

Zeitschrift:	Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV
Herausgeber:	Schweizerischer Juristenverein
Band:	14 (1895)
Rubrik:	Schweizerische Rechtspflege

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

Download PDF: 23.02.2026

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

Schweizerische Rechtspflege.

1. Kanton Zug. Urteil des Kantonsgerichts vom 20. September 1893.

Einfache Gesellschaft oder Genossenschaft? Kündigungs- und Teilungsrecht?

Am 12. Februar 1851 schlossen acht Liegenschaftsbesitzer die Uebereinkunft, gemeinschaftlich eine Käshütte zu erbauen und die nötigen Auslagen gemeinsam durch Frohdienste, Materiallieferungen und Geldbeiträge zu decken. Zwei dieser „Hüttengenossen“, Franz und Anton Dossenbach, verpflichteten sich ferner, von ihrer Matte ein Stück an ihre Mitgenossen unentgeltlich abzutreten behufs Erbauung der Käshütte, sowie aus zwei ihnen gehörigen Quellen das Wasser zu überlassen; sie behielten sich einen verhältnismässigen Anteil am abgetretenen Lande und für den Fall des Unbrauchbarwerdens der Hütte unentgeltlichen Heimfall des ganzen abgetretenen Bodens an sie oder ihre Rechtsnachfolger vor. Am 10. Oktober 1851 vereinbarten die Hüttengenossen, die Hütte solle in ganze und halbe Teile geteilt und angenommen werden, der Milchkäufer habe jährlich einen Hüttenzins zu bezahlen, der nach Abzug der Reparaturkosten auf diese Teile pro rata zu verteilen sei. Am 10. Oktober 1858 wurde weiter übereingekommen, dass jeder Anteilhaber, sei er Milchlieferant oder nicht, die seinen Anteil treffenden Reparaturkosten bei der Jahresrechnung im Januar zu zahlen habe und jeder Hüttengenosse, der die Milch auf Martinstag nicht gemeinschaftlich verkauft und somit nicht Milchlieferant in der betr. Käshütte ist, auf den Hüttenzins keinen Anspruch machen könne. — Im Hypothekenbuche sind sämtliche Hüttengenossen als Eigentümer des durch Abtretungsakt vom 12. Februar 1851 erworbenen Stückes Land eingetragen.

Im Laufe der Jahre entstanden Streitigkeiten unter den Genossen und am 9. Januar 1893 erklärten die Brüder Dossenbach, dass sie „das Gesellschaftsverhältnis aufkünden“

und verlangen, dass ihnen ihr Anteil am Gesellschaftsvermögen herausgegeben werde und eine Ermittlung dieses Anteils durch Liquidation des Gesellschaftsvermögens vorgenommen werde.“ Sie behaupten, die bestehende Vereinigung sei eine sog. einfache Gesellschaft, schon darum nicht als Genossenschaft zu betrachten, weil nicht im Handelsregister eingetragen; sie seien somit kündigungsberechtigt und das gemeinsame Objekt sei nach den Vorschriften des Sachenrechts zu liquidieren.

Das Kantonsgericht (unter Bestätigung durch das Obergericht am 30. November 1893) erklärte die Kläger zwar als berechtigt, ihren Austritt aus der Sennhüttengesellschaft zu erklären, wies sie aber mit ihrem Begehr um Liquidation des gemeinsamen Vermögens ab.

