

<b>Zeitschrift:</b>	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
<b>Herausgeber:</b>	Schweizerischer Juristenverein
<b>Band:</b>	13 (1894)
<b>Rubrik:</b>	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:** 18.02.2026

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

## Schweizerische Rechtspflege.

---

### 1. Kanton Zürich. Entscheid des Kassationsgerichtes vom 24. April 1893.

#### Zeitpunkt des Ablaufes von Fristen.

Die Sennereigesellschaft W. versteigerte eine Sennhütte unter Vorbehalt einer Bedenkfrist von acht Tagen für Zu- oder Absage. Am letzten Tage der Bedenkzeit beschloss sie dem Ersteigerer abzusagen und beauftragte hiemit den Gemeinderatsweibel (nicht als Amtsperson, sondern als einfachen Boten). Dieser erschien Nachts ungefähr um  $\frac{1}{2}$  10 Uhr bei der Wohnung des Ersteigerers, in welcher das Licht gelöscht war. Auf sein Pochen erschien die Frau des Ersteigerers, der selber abwesend war, nahm die Mitteilung ab, vergaß sie aber dem Manne zu bestellen. Letzterer verlangte die Zufertigung des Steigerungsobjektes auf Grund nicht rechtzeitig erfolgter Absage. Das Kassationsgericht gab ihm Recht.

Motive: Wäre die Eröffnung der Absage zur Zeit als sie geschah, für den Kläger verbindlich gewesen, wenn er zu Hause gewesen wäre, so wäre sie für ihn auch verbindlich gewesen, ungeachtet er nicht zu Hause war und sie seiner Frau gemacht wurde. Nun war aber nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Eröffnung, wie sie erfolgte, für den Kläger nicht verbindlich. Denn hiernach hatte dieselbe, um rechtlich wirksam zu sein, binnen der achttägigen Frist zu schicklicher Zeit zu geschehen, und letztere ist in den Landbezirken mit bäuerlicher Bevölkerung die Zeit bis etwa Abends 7 Uhr und jedenfalls nicht die Zeit nach Abends 9 Uhr, zu welcher Zeit regelmässig die Lichter gelöscht und die Leute zur Ruhe gegangen sind. Kläger hätte also, wenn er zu Hause gewesen wäre, den Weibel einfach fortweisen oder ihm sagen können, um diese Zeit nehme er keine Eröffnung mehr an. Also war auch eine in seiner Abwesenheit der Frau gemachte Eröffnung für ihn nicht verbindlich.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entscheid. 1893. XII. Nr. 10.)

**2. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de 1<sup>re</sup> instance  
(Chambre commerciale) du 2 mars 1893.**

Emploi du nom de famille d'une femme divorcée dans la raison commerciale de son ex-mari. Défense d'usage, même au cas de second mariage de la femme.

Georges Procter Baker, divorcé de sa femme née Troll, a néanmoins gardé la raison commerciale G. Baker-Troll et Cie. La femme, par suite d'un second mariage portant le nom de dame Thevenet, a ouvert action à G. Baker et conclut à ce que le tribunal fasse défense tant à G. Baker qu'à la société en commandite G. Baker-Troll et Cie de faire usage dans leurs enseignes, en-têtes de lettres, factures, imprimés, du nom de Troll, et leur ordonne de supprimer le vocable Troll de leur raison de commerce, de modifier en conséquence leur inscription au Registre du commerce, à peine de dommages-intérêts. Elle explique que la désignation Baker-Troll constitue, de la part du sieur Baker, une usurpation du nom de Troll, nom qu'il aurait perdu le droit d'ajouter au sien depuis le divorce. Les défendeurs s'opposent à la demande expliquant que dame Thevenet ne porte plus le nom de Troll et qu'ils ont le droit de faire usage de ce nom, ayant succédé à la société Troll et Baker. Le Tribunal déclare la demande fondée.

**Motifs:** Attendu qu'il doit être admis qu'une femme en se mariant ne perd pas son nom de famille; qu'officiellement elle continue à le porter en y adjoignant celui de son mari; que ce n'est qu'en vertu des usages que dans la vie ordinaire elle porte uniquement le nom de son mari et le sien propre; qu'en conséquence, elle a toujours le droit de revendiquer la propriété de son nom et de protester contre l'abus qui pourrait en être fait;

Attendu qu'il doit être ensuite considéré que le nom Baker-Troll, en deux mots accouplés par un trait d'union, peut faire supposer, d'après les usages établis, que le mariage existe encore entre sieur Baker et dame Troll; que les mots Baker-Troll réunis constituent un seul nom, celui d'une communauté conjugale, et non celui d'une raison sociale; que c'est donc sans droit que le sieur Baker se sert du nom de Troll en l'associant au sien au moyen d'un trait d'union; qu'il est évident que le seul droit que peut avoir sieur Baker, et étant donné qu'il a existé une société Troll et Baker, consiste à pouvoir mettre sur ses enseignes, prospectus, etc., la

désignation suivante: Troll et Baker, G. Baker successeur, ou tout autre ne permettant pas de faire supposer que sieur Baker, personnellement, peut, en raison de son mariage, ajouter le nom de Troll à son nom patronymique.

(La Semaine judiciaire, 1893. Nr. 17.)

**3. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer  
des Obergerichtes vom 6. Mai 1893.**

Ist Bürgschaft der Ehefrau gültig, wenn und weil diese Handelsfrau ist?

J. S., ein Aargauer, war Prokurist in dem von seiner Ehefrau unter der Firma W. & Cie betriebenen Geschäfte. Am 2. Juli 1883 schloss er mit einem Gläubiger, dem er schon aus der Zeit vor seiner Verheiratung noch 5000 Fr. schuldete, ein Abkommen über die allmälige Tilgung der Schuld; seine Frau verpflichtete sich „mit Einwilligung ihres Ehemannes persönlich und als Inhaberin der Firma W. & Cie für die Schuldsumme als solidarische Mitschuldnerin.“ Am 28 Oktober 1890 stellte J. S. für den Rest der Schuldsumme von Fr. 1500 einen Eigenwechsel aus, den er per procura W. & Cie unterzeichnete. Mangels Zahlung dieses Wechsels belangte der Gläubiger die Firma auf Bezahlung. Die Inhaberin derselben widersprach, indem sie geltend machte, der Schuldner sei zur Unterzeichnung des Wechsels per procura W. & Cie nicht berechtigt gewesen, da die Schuld seine persönliche gewesen und nicht im Interesse der Firma eingegangen worden sei. Von einer rechtsgültigen Bürgschaft oder Mitschuldnernschaft der Ehefrau könne aber keine Rede sein, weil sich dieselbe weder nach Zürcher noch nach Aargauer Recht ohne die Zustimmung eines ausserordentlichen Vormundes für Schulden des Ehemannes habe verpflichten können.

Die erste Instanz hiess die Klage gegen die Firma (Ehefrau) gut, weil aus den Umständen, besonders aus der Mitverpflichtung der Frau im Jahr 1883, wozu sie als Handelsfrau berechtigt gewesen sei, folge, dass sie auch mit der Unterzeichnung des Wechsels einverstanden gewesen sei; die Wechselschuld berühre auch das Geschäft insofern, als ohne Eingehung derselben der Prokurist des letzteren in Verlegenheit gekommen und das Geschäft indirekt dadurch auch geschädigt worden wäre. Eine Bürgschaft der Ehefrau zu Gunsten ihres Ehemannes liege nicht vor, da das Gegenteil aus dem Wortlaut des Vertrages hervorgehe.

Das Obergericht wies jedoch den Gläubiger mit seiner Klage ab.

**Motive:** Mit der ersten Instanz kann davon ausgegangen werden, dass die Inhaberin des Geschäftes, die ja zugleich die Ehefrau des Wechselausstellers ist, ihre Zustimmung zur Ausstellung des Wechsels gegeben habe, und dass mithin ihre Berufung auf Art. 423 O. R. unstillhaltig ist. Dagegen fragt es sich, ob dieser Akt nach den Grundsätzen des ehemaligen Güterrechtes rechtsgültig sei oder nicht. Da die Eheleute S. Aargauer Bürger sind, erhebt sich zunächst die weitere Frage, ob zürcherisches oder aargauisches Recht zur Anwendung komme; dieselbe ist in letzterem Sinne zu entscheiden. Denn nach § 3 zürch. pr. G. B. kommt das Recht des Heimatkantons zur Anwendung, wenn das Recht des Staates, dem die betr. Personen angehören, solches vorschreibt. Dass dies hier der Fall ist, kann im Hinblick auf § 8 des aarg. Gesetzes in Verbindung mit § 51 ff. daselbst (Wirkungen der Ehe) nicht bezweifelt werden.

§ 406 des aarg. Ges. B. untersagte allen Weibspersonen, Bürgschaften einzugehen; weder die Vormundschaftsbehörde, noch der Beistand, noch die Verwandten sollen die Befugnis haben, sie dafür zu ermächtigen. Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass Frau S., abgesehen von ihrer Eigenschaft als Handelsfrau, die hier nicht in Betracht kommt, da ja der Wechsel für eine voreheliche Schuld des Ehemannes S. ausgestellt wurde, eine Bürgschaft auch mit Einwilligung des Ehemannes nicht eingehen konnte. Nun ist allerdings richtig, dass dieses Verbot für die Frauen im Allgemeinen, seien sie verheiratet oder unverheiratet, nicht mehr im früheren Umfange besteht, denn die Geschlechtsvormundschaft ist seit Erlass des bürgerl. Ges. B. aufgehoben worden, im Jahr 1877; aber wenn es auch nicht mehr gilt für Jungfrauen und Witwen, so ist es doch in Kraft geblieben für Ehefrauen (vgl. Art. 7 des B. G. über die pers. Handlungsfähigkeit). Die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen wird für die Dauer der Ehe durch das kantonale Recht bestimmt mit Vorbehalt der in Art. 35 O. R. enthaltenen Bestimmung über Handelsfrauen. Wenn aber Ehefrauen überhaupt keine Bürgschaften eingehen können, so können sie sich selbstverständlich auch nicht für ihren Mann verbürgen, resp. eine Schuld für ihn übernehmen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entscheid. 1893. XII. Nr. 10.)

---

**4. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts  
vom 11. November 1892.**

Rechtsverhältnis an öffentlichen Sachen. Recht der Gemeinde zu Errichtung eines Brunnens auf öffentlicher Strasse.

Ein Hauseigentümer erhob Klage dagegen, dass die Gemeinde einen öffentlichen Brunnen vor seinem Hause mit dem gesetzlichen Abstand von seiner Mauer erstellen wollte. Er behauptete, sein Haus werde durch die Nähe des Brunnens sowohl baulich geschädigt als auch mannigfach in der Wohnlichkeit beeinträchtigt.

Durch Augenschein ist konstatiert, dass der Brunnen für das klägerische Haus allerdings keine angenehme Nachbarschaft sein würde. Die Benützung eines Brunnens zum Wasserholen und namentlich zum Viehtränken bringt unvermeidlich mancherlei Lärm, Schmutz und Geruch mit sich. Für das Schlafzimmer, dessen Fenster sich im klägerischen Hause direkt gegen den Brunnen öffnet, ist das natürlich nichts weniger als erfreulich. Es fragt sich nun, ob diese unzweiflhaft eintretende Unannehmlichkeit dem Kläger das Recht giebt, diese Anlage zu untersagen. Klägerischerseits wird dieses Recht daraus abgeleitet, die streitige Gibelfront seines Hauses habe von jeher an öffentliches Strassengebiet angegrenzt und dadurch habe das Haus ein wohl erworbene Recht darauf, dass das auch in Zukunft so bleibe, dass ihm alle Annehmlichkeiten des ungehinderten Angrenzens an eine Strasse ungeschmälert bleiben.

In der ganzen Gesetzgebung findet sich kein Anhaltpunkt zur Begründung eines solchen Rechtes. Weder im P.-R., noch im Gemeindegesetz steht ein Artikel, welcher den Staat bezw. die Gemeinden bezüglich ihres Strassengebiets ungünstiger stellen würde als den Privatmann mit seinem Grundeigentum. Die Frage, ob Staat und Gemeinde befugt seien, ein bisher als öffentliche Strasse dienendes Grundstück ohne weiteres als Bauplatz für Gebäude zu verwenden und den Privaten unter Beobachtung des gesetzlichen Abstandes von  $1\frac{1}{2}$  Meter Luft, Licht und Zugang zu verbauen, steht hier nicht im Streit und dürfte auch kaum bejaht werden. Neben den beiden Möglichkeiten, dass bisheriges völlig freies Strassengebiet entweder so verbleibt oder aber ganz verbaut wird, gibt es ja aber noch eine dritte, dass es zwar seine Eigenschaft als öffentliches Strassengebiet beibehält, in der freien Passierbarkeit aber durch kleinere Bauten, wie Brun-

nen, Brückenwaagen, Anschlagsäulen, Anlagen u. dgl. teilweise beschränkt wird. Gegen solche Verwertung des Strassengebiets hat der Anstösser keine weiteren Schutzmittel, als die ihm vom Gesetz anderen Privaten gegenüber gewährten. Dadurch, dass seit Menschengedenken, ja seit Bestehen der Ortschaft einem Hause gegenüber nie ein Brunnen bestanden hat, ist die Strasse nicht etwa mit der Servitut belastet, dass ein solcher für alle Zukunft da nicht erstellt werden darf. Die Gemeinde kann vielmehr auf ihrem öffentlichen Strassengebiet nach Belieben neue Brunnen errichten oder alte versetzen, sofern dem nicht anderweitige privatrechtliche Einspruchsgründe entgegenstehen.

Der mit der Benützung eines Brunnens unzertrennlich verbundene Lärm, Schmutz und Geruch affiziert nur Auge, Ohren oder Nase unangenehm und muss daher nach § 567 P.-R. ertragen werden. Eine bauliche Schädigung des klägerischen Hauses (Art. 568 P.-R.) steht nach eingeholtem Expertengutachten nicht in Aussicht, wenn gewisse vom Experten genau angegebene Schutzvorrichtungen getroffen werden. Die Klage wurde demnach abgewiesen unter Auflage an die Gemeinde, die genannten Schutzvorrichtungen zu treffen.

Aus diesen Gründen kann der Richter eine solche Brunnenanlage nicht untersagen. Selbstverständlich steht es aber dem Kläger frei, aus Gründen der Zweckmässigkeit auf dem Verwaltungswege an den Regierungsrat zu rekurrieren.

(Amtsber. d. Oberger. für 1892, Anh. S. 39 f.)

