteilung durch den Erblasser, indem sie bestimme, zu welcher Summe sie auf den Erbteil anzurechnen sei. Damit enthalte sie aber einen unzulässigen Eingriff in das den Erben allein vorbehaltene Recht, die Auseinandersetzung der Erbschaft vorzunehmen,

und sei unzulässig, sobald sich einer der Miterben dagegen auflehne“. — Das Appellationsgericht änderte dieses Urteil und hielt die testamentarische Verfügung aufrecht.

Motive: Es liegt in dieser Verfügung der Wille des Testators ausgesprochen, die Liegenschaft seiner Ehefrau zuzuwenden, sie stellt sich also nach Sinn und Inhalt als ein Vorvermächtnis (Prälegat) zu Gunsten des einen Miterben dar, und hieran wird auch nichts durch den Umstand geändert, dass der Ehefrau die Zuwendung unter der äusserlichen Form der Zuweisung auf ihren Erbteil gemacht ist; es ist das die leicht erklärliche Folge davon, dass die Pflichtteilsrechte der andern Erben nicht beeinträchtigt werden konnten und daher die Liegenschaft der Ehefrau unter Anrechnung ihres Wertes vorausgegeben wurde; die Verfügung verliert dadurch ihren Charakter als Vorvermächtnis nicht, sie bleibt ein solches unter der Auflage, die Summe von Fr. 55,000 in die Erbmasse einzuwerfen (praelegatum sub modo). Es bleibt nun nur noch die Frage, ob durch diese Verfügung der Kläger in seinem Pflichtteilsrechte verletzt sei. Dies wäre der Fall, wenn die Liegenschaft einen höhern Wert als die von der Beklagten acceptierte Schätzung von Fr. 58,000 hätte. In diesem Falle wäre die letztwillige Verfügung, das Vorvermächtnis, nach § 52 des Ges. über ehel. Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen „nach Verhältnis auf das zulässige Mass zu beschränken.“ Von den verschiedenen hiefür in Betracht kommenden Modalitäten erscheint es im vorliegenden Falle, entsprechend dem im gemeinen Rechte dem Teilungsrichter anheimgegebenen billigen Ermessen, am meisten gerechtfertigt, der Beklagten das Recht einzuräumen, die Liegenschaft zu dem von ihr im Vorverfahren angebotenen Preise von Fr. 60,000 zu übernehmen, mit welcher Summe ein allfälliger Verkaufswert, der möglicherweise über den von den Experten ermittelten Wert von Fr. 58,000 zu erzielen wäre, in den vorliegenden Verhältnissen angemessen berücksichtigt ist.

18. Canton du Valais. Arrêt de la Cour d'appel et de cassation du 19 août 1891.

Testament nul pour interdiction du testateur.
Notion du mot „simplicité“.

La Cour a annulé le testament de P. dressé en 1873, par les motifs:

1^o que le testateur a été interdit en 1871 pour cause de *simplicité*;

2^o que cette interdiction n'a point été levée avant sa mort;

3^o que dans le langage usité en Valais, on se sert du mot *simple* pour désigner toute personne affligée d'*imbécillité*, d'*idiotisme* et même de *crétinisme*;

4^o qu'en conséquence le testateur était, à la date du testament, sous le poids de la présomption d'incapacité, laquelle n'a pas été détruite par des preuves contraires.

(Rapport de la Cour d'appel pour 1891 p. 19.)

19. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 15 mars 1892.

Preuve par témoins. Questions de fait ou questions de droit?

J.-A. Schaer, propriétaire de l'hôtel des Trois Couronnes à Vevey, a conclu à ce qu'il plaise à la Cour prononcer:

1. que dans une brochure éditée par G. Bridel et Cie. et intitulée *Chemin de fer Viège Zermatt*, l'annonce imprimée sur papier jaune, intitulée Vevey, doit être modifiée dans ce sens que les mots: „Les principaux hôtels de Vevey sont le Grand Hôtel de Vevey, le Grand Hôtel du Lac et l'Hôtel Mooser,“ doivent être remplacés par ceux-ci: „Parmi les principaux hôtels de Vevey on cite le Grand Hôtel etc.“
2. Que pour indemniser Sch. du dommage qui lui a été causé et qui peut lui être causé encore par la vente de l'ouvrage qui renferme l'annonce susmentionnée, G. Bridel et Cie. doivent lui payer une somme de 5000 fr. Le demandeur a déclaré vouloir prouver par témoins les allégués suivants:

„Nr. 4. L'Hôtel des Trois Couronnes soit l'Hôtel Monnet est le plus ancien, le plus réputé et le plus important des grands hôtels de Vevey.“

„Nr. 18. L'Hôtel des Trois Couronnes a eu, depuis un demi-siècle qu'il existe, et a encore aujourd'hui l'un des premiers rangs parmi tous les hôtels suisses, il n'a pas cessé d'avoir une clientèle de premier ordre, et le propriétaire actuel a fait à l'hôtel des réparations et des installations qui représentent un capital considérable.“

„Nr. 19. Indépendamment de ses installations et de sa clientèle, l'hôtel des Trois Couronnes est le plus important

des hôtels de Vevey et Corsier, comme nombre de chambres et comme capital industriel."