Motive: Das Rechtsverhältnis der Litiganten kann nicht als ein Gesellschaftsvertrag im Sinne des Obligationenrechts oder des gemeinen Rechts aufgefasst werden, sondern ist als ein im Wesentlichen den Voraussetzungen einer Genossenschaft entsprechendes Verhältnis zu beurteilen, wie denn auch tatsächlich in anderer Zeit viele solche Vereinigungen zu gleichem Zwecke nach den Vorschriften der Genossenschaft des Obligationenrechtes sich gebildet haben und noch bilden; zwar ist die heutige Hüttengenossenschaft nicht im Handelsregister eingetragen (Art. 894); dieser Umstand aber kann, da der Ursprung derselben vor den Zeitpunkt des Inkrafttretens des schweizerischen Obligationenrechts zurückreicht, keineswegs die rechtliche Existenz der Verbindung in Frage stellen, und hindert daher nicht, dass soweit vertragliche Bestimmungen über einzelne heute zum Streitgegenstande gesetzte Punkte sich nicht vorfinden, die einschlägigen Vorschriften des O. R. ersatzweise analoge Anwendung finden können.

Von diesem Gesichtspunkte ausgehend muss die Berechtigung der Kläger, das Vereinigungsverhältnis zu kündigen, anerkannt werden, indem die Bestimmungen über Genossenschaft ausdrücklich diese Befugnis vorsehen, wobei allerdings verlangt wird, dass die Kündigung nur auf den Schluss eines Geschäftsjahres unter mindestens vierwöchentlicher Fristansetzung geschehe, welchem Erfordernisse in concreto nachgelebt worden.

Weiter aber ist festzustellen, welche Vermögensansprüche den also Ausscheidenden zukommen; und diesfalls konnte nicht nachgewiesen werden, dass den in früheren Jahren ausgetretenen Mitgliedern Anteile am Immobiliarvermögen oder

der Fahrhabe zugeschieden, resp. bezügliche Vergütungen an sie geleistet wurden; auch gemäss Art. 687 O. R. steht dem Austretenden Mangels anderweitiger Bestimmungen ein Anspruch am Genossenschaftsvermögen nur in dem Fall zu, dass die Gesellschaft sich innerhalb eines Jahres seit der Ausscheidung auflöst und das Vermögen zur Teilung kommt. Dagegen steht nichts im Wege, auf den Austrittstermin eine Abrechnung in Bezug auf den Geschäftsbetrieb oder anderweitige Forderungen und Rechte vorzunehmen, die bezüglichen Verpflichtungen in Soll und Haben festzustellen und ein allfälliges Nettoerträgnis pro rata aushinzuverlangen. Das bedingungslose Begehrn gänzlicher Vermögensliquidation und einer daher abzuhaltenen Versteigerung oder eines Auskaufes erscheint daher allerdings als zu weit gehend, anderseits besteht aber auch keine Veranlassung, das Begehrn der Widerklage auf Berechtigung zur Fortführung der Hüttenvereinigung im Sinne der Ziffer 8 des Kaufvertrags vom 12. Februar 1851 gutzuheissen, indem mit dieser Ziffer 8 offenbar nicht das Verhältnis der Hüttengenossen unter sich, bezw. die Frage des Fortbestandes der Genossenschaft geregelt, sondern nur das Verhältnis der Landabtretenden zu den übrigen Genossen festgesetzt werden wollte.

(Rechenschaftsbericht des Obergerichts v. Zug an den Kantonsrat über das Jahr 1893, S. 41 f.)

2. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassations-Hofes vom 28. April 1893.

Schenkung einer Rente unter Zweckbestimmung. Erlöschen der Zweckbestimmung. Angeblicher Verzicht darauf.

Am 9. August 1835 beschloss die Stadtbürgergemeinde von Laufen, „es sei zur Unterstützung an eine zu errichtende Sekundarschule für einen anzustellenden geistlichen Lehrer aus dem Stadt-Kapitalfonds St. Katharina alljährlich ein Beitrag von Fr. 200 (a. W.) zu verabfolgen.“ Durch Vermittlung der staatlichen Behörden wurde der Bischof von Basel um Genehmigung der Zuwendung ersucht. Der Bischof erteilte sie am 27. März 1836 in folgenden Worten: „Es soll der löbl. Stadtgemeinde Laufen erlaubt sein, jährlich 200 Fr. aus dem Kapellengut der h. Katharina als einen Beitrag zum Unterhalte eines geistlichen Sekundarlehrers zu entheben.“ Im Ausscheidungsvertrage zwischen den Einwohnergemeinden von Laufen und Zwingen einer- und der aus diesen Ein-