### 5. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 19. Juli 1892.

#### Eigentumsrecht an Friedhöfen. Einfluss des Art. 53 B. V. darauf?

Der Gemeinderat von Aesch, Namens dortiger Polizeigemeinde, verklagte den Regierungsrat von Luzern, Namens des Staates, auf Anerkennung der privatrechtlichen Verpflichtung, den Kirchhof in Aesch zu erhalten und demnach dessen Umfassungsmauer in einen guten Stand zu setzen. Diese Verpflichtung folge für den Staat daraus, dass er Rechtsnachfolger der Johanniter-Commende Hohenrain sei, zufolge Vereinbarung von 1807, die dem Staat neben andern Rechten und Pflichten der Commende auch das Patronatsrecht über die Pfarrkirche zu Aesch und damit die Unterhaltspflicht bezüglich des Friedhofes als einer zur Kirche gehörigen und

gesegneten Sache übertragen habe. Der Staat habe diese Pflicht auch anerkannt namentlich durch einen im Jahr 1858 auf Begehrungen der Gemeinde ergangenen Grossratsbeschluss betreffend Landankauf für Erweiterung des Friedhofes. Diesem Grossratsbeschlusse seien eine genaue Untersuchung der Rechtsverhältnisse durch die Domänenverwaltung, eine Erklärung des Domänenverwalters, Reg.-Rat St., über Anerkennung der Pflicht des Staats zu Fürsorge für Erweiterung des Kirchhofes, und eine Botschaft des Regierungsrats, enthaltend Anerkennung dieser Pflicht vorausgegangen. — Der bekl. Staat bestritt dem Kläger die Aktivlegitimation, weil er nicht in Verbindung mit der von der Kirchgemeinde Aesch zugleich umfassten Polizeigemeinde Mosen am Rechte auftrete. In der Hauptsache sodann wandte er ein, dass das Verhältnis der Komturei Hohenrain zu der Pfarrei Aesch nur ein kirchenrechtliches Patronatsverhältnis gewesen sei; in verschiedenen Urkunden, die von den Pflichten der Commende sprechen, sei der Unterhaltung des Kirchhofs nicht gedacht. Das Vorgehen des Regierungsrats, seines Mitgliedes St. und des Grossen Rates von 1858 und 1859 sei ein irrtümliches gewesen und habe kein Recht geschaffen. Hätte aber auch eine derartige Unterhaltpflicht für den Patron bestanden, so wäre sie durch Art. 53 B. V. gelöst worden, durch den der Friedhof zu einer selbständigen bürgerlichen Sache geworden sei. — Die Klage wurde in beiden Instanzen gutgeheissen. Aus den Motiven des Obergerichts ist mitzuteilen:

(1. Die Aktivlegitimation wird als begründet erklärt, hauptsächlich auf Grund einer regierungsrätlichen Verordnung von 1878, wonach das Verfügungrecht über die Begräbnisplätze derjenigen politischen Gemeinde zusteht, in deren Marken der Friedhof liegt, demnach hier der Polizeigemeinde Aesch.)

2. In der Hauptsache wird nun vorerst festzustellen sein, in welchem Rechtsverhältnis die Commende Hohenrain zu der Pfarrkirche Aesch gestanden. Diesbezüglich lässt der Schiedsspruch des Propstes Dr. Matthias Nidhardt zu Zürich in Streitsachen zwischen dem Komthur Johannes Hordt Namens des Gotteshauses Hohenrain und den „Kilchmeyern und gemeinen Kilchgenossen und Untertanen der Kilchen zu Aesch“ von 1454 die Vertreter der letzteren Partei behaupten, dass „vor zyten eyn edelman zu Esch gesässen die kilchen do-selbs zu Esch mit iren zechenden, zinsen, nutzen und gülten, dero sich jarlich mer dan anderthalb hundert malter guts gebürtind, an das huss Hohenreyn geben und geordnet hetti,

also do ein Comentur doselbs, wer je der wäre, dieselben kilchen zu Esch mit buw, priestern, sigristen, kelchen, öl, lichteren und mit allen andern sachen versechen und versorgen solte.“ Es ist damit ein Uebergang des sämtlichen Vermögens dieser Pfarrkirche an das Commendehaus zu Hohenrain unter Uebernahme der damit verbundenen Pflichten gegeben. Dem entsprach auch der Spruch des Schiedsrichters, der dem Haus Hohenrain auferlegte, „dass es die kilchen zu Esch buwen und in tach und gemach legen und die jezo und in künftigen zyten in gutem buw und eren haben sol one der untertanen und kilchgnossen doselbs zu Esch kosten und schaden.“ In der Folge erscheint auch die dortige Kirche als eine solche, „die keine eigene Mittel und Einkünfte hat und ganz von der Commende gebaut und unterhalten werden muss“ (Visitationsbericht von 1788).

Das bei der Commende gestandene Eigentumsrecht an der Pfarrkirche ist unbestrittenmassen auf den Staat Luzern übergegangen. Durch die Aufhebung der geistlichen Ritterorden im Kanton und Einziehung ihrer Güter und Gefälle durch den Staat i. J. 1807 fielen auch das Kollaturrecht über die Pfarrpfrund Aesch und die zu dieser Pfründe gehörigen Liegenschaften an den Staat. Diese Pfrundliegenschaften bestehen aus: . . . . 4. Kirche. Freilich darf hiebei nicht ausser Acht gelassen werden, dass in der kirchenrechtlichen Wissenschaft die Frage, ob eine Pfarrkirche in weltlichem Privateigentum resp. im Eigentum einer bürgerlichen Gemeinde, des Staates oder eines Privaten stehen könne, eine Controverse bildet. So verneinen diese Frage Vering, Lehrb. des Kirchenr. S. 769 ff., Phillips, Lehrb. des K.-R. 3. Aufl. S. 276, während Meurer, Begriff und Eigentum der heiligen Sache, II 47, Hirschel, Archiv f. kath. K.-R., Bd. 51 S. 202, und Th. A. Müller, über das Privateigentum der katholischen Kirchengebäude, S. 45 ff. sie bejahen.

Der hierortige Richter nimmt keinen Anstand, die letztere Anschauung als die richtige anzuerkennen, und zwar aus folgenden Gründen:

Einmal ist im Hinblick auf kirchenrechtliche Quellen kein Gesetz zu finden, welches die weltliche Eigentumsfähigkeit der Pfarrkirchen negiert. „Es zieht sich vielmehr, sagt Th. A. Müller, die Rechtsanschauung durch das C. J. C., dass wenn auch das Heilige als solches dem Privatrechte entzogen, die materielle Grundlage des Heiligen einer vermögensfähigen Person privatrechtlich zugänglich ist, so dass, wer die kirchliche Person als Privatrechtsträger von Kirchen-

gebäuden auf Grund kirchlicher Gesetzgebung anerkennt, auch dieselbe Rechtsfähigkeit weltlichen Personen zusprechen muss.“

Sodann kann die daherige Anschauung nach hierortiger Ansicht auch durchaus mit der Natur der Sache in Einklang gebracht werden. Von diesem Gesichtspunkte aus könnte allerdings die consecratio benedictio ein Hindernis für die Annahme des weltlichen Privateigentums an Pfarrkirchen unter der Supposition bilden, dass dieses Eigentum auf Grundlage des römisch-rechtlichen Eigentumsbegriffs zu konstruieren wäre. Diese Supposition ist aber hier ausgeschlossen. Denn es ist ein in der Wissenschaft allgemein geltender Grundsatz, welcher auch durch unsere Praxis (Entsch. d. O. G. 7. Febr. 1880) zur Anerkennung gelangt ist, dass weltliches Eigentum an einer Kirche nicht auf jenen schrankenlosen römisch-rechtlichen Eigentumsbegriff zurückzuführen ist, sondern in der kirchlichen Zweckbestimmung eine rechtliche Beschränkung findet. Mit dem Eigentum an der Kirche zu Aesch anerkennt der Staat auch die bei der Commende H. gelegene Unterhaltpflicht.

Ob diese Pflicht sich je auf den Friedhof mitbezogen habe, ist allerdings nun zu untersuchen. In sämtlichen Urkunden, die von den Pflichten der Commende bezüglich der Pfrundliegenschaften sprechen, ist der dortige Kirchhof nicht erwähnt. Allein, wie aus dem Worte „Kirchhof“ schon hervorzugehen scheint, trägt der Kirchhof da, wo wie hier er seiner natürlichen Lage zutolge in enger Verbindung mit der Kirche steht, die Qualität einer Pertinenz dieser Kirche in sich. Das ergibt sich auch aus dem C. J. C., c. un. in VI<sup>te</sup> 3, 21, wo die Kirche als principale, der Kirchhof als accessorium bezeichnet wird. Der Charakter der Pertinenz ist daher schon in der räumlichen Verbindung des Kirchhofes mit der Kirche gegeben. Infolge dessen ist es gar nicht notwendig, zur Begründung dieser Pertinenzqualität noch auf die Weihe hinzuweisen. Es wird demgemäß unter der Voraussetzung, dass die Pfarrkirche von einem Kirchhof umgeben wird, die Pertinenzeigenschaft des letztern in der heutigen Wissenschaft als unbestrittener Rechtssatz aufgestellt, vgl. Gräff, Eigentum an Kirchhöfen, S. 64; Meurer, I. c. S. 21; Mooren, über Eigentum und Benutzung der Kirchhöfe, S. 23; Schulte, Lehrb. des K.-R., 3. Aufl., S. 587. Kraft dieser Pertinenzqualität ist, wie das Eigentum und die Unterhaltpflicht bezüglich der Kirche, so auch das Eigentum und die Unterhaltpflicht hinsichtlich des Kirchhofes von der Commende Hohenrain auf den Staat übergegangen . . . . .

Wenn der Staat das Gewohnheitsrecht für sich in Anspruch nimmt und sich auf Segessers Rechtsgeschichte von Luzern beruft, wonach gewohnheitsrechtlich im Bistum Konstanz der Zehntherr regelmässig nur die Chorbaulast bezüglich der Kirche tragen müsste, so ist dem zu entgegnen, dass es sich vorliegend um eine weder aus der Eigenschaft eines Patrons, noch aus der eines Zehntherrn entspringende Unterhaltspflicht handelt, sondern um eine solche, die dem Eigentümer der Kirche als solchem obliegt.

Es hat denn auch der beklagte Staat Luzern durch seine gesetzlichen Organe selber die heute bestrittene Unterhaltspflicht anerkannt, was aus der Thatsache hervorgeht, dass der Grosse Rat auf eine Botschaft des Regierungsrats hin den von Staatswegen abgeschlossenen Kauf einer an den Aescher Friedhof anstossenden Liegenschaft behufs Erweiterung des Friedhofs genehmigte und dem Regierungsrate einen Kredit zur Bezahlung der Kaufsumme und der Arbeiten eröffnete. Dass dahерige Regierungsbeschlüsse auf Irrtum beruhen, ist nicht bewiesen. Der im Jahre 1859 von der Gemeinde Aesch an die Kosten der Friedhoferweiterung geleistete Beitrag wurde nur für den Fall versprochen, dass der Friedhof in östlicher Richtung erweitert werde, also ohne grundsätzliche Anerkennung einer Beitragspflicht.

Schliesslich ist noch die Einrede zu prüfen, dass Art. 53 B. V. eine allfällige dem Staate obliegende Verpflichtung von der Art der eingeklagten aufgehoben habe. Es darf als feststehend angenommen werden, dass Art. 53 keineswegs derartige privatrechtliche Verpflichtungen, wie sie hier der Staat als Rechtsnachfolger der Komthurei H. übernommen, aufheben wollte, wie dadurch auch offenbar die Frage des Eigentums an einem bereits bestehenden Kirchhofe nicht berührt wird, vielmehr dadurch offenbar nur den bürgerlichen Behörden das Aufsichtsrecht über die Kirchhöfe als Begräbnisplätze und die Sorge für schickliche Beerdigung zugewiesen werden will, eine Tendenz des Gesetzes, welche den im vorliegenden Falle obwaltenden Rechtsverhältnissen keineswegs störend entgegentritt. Dieser Argumentation widerstrebt auch nicht § 19 der kantonalen Verordnung von 1878 über das Begräbniswesen, der von Erstellung, Unterhalt und Besorgung der Friedhöfe handelt und diesbezüglich bestimmt, dass da, wo die betreffenden Fonds hiezu nicht ausreichen, die Kosten aus der Polizeikasse bestritten werden müssen. Es ist hier der erstinstanzlichen Motivierung beizupflichten, die ausführt: „Abgesehen davon, dass es fraglich sein könnte, ob jemand

im Wege blosser Verordnung seitens einer interessierten Behörde derartige Beschwerden überbunden werden könnten, macht quäst. Behörde selbst da einen Vorbehalt, wo besondere Baufonds vorhanden sind. Auf gleiche Linie zu stellen mit einem Baufonds ist offenbar auch eine anderweitige, privatrechtliche Verpflichtung eines Dritten, sei es ein Privatmann, eine Liegenschaft oder eine jnristische Person. Vorliegend ist dieses der Staat selbst, der am allerwenigsten durch eine Verordnung seiner Regierung sich von seiner eigenen Verpflichtung lossprechen könnte.“

(Verh. des Luz. Obergerichts v. 1892 Nr. 144.)

#### **6. Kanton Baselstadt. Urteile des Civilgerichts und des Appellationsgerichtes vom 5. April und 13. Mai 1893.**

Liegenschaftsübertragung an die Firma eines Einzelkaufmanns mit der Wirkung des Ausscheidens der Liegenschaft aus der ehelichen Gütergemeinschaft.

Heinrich Bürkli, Inhaber der Einzelfirma H. Bürkli, Ofen- und Kochherdfabrikant, kaufte eine Liegenschaft für seine Firma und wünschte sie im Grundbuche auf die Firma einzutragen zu lassen, mit der Wirkung und zu dem Zwecke, dass sie nicht in die Gütergemeinschaft falle, in der er mit seiner Ehefrau lebte, sondern ihm zu gesonderter freier Verfügung ohne Mitwirkung seiner Ehefrau gehöre. Zu diesem Behufe verlangte er von seiner Ehefrau, dass sie gemäss § 4<sup>1)</sup>) des Gesetzes über eheliches Güterrecht und Erbrecht vom 10. März 1884 ihre Einwilligung zu der Übertragung der Liegenschaft auf die Firma erteile. Die Ehefrau verweigerte ihre Zustimmung, weil sie den Kauf als einen unvorteilhaften ansah und in der Übertragung auf die Firma zu freier Verfügung des Mannes eine Gefährdung ihres in die Ehe gelangten Frauenguts erblickte. Darauf klagte der Ehemann gegen sie

<sup>1)</sup> § 4 lautet: Zu Eigentumsübertragung, Pfandbestellung oder sonstiger Belastung von Liegenschaften, seien sie von der Ehefrau in die Ehe gebracht oder nicht, ist die durch Mitunterschrift des betreffenden Aktes zu vollziehende Einwilligung der Ehefrau erforderlich. Verweigert die Ehefrau ihre Einwilligung, so kann auf Anrufen des Ehemanns das Civilgericht die Unterschrift der Ehefrau durch ein Urteil ersetzen, sofern sich ergiebt, dass das in die Ehe gelangte Frauenvermögen durch die bezügliche Verfügung des Ehemannes nicht gefährdet wird.

auf richterliche Ersetzung ihrer Mitunterschrift durch ein Urteil, gemäss demselben § 4. Das Gericht hatte in erster Linie die Frage zu prüfen, ob überhaupt die Eintragung einer Liegenschaft auf die Firma eines Einzelkaufmanns mit der Wirkung einer Ausscheidung aus dem kraft Gütergemeinschaft bestehenden ehelichen Vermögen statthaft sei. Der Kläger berief sich hiefür auf die Amtsordnung für den Grundbuchverwalter vom 19. September 1874, dessen § 14 lautet: „Firmen können nur dann als Eigentümerinnen von Liegenschaften eingetragen werden, wenn die Frauen ihrer Inhaber durch besondern Akt erklären, dass sie mit der Übertragung der Liegenschaften an die Firma einverstanden seien und demgemäß gegenüber Veräußerungen, die von der Firma ohne der Frauen Mitwirkung geschehen sollten, auf ihr Weibergutsvorrecht verzichten.“ Dieser § spreche ganz allgemein von Firmen, gelte also auch für solche von Einzelkaufleuten. Beide Instanzen erklärten aber das Begehren des Klägers als unbegründet und wiesen ihn ab. Das Civilgericht motivierte folgendermassen:

Die Bestimmung des § 4 des Ges. über eheliches Güterrecht ist eine Ausnahme von der Regel des § 2, wonach dem Ehemann die Verfügung über das gemeinsame Vermögen der Ehegatten zusteht, sei es von ihnen in die Ehe gebracht, während der Dauer derselben durch Erbschaft oder Schenkung erworben oder errungen; durch § 4 wird diese Regel dahin beschränkt, dass dem Manne ein alleiniges Verfügungsrecht nur hinsichtlich des Mobiliarvermögens zusteht. § 4 hat also zur Voraussetzung, dass eine „im Vermögen der Ehegatten“ befindliche Liegenschaft veräußert oder belastet werden soll. Nur in diesem Falle ist eine Supplierung der Zustimmung der Frau durch Gerichtsurteil gegen ihren Willen, eine richterliche Ergänzung der erforderlichen Gesamthandsverfügung gesetzlich zulässig.