Les défendeurs se sont opposés à ce genre de preuves, par le motif que ces allégués constituent des appréciations juridiques qu'il n'est pas permis de prouver par témoins.

Statuant par jugement incident, le président de la Cour civile a admis la preuve testimoniale entreprise par Sch. sur les faits 4, 18 et 19. Ce jugement repose, en substance, sur les considérations ci-après: Ces trois faits ne renferment pas des appréciations juridiques ou des questions de droit, telles que fraude, dol, mandat, etc. dont la solution testimoniale entraînerait avec elle le sort du procès ou trancherait un des moyens de droit des parties. Ces allégués visent des faits sur lesquels il apparaît que des témoins peuvent être entendus utilement et qu'il serait difficile de prouver d'une autre manière. Il ne suffit pas, pour s'opposer à une preuve testimoniale, d'affirmer que le fait contient une appréciation, car en réalité un allégué, quel que soit le soin apporté à sa rédaction, renferme presque toujours une appréciation plus ou moins nettement affirmée. Pour que l'opposition soit admise, il faut que l'énonciation de cette appréciation soit telle que sa solution entraîne avec elle l'admission ou le rejet d'une notion juridique ou d'un moyen de droit. — G. Bridel et Cie. ont recouru contre ce prononcé et le Tribunal cantonal a statué ainsi qu'il suit:

Considérant qu'on ne saurait prouver par témoins ni des appréciations juridiques, telles que la fraude, le dol, etc., ni des appréciations techniques, ni même des appréciations relatives à des circonstances de fait.

Qu'en l'espèce les allégués 4, 18 et 19 portent sur le rang, l'importance et la réputation d'un hôtel.

Qu'ainsi ces allégués renferment des appréciations qui ne sauraient être soustraîtes à la Cour supérieure.

Que les preuves testimoniales ne peuvent porter que sur des faits concrets, les allégués généraux qui en résultent et qui contiennent des appréciations pouvant faire l'objet d'une autre preuve telle que, par exemple, l'ensemble des faits de la cause ou une expertise.

Que s'il en était autrement, l'autorité judiciaire supérieure serait liée même dans ses appréciations par des solutions de fait, et se trouverait ainsi privée du droit qu'elle a de tirer des déductions générales des faits concrets établis en la cause.

Que les considérations qui précèdent s'appliquent à

l'allégué 4, puisque cet allégué a trait au degré d'importance, de réputation et d'ancienneté de l'hôtel des Trois Couronnes par rapport aux autres grands hôtels de Vevey.

Qu'il y a là une série d'appréciations dominées elles-mêmes par la question de savoir quels sont, à Vevey, les établissements qui peuvent être qualifiés de grands hôtels, une telle question ayant aussi le caractère d'une appréciation et ne pouvant par conséquent pas être résolue par témoins.

Considérant qu'il en est de même de l'allégué 18, sauf pour la partie de cet allégué relative aux réparations et améliorations, lesquelles tombent sous les sens et peuvent être constatées par témoins, la preuve testimoniale étant toutefois écartée en ce qui concerne le capital consacré aux réparations et installations.

Considérant, en ce qui concerne l'allégué 19, qu'il présente comme les allégués 4 et 18 le caractère d'une appréciation qui ne saurait être l'objet d'une preuve testimoniale.

Par ces motifs, le Tribunal cantonal admet le recours de G. Bridel et Cie. et réforme le jugement incident du 24 février 1892 en ce sens que la preuve testimoniale est permise seulement pour la partie suivante de l'allégué 18..... „et que le propriétaire actuel a fait, à l'hôtel des Trois Couronnes, des réparations et des installations telles que: ascenseur, lumière électrique, nouveaux escaliers, agrandissement du grand vestibule central“ la preuve par témoins étant écartée pour tout le reste de cet allégué, ainsi que pour les allégués 4 et 19.

(Journal des tribunaux, 1892 Nr. 21.)