wohnergemeinden bestehenden Kirchgemeinde von Laufen anderseits, vom 16. November 1868, erscheint der Kapellenfonds von St. Katharina von Laufen unter den Kapitalien des allgemeinen Kirchenguts mit dem Beisatze: „insoweit er nicht zu besonderen Zwecken bestimmt ist.“ Demgemäß ist dann die einem Jahreszinse von 290 Fr. zu 4% entsprechende Kapitalsumme vom Kapitalbestande des Kapellenfonds St. Katharina in Abzug gebracht, was folgendermassen verurkundet wurde: „Laut Erkenntnis Sr. Hochwürden des Bischofs von Basel vom 27. März 1836 schuldet der Kapellenfonds St. Katharina an die Sekundarschule von Laufen als Beitrag an die Unterhaltung derselben eine Jahresrente von 290 Fr., was zu 4% kapitalisiert ein Kapital repräsentiert von 7250 Fr., welches im Ausscheidungsvertrag zwischen der Einwohnergemeinde und den Burgergemeinden der Stadt und Vorstadt Laufen unter dem Schulgut mit speziellem Zwecke figuriert.“ In der That ist in diesem Ausscheidungsvertrage die Rente von 290 Fr. unter der Rubrik „Schulgut mit speziellem Zwecke“ in diesem erwähnten Sinne aufgeführt.

Die 1837 in Laufen eröffnete Sekundarschule bestand bis 1845, gieng damals ein, wurde aber 1855 wieder hergestellt. Als Lehrer wirkten an der Anstalt zuerst zwei Geistliche; 1838 trat an die Stelle des einen Geistlichen ein weltlicher Lehrer, 1840 wurde auch der zweite Geistliche durch einen weltlichen Lehrer ersetzt. 1841 wurde wieder eine Stelle mit einem Geistlichen besetzt. 1843—45 war blos eine Lehrerstelle, die ein weltlicher Lehrer versah. 1855 bis 1873 waren wieder ein geistlicher und ein weltlicher Lehrer neben einander, seit 1873 unterrichten nur noch Lehrer weltlichen Standes an der Schule.

Im Jahr 1890 weigerte sich die Kirchenkasse Laufen, die Rente von 290 Fr. ferner zu zahlen, und die Kirchgemeindeversammlung fasste am 23. November 1890 einen gleichlautenden Beschluss, weil die Auszahlung der Rente davon abhänge, dass ein geistlicher Lehrer an der Sekundarschule angestellt sei. Die letztere klagte nun auf fernere Auszahlung der Rente, unter Berufung auf die gelegentlich des Ausscheidungsvertrags erfolgten Verurkundungen, welche die Restriktion, dass ein geistlicher Lehrer sein müsse, nicht enthalten. Zudem sei die Sekundarschule in so langem Besitze des Rechts gewesen, dass es für sie als durch Verjährung ersessen gelten müsse, und zwar sei die Verjährung zu Gunsten der Klägerin schon in 10 Jahren von 1874 an eingetreten, da seit 1874 keine geistlichen Lehrer mehr an der Anstalt gewirkt hätten,

der Besitz an der Rente seither die erforderliche Qualifikation aufweise und die Ausscheidungsverträge einen rechtmässigen, unanfechtbaren Titel bilden.

Der Appellations- und Kassations-Hof wies die Klage ab.