Dieser Thatbestand liegt nun vor, wenn eine Gesellschaft eine Liegenschaft kauft, die bisher im Eigentum eines ihrer Teilhaber und seiner mit ihm in Gütergemeinschaft lebenden Ehefrau stand. Dann muss sie zur Eigentumsübertragung an die Gesellschaft, die ja eigene ökonomische Persönlichkeit hat, Eigentum erwerben kann, mitwirken, eventuell kann ihre Zustimmung durch Gerichtsurteil ersetzt werden. Anders gestaltet sich die Sachlage schon, wenn der Ehemann, Inhaber einer Einzelfirma, eine ihm und seiner Frau zu Gesamthand gehörige Liegenschaft auf seine Einzelfirma zu fertigen wünscht. Da die Einzelfirma kein vom Privatvermögen ihres Inhabers.

abgegrenztes selbständiges Vermögen hat, kann es sich hier nicht um eine Eigentumsübertragung an die Einzelfirma handeln; vielmehr charakterisiert sich der laut § 14 der Verordnung für den Grundbuchverwalter vom 19. September 1874 hier erforderliche, in der Praxis sogenannte Firmenverzicht der Frau als Einwilligung, dass trotz Gütergemeinschaft und entgegen § 2 folgende des Gesetzes betr. eheliches Güterrecht hinsichtlich einer, wenn auch formell, so doch nicht materiell (denn Sondereigentum des Mannes als Inhaber der Einzelfirma wird sie nicht und kann sie nach dem Güterrecht nicht werden) aus der Gemeinschaft ausscheidenden Liegenschaft der Mann alleinige Verfügungsgewalt haben solle. Noch viel weniger liegt aber der Thatbestand des § 4 eheliches Güterrecht vor, wenn der Mann eine bisher im Eigentum eines Dritten befindliche Liegenschaft von diesem Dritten als Eigentum seiner Einzelfirma übertragen erhält, und nun der Firmenverzicht der Frau erfordert wird, wie es in konkretu zutrifft. Hier enthält der Firmenverzicht offensichtlich keine Zustimmung der Frau zu Verfügungen des Ehemannes bezüglich einer bisher im Gesamteigentum der Ehegatten befindlichen Liegenschaft, sondern, wie Beklagte richtig ausführt, eine nach Voraussetzungen und Tragweite hievon völlig verschiedene generelle Verfügungsverzichtserklärung. Da sich nun deren Thatbestand mit dem von § 4 des ehelichen Güterrechts nicht deckt, ist eine Ergänzung der Einwilligung der Ehefrau durch Gerichtsspruch nicht möglich, weil das Gesetz sie eben strikte nur beim Thatbestand des § 4 vorsieht, und die Zulässigkeit einer Ergänzung verweigerten Firmenverzichts nirgends anerkennt.

Eine analoge Anwendung des § 4 auf den Firmenverzicht ist ausgeschlossen, weil nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen solche auf einen scharf begrenzten Thatbestand abstellende Ausnahmebestimmungen nicht auf anders geartete Thatbestände ausgedehnt werden können. Diese Stellungnahme des Gesetzgebers hat auch, wie Beklagte in der Duplik zutreffend ausgeführt hat, ihren guten Grund.

Führt diese Erwägung zu einer Abweisung des Klagebegehrens, so mag noch die Frage aufgeworfen werden, ob ein solcher Firmenverzicht, wie er von Grundbuch und Notaren geübt wird, eigentlich mit dem Prinzip der Wahrheit des Grundbuchs und den Regeln der Gütergemeinschaft vereinbar ist. Die Einzelfirma hat keine von ihrem Inhaber gesonderte Vermögensexistenz. Sie kann also auch kein Grundeigentum haben. Es widerspricht daher der Wahrheit, wenn sie als

Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist; Eigentümer ist vielmehr ihr Inhaber; lebt dieser mit seiner Frau in Gütergemeinschaft, so sind die nicht eingetragenen Ehegatten, im Widerspruch zum Grundbucheintrag, Eigentümer; denn Sondergut des Inhabers der Einzelfirma, des Mannes, ist die Liegenschaft nicht, weil § 3 des Gesetzes betr. eheliches Güterrecht das Sondereigenamt der Ehegatten absolut auf Kleider, Leibangehörden und Kleinodien beschränkt. Nun ist ferner sicher nach § 4 des Gesetzes betr. eheliches Güterrecht ein Generalverzicht der Frau in futurum auf die ihr gewährleistete Mitwirkung bei Verfügung über Immobilienvermögen der Ehe — sei es hinsichtlich des gesamten, sei es einzelner Teile des selben gesetzlich unwirksam. Es mag sich daher billig fragen, ob sich gegenüber § 4 cit. jener Firmenverzicht noch halten lässt, denn er enthält eben einen solchen generellen Verzicht auf ihre Mitwirkung hinsichtlich einer, wenn auch formell einer Einzelfirma, so doch materiell der Gesamthand der Ehegatten gehörigen Liegenschaft. Es ist klar, dass, wenn so der Firmenverzicht überhaupt unzulässig wäre, die Klage ebenfalls abzuweisen wäre.

Das Appellationsgericht sprach sich dahin aus:

Es ist der ersten Instanz in allem beizustimmen, was sie über die Zwecklosigkeit der Eintragung einer Liegenschaft auf die Firma eines Einzelkaufmanns im Grundbuch ausführt. Eine solche Firma repräsentiert nicht, wie das bei Gesellschaftsfirmen der Fall ist, ein von dem Vermögen ihres Inhabers getrenntes und nach gewissen Richtungen, z. B. im Konkurse gesondert behandeltes Vermögen, es existiert vielmehr nur ein einheitliches Vermögen, das alles umfasst, was der Eigentümer in- und ausserhalb des Geschäftes hat.

Die Eintragung einer Liegenschaft auf den Namen der Firma eines Einzelkaufmanns anstatt auf seinen bürgerlichen Namen erscheint daher als irrational und zwecklos, weil die Firma kein Rechtssubjekt, sondern nur der Name ist, dessen sich der Geschäftsinhaber bei seinen Geschäftshandlungen bedient, und bei dem Einzelkaufmann auch der Grund, der bei Gesellschaften die Übertragung der Liegenschaften auf die Gesellschaft (Gesellschaftsfirma) rechtfertigt, die Möglichkeit einer Ausscheidung der Gesellschaftsaktiven aus dem Privatvermögen der Gesellschafter behufs gesonderter rechtlicher Behandlung nach gesetzlicher Massgabe, nicht Platz greift. Die im Geschäft steckenden Aktiven eines verheirateten Einzelkaufmanns sind ebensogut wie seine sonstigen Aktiven Teile der ehelichen Gütergemeinschaft und fallen somit von selbst.

bei Tod eines Ehegatten in die Teilung zwischen dessen Erben und dem überlebenden, während es bei Gesellschaften vorkommen kann, dass das Gesellschaftsvermögen den Ehegatten der Gesellschafter ganz entzogen ist und bei Tod eines Gesellschafters mit Ausschluss von dessen Witwe und Erben nach Gesellschaftsvertrag den andern Associés verbleibt. Demgemäß wäre es für die Ehefrau eines Einzelkaufmanns unpräjudizierlich, wenn auch eine vom letztern erworbene Liegenschaft auf den Namen der Firma im Grundbuch eingetragen würde, sie wäre doch kraft der Gütergemeinschaft daran beteiligt, und darum ist es grundsätzlich richtiger, die Ehefrau von vornherein als Anteilhaberin ebenfalls einzutragen. Ebenso muss die Übertragung einer Liegenschaft eines verheirateten Einzelkaufmanns auf seine Firma als ein juristisch irrelevantes und daher unzulässiges Rechtsgeschäft erscheinen, sofern dadurch eine Eigentumsübertragung bewirkt werden wollte, zu der nach § 4 des Gesetzes über eheliches Güterrecht und Erbrecht die Mitunterschrift der Ehefrau erforderlich wäre. Denn in Wahrheit fände kein Eigentumswechsel statt, sondern die Liegenschaft bliebe nach wie vor in der Gütergemeinschaft und die Übertragung hätte daher den im § 4 cit. ins Auge gefassten Zweck nicht, denn bei späterer Veräußerung oder Belastung der Liegenschaft wäre die Einwilligung der Ehefrau, da sie rechtlich Anteilhaberin geblieben ist, trotz der früher erfolgten Übertragung auf die Firma nicht entbehrlich. Das Begehrn des Klägers, das Gericht möge die von der Ehefrau verweigerte Einwilligung zur Übertragung der Liegenschaft auf die Firma des ehemännlichen Geschäfts durch richterliche Ermächtigung ersetzen, entbehrt daher eines rechtlichen Fundaments und könnte in der That, wie die erste Instanz richtig ausführt, nur einen Sinn haben als allgemeine Ermächtigung an den Ehemann, künftig einmal ohne Mitwirkung der Ehefrau über die Liegenschaft verfügen zu dürfen. Eine solche allgemeine Ermächtigung, die dem Ehemann für künftige Zeiten freie Hand gäbe, auch unter vielleicht wesentlich veränderten Vermögensverhältnissen die Liegenschaft unter Gefährdung des Frauengutes zu veräußern und zu belasten, liegt nicht im Sinne des § 4 cit. Auch wäre gar nicht einzusehen, warum das nur Handelsleuten, die sich einer Firma bedienen, gestattet werden sollte; jeder andere könnte ebenso gut für sich einen solchen allgemeinen Verzicht der Ehefrau beanspruchen, da die Firma kein juristisches Kriterium bilden kann, und dann käme der Rechtszustand in die grösste Ver-

wirrung. Nicht einmal ein Zweckmässigkeitsgrund spricht für diese von dem Kläger in Anspruch genommene Rücksicht auf Einzelkaufleute, da es für diese keinerlei Schwierigkeiten macht, bei Veräußerung oder Belastung einer in dem Geschäft benutzten Liegenschaft die Mitunterschrift der Frau einzuholen.

Auch der § 14 der Verordnung für den Grundbuchverwalter vom 19. September 1874 kann sich nur auf die Fälle beziehen, wo es sich um Übertragung einer Liegenschaft auf eine Gesellschaftsfirma handelt. Ist diese Beschränkung auch, obschon sie seiner Zeit bei den Beratungen des Justizkollegiums, deren Ausfluss dieser § 14 war, einzig ins Auge gefasst war, im § 14 selbst nicht ausdrücklich ausgesprochen, so ergiebt sie sich eben mit Notwendigkeit daraus, dass der besagte § nur auf dem Boden des geltenden ehelichen Güterrechts steht und also nur soweit anwendbar ist, als überhaupt nach letzterem die Übertragung auf eine Firma einen juristischen Sinn hat und rechtlich zulässig ist.

#### 7. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 20. September 1892.

Miteigentum. Zusprechung des Alleineigentums an die Partei, die ein grösseres Interesse an der Sache hat, gegen Entschädigung der andern.

Die Parteien waren Miteigentümer einer Sennhütte, die seit längerer Zeit ihrem ursprünglichen Zwecke der Käserei nicht mehr diente, sondern nur zur Aufbewahrung und Kühlhaltung von Milch benutzt wurde. Die hiezu geeignete Räumlichkeit reichte für die bezüglichen Bedürfnisse beider Parteien nicht aus, und letztere waren ohnedies in einem feindseligen Verhältnisse zu einander. Die Kläger verlangten daher Aufhebung des Miteigentums durch Versteigerung der Sennhütte. Die Beklagten, zur Zeit die Benutzer der Hütte, beantragten Zusprechung des Alleineigentums an sie gegen Bezahlung der Hälfte des Werts der Hütte an die Kläger, weil sie ein weit grösseres Interesse am Besitz der Hütte hätten als die Kläger.

Die erste Instanz sprach die Hütte den Beklagten zu Alleineigentum zu gegen eine Vergütung von 700 Fr. als der Hälfte des durch Experten ermittelten Verkehrswertes von 1400 Fr. an die Kläger, weil nach den Verhältnissen weder eine gemeinsame Benutzung noch eine Realteilung

möglich sei und die Zusprechung des Alleineigentums an die Partei, welche ein besonderes Interesse an realem Besitz habe, sich rechtfertige; durch eine Gant und die auf ihr etwa erfolgenden hohen Angebote<sup>1)</sup> könnte dieser letztere Zweck leicht vereitelt werden; aus den örtlichen Verhältnissen, namentlich der unmittelbaren Nähe der Hütte bei den Liegenschaften der Beklagten und ihrer grösseren Entfernung von denen der Kläger, folge, dass die ersteren an dem Besitze der Hütte ein grösseres Interesse haben.

Die zweite Instanz, vor der sich die Kläger zur Bezahlung von 1000 Fr. an die Beklagten erbaten, falls ihnen (Klägern) die Hütte zu Alleineigentum zugesprochen würde, bestätigte das erstinstanzliche Urteil mit Erhöhung der Summe von 700 Fr. auf 1000 Fr.

Unter Verweisung auf die erstinstanzlichen Motive wird beigefügt: Es kann nicht einzig massgebend sein der Verkehrswert der Sennhütte, wie er durch die Expertise ermittelt worden ist. Vielmehr ist in Berücksichtigung zu ziehen der Wert, den sie speziell für das Heimwesen der Beklagten als der nächsten Nachbarn hat. Dieser besondere Wert ist in casu um so eher zu berücksichtigen, als die Kläger, deren Liegenschaften weiter entfernt sind, durch ihr Angebot von 1000 Fr. gezeigt haben, dass sie der Hütte diesen besonderen Wert auch mit Rücksicht auf ihre Liegenschaften beigemessen haben und bereit gewesen sind, die Hütte unter den gleichen Bedingungen an sich zu ziehen.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XI Nr. 24.)

#### 8. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts vom 23. Mai 1891.

#### Unterschied von Lehenzinsen, Ehehaftem und Wasserzinsen bei Mühlen.

Eine Anzahl Wasserwerkbesitzer in Schaffhausen lehnten ihre Pflicht zur Zahlung von Wasserzins an den Staat ab, da ihre Gewerke früher an die Stadt, die Rechtsvorgängerin des Staats, einen Lehenzins bezahlt, denselben aber später abgelöst haben, weshalb sie nach § 23 des Gesetzes betreffend die Gewässer steuerfrei seien.

Die Würdigung dieser Einrede erfordert eine scharfe

<sup>1)</sup> Hat aber die Gegenpartei nicht ein Recht darauf, durch solche Angebote den wahren Wert der Sache feststellen zu lassen? Die Redaktion.