Motive: Unzweifelhaft war nach dem ursprünglichen konstitutiven Akte (von 1835) das Versprechen mit der Auflage verknüpft, dass aus der Rente ein Teil der Besoldung eines geistlichen Lehrers bestritten werden solle. Der Sachlage nach berechtigte diese Auflage die Schenkerin, die einzelnen jährlichen Raten zurückzubehalten, sofern sie nicht ihrer aufgestellten Zweckbestimmung gemäss verwendet werden konnten, sobald also kein geistlicher Lehrer an der Schule wirkte. Demgemäß ist die Klage abzuweisen, wenn die Klägerin nicht darthun kann, dass die Schenkerin nach der Abgabe des Versprechens auf die Erfüllung der Auflage ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen verzichtet hat. Diesbezüglich ist es nun in der That auffällig, dass die Rente an die Sekundarschule auch ausgerichtet wurde zu Zeiten, da sie nicht ihrer Bestimmung gemäss verwendet werden konnte. Allein als stillschweigende Willenserklärung der Schenkerin, dass auf die Erfüllung der Auflage Verzicht geleistet werde, können diese Thatsachen doch nicht aufgefasst werden. Die drei ersten Perioden, 1840/1841, 1843/1845 und 1868, waren wohl nur Uebergangsstadien und offenbar zu kurz, als dass die Ausrichtung der Rente während derselben den Schluss auf einen eigentlichen Verzicht, die Erfüllung der Auflage zu verlangen, zuliesse. Und auch der Ablauf der längeren letzten Periode seit 1873 vermag für sich allein jenen Schluss um so weniger zu rechtfertigen, als schon im Jahr 1883 im Schoosse der Behörden der Kirchgemeinde Laufen die Frage diskutiert wurde, ob diese unter den obwaltenden Umständen zur Ausrichtung der Rente rechtlich noch verpflichtet sei. Es ist in dieser Hinsicht doch zu bedenken, dass im vorliegenden Falle beide Parteien nicht physische Personen, sondern Korporationen mit öffentlichem Zwecke sind, die in ihren Willensäusserungen durch ihre Organe vertreten werden, und dass desshalb aus der Duldung eines ihrer Berechtigung widersprechenden Zustandes durch die Promissarin der Rente nicht so leicht auf eine Anerkennung dieses Zustandes geschlossen werden darf, wie wenn man es mit physischen Personen zu thun hätte; überdies sind die Organe solcher Korporationen naturgemäß dem Wechsel und der Erneuerung unterworfen, und es können auch in der nämlichen Behörde gerade mit Bezug auf Punkte wie die in Frage stehende Zweckbestim-

mung leicht andere Auffassungen Platz greifen, so dass doch eine längere Periode des faktischen Duldens eines Zustandes erforderlich ist, wenn daraus gefolgert werden soll, dass dieser Zustand auch rechtlich anerkannt werde.

Mehr Gewicht scheint Klägerin darauf zu legen, dass durch die Ausscheidungsverträge vom 16. November 1868 die Zweckbestimmung, die mit der Erfüllung des Rentenversprechens verknüpft war, fallen gelassen worden sei. In gewisser Weise wird diese Auffassung durch jene Verträge allerdings unterstützt: die Rente ist kapitalisiert und das Kapital vom Kirchengut in Abzug gebracht, dagegen unter den Gemeindegütern mit rein örtlichem Zwecke als „Schulgut mit besonderem Zwecke“ aufgeführt. Allein es ist doch an beiden Stellen auf die Akte verwiesen, durch die die Rente konstituiert wurde, und in denen die fragliche Zweckbestimmung enthalten ist, und es darf desshalb nicht angenommen werden, dass beim Abschluss der Ausscheidungsverträge auf diese Bestimmung Verzicht geleistet werden wollte; unter solchen Umständen wäre ein von dem Inhalte der konstitutiven Akte abweichender Wille, wenn er bestanden hätte, in den Ausscheidungsverträgen ausdrücklich niedergelegt worden. Im Interesse der Klarheit der Verträge und der Rechtssicherheit wäre es allerdings gewesen, wenn die Zweckbestimmung in den Ausscheidungsverträgen wiederholt worden wäre, allein zu einer solchen Wiederholung lag damals kein besonderer Anlass vor, da am 16. Nov. 1868 ein Geistlicher an der Sekundarschule als Lehrer fungierte. Auch die Ausscheidungsverträge liefern demnach nicht einen genügend festen Anhaltspunkt, um anzunehmen, dass die der Rente ursprünglich gegebene Zweckbestimmung von der Kirchgemeinde Laufen fallen gelassen worden sei.