Ausscheidung der Begriffe und eine kurze historische Darstellung der in Frage kommenden Verhältnisse. Auf den Mühlen in Schaffhausen und somit auch auf den Werken der Beklagten ruhten in älterer Zeit zweierlei Lasten, Lehenzinsen und Ehehaften, auch Canon genannt. Die Mühlen gingen nach der Reformation vom Kloster Allerheiligen an die Stadt über und wurden von ihr in der Folge als Lehen an Private vergeben. Zwei der beklagtischen Mühlen waren Schupflehen, d. h. sie gingen beim Tod eines Lehenträgers nicht ohne weiteres auf seinen Rechtsnachfolger über, sondern mussten jeweils dem Lebensherrn durch eine besondere Gebühr wieder abgekauft werden, während die dritte Mühle ein Erblehen war, das direkt vererbte und von dem nur der jährliche Lehenzins zu zahlen war. Als in Folge der modernen Ausgestaltung der Kantonsverfassung das Vermögen von Kanton und Stadt Schaffhausen ausgeschieden wurde, fielen eine Anzahl Lehenmühlen, darunter auch die beklagtischen, an die Stadt und diese verkaufte sie in der Folge wieder an Private. Bei den beiden Schupflehen hatte dieser Verkauf eine doppelte Bedeutung: einmal wurden diese Mühlen freies Eigentum der Erwerber, von der beim Tod eines Lehenträgers vom neuen Lehenträger zu zahlenden Gebühr befreit, und sodann wurde auch der Lehenzins abgelöst. Bei dem Erblehen konnte es sich nur um Ablösung des Lehenzinses handeln. Im übrigen ging dasselbe wie freies Eigentum ohne Einmischung der Stadt von Hand zu Hand; nur war vor Ablösung des Lehenzinses derselbe in den Fertigungsprotokollen jeweils ausdrücklich vorbehalten.

Ein Wasserzins im Sinn des modernen Gesetzes über die Gewässer hat im Lehenzins nie gesteckt und ist somit mit ihm nicht abgelöst worden. Der Lehenträger zahlte an den Lebensherrn den Lehenzins nicht für das Recht, das der Öffentlichkeit, dem Staat gehörende Wasser zu benützen, sondern für die Benützung der vom Lebensherrn auf seine Kosten erstellten Mühlenanlage. Das kommt deutlich zum Ausdruck durch einen sich jeweils bei der Fertigung findenden ausdrücklichen Vorbehalt, der beispielsweise einmal im Jahr 1852 folgendermassen lautet: „Es haften auf derselben zur Zeit keine Wasserzinsen an den Staat und es können auch, zu welchem Zwecke oder Gewerbe das Gebäude eingerichtet werden mag, keine neuen Lasten darauf gelegt werden, ausser solchen, welche sich auf die allgemeinen Landesgesetze gründen.“ Die Stadt war sich demgemäss beim Verkauf ganz genau bewusst, sie könne keine Garantie dafür über-

nehmen, dass nicht vielleicht später der Staat kraft eines allgemeinen Landesgesetzes einen Wasserzins auf die verkaufte Anlage legen könnte. Da Lehnsvorbindlichkeiten an den Staat zur Zeit, da die beklagtischen Mühlen von der Stadt an Private veräussert wurden, nicht bestanden, so ist auch die Auslegung unmöglich, mit der Ablösung der an die Stadt bisher bezahlten Lehenzinsen sei eben auch der Wasserzins abgelöst worden. Es gab eben in früherer Zeit einen Wasserzins im Sinn des modernen Gesetzes überhaupt nicht. Wenn daher der Staat kraft seiner allgemeinen Steuerhoheit neuerdings für die Benützung der öffentlichen Gewässer einen Wasserzins erhebt, so kann sich der Steuerpflichtige nicht hinter den seiner Zeit abgelösten Lehenzins verschanzen. Ein allgemeines Landesgesetz ist dieses neue Gesetz ohne Zweifel und der dagegen gerichtete beklagtsche Einwand völlig unbegründet. Allgemeines Landesgesetz ist jede gesetzliche Bestimmung, die auf Jedermann Anwendung findet, der sich in einer gewissen Lage befindet, etwas Bestimmtes thut oder unterlässt, einen bestimmten Anspruch erhebt u. s. f. Das Gesetz über die Gewässer legt Jedem ohne Unterschied der Person den Wasserzins auf, der aus einem öffentlichen Gewässer Wasserkraft bezieht. Es steht demnach im Prinzip fest, dass die Beklagten zur Zahlung des Wasserzinses verpflichtet sind, sofern sie sich zu ihrer Entlastung auf keinen andern Rechtstitel berufen können als auf die einstige Ablösung eines Lehenzinses.

Neben dem Lehenzins haftete auf den Mühlen in früherer Zeit noch eine weitere Abgabe, die Ehehaftens, auch Canon genannt. Nach dem Gesetz über die Ehehaftens von 1808 fielen unter den Begriff der Ehehaftens: Mühlen und alle anderen Wasserwerke, die durch Räder getrieben werden, öffentliche Badanstalten, Bleichen, Ziegelhütten, Öltrotten, Tavernen, Wirtshäuser, Bierbrauereien und Metzgen. Diese ehehaftens Gewerbe standen unter der besonderen Aufsicht des Regierungsrates bzw. Kleinen Rats und hatten nebst einer einmaligen Rekognitionsgebühr für die Bewilligung des Betriebs eine jährliche Gewerbegebühr, einen Canon zu zahlen. Diese Gewerbesteuer bestand bis zum Jahr 1855, zum Erlass des von diesem Jahr datierten Gewerbegesetzes, welches sie gemäss dem Grundsatz der Gewerbefreiheit aufhob.

Ein solcher Ehehaftenzins wurde nun allerdings von zweien der beklagtschen Mühlen nie bezogen und es will daraus der Schluss gezogen werden, also müsse er seiner Zeit abgelöst worden sein und da er identisch sei mit dem

Wasserzins, so könne ein solcher jetzt nicht mehr auferlegt werden. Einmal angenommen, Ehehaftenzins und Wasserzins seien identisch gewesen, so ist das darum nicht zu treffend, weil in früherer Zeit der Staat bezw. die mit ihm identische Stadt ja selbst Eigentümer der Mühlen war und daher selbstverständlich nicht von sich selbst Steuer erhob. Von einer Ablösung, welche allein vom Wasserzins befreien könnte, kann daher keine Rede sein. Auf der dritten beklahtischen Mühle lastete seiner Zeit allerdings ein Ehehaftenzins, aber nicht ein alter, sondern erst ein aus neuerer Zeit stammender. Im Jahr 1825 wurde nämlich dem damaligen Eigentümer bewilligt, eine Walkmühle zu errichten und zu diesem Zweck noch ein neues Wasserrad einzusetzen, wofür eine einmalige Rekognitionsgebühr und ein jährlicher Canon zu entrichten war. Mit dem Lehenzins wurde in der Folge auch dieser Ehehaftenzins ausgelöst und es kann sich daher der heutige Eigentümer dieses Wasserwerkes bezüglich dieses ausgelösten Ehehaftenzinses mit Recht auf § 23 Abs. 2 des Gesetzes über die Gewässer berufen, wenn Ehehaftenzins und Wasserzins wirklich identisch sind. Es ist somit noch das begrifflich und historisch festzustellen.

Der aus dem Mittelalter stammende Begriff der Ehehaften hatte ursprünglich wesentlich die Bedeutung, dass gewisse Gewerbe nur in bestimmt beschränkter Anzahl kraft eines besonderen, in der Regel an ein bestimmtes Grundstück gebundenen Rechts ausgeübt werden durften. Mit einer solchen Ehehafte war einerseits eine Beschränkung, eine besondere Aufsicht verbunden, anderseits aber auch ein Privileg, ein Schutz gegen unwillkommene Konkurrenz. Es handelte sich also um eine eigentliche Gewerbegebühr und wenn auch Mühlen solche ehehafte Gewerbe waren, so war dabei gewiss der ursprüngliche leitende Gedanke nicht der, sie zahlen die Gebühr für die Benützung des Wassers, sondern für die Erlaubnis zum ausschliesslichen Betrieb des Müllergewerbes. Wären bei uns Windmühlen bekannt gewesen, so hätten ohne Zweifel auch sie den Ehehaftenzins zahlen müssen. Ursprünglich waren somit Ehehaftenzins und Wasserzins kaum identisch und es liesse sich daher ganz wohl erwägen, ob nicht die Klage auch gegenüber dem dritten beklahtischen Gewerbe in ihrem vollen Umfange gut zu heissen wäre. Nachdem aber klägerischerseits dieser Standpunkt nicht eingenummen, vielmehr der Ehehaftenzins als Wasserzins anerkannt worden ist, kann der Richter auch nicht darauf eingetreten. In der That scheint sich im Verlauf der Zeit der ursprüngliche Charakter des Ehehaftenzinses im allgemeinen

Bewusstsein verwischt und die Anschauung Platz gegriffen zu haben, dass der von den Wasserwerken erhobene Canon eine Entschädigung für die Benützung des Wassers sei. Schon das Gesetz über die Ehehaftten vom Jahr 1808, welches die Ehehaftten nicht neu einführte, sondern nur die Verhältnisse der schon bestehenden regelte, scheint von diesem Gedanken getragen zu sein, indem es ausser den Mühlen alle Wasserwerke, welche mit Rädern getrieben werden, dem Ehehaftenzins unterstellte. Das Gewerbegesetz von 1855 sodann hob die Ehehaftten auf, sagte jedoch in § 142, für die Benützung von öffentlichen Gewässern werde von den bisher Berechtigten der Wasserzins auch ferner erhoben. Es entstand dann die Ungewissheit, wie das zu verstehen sei, ob der bisherige Ehehaftenzins von den Wasserwerken ausnahmsweise als Wasserzins noch ferner erhoben werden solle. Im Jahr 1858 wurde zur Lösung dieses Zweifels eine Grossratskommission eingesetzt, welche in einem bei den Akten liegenden Bericht zu dem Schluss gelangte, die Erhebung eines Wasserzinses würde der Gewerbefreiheit widersprechen und § 142 des Gewerbegesetzes sei so zu verstehen, dass nicht der Staat von den bisherigen Wasserzinspflichtigen, Wasserwerkberechtigten, den Wasserzins bezieht, sondern nur so, dass es nicht in seiner Befugnis liege, in die Privatrechte Dritter einzutreten und die Bezüge aufzuheben, welche Korporationen oder Private aus privatrechtlichen Gründen für Benützung von Gewässern erheben, d. h. wohl die Kommission verwechselte Lehenzins und Wasserzins und sprach den selbstverständlichen Satz aus, dass durch das Gewerbegesetz die Lehenzinse nicht aufgehoben seien. Dieser Antrag der Kommission wurde vom Grossen Rat am 22. Dezbr. 1858 zum Beschluss erhoben und in Folge davon einem heute nicht im Streit stehenden Wasserwerkbesitzer, der den bisherigen Ehehaftenzins noch fortbezahlt hatte, das seit Erlass des Gewerbegesetzes Bezahlte wieder zurückgestattet. Es geht aus allem dem hervor, dass in der allgemeinen Anschauung der von den Wasserwerken erhobene Ehehaftenzins als ein eigentlicher Wasserzins galt, wie er denn auch in den Büchern des Staates als solcher gebucht wurde.

Die Klage des Fiskus wurde daher den beiden ersten Wasserwerken gegenüber begründet erklärt, gegenüber dem dritten nur insofern sie sich nicht auf die durch Konzession von 1825 neu bewilligte Wasserkraft bezieht, hinsichtlich welcher der Wasserzins abgelöst worden ist.

(Amtsber. d. Oberger. für 1892, Anh. S. 58 ff.)

**9. Kanton Uri. Urteile des Kreisgerichts und des Obergerichts vom 16. April und 9. Juli 1890.**

**Einwerfen mitverpfändeter Güter in die Liquidation aufgeworfener Liegenschaften.**

Nach § 43 der Fallimentsordnung von Uri v. 7. April 1854 kann „Jemand, der übrigens seinen Gläubigern gehörig entspricht, ein Gebäude oder eine Liegenschaft aufwerfen und den Kreditoren zustellen.“ Dann wird nach § 24 und 25 das Gut den Hypothekargläubigern zur Übernahme angeboten, und zwar zuerst dem hintersten unter der Pflicht der Mitübernahme der ihm vorgehenden Hypotheken, bei seinem Verzicht dem nächst vorangehenden u. s. w. Ist in einer solchen Hypothek auch eine andere Liegenschaft mitverpfändet, so kann der Eigentümer der letzteren aufgefordert werden, das ganze Unterpfand, also auch das aufgeworfene Gut mit dessen Verpflichtungen zu übernehmen oder auf seinen Anteil zu verzichten und ihn den Kreditoren zuzustellen (§ 28 das.).

Im vorliegenden Falle hatte F. Zurfluh seine Hofstatt den Kreditoren aufgeworfen; Namens dieser verlangte die Fallimentskommission noch Einwerfung des daran stossenden, ebenfalls dem Zurfluh gehörigen Kornmätteli, weil es in den Pfandbriefen mitverpfändet sei, was sich daraus ergebe, dass die in diesen Briefen angegebene Schatzung des Pfandes (13,000 Gulden) beide Liegenschaften umfasse; dass die betreffenden Kapitalien im Hypothekenbuch nicht auch auf das Kornmätteli eingetragen seien, erkläre sich aus der Nachlässigkeit, die bei deren Errichtung offenkundig geherrscht habe. Eventuell verlangte die Klagpartei, dass die obere Hälfte des auf dem Gute stehenden Gadens als zur Hofstatt gehörig erklärt und eine genaue Vermarkung zwischen Hofstatt und Kornmätteli in diesem Sinne angeordnet werde. Der Beklagte bestritt, dass das Kornmätteli mitverpfändet sei und dass der Gaden zum Teil auf der Hofstatt stehe.

Das Kreisgericht wies das prinzipiale Begehren der Klage ab, „weil die in Frage kommenden Kapitalien nur auf der Hofstatt haften und nicht auch auf dessen Kornmätteli, indem darin nur die Hofstatt als Unterpfand verschrieben ist und alle Kapitalien im Hypothekenbuch nur auf der Hofstatt, nicht auch auf dem Kornmätteli eingeschrieben sind.“

Das Obergericht ist dieser Ansicht beigetreten.

Mehr Interesse hat das eventuelle Begehren. Aus den Zeugenabhörungen ergab sich dem Gerichte, dass der Vorgänger des Zurfluh im Eigentum der Hofstatt, nachdem er

das Kornmätteli dazu gekauft, die beiden Gaden auf der Hofstatt und dem Kornmätteli niedergerissen und aus dem für beide Gaden erhaltenen Vergabungsholz einen neuen, für beide Liegenschaften gemeinsamen und zu beiden gehörigen Gaden erstellt und bei Verkauf der Güter an Zurfluh ausdrücklich erklärt hatte, der Gaden gehöre zur einen Hälfte zur Hofstatt, zur andern zum Kornmätteli, und es müsse darauf Rücksicht genommen werden, wenn je die beiden Grundstücke wieder von einander getrennt verkauft werden sollten. Ebenso sei auch seit Neubau des Gadens das Heu und das Emd sowohl von der Hofstatt als vom Kornmätteli in diesem Gaden eingehemst worden; dagegen habe Zurfluh den alten Hag nebst Mauer zwischen Hofstatt und Kornmätteli beseitigt und einige Hagstösse erstellt, welche gegen den Gaden zu einen Winkel machen, und zwar offenbar zu dem Zwecke, damit der Gaden ganz in das Kornmätteli zu stehen komme. Demgemäß sprach das Kreisgericht der Klägerin das eventuelle Rechtsbegehren zu, und das Obergericht bestätigte diesen Entscheid mit der weiteren Motivierung:

in Betracht, dass dem Zurfluh die Aufwerfung der Hofstatt bewilligt wurde, weil laut Bescheinigung des Gemeinderats in der Hofstatt an Dach und Geinach nichts vernachlässigt war und die Liegenschaft sich überhaupt in gutem Zustand befand;

dass diese Bescheinigung nur dann einen Sinn hat, wenn zu der Hofstatt wirklich ein Gaden gehört und zwar der fragliche halbe Gaden;

dass nach § 48 Fall. O.<sup>1)</sup>) die Aufwerfung gar nicht hätte bewilligt werden können, wenn der halbe Gaden nicht zur Hofstatt gehörte, und der seiner Zeit in der Hofstatt gestandene und dann beseitigte Gaden nicht durch einen andern ersetzt worden wäre;

dass dem entsprechend der Gemeinderat die Erklärung eingab, dass die Hälfte des Gadens zur Hofstatt gehören solle, auch wenn derselbe teilweise oder ganz im Kornmätteli stehen sollte, indem seiner Zeit für einen Gaden in der Hofstatt Holz vergabt wurde.