Von einer Ersitzung des Rechtes auf die Rente, sei es der 30jährigen des Art. 2262, sei es der 10jährigen des Art. 2265 C. c., kann keine Rede sein, da Forderungsrechte überhaupt nicht ertessen werden können.

(Zeitschrift des Berner Juristenvereins, XXX S. 116 ff.)

3. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 3. März 1894.

Verfügungsrecht der Handelsfrau über den im Gewerbe gemachten Gewinn.

Die Eheleute Spörri betrieben seit Anfang ihrer Ehe eine Wirtschaft und ein Konsumdepot; daneben hatte die Frau

ein Merceriegeschäft, das sie ausschliesslich leitete. Am 10. Mai 1892 übertrug Frau Spörri drei Bankobligationen, die auf ihren Namen lauteten, auf ihren Enkel Salomon Meyer und übergab sie dessen Vormund. Nach ihrem Tode wurde von dem Witwer und dessen Mitbeteiligten diese Schenkung angefochten, weil die fraglichen Obligationen dem Ehemann gehört hätten und aus dem Ertrage seines Geschäftes herühren. Diese Klage wurde aber abgewiesen. Die Appellationskammer konstatiert zunächst, dass die Titel Eigentum der Frau Spörri gewesen seien.

„Speziell ist auch der Standpunkt haltlos, dass der Verdienst aus dem Merceriegeschäft — welcher nach Angabe des Beklagten in den streitigen Obligationen enthalten sein soll — dem Ehemann Spörri gehört habe, und dass die Titel schon desshalb nicht Frauengut gewesen seien. Das fragliche Geschäft wurde mit ehemännlicher Genehmigung auf den Namen und die Rechnung der Frau Sp. betrieben. Daraus folgt aber, dass der Geschäftsgewinn nicht dem Ehemann, sondern der Frau Sp. gehört hat. Das ergiebt sich aus § 622 pr. G. B. ohne Weiteres und für die frühere Periode aus § 169 des alten pr. G. B., der allerdings weniger deutlich lautet als der neue § 622. Allein wenn der Gesetzgeber es zuließ, dass die Ehefrau ein Handelsgeschäft auf ihre Rechnung betreibe, so lag darin implicite ausgesprochen, dass der Vorschlag des Geschäfts ebenso wie ein allfälliger Rückschlag nicht den Mann, sondern die Frau berühre.“

Es könnte sich also höchstens noch fragen, ob Frau Sp. „Handelsfrau“ gewesen. Dies ist zu bejahen. Denn unter Handel ist jeder gewerbsmässige Umsatz von Waren zu verstehen, und dass ein solcher hier den Gegenstand des Geschäfts bildete, darf als unbestritten betrachtet werden.“

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII [1894] S. 146 f.)

4. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 8./9. November 1893.

Lebenslänglicher Niessbrauch der Ehefrau am gesamten Nachlass ihres Mannes. Nachträglicher Verzicht darauf und Anspruch auf Ausweisung der gesetzlichen Erbportion.

X. hat am 8. Februar 1883 ein diktiertes Vermächtnis errichtet, folgenden Inhalts:

1. Es ist mein Wunsch und Wille, dass meine Ehefrau geb. M. Nutzniesserin meiner ganzen Liegenschaft als dem unter Nr. 180 für Fr. 6000 brandversicherten Hause werde und lebenslänglich verbleibe.