---

<sup>1)</sup>) Dieser § 48 sagt nämlich, die Aufwerfung sei nur zu gestatten auf Bescheinigung der Gemeindebehörde, dass der Aufwerfende „die Gebäude weder vernachlässigt noch mutwillig oder absichtlich beschädigt und in Abgang gebracht habe.“

**10. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichtes  
vom 12. Juli 1892.**

Wohlerworbenes Dienstbarkeitsrecht auf einen bisher vom Nachbar in dessen eigenen Bedürfnisse erstellten und unterhaltenen, nun aber wegen Aufhörens des eigenen Bedürfnisses besetzten Hag?

Die Alp B. in der politischen Gemeinde Wildhaus ist Eigentum der Ortsgemeinde Wildhaus. Sie stösst in ihrem östlichen Teile gegen Süden thalwärts auf eine längere Strecke an die Privatliegenschaften dortiger Einwohner. Auf diesem Südrande der Alp und diesen Privatgütern entlang führt ein Fahrweg von und zu der östlich der Alp B. gelegenen Alp X. und längs dieses Fahrweges auf derselben Strecke befand sich bis 1890 ein Friedhag. Bis 1881 war die ganze Alp B. Wald und Weideland und im besondern auch das an die Privatgüter anstossende Areal den Alpgenossen zum Weidgange überlassen. Der Friedhag stand auf Grund und Boden der Alp und verhinderte das auf der Alp weidende Vieh der Alpgenossen, sich überhaupt von der Alp weg zu verlaufen, und im besondern vor dem Uebertreten in die anstossenden Privatgüter. Natürlich war durch diesen Hag aber auch das Vieh auf den anstossenden Privatgütern verhindert, in die Alp überzutreten. Erstellung und Unterhalt des Hages war von jeher Sache der Ortsgemeinde als Alpeigentümerin. Sie hat das Holzmaterial hiefür aus der Alpwaldung angewiesen, die Arbeitsleistung dagegen nicht in eigener Regie auf Alpkosten besorgt, sondern seit alter Zeit einzelnen Drittpersonen überbunden, die (wenn nicht gar alle, so doch in ihrer Mehrzahl) als Alpgenossen mit bestimmten Alprechten zum Viehauftrieb auf diese Alp berechtigt waren. Laut Friedhagurbar der Alp B. mussten alle Hagpflichtigen für richtige Erfüllung ihrer Hagpflicht pfandrechtliche Sicherheit leisten und haben die meisten hiefür ihre eigenen Alprechte als Unterpfand eingesetzt. Bei den wenigen, die hiefür anderes Grundpfand einsetzten, ist im vorliegenden Rechtsstreite unausgemittelt geblieben, ob nicht auch sie alpberechtigt und in dieser Eigenschaft, oder ob sie kraft eines andern Rechtstitels zur Hagpflicht herangezogen waren. So war die ganze Hagstrecke in einzelne Teilstrecken verschiedener Länge zerlegt, den einzelnen Pflichtigen zur Erstellung und Unterhalt zugewiesen. Die an die Alp anstossenden Privatgüter waren als solche, d. h. bloss vermöge ihrer Anstösserschaft, nicht

hagpflichtig; wohl aber waren einzelne kraft anderer besonderer Rechtstitel, die einen mit ganzer, andere mit teilweiser Hagpflicht belastet; wieder andere waren ganz frei. Auf den Privatgütern der Anstösser A. und G. haftete keine Hagpflicht; dagegen sind A. und G. persönlich als Besitzer von Alprechten der Alp B. jeder für eine bestimmte Strecke hagpflichtig zu Gunsten der Alp B.; aber ihre Hagpflichtstrecke lag nicht da, wo ihre Güter an die Alp anstossen.

Im Jahre 1881 vereinbarte die Ortsgemeinde mit den Alpgenossen eine Ausscheidung von Wald und Weide in der Alp B., wobei drei Komplexe des Alpareals als absolutes Waldgebiet erklärt und abgemarkt wurden. Von diesen drei Komplexen wurde vorläufig einer dauernd vom Weidgang ausgeschlossen. Bei dieser Ausscheidung wurde das unmittelbar oberhalb an die Privatgüter von A. und G. anstossende Alpareal, hauptsächlich dem Waldgebiet, speziell als Schutzwaldung zugeschieden, in welchem kein Weidgang mehr stattfinden sollte.

Die Alpverwaltung trat im Jahre 1890 mit den Hagpflichtigen (Alpgenossen) im Sinne der regierungsrätlichen Verordnung vom 8. Jänner 1886 in Unterhandlung über Ablösung der Hagpflicht oberhalb der Privatgüter von A. und G.: „indem in Folge der Ausscheidung von Wald und Weide „vom Jahr 1881 die Friedung an dieser Stelle für die Alp „überflüssig geworden sei.“ — Sie einigte sich mit 28 Friedhagpflichtigen dahin, dass diese per Meter bestehender Friedmauer 75 Rp. und per Meter Holzhag Fr. 1. 50 an die Genossenkasse bezahlen. Von allen Friedhagpflichtigen haben sich nur A. und G. geweigert, dieser Abmachung beizutreten. Sie lehnten aber nicht bloss jegliche Beitragspflicht an diese Hagpflichtauslösung ab, sondern sie protestierten direkt gegen die Aufhebung des Friedhages längs ihrer Güter, da ihnen auf dessen Fortbestand ein wohl erworbenes Recht zustehe, und durch dessen Beseitigung neue Lasten in Benützung ihrer Liegenschaften durch notwendig werdende Viehhut oder Haltung erwachsen.

A. und G. erhoben gerichtliche Klage gegenüber der Ortsgemeinde Wildhaus mit dem Begehren, dass die von ihr mit den bisher Friedhagpflichtig gewesenen vereinbarte Hagpflichtauslösung für sie (A. und G.) nicht verbindlich sei; wogegen die Ortsgemeinde das Begehren stellte, es seien die Einsprachen von A. und G. gegen diese Friedhagauslösung abzuweisen.

Das Kantonsgericht hat die Kläger A. und G. mit ihren

gegen die Friedhagauslösung erhobenen Einsprachen abgewiesen. In Erwägung:

Da der Friedhag nach übereinstimmender Angabe beider Parteien einseitig von der Alp B., bezw. durch die von ihr hiefür in Hagpflicht genommenen Privaten erstellt und unterhalten worden ist und die anstossenden Liegenschaften von A. und G. nicht hagpflichtig waren, so kann das streitige Hagverhältnis auch nicht unter die Art. 10 oder 15, Satz 2 des Dienstbarkeitengesetzes fallen, bei denen eine von den beidseitigen Anstössern gemeinsam geleistete Hagung vorausgesetzt wird.

Die Kläger A. und G. stehen in doppelter Rechtsstellung zu diesem Hagverhältnisse, nämlich als hagpflichtige Alp-geossen, bezw. Private, und als (angeblich) hagberechtigte Gutsanstösser an die (angeblich) hagpflichtige Alp B.

Für A. und G. als hagpflichtigen Privaten ist die mit den andern 28 mithagpflichtigen Privaten getroffene Friedhagauslösung allerdings nicht verbindlich. Sie haben Anspruch, dass man auch mit ihnen eine Vereinbarung, vielleicht zu anderen Bedingungen, treffe oder die streitige Auslösungsfrage gerichtlich mit ihnen austrage. In dieser Stellung haben sie aber auch kein Recht zur Einsprache gegen die von allen andern acceptierte Auslösung zu erheben.

Als vermeintlich hagberechtigte Gutsanstösser: Wenn überhaupt eine Hagpflicht als Grunddienstbarkeit zu Lasten der Alp B. und zu Gunsten der Privatgüter von A. und G. bestanden hat, so konnte sie ihnen durch die streitige Auslösung natürlich nicht entzogen werden; ja sie konnten trotz dieser Auslösung die Ortsgemeinde oder die ausgelösten Hagpflichtigen zur fernerer Forterstellung des Hages anhalten; in diesem Sinne wären daher die gegen die Auslösung erhobenen Einsprachen zu schützen. Eine solche Grunddienstbarkeit hätte aber nur durch Vertrag zwischen der Alpeigentümerin und den Gutsanstössern entstehen können. — Eine Ersitzung durch langjährige Uebung kann nicht in Frage kommen bei solchen Dienstbarkeiten, bei denen der Berechtigte selbst nichts zu thun, nichts auszuüben hat, woran er vom Belasteten eine thätliche Störung oder eine amtliche Einsprache hätte gewärtigen können. Ersitzung setzt beim Ersitzenden ein Handeln zum Nachteil des Belasteten, einen thätlichen Eingriff in dessen Rechtssphäre voraus, „wozu einem andern in der Regel kein Recht zusteht“ (Art. 17 b), ein Handeln, gegen das sich der dadurch Benachteiligte mit

Erfolg wehren könnte und das für den Handelnden erst dann zu einem Recht erwächst, wenn der davon Betroffene während der gesetzlichen Ersitzungszeit sein Recht, es zu verwehren, nicht geltend gemacht hat. Das trifft hier nicht zu, denn A. und G. haben gegenüber der Alp B. hinsichtlich des Hages nichts auszuüben gehabt; sie haben die Vorteile, die der Hag auch ihren Gütern bot, nur passiv genossen und es hätte ihnen dieser Genuss, so lange der Hag überhaupt bestand, durch die Alp B. weder thätlich gestört, noch amtlich verwehrt werden können.

Für die Entstehung der Dienstbarkeit durch Vertrag zwischen den heutigen Parteien ist weder eine Urkunde, noch sonst ein genügendes Beweismittel erbracht worden. Es kann sich also nur fragen, ob nicht der Hag selbst, als eine auf dem angeblich dienenden Grundstück angebrachte augenfällige äussere Einrichtung vermöge seines vieljährigen Bestandes „auf eine Begründung der Hagpflicht durch gegenseitige thatsächliche Zustimmung schliessen lasse“; ob aus diesem langjährigen Bestehen des Hages geschlossen werden könne, die Alpeigentümerin habe den Hag nicht blos in ihrem eigenen Interesse zum Nutzen ihrer eigenen Alp und Alpgenossen erstellt und unterhalten, sondern sie habe dabei auch den Willen gehabt, zu Gunsten der anstossenden Privatgüter die Pflicht zu übernehmen, den Hag auch dann noch zu unterhalten und fortbestehen zu lassen, wenn sie selbst an dessen Fortbestehen für ihre Alp kein Interesse mehr haben sollte. Nur unter dieser Voraussetzung genügt das langjährige Bestehen einer augenfälligen äusseren Einrichtung auf dem angeblich dienenden Grundstück zur Begründung einer Dienstbarkeit. Es kann also nicht ohne weiteres aus jeder augenfälligen äusseren Einrichtung, die auf einem Grundstück zu dessen eigenem Nutzen von dessen eigenem Eigentümer angebracht wird und die auch dem Nachbargrundstück Vorteile oder Annehmlichkeiten bringt, geschlossen werden, dass sie dem Nachbargrundstück zulieb errichtet worden sei und dass derjenige, der sie für sich errichtet und während langer Jahre erhalten hat, je willens gewesen sei, dem Nachbar ein Recht auf das Fortbestehen dieser Einrichtung einzuräumen (z. B. bei Mauereinfriedungen, Gräben, Bretterwänden, Hecken. Art. 12, litt. e, h Dienstbarkeitengesetz; aber auch bei manchen anderen in diesem Gesetz nicht erwähnten baulichen Einrichtungen, die sich auf einer Liegenschaft anbringen lassen).

Für die Entstehung des streitigen Friedhages und für

die Willensrichtung der Alpeigentümerin bei dessen Erstellung und seitherigen Erhaltung ist die Erklärung überhaupt nicht im Dienstbarkeitenrecht zu suchen, sondern im eigenen Bedürfnis und Interesse der Alp und der Alpgenossen, dass sich ihr Vieh nicht von der Alp weg verlaufe und verliere, und auch in dem allgemeinen Rechtssatze, dass bei Vermeidung eigener Ersatzpflicht niemand einem anderen widerrechtlich Schaden zufügen darf; in der Ausdehnung dieses Satzes auf Schädigungen durch Tiere und in dessen Anwendung auf Schädigungen durch Tiere an Grundeigentum anderer, im besondern in den gegenseitigen Grenzverhältnissen und Anstösserpflichten von Liegenschaften, die zum Weidgang benutzt werden. Wer auf seinem Grundstück weiden lässt, haftet, wenn das Vieh in des Nachbars Grundstück übertritt, für den Schaden; er hat also ein eigenes Interesse, dem Uebertreten und der damit verbundenen Schadenersatzpflicht durch Hagen oder Hüten vorzubeugen. Nicht dem Grundeigentümer liegt es ob, sein Grundstück gegen das Eindringen von fremdem Vieh zu schützen. Das Bedürfnis und das Interesse, durch Hagen oder Hüten das eigene Vieh am Verlaufen und am Uebertreten in Nachbargrundstücke zu verhindern und dadurch sich selbst vor Verlust des eigenen Viehes und vor Schadenersatzpflicht gegenüber Nachbarn zu schützen, besteht aber nur so lange, als der Weidgang auf dem eigenen Grundstück fortgesetzt wird. Und wenn beim Einstellen des Weidganges das eigene Bedürfnis am Hag dahinfällt, so kann der Gutsanstösser, der auf seinem Grundstück den Weidgang ebenfalls übt und ferner üben will, gegen die Beseitigung des Hages keine Einsprache erheben, wiewohl ihm bis dahin der beseitigte Hag einen eigenen Hag entbehrlich machte; sondern es liegt ausschliesslich ihm selbst ob, durch Hagen oder Hüten sein eigenes Vieh am Verlaufen und am Uebertreten auf fremden Grund und Boden und sich selbst gegen den Verlust seines Viehes und gegen allfällige Schadenersatzleistungen an seine Nachbarn zu bewahren.

(Entscheid. des Kantonsgerichts 1892, S. 25 ff.)

**11. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer  
des Obergerichts vom 4. Februar 1893.**

Gehören Lebensversicherungspolicen, die zu Gunsten bestimmter dritter Personen ausgestellt sind, im Konkurse des Versicherten in dessen Konkursmasse oder den darin genannten Destinatären?

Im Konkurse des F. Manz vindicierte dessen Ehefrau drei Lebensversicherungspolicen des Kridars, die erste im Betrag von 20,000 Fr. auf die Gesellschaft „Urbaine“ ausgestellt in erster Linie zu Gunsten des Versicherten und fällig im Jahre 1905, eventuell bei Tod des Versicherten vor 1905 zu Gunsten seiner Ehefrau Emma Manz lautend; die zweite, im Betrag von 100,000 Fr. ebenfalls bei der Urbaine, ausgestellt zu Gunsten der Frau Emma Manz und fällig bei des Versicherten Ableben; die dritte (Fr. 50,000 bei der „Equitable“) ausgestellt zu Gunsten der Frau Emma M. und eventuell (d. h. nach ihrem Ableben) der Kinder Manz, ebenfalls fällig bei Tod des Versicherten. Dieser Anspruch wurde in beiden Instanzen abgewiesen und die Policen der Konkursmasse zuerkannt.