2. Es hat alsdann meine genannte Ehefrau das Gebäude zu unterhalten und die Brandassekuranzsteuern zu entrichten, sowie die Verzinsung der ersten zwei Titel des Kapitalaufsatzes von Fr. 1800 zu übernehmen.

3. Die Verzinsung des dritten Titels von Fr. 1200, der auf meinem Hause haftet, ist wie bisher Sache meines Schwiegersohnes A.-X, der mir dieses Kapital schuldig ist.

Am 16. Februar 1883 starb X., am 22. desselben Monats wurde sein Testament eröffnet und seinem ganzen Wortlaute nach von den Erben anerkannt. Hierauf hat die Witwe X. die Liegenschaft angetreten, besessen und benutzt und die ihr überbundenen Leistungen für Unterhalt, Steuern und Kapitalverzinsung erfüllt. Im Jahre 1893 gelangte sie jedoch zu dem Entschlusse, ihr Nutzniessungsverhältnis an der Liegenschaft aufzugeben, sich dadurch der damit verbundenen Gegenleistungen für Unterhalt, Steuern, Kapitalverzinsung zu entledigen und die Teilung des einzig in dieser Liegenschaft bestehenden Nachlasses ihres verstorbenen Ehemannes unter sie und die drei Kinder zu verlangen. Die Witwe X. und ihr Sohn B. haben dann gegen den Schwiegersohn A.-X. (kraft dessen eigenen Erbrechtes und kraft der diesem zedierten Erbquote des Sohnes C.) die Klage erhoben und verlangt, dass ihr Recht, auf den testamentarisch ihr zugewandten Niessbrauch zu verzichten, und ihre sowie ihres Sohnes B. Befugnis, Teilung des Nachlasses von Vater X. sel. zu verlangen, anerkannt werde. — Das Kantonsgericht hat diese Klage geschützt, im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

1. Art. 188 Erb-Ges. schreibt vor: „Niemand ist gehalten, eine Erbschaft oder ein Vermächtnis unbedingt anzunehmen; er kann aber nicht wieder zum Nachteil eines Dritten zurücktreten, wenn er solche angenommen hat, es wäre denn“ u. s. w. Daraus folgt, dass ein einseitiger Rücktritt statthaft ist, wenn er ohne Nachteil für einen Dritten vor sich geht. Nun hat der Beklagte nicht nachgewiesen, dass ihm aus der Auflösung des streitigen Nutzniessungsverhältnisses der Witwe ein Nachteil erwachse. Er geht bei der Annahme eines solchen Nachteils von der Rechts-Auffassung aus, dass die Witwe durch die von ihr angenommene testamentarische Zuwendung der lebenslänglichen Nutzniessung an der Liegenschaft das ihr kraft gesetzlicher Erbfolge angefallene Miteigentum an dieser Liegenschaft zu einem Viertel verwirkt habe, dass sie daher über diesen Miteigentum-Anteil weder

bei Lebzeiten noch auch auf ihr Ableben hin weiter verfügen könne und dass mit der Annahme der lebenslänglichen Nutzniessung seitens der Witwe die Liegenschaft selbst ohne Weiteres ins alleinige Eigentum der drei Kinder übergegangen sei. Wenn das richtig wäre, dann könnte allerdings in der Auflösung des Nutzniessungsverhältnisses und im Wiederaufleben des Miteigentumsrechts der Witwe an der Liegenschaft ein Nachteil für den Beklagten hinsichtlich seiner eigenen und seiner zessionsweise erworbenen Erbquote erblickt werden. Aber die Rechtsauffassung des Beklagten ist irrig. Das Testament hat nicht den Sinn, dass der Witwe ihr Miteigentums-Anteil an der Liegenschaft entzogen und dafür ein blosses Nutzniessungsrecht an der Gesamtliegenschaft eingeräumt werde,¹⁾ sondern die Einsetzung in dieses Nutzniessungsrecht war, ihrem Eigentumsrecht und der daraus entfliessenden Nutzungsbefugnis an der eigenen Erbquote unbeschadet, auf die Eigentums-Anteile der Miterben gerichtet. Mit der Verzichtleistung auf das Nutzniessungsrecht hat gemäss Art. 198 Erb-Ges. jeder Erbe, also auch die Klägerschaft, das Recht erworben, Teilung des Nachlasses, bezw. der nunmehr nutzniessungsfrei gewordenen Liegenschaft zu verlangen.