Motive: 1. Die Versicherung von 20,000 Fr. bei der Urbaine betr., so muss der Anspruch der Rekurrentin ohne Weiteres verworfen werden. Nach dem Inhalt dieses Vertrages soll die Versicherungssumme nach Ablauf des bedungenen Termins dem F. Manz, und nur wenn derselbe vor dem Termin stirbt, der Ehefrau Manz zufallen. Zur Zeit ist jener Termin noch nicht erreicht und der Ehemann M. befindet sich noch am Leben, auch wird nicht behauptet, dass der Besitz dieser Police selbst der Ehefrau übertragen worden sei; es kann daher kein Zweifel darüber bestehen, dass die Rekurrentin daran keinerlei Recht erworben hat, dass sie vielmehr in die Konkursmasse gehört.

2. In den beiden andern Policen ist in erster Linie die Ehefrau als die Person bezeichnet, an die bei Ableben des Versicherten die Versicherungssumme ausbezahlt werden soll.... Der Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages mit der Bestimmung, dass die Versicherungssumme seiner Zeit einer dritten Person auszubezahlen sei, wird richtig als ein Vertrag zu Gunsten Dritter aufgefasst. Allein so lange nichts weiteres dazu kommt, namentlich die Police selbst den Dritten nicht zu Eigentum übertragen wird, entsteht aus dieser blossen Bezeichnung des Dritten als Versicherungsnehmer

für diesen bei Lebzeiten des Versicherten noch kein selbständiges Recht (§ 549 priv. G. B. Rech.-B. 1884 Nr. 60); am allerwenigsten, wo diese Bezeichnung, wie dies unter Ehegatten der Fall ist, nicht auf einer Verpflichtung, sondern auf reiner Liberalität beruht; in diesen Fällen hat zweifellos der Versicherte, so lang er im Besitze des Vertrages bleibt, auch das Recht, seine vorläufig kundgegebene Schenkungsabsicht jeder Zeit zu ändern, sei es durch Bezeichnung eines andern Versicherungsnehmers, sei es durch Aufgeben des ganzen Vertragsverhältnisses, indem er entweder die Prämien nicht mehr einbezahlt oder von dem Rechte des Rückverkaufes an die Versicherungsgesellschaft gegen einen Teil der sog. Prämienreserve Gebrauch macht. Mit Rücksicht namentlich auf die zuletzt bezeichnete Möglichkeit wird denn auch einer solchen Police an sich schon ein gewisser Vermögenswert zugeschrieben, der es ermöglicht, sie zu verpfänden oder zu verkaufen, also die sämtlichen Rechte aus dem Vertrage ganz auf eine dritte Person zu übertragen. Wenn daher ein Ehemann eine zu Gunsten seiner Ehefrau errichtete, aber noch in seinem Besitz verbliebene Police an einen Dritten veräussert, so setzt er dadurch diesen letztern in die Lage, in vorbezeichnetener Weise das Vertragsverhältnis zu lösen, ohne dass die als Versicherungsnehmerin bezeichnete Ehefrau zu Einspruch berechtigt wäre. Sie hat eben unter dieser Voraussetzung noch kein eigenes Recht auf die Versicherungssumme und es ist nicht einzusehen, warum ihr Recht ein besseres werden sollte, wenn die Police in Folge des Konkurses des Ehemanns in dessen Masse gezogen wird.

3. Anders freilich gestaltet sich die Sache, wenn dem dritten Versicherungsnehmer auch der Besitz der Police übertragen wird. Mit Recht wird aus diesem Akte geschlossen, dass der Versicherte sich damit jeder weiteren Disposition über das Vertragsverhältnis begeben wolle; durch diese Übertragung, aber auch erst durch sie, wird der Versicherungsnehmer gerade so berechtigt, wie ein Käufer der Police. Wird in dieser Weise der vorläufig geäusserte Schenkungswille verwirklicht, hat man es also mit einer nunmehr vollzogenen Schenkung zu thun, so ist der schenkende Versicherte zwar wohl berechtigt, diese Schenkung wie jede andere wegen Undankes zu widerrufen (§ 431 priv. G. B.) Aber dieses Recht ist ein höchst persönliches und kann daher weder von seinen Erben noch von seinen Gläubigern ausgeübt werden. Von einem direkten Übergang der Police auf die Konkursmasse des Versicherten kann erst recht keine Rede sein, da

der Gemeinschuldner selbst sich aller Rechte aus der Police begeben hat, diese also überhaupt nicht mehr zu seinem Vermögen gehört. Der Konkursmasse bleibt einzig die Möglichkeit, die vollzogene Übertragung aus den in Art. 285 ff. des B.-Ges. über Betreibung und Konkurs bezeichneten Gründen nachträglich anzufechten.

4. Ebenso verhält es sich anders, wenn der Versicherte bis zu seinem Ableben zwar die Police in seinen Händen behalten, aber an der Zuwendung an den Dritten nichts geändert hat. Auch in diesem Falle wird der Dritte beim Tode des Versicherten berechtigt, die Versicherungssumme direkt einzufordern, aber nicht desswegen, weil vorher schon, bei Lebzeiten des Versicherten, diesem gegenüber ein bedingtes Recht des Dritten bestanden hätte, sondern einfach kraft der positiven Gesetzesbestimmung des Art. 128 Abs. 2 O. R., weil nicht daran zu zweifeln ist, dass der Wille der Kontrahenten des Versicherungsvertrages dahin gegangen sei, dem Dritten das direkte Klagrecht einzuräumen, sobald die Police fällig werde. Dass in diesem Falle die Police nicht zu dem Nachlass des Versicherten gehört und nicht zu den Konkursaktiven gezogen wird, wenn dieser Nachlass in Konkurs gerät, ist selbstverständlich; aber daraus ist nicht der Schluss zu ziehen, dass sie auch dann nicht in die Konkursmasse falle, wenn der Versicherte selbst bei Lebzeiten in den Konkurs gerät.

5. Im vorliegenden Falle . . . ist der Versicherte F. M. bei Lebzeiten und vor dem Termine des Verfalls der Police zu Gunsten der Ehefrau in Konkurs geraten und es gehören daher auch die beiden Policen, die beim Konkursausbruch noch in seinem Besitze waren, in die Konkursmasse.

6. Immerhin kann gefragt werden, ob die Befugnis, den Versicherungsvertrag ohne Rücksicht auf die dritte Versicherungsnehmerin fortzusetzen oder aufzulösen, nicht ein rein persönliches Recht des Versicherten sei, das nicht auf dessen Konkursmasse übergehen könne. Bei Bejahung dieser Frage wäre allerdings jeder Vermögenswert der Police für die Konkursmasse verloren und ohne Bedenken der Anspruch der Rekurrentin gutzuheissen. Allein die Frage muss verneint werden.

So sehr es als angezeigt erscheinen möchte, im Interesse der Fürsorge für die Familie einen solchen Satz aufzustellen, so ginge es anderseits entschieden zu weit, dies ohne eine positive Gesetzesbestimmung auszusprechen und damit einem unstreitbaren Vermögensobjekt jeden ökonomischen Wert für

die Konkursgläubiger zu entziehen. Vgl. Ullmer Comm. Nr. 3160, wo für den Fall, dass eine schenkweise Übergabe der Police an einen Dritten nicht erfolgt ist, das Recht zu andrer Disposition jedem Rechtsnachfolger, also auch der Konkursmasse ohne Weiteres zugestanden wird. In einer solchen anderweitigen Disposition liegt eben kein Widerruf einer bereits vollzogenen Schenkung, sondern lediglich eine Willensänderung, auf die sich die positiven Vorschriften des Gesetzes über den Widerruf einer Schenkung nicht analog anwenden lassen.

7. Ebensowenig führt der an sich nicht anzuzweifelnde Satz des materiellen Konkursrechtes, dass in die Konkursmasse nur das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkursöffnung zustehende Vermögen gehöre und die Konkursgläubiger nicht befugt seien, für die Masse neue Rechte zu begründen, mit Bezug auf die 2 streitigen Policen zu einem andern Resultate. Wären diese Policen bereits der Rekurrentin übergeben worden oder wäre der Versicherte bereits vor dem Konkursausbruche gestorben, so handelte es sich allerdings um den Erwerb eines neuen Rechtes, falls die Konkursmasse die unter diesen Umständen begründeten Rechte der Versicherungsnehmerin beseitigen und die Versicherungssumme für sich in Anspruch nehmen wollte. Wie die Verhältnisse aber hier liegen, hat nach dem unter 4 Gesagten noch keine Entäusserung der Vertragsrechte zu Gunsten der Rekurrentin stattgefunden. Um die Policen zur Konkursmasse zu ziehen, braucht also ein bereits erworbene Recht eines Dritten nicht erst durch eine neue Willensäusserung aufgehoben zu werden, sondern es wird einfach der vorgefundene Besitzesstand geltend gemacht.

---

Eine Minderheit des Gerichts wollte die Vindication der zwei Policen von 100,000 Fr. und 50,000 Fr. gutheissen, aus folgenden Gründen:

Der Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages mit der Bestimmung, dass die Versicherungssumme bei Tod des Versicherten an einen Dritten (i. c. dessen Ehefrau) zu zahlen sei, wird nach heutiger Rechtsauffassung allgemein als ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten betrachtet. Der letztere erwirbt ein unmittelbares, selbständiges — nach dem Tode des Versicherungsnehmers fälliges — Recht auf die Versicherungssumme, und zuzugeben ist nur, dass dieses Recht insofern resolutiv bedingt ist, als dem Versicherungsnehmer bei Lebzeiten die Befugnis zusteht, die Zuwendung wieder

rückgängig zu machen, sei es dadurch, dass er die Prämienzahlung einstellt oder die Police an den Versicherer zurückverkauft, sei es, dass er das Recht auf die Versicherungssumme selbst auf einen andern als den in der Police Bezeichneten überträgt. Es fragt sich nun, ob dieses Recht, die ursprüngliche Zuwendung der Versicherungssumme wieder rückgängig zu machen und über die Police frei zu verfügen, auch der Konkursmasse des Versicherungsnehmers zustehe oder nicht vielmehr als ein rein persönliches zu betrachten sei. Das deutsche Reichsgericht (Seuffert, Bd. 47 Nr. 225) hat die Frage zu Gunsten der Konkursmasse entschieden (vgl. dagegen Entsch. des Reichsger. Bd. 29 S. 322, und Bd. 1 Nr. 68). Dagegen scheint die französische Praxis sich entschieden der gegenteiligen Auffassung zuzuneigen, vgl. Rivière Pandectes françaises X s. v. Assurance sur la vie Nr. 539 ss. bes. 572. Diese Ansicht hat in England sogar gesetzliche Sanction gefunden (Married women's property act. cap. 93 sect. 10) und hat auch den im Entwurfe des schweiz. O. R. von 1877 aufgenommenen Bestimmungen über den Versicherungsvertrag (Art. 776) zu Grunde gelegen.

Hiefür sprechen auch innere Gründe. Nach Art. 197 B.-Ges. über Betreibung und Konkurs gehört in den Konkurs nur das Vermögen, das dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung zusteht. Dagegen kann die Konkursmasse nicht für den Kridar neue Rechte begründen und zur Befriedigung der Gläubiger verwenden. So kann der Konkursverwalter nicht Namens des Gemeinschuldners letztwillige Verordnungen wegen Pflichtwidrigkeit anfechten. Schenkungen des Kridars wegen Undankes revocieren, für den Gemeinschuldner Erbschaften und Vermächtnisse antreten. Gleicherweise kann die Aufhebung eines zu Gunsten bestimmter Dritter abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrages nur vom Kridar persönlich ausgehen. Auch der wirtschaftliche Zweck der Lebensversicherung — Sicherstellung der Angehörigen für den Fall vorzeitigen Ablebens, resp. späterer Erwerbsunfähigkeit — spricht dafür. Gegen Missbrauch, der durch Eingehung unverhältnismässig hoher Versicherungen getrieben werden könnte, schützt das Anfechtungsrecht, das den Gläubigern mit Bezug auf die verausgabten Prämien nach Massgabe von Art. 285 ff. des B.-Ges. über Betreibung und Konkurs gewahrt bleibt.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XII Nr. 7.)

## 12. Kanton Glarus. Urteil des Obergerichtes.

Gleichstellung des Vermächtnisses zu Gunsten des Ehegatten eines Kindes mit dem zu Gunsten der Kinder selbst.

N. N. hatte zu Gunsten seiner Sohnsfrau ein Vermächtnis von Fr. 3000 bestellt. Dieses wurde von einem Tochtermann des N. N. Namens seiner Ehefrau angefochten mit der Begründung, es liege darin eine Umgehung des im Glarner Erbrechte hergestellten Grundsatzes der Gleichstellung sämtlicher vorhandener Erben, denn die Zuwendung sei, wenn auch nur indirekt, in Wirklichkeit zu Gunsten des Sohnes erfolgt und es wäre deshalb die Zustimmung der Miterbin, der Tochter des Erblassers, erforderlich gewesen. Es liege hier also ein Scheingeschäft vor, das rechtlich keinen Schutz verdiene. Die begünstigte Sohnsfrau erwiderte, sie sei nicht Erbin des Testators, sondern ihr Ehemann; die vom Civilgesetzbuch geforderte Zustimmung der Schwester ihres Ehemannes sei für diese Verfügung nicht erforderlich gewesen. Das Civilgericht entschied zu Gunsten der Sohnsfrau, das Obergericht dagegen kassierte diese Verfügung.

Motive: Der in Betracht fallende Abs. 2 des § 292 des alten (jetzt § 261 des neuen) Landsbuches fordert allerdings in seinem nackten Wortlaute die Zustimmung der übrigen Erben nur, wenn dabei Personen in Frage kommen, welche wirklich zu den Erben des Testators gehören. Es ist aber anderseits festzuhalten, dass unserem Erbgesetze die Gleichstellung der sämtlichen Erben zu Grunde gelegt worden ist; daraus folgt, dass Geschäfte, durch welche dieser Grundsatz umgangen werden will, auf gerichtlichen Schutz nicht Anspruch machen können. Ein solcher Fall ist nun aber unbedingt dann vorhanden, wenn, wie heute, dem Ehegatten eines Erben eine solche Zuwendung gemacht werden will.  
(Amtsber. des Oberger. 1892–1893, S. 20 f.)

## 13. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 8 juin 1892.

Donation pour cause de mort faite par lettre adressée au donataire.

Jérôme Béguin, à Paris, a adressé par lettre datée du 20 juin 1890, à son neveu F. E. Béguin la donation suivante:

„Si toutefois la camarde me surprend, tu garderas ce que tu as chez toi. Si la chance me réserve une surprise après ma mort, un gros lot ou un petit, tu disposeras à ton gré comme un brave et honnête homme que tu es, sans oublier les indigents de la commune de Rochefort.“ La lettre est écrite en entier, datée et signée par „ton oncle Béguin“ de la main de J. B. „Ce que tu as chez toi“, c'était ainsi que l'a établi l'inventaire dressé par la justice de paix de Rochefort après la mort de J. B. arrivée le 4 novembre 1890, vingt obligations du Crédit foncier de France et divers objets mobiliers d'une valeur insignifiante. Quelques-uns des héritiers de J. B. ont contesté la validité de cette donation; ils prétendent que la lettre du 20 juin 1890 est conçue en termes vagues et n'exprime nulle part l'intention de donner; qu'elle ne contient pas non plus le nom du donataire; que l'objet de la donation n'est pas désigné; que la date ne se trouvant pas au pied de l'acte est insuffisante; que la signature „ton oncle Béguin“ ne suffit pas, étant donnée la nature de l'acte. Le Tribunal a déclaré mal fondées les conclusions de la demande.

**Motifs:** Attendu que la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour admettre la possibilité de tester par simple lettre;

Que la lettre du 20 juin 1890, écrite en entier, datée et signée de la main de J. B., répond, quant à la forme, aux conditions prévues par les art. 756 et 710 C. c.;<sup>1)</sup>

Attendu qu'aucune disposition de la loi ne prescrit l'endroit de l'acte où la date doit être placée;

Qu'il est d'usage, dans une lettre, de la faire figurer en tête, comme J. B. l'a fait dans sa lettre;

Attendu qu'il n'existe aucun motif pour ne pas admettre comme pleinement suffisante la signature „ton oncle Béguin“, dès l'instant où il est certain que cette signature, qui est placée au pied de la lettre, a été apposée par J. B. lui-même;

Attendu que si la lettre ne contient pas le nom de F. E. Béguin, il n'est pas contesté qu'elle a été écrite et adressée par J. B. à son neveu prénommé;

Qu'ainsi, F. E. B. a, sans aucun doute, le droit de réclamer le bénéfice des dispositions qui peuvent être contenues dans cet acte en faveur du destinataire de la lettre;

---

<sup>1)</sup> Laut Art. 756 gilt auch für die Schenkungen auf den Todesfall die Vorschrift des Art. 710, der lautet: „Le testament olographe ne sera point valable, s'il n'est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur; il n'est assujetti à aucune autre forme.“

Attendu que si J. B. ne spécifie pas dans sa lettre l'objet de la donation, il n'en est pas moins vrai que cet objet peut être déterminé facilement et sans hésitation;

Attendu, en effet, que J. B. s'est exprimé en disant: „tu garderas ce que tu as chez toi“; que l'inventaire a établi que ce que F. E. B. avait chez lui, c'était 20 obligations du Crédit foncier de France etc.;

Attendu que cette détermination coïncide bien avec les termes de la lettre du 20 juin 1890, dans laquelle J. B. parle du gros lot que la chance pourrait lui réservé après sa mort;

Que dans ces conditions, l'objet de la donation paraît clairement désigné.

En ce qui concerne l'intention de donner, qui, au dire des demandeurs, ne serait pas exprimée dans la lettre:

Attendu qu'en donnant à son neveu le droit de garder ce qu'il avait chez lui et d'en disposer à son gré, J. B. a évidemment entendu faire donation en faveur de F. E. B. des biens dont ce dernier avait été dépositaire jusqu'à la mort de son oncle, et de l'en rendre propriétaire.

(Jugements du Trib. cant. II p. 584 ss.)

---

14. Kanton Baselstadt. Urteil des Civilgerichts  
vom 3. Mai 1893.

Kompetenz des Basler Gerichts bei auswärtigem Domizil von Eheleuten bezüglich der Frage der Verpflichtung der Ehefrau zur Bewilligung einer Verpfändung hiesiger Liegenschaften durch den Ehemann.

Der in Hüningen, Elsass, wohnende K. Glenck erhob gegen seine getrennt von ihm in Basel lebende Ehefrau Klage auf Einwilligung zur Verpfändung einer Liegenschaft des Klägers an der Hardstrasse in Basel, resp. auf Ergänzung der Einwilligung durch richterlichen Spruch. Die Weigerung der Beklagten sei grundlos, weil ihr eingebrachtes Frauengut durch Wertpapiere, die er ihr übergeben habe, völlig gesichert sei. Die Beklagte bestritt die Kompetenz des Basler Richters, weil Hüningen, wohin Kläger vor Kurzem übergesiedelt sei, auch der rechtliche Wohnsitz der Ehefrau sei, wenn sie (Bekl.) auch dermalen wegen obschwebenden Scheidungsprozesses in Basel wohne. Der Kläger bemerkte, dass er sein hiesiges Domizil nicht aufgegeben habe, dass übrigens

die heutige Frage keine ehegüterrechtliche sei, sondern nur als Konsequenz des Grundbuchrechts erscheine, daher das *forum rei sitae* begründet sei. Die Beklagte bestritt letzteres und beanspruchte für die Klage einen ehegüterrechtlichen Charakter und damit den Gerichtsstand und das Recht des Wohnorts des Klägers. Das Civilgericht erklärte sich kompetent.

**Motive:** Das Gesetz betreffend Einrichtung eines Grundbuchs vom 16. April 1860 stellte in § 8 als absolute Regel auf, dass bei Veräußerung hiesiger Grundstücke durch verehelichte Eigentümer zum Eintrag in das Grundbuch die Unterschrift der Ehefrau des Verkäufers nötig sei. Fehlt sie, so hat die Eintragung zu unterbleiben, es erfolge denn eine Ermächtigung des Civilgerichts zur Eigentumsübertragung durch den Mann allein. Dieselbe Bestimmung galt bei Verpfändungen laut § 23. Diese Vorschriften sind durch das Gesetz betr. eheliches Güterrecht etc. vom 10. März 1884 § 4, § 32 etwas modifiziert worden. Aber auch jetzt noch gilt das einfache und handliche Prinzip: Bei Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, als deren Eigentümer Eheleute im Grundbuch eingetragen sind, ist die Unterschrift beider Ehegatten auf dem notarialischen Akt erforderlich, gleichviel, welches Güterrechtsverhältnis zwischen den Parteien besteht, und wenn auch dem Grundbuchverwalter noch so evident dargethan würde, dass die Frau kraft dieses konkreten Güterrechtsverhältnisses zu jenen Verfügungen des Mannes nichts zu sagen hat, so kann er doch von der Erfüllung jener Formalität nicht absehen. Dies alles, um ihm die materielle, oft komplizierte Untersuchung zu entziehen und durch jene formelle Regelung einfache Entscheidung zu ermöglichen. Dabei musste Remedur getroffen werden einmal für den Fall faktischer Verhinderung der Frau, eine Willenserklärung abzugeben, und zweitens für den Fall der grundlosen Weigerung. Grundlos ist diese, wenn das in die Ehe gelangte Frauenvermögen durch die betreffende Verfügung nicht gefährdet wird; hier kann das Civilgericht, Abteilung Ehesachen, die Unterschrift der Frau durch Urteil ersetzen.

Jene formelle Vorschrift gilt nun für alle hier gelegenen Liegenschaften, gleichgültig wo die als Eigentümer eingetragenen Ehegatten leben und welches die güterrechtliche Regelung ihrer Verhältnisse ist. Hieraus folgt, dass die Vorschrift keinen güterrechtlichen, sondern einen rein grundbüchlichen Charakter trägt, wenn sie auch im Grossen und Ganzen nebenbei den Interessen der Frau in der in Basel herrschenden Gütergemeinschaft entsprechen mag. Und da

lautet nun § 4 absolut: will der Mann veräussern oder belasten, die Frau aber nicht mitunterschreiben, so kann der Mann (gleichviel wo die Eheleute wohnen) das Civilgericht um Ersetzung der Unterschrift angehen, welches causa cognita dem Grundbuch anbefiehlt, in concreto vom Erfordernis der Mitunterschrift abzusehen. In der That ist diese Lösung der Frage die einzige mögliche, wenn für das Grundbuch an jenem Prinzip festgehalten wird. So wenig auswärtige Vormundschaftsbehörden sich herbeilassen werden, § 4 Abs. 2 anzuwenden, so wenig werden auswärtige Gerichte § 4 Abs. 3 anwenden, der ihnen, wenn sie die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten in Betracht ziehen, oft unverständlich erscheinen mag, und das Grundbuch könnte auch nicht genötigt werden, von einer auswärtigen Vormundschaftsbehörde oder einem auswärtigen Gericht Vorschriften entgegenzunehmen.

---

#### 15. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de 1<sup>re</sup> instance du 14 avril 1893.

##### Possessoire. Irrecevabilité de l'action au pétitoire en l'état.

Dame Van Hall-Pittet a cité la défenderesse dame Chomel pour s'ouir condamner à rétablir le tuyau destiné à conduire les eaux pluviales de son immeuble dans la descente existant entre sa propriété et celle contiguë de la défenderesse, à peine de trois francs par jour de dommages-intérêts dans le retard de ce rétablissement. La défenderesse allègue que le procès n'est point régulièrement intenté, vu qu'elle n'est pas unique propriétaire de l'immeuble en faveur duquel elle a fait supprimer le tuyau dont s'agit; elle ajoute qu'elle conteste le droit de la demanderesse, soit à réclamer le rétablissement de ce tuyau, soit à faire écouler les eaux pluviales de leur immeuble par la descente où elles s'écoulaient précédemment; elle conclut à la nomination d'un expert pour constater si la descente d'eaux dont s'agit est placé le long de l'immeuble dont elle est propriétaire et en un mot pour constater ses droits de propriété intégrale sur cette descente. Le Tribunal a admis les conclusions de la demanderesse.

Motifs: Considérant que peu importe que dame Chomel soit ou non l'unique propriétaire de l'immeuble contigu à celui de D<sup>e</sup> Van Hall; qu'en effet, la présente action est dirigée contre elle en raison d'un trouble qu'elle seule est accusée

d'avoir occasionné et qu'elle seule, le cas échéant, pourrait être condamnée à faire cesser;

Qu'en conséquence, la présence d'un autre propriétaire de cet immeuble est inutile en la présente instance, qui n'a pas pour but de faire reconnaître l'existence d'un droit immobilier en faveur de l'immeuble de D<sup>e</sup> V. H., mais dont la seule portée est de faire rétablir un état de fait, soit la possession en faveur de ceux-ci de ce droit immobilier.

Que la demanderesse prétend agir au possessoire; que le droit dans la possession duquel elle demande à être réintégrée, étant de ceux qui peuvent s'acquérir même autrement que par titres, peut faire l'objet d'une action possessoire (art. 295 loi de proc. civ.).

Considérant qu'il n'a pas été contesté par D<sup>e</sup> Chomel qu'elle ait été l'auteur du trouble; qu'elle ne conteste point que la réclamation de la demanderesse se soit fait jour dans l'année de ce trouble; qu'elle ne conteste pas que D<sup>e</sup> V. H. ait eu, du droit immobilier dans la possession duquel elle a été troublée, une possession paisible, publique, à titre de propriétaire, et ayant duré depuis au moins un an au moment du trouble.

Considérant que D<sup>e</sup> V. H. se trouve donc bien dans les conditions exigées par les art. 296 et 297 loi de proc. civ.

Qu'à tous égards elle est fondée à agir au possessoire et à réclamer le rétablissement du tuyau dont la suppression est le fait de la défenderesse; qu'une fois qu'il aura été satisfait par D<sup>e</sup> Chomel aux condamnations contre elle prononcées, elle sera alors recevable à agir au pétitoire, soit à faire valoir, si elle le peut, ses droits de propriété intégrale sur la descente que prétend utiliser D<sup>e</sup> Van Hall; qu'il n'y a donc pas lieu présentement à expertise, ainsi qu'elle le demande.

(La Semaine judiciaire 1893 Nr. 24.)

#### 16. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichtes vom 18. September 1893.

#### Unzulässige Klagenhäufung und Streitgenossenschaft wegen Nichtidentität des Klaggrundes.

Der Schuhmacher Emil Nebel bezog im Laufe des Jahres 1889 von einer grossen Anzahl von Lederhändlern unter der betrügerischen Vorspiegelung, dass er die Waaren für sein Geschäft brauche, Leder im Werte von 20,000 bis 25,000 Fr. Den Kaufpreis zahlte er nur zu geringstem Teile, verkaufte

aber das Leder wieder und machte sich mit dem Erlöse im Januar 1890 nach Amerika davon. Am 13. Februar 1890 wurde über ihn der Konkurs verhängt. Es ergab sich, dass er den grössten Teil des von ihm bezogenen Leders teilweise um Spottpreise an den Lederhändler Bengel verkauft hatte, und letzterer wurde auch strafgerichtlich wegen Hehlerei zu drei Monaten Gefängnisstrafe verurteilt. Nun erhoben 14 von Nebel geschädigte Lederlieferanten Klage gegen Bengel mit dem Begehr, dass er schuldig erklärt werde, den Klägern für den Verlust aufzukommen, den sie im Konkurse des Nebel erleiden würden; eventuell: dass er verurteilt werde, den Klägern insgesamt die Summe von Fr. 10,000 zu bezahlen. Den Hauptantrag begründeten sie damit, dass Bengel als Gehilfe des Nebel bei der durch diesen ihnen zugefügten Schädigung nach Art. 60 Abs. 1 O. R. solidarisch haftbar sei und damit sich der Antrag auf Schadloshaltung für Alles, was sie im Konkurse des Nebel verlieren werden, rechtfertige. Der eventuelle Antrag wurde auf Art. 60 Abs. 3 O. R. gestützt, für den Fall, dass Beklagter blos als Begünstiger des Nebel angesehen würde. Dann hafte er, soweit er aus den Beträgereien des Nebel Nutzen gezogen habe, und dann gelange man zu der Summe von 10,000 Fr., denn Bengel habe mindestens für 20,000 Fr. Waren von Nebel bezogen und nach seiner eigenen Angabe blos Fr. 9,242. 50 bezahlt. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage angebrachter Massen, weil den Klägern kein Gesamtanspruch in irgend einem Betrage zustehe, so dass eine Streitgenossenschaft unzulässig sei. Für jeden Kläger bestehe ein besonderer Klaggrund, jeder müsse nachweisen, dass und wieweit er von der Handlungsweise des Bengel geschädigt worden sei.

Beide Instanzen wiesen die Klage angebrachter Massen ab, das Appellationsgericht mit folgenden

**Motiven:** Es liegt nicht der Fall vor, dass die Kläger durch eine und dieselbe Verbrechensthat des Beklagten geschädigt worden wären; vielmehr behaupten sie geschädigt zu sein durch eine Reihe verbrecherischer Handlungen, durch ein fortgesetztes verbrecherisches Handeln, das in seiner Gesamtheit und als Ganzes genommen zwar wohl strafrichtlicher Ahndung unterliegt, nicht aber für die durch die einzelnen Handlungen Geschädigten und ihre Civilklagen ein einheitliches Klagfundament abgeben kann. Der Ersatz, den der Beklagte den einzelnen Klägern zu leisten in Fall kommen kann, ist so wesentlich abhängig von der einzelnen deliktischen Handlung, deren er sich jedem einzelnen Kläger gegen-

über schuldig gemacht hat, dass der Grund der Haftpflicht und damit der Klaggrund für die verschiedenen Kläger auch ein verschiedener ist. Ein einheitliches Klagfundament im Sinne des § 16 C. P. O.<sup>1)</sup> wird nicht, wie die Klagpartei annimmt, schon dadurch hergestellt, dass der Beklagte mit dem Hauptverbrecher Nebel grundsätzlich als Mitverursacher des Verlustes der Kläger solidarisch haftbar ist, es müsste vielmehr noch dazu kommen, dass der Schaden sämtlicher Kläger durch eine und dieselbe verbrecherische Handlung verursacht worden sei. Dies gilt gleichermaßen für das principale und das eventuelle Rechtsbegehren, d. h. sowohl für den Fall, dass man den Beklagten nach Art. 60, Abs. 1 O. R. als Gehilfen, oder nach Art. 60, Abs. 3 als Begünstiger behandeln würde. In beiden Fällen ist Klaggrund nicht nur die Hehlerei des Beklagten, sondern auch die für jeden der Kläger daraus erwachsene Schädigung, die für jeden einzelnen Kläger wieder auf einem besonderen Thatbestande und Entstehungsgrunde beruht.

Es muss daher den erstinstanzlichen Erwägungen und der daraus gezogenen Folgerung auf Abweisung der Klage angebrachter Massen beigetreten werden.

Selbst aber wenn man der Klagpartei zugeben wollte, dass schon die verbrecherische Handlungsweise der Hehlerei im Ganzen das Delikt bilde, das den Klaggrund abgebe, und somit die Streitgenossenschaft nach § 16 cit. zulässig sei, müsste der von den Klägern daraus gezogene Schluss, dass ihr Gesamtschaden ein untrennbares Ganzes sei, für das der Beklagte ihnen insgesamt haften müsse, verworfen werden. Es müsste vielmehr auch in diesem Falle, trotz der processualisch zugelassenen Streitgenossenschaft, dem Beklagten das Recht gewahrt bleiben, gegen jeden einzelnen Kläger seine besonderen Einwendungen zu erheben und für den von jedem Kläger geforderten Betrag besonders Nachweis zu verlangen. Von einem untrennbaren Gesamtschaden der Kläger kann um so weniger die Rede sein, als sie alle auf eigene Faust mit Nebel gehandelt haben und jeder unabhängig vom andern geschädigt worden ist, jeder also die Schadenersatzpflicht des Beklagten ihm gegenüber selbständig begründen müsste. Dann würde trotz Streitgenossenschaft der Richter doch wieder genötigt sein, von § 18 C. P. O. Gebrauch zu

---

<sup>1)</sup> § 16: Wenn mehrere Personen einen Anspruch gegen einen Andern aus einem und demselben Klaggrund herleiten, so sind sie berechtigt, gemeinsam Klage zu erheben und den Prozess durchzuführen.

machen und die getrennte Verhandlung Seitens der mehreren Kläger anzuordnen, wodurch tatsächlich die gleiche Wirkung hergestellt würde, wie durch Abweisung angebrachter Massen. Und auch das im erstinstanzlichen Urteile beiläufig erwähnte Mittel einer Cession sämtlicher Einzelrechte auf einen der 14 Kläger könnte diese 14 Sonderansprüche nicht zu einem untrennbar einheitlichen Ganzen verschmelzen, da der Cessionar sich die Einreden, die dem Beklagten gegen jeden einzelnen Cedenten zustehen, gefallen lassen müsste. Es giebt eben für die Kläger überhaupt kein Mittel, zu einem einheitlichen Gesamtanspruch zu gelangen, weil jeder ihrer Ansprüche seinen gesonderten Entstehungsgrund hat.

---

#### 17. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 19 mai 1892.

Production d'une „déclaration“ ayant le caractère d'un parère sur une question de commerce. Admissibilité.

Nauts et Reuver en liquidation à Anvers ont formé une demande à F. Schmidt, négociant à Neuchâtel, demande portant pour conclusions que F. Sch. soit condamné à payer aux demandeurs les sommes de fr. 13,767. 85 et. de fr. 1624. 81 montants de leurs factures du 30 mai 1890 et du 24 juin 1890. Dans leur état de preuves, ils déclarent produire „une déclaration signée par dix-neuf négociants, importateurs, agents de fabrique de saindoux et courtiers de la place d'Anvers, membres de la section des saindoux de la Chambre de commerce d'Anvers, du 14 mars 1892.“ Le défendeur prétend que cette déclaration n'est qu'un témoignage déguisé ou une expertise extrajudiciaire, que, à ce double titre, elle est contraire aux dispositions du code de procédure civile concernant la procédure probatoire et doit être exclue du dossier comme preuve irrecevable. Le Tribunal a écarté cette opposition du défendeur.

Motifs: Attendu que les dix neuf négociants, agents et courtiers près la bourse d'Anvers, qui ont signé la déclaration, attestent par cette pièce ce qui suit:

a) La qualité du saindoux Armour et C<sup>ie</sup> a toujours été inférieure à celle du saindoux marque Wilcox et C<sup>ie</sup>.

b) La marque „Armour et C<sup>ie</sup>, Chicago“ s'est de tout temps vendue sur dénomination de saindoux „Armour et C<sup>ie</sup>,

Chicago, refined lard“; elle est admise comme de qualité saine, loyale et marchande . . . .

c) La différence de prix entre les saindoux „Wilcox et C<sup>ie</sup>“ et les saindoux „Armour et C<sup>ie</sup>“ n'a jamais eu aucune stabilité . . . .

Attendu que la déclaration contient ainsi l'appréciation des dix-neuf signataires sur la qualité et le prix des saindoux „Armour“ comparés aux saindoux „Wilcox“ et sur les usages de la Place d'Anvers en ce qui concerne la vente des saindoux „Armour“, vente qui a lieu, disent-ils, „sans la moindre garantie du fabricant quant aux matières employées pour leur fabrication.“

Que cette déclaration a le caractère d'un parère, soit d'un avis de négociants sur une question de commerce et sur un usage commercial de la place d'Anvers; qu'en cette qualité, cette pièce doit demeurer au dossier. Attendu que, si, dans une série d'arrêts, le tribunal cantonal et la Cour de cassation civile n'ont pas admis la preuve par le moyen de „déclarations“, lorsque celles-ci ont le caractère d'un témoignage et d'une expertise déguisés, cette jurisprudence ne paraît pas applicable à l'espèce, alors même que la déclaration du 12 mars semble avoir été donnée à la demande d'une partie et en vue du procès;

Attendu en effet que les signataires de cette pièce n'ont pas été appelés à examiner spécialement la marchandise qui fait l'objet du procès, ni à donner leur avis sur la qualité et le prix de cette marchandise en particulier; qu'ainsi, leur déclaration n'a pas le caractère d'une expertise;

Qu'elle n'a pas non plus le caractère d'un témoignage, puisque c'est en leur qualité de „membres de la Chambre de commerce d'Anvers“ que les signataires ont donné leur avis sur la qualité et le prix de saindoux „Armour“ comparés aux saindoux „Wilcox“;

Attendu que la pièce cotée sous Nr. 26 devant rester au dossier, il convient de résERVER en faveur de F. Sch. le droit de contrebalancer la preuve qui peut en résulter par la production d'une pièce de même nature.

(Jugements du Tribunal cantonal, II p. 550 ss.)

Bemerkung der Redaktion. Der letzte Satz dürfte wohl am deutlichsten die Unrichtigkeit des Urteils erweisen. Wenn der Beklagte nun ein Gegenparere erbringt, so muss der Richter doch von unbefangenen auf die von ihm abgefasste Fragestellung antwortenden Sachverständigen ein Gutachten einholen, was er von Anfang an hätte thun sollen, ohne solche von der Partei erhobene Gutachten zu berücksichtigen. Juristisch

stehen ja in der That solche Gutachten denen über die Beschaffenheit einer streitigen Waare gleich. Wesentlich ist beiden, dass der Richter die Sachverständigen auswählt und nicht eine Partei ihre guten Freunde zu einem Gutachten veranlasst, möge es Parere heissen oder nicht. Auch der Grund, warum es sich nicht um ein „Zeugnis“ handelt, ist nicht zutreffend angegeben. Diese signataires sind allerdings nicht Zeugen, und zwar darum nicht, weil sie nicht über eine geschichtliche Tatsache, die sie gesehen oder gehört haben, ihren Bericht erstatten, sondern weil sie ein Urteil über die Beschaffenheit einer Waare abgeben, und durchaus die Funktion eines Experten erfüllen. Die déclaration hätte daher u. E. aus den Akten entfernt und eine gerichtliche, von keiner Partei beeinflusste erhoben werden sollen.

---

#### 18. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 6. Juni 1893.

##### Pflicht zur Urkundenedition.

J. Königsberger und J. Rüdenberg standen in einer Kollektivgesellschaft, die sich mit 31. Dezember 1892 auflöste. An deren Stelle trat die neue Firma Königsberger, Schimmelburg & Cie, gebildet aus J. Königsberger und zwei Prokuristen der früheren Firma, Abraham und Schimmelburg. Rüdenberg behauptet nun, diese zwei Prokuristen hätten in den letzten Monaten ihres Anstellungsverhältnisses bei der alten Firma, und wahrscheinlich mit Vorwissen des Königsberger, auf Rechnung der zukünftigen Firma beträchtliche Bestellungen in Konkurrenzartikeln gemacht und diese Bestellungen in zwei gegenwärtig in ihrem Besitz befindliche Kopierbücher eingetragen. Da diese Handlungsweise nach Art. 427 O. R. eine Schadenersatzforderung für ihn (Rüdenberg) und die Berechtigung, diese Geschäfte auf eigene Rechnung zu übernehmen, begründe, der genaue Thatbestand und die Grösse des Schadens aber nur durch die betreffenden Kopierbücher festgestellt werden könne, werde deren Edition verlangt. Die vom Kläger behaupteten Thatsachen wurden durch das Beweisverfahren im Wesentlichen bestätigt und die erste Instanz erkannte auf die Editionspflicht der Beklagten. Auf die von diesen erhobene Kassationsbeschwerde wies die Appellationskammer das Editionsbegehren ab.

**Motive:** Der angerufene Kassationsgrund offenbaren Widerspruchs mit klarem Recht erscheint als zutreffend. Nach § 575 pr. G. B. besteht keine Editionspflicht für Urkunden, welche ihrer Natur nach einen rein persönlichen Charakter

haben. Dies ist aber bei den in Frage stehenden Kopierbüchern der Fall, denn dieselben sind keine solchen der Firma Königsberger und Rüdenberg, und wurden nicht für dieses Geschäft geführt, sondern von Abraham und Schimmelburg zu ihren persönlichen Zwecken und um die bezüglichen Einträge s. Z. nach Gründung der neuen Firma für deren Interessen benutzen zu können. Von einer den Parteien gemeinschaftlichen Urkunde könnte nur dann die Rede sein, wenn Rüdenberg als Anteilhaber der Firma Königsberger und Rüdenberg berechtigt wäre, die von Abraham und Schimmelburg damals, zur Zeit, als sie noch Prokuristen genannter Firma waren, abgeschlossenen, in die streitigen Bücher eingetragenen Geschäfte gemäss Art. 427 Abs. 2 O. R. für jene Firma in Anspruch zu nehmen; dies ist aber schon aus dem Grunde nicht der Fall, weil sein Mitteilhaber Königsberger dieser Ansicht entgegengetreten ist und die bezügliche Erklärung sofort annulliert hat.

Die Kassationsbeschwerde ist demnach gutzuheissen. Die Frage, ob Abraham und Schimmelburg seiner Zeit durch die Korrespondenz, welche durch Edition der streitigen Kopierbücher nachgewiesen werden wollte, ihre Pflichten als Prokuristen von Königsberger und Rüdenberg verletzt haben, bleibt ausser dem Rahmen dieses Editionsprozesses. Ebenso die weitere Frage, ob Rüdenberg in einem allfälligen Prozesse mit Königsberger die Beklagten als Zeugen zur Edition der bezüglichen Urkunden anhalten könnte.

(Schweizer Blätter f. h. r. Entsch. XII Nr. 13.)

#### 19. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 3. Dezember 1891.

##### Appellabilität. Berechnung des Streitwerts.

Hügin hatte an Brandenberger laut Vertrag vom 1. Januar 1890 eine Wohnung im ersten Stock seines Hauses für einen Mietzins von Fr. 130 per Quartal vermietet. Schon im Oktober desselben Jahres sah er sich zur Klage gegen seinen Mieter veranlasst, er verlangte gerichtliche Aufhebung des Mietvertrags und Verurteilung des Beklagten zu Räumung der Mietwohnung binnen drei Tagen nach Rechtskraft des Urteils und Bezahlung von Fr. 130 an den Kläger. Zur Begründung dieser Begehren führte Kläger an, Beklagter habe Frauenzimmer bei sich aufgenommen, welche Einzug

trieben; dadurch sei die Liegenschaft und speziell die Wirtschaft, die der Kläger darin betreibe, in einen schlechten Ruf gebracht und er selbst, Kläger, in der öffentlichen Meinung herabgewürdigt worden. Es liege also der Thatbestand des Art. 283 O. R., d. h. ein offensichtlicher Missbrauch des Mietobjektes vor, und Kläger sei somit zur sofortigen Aufhebung der Miete und ausserdem zu Schadenersatz berechtigt. Diesen bezifferte er auf Fr. 130 als die Höhe eines Quartalzinses, da die Wohnung per viertes Quartal nicht habe vermietet werden können. (Auf 1. Januar 1892 erreichte das Mietverhältnis ohnehin infolge rechtzeitiger Kündigung unbestrittenmassen sein Ende.) Der Beklagte bestritt die ihm zur Last gelegten Handlungen und beantragte Abweisung der Klage, und das Civilgericht, nach einem für den Kläger erfolglos gebliebenen Beweisverfahren, wies die Klage ab.

Gegen dieses Urteil appellierte der Kläger rechtzeitig, das Civilgericht verweigerte aber die Appellationsbewilligung, „weil der Streitwert den appellabeln Betrag nicht erreicht“. Gegen diesen Beschluss beschwerte sich Kläger bei dem Appellationsgerichte und führte aus, nach § 220 C. P. O. sei die Appellation zulässig, wenn der Nachteil, den der Appellant durch das Urteil erleide, mehr als 300 Fr. betrage oder Ansprüche, die keinen bestimmten Geldwert haben, im Streite liegen. Letzteres sei hier der Fall; der Kläger verlange sofortige Räumung des Mieters, weil Einzug im Mietlokal gehalten werde, ein Umstand, der für die Liegenschaft grosse Schädigung nach sich ziehen könne. — Der Beklagte und das Civilgericht behaupteten dagegen, es handle sich nur um einen Quartalzins. Da die Miete unbestrittenmassen auf 1. Januar 1892 so wie so aufhöre, so sei das vermögensrechtliche Interesse der Parteien auf den Mietzins des letzten Quartals 1891 im Betrag von Fr. 130 beschränkt, und Kläger habe ein weitergehendes Interesse im Prozesse auch nicht behauptet. Dieser Vierteljahreszins erreiche aber den appellationsfähigen Betrag bei Weitem nicht. In der bisherigen Praxis sei auch immer bei Mietstreitigkeiten aller Art der Betrag der Miete bis zum nächsten Termin, auf den gekündet werden kann, als massgebend betrachtet worden.

Das Appellationsgericht hat die Beschwerde als begründet erklärt und demgemäß die Appellation bewilligt.

**Motive:** Das Interesse, das ein Vermieter auf Grund von Art. 283 O. R. an sofortiger Aufhebung des Mietkon-

trakts und Räumung der Mietwohnung hat, deckt sich auch rein vermögensrechtlich betrachtet nicht notwendig mit seinem Zinsanspruch; es kann leicht einen viel höheren Betrag erreichen, wenn der Mietsache durch offensichtlichen Missbrauch dauernder Schaden zugefügt wird. Denn solche Missbräuche können die Mietsache dergestalt entwerten, dass der Mietzins dem Schaden nicht entspricht. Mit dem Begehrn sofortiger Aufhebung des Mietvertrags und Räumung der Mietwohnung bezweckt somit der Vermieter einen Schaden abzuwenden, der zu dem Mietzinse in keiner Beziehung steht, und verfolgt er einen Anspruch, dessen Wert sich nach andern selbständigen Faktoren bemisst. In unserm Falle erachtet sich der Kläger dadurch heschwert, dass das Gericht die Massregel nicht bewilligt hat, welche einer starken Entwertung seiner Wirtschaft vorbeugen und den guten Ruf seiner Liegenschaft wahren sollte. Dieses Interesse und damit der Wert der sofortigen Räumung für den Kläger ist ein unbestimmter im Sinne von § 220 C. P. O. Die Voraussetzung dieses Paragraphen für die Appellation ist somit vorhanden.

---