2. Durch das Testament ist zu Gunsten der Witwe an der Nachlassliegenschaft, bezw. an dem ihr nicht kraft der gesetzlichen Erbfolge eigentumsweise angefallenen Anteil an derselben die lebenslängliche Nutzniessung errichtet worden. Diese Nutzniessung ist eine persönliche Dienstbarkeit; sie begründet für die Nutzniesserin nur ein Recht, die Liegenschaft lebenslänglich zu nutzen, nicht eine Pflicht, es zu thun, und daran ist auch dadurch nichts geändert worden, dass alle Erben und die Witwe das Testament anerkannt haben. — Auf eine solche lebenslängliche Dienstbarkeit kann aber der Berechtigte wie auf jede einseitige

¹⁾ Vgl. Erb.-Ges. v. 9. Dez. 1808 Art. 47: „Der überlebende Ehegatte des Erblassers erhält von dem hinterlassenen Vermögen desselben, wenn er mit den Kindern oder ihren erbfähigen Nachkömmlingen eintritt, einen Kindesteil gleich den Kindern des ersten Grades als Eigentum. Seine Nutzniessungsrechte sind ferner in Art. 219 zu ersehen,“ mit Art. 219 cit., 220. Nach Zürch. P. G. § 901: „Ausserdem kommt dem überlebenden Ehegatten zu: a) nach seiner Wahl, wenn die gesetzlichen Erben Nachkommen des Erblassers sind, die Nutzniessung an der Hälfte der übrigen reinen Verlassenschaft oder ein Achtel derselben zu eigen,“ wäre wohl anders zu entscheiden; vgl. aber auch Ullmer 2501 zu § 1950 alte Red.

Berechtigung jederzeit einseitig verzichten, sofern nicht die Ausübung des Rechtes ausdrücklich auch zum Gegenstand einer positiven Verpflichtung gemacht worden ist. Das trifft hier nicht zu, denn die mit der Nutzniessung verbundenen Gegenleistungen, Besorgung des Unterhalts, Bezahlung der Steuern und der Pfandkapitalzinse sind hier der Witwe nicht als selbständige Verpflichtungen zu Gunsten der Liegenschaft bzw. der Miterben überbunden worden, sondern als eine mit der Nutzniessung selbst zusammenhängende, aus ihrem Ertrage zu entnehmende Gegenleistung, die den Miterben für so lange, als ihnen jede Nutzung an der Liegenschaft entzogen wurde, abgenommen werden sollte, und die mit dem Aufhören der Nutzniessung seitens der Witwe natürlich auch wieder auf die Eigentümer der nunmehr unbeschwerten Liegenschaft übergingen.

(Entsch. des Kantonsger. St. Gallen 1893, S. 41 ff.)

**5. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts v. 11. Juni 1894.
Eheliches Güterrecht; Erbrecht der Ehegatten.**

Witwe Maria Widmer hat ihrem Ehemann seiner Zeit ein Frauengut im Betrage von Fr. 3230 in die Ehe gebracht. Im Jahre 1874 wurde die Hälfte des Frauenguts unterpfändlich versichert. Nachdem der Ehemann W. 1877 gestorben war, haben seine drei Kinder (die Beklagten) die Erbschaft angetreten und sind dadurch Schuldner des versicherten und des unversicherten Frauenguts geworden. Von der versicherten Hälfte des Frauenguts hat Witwe W. am 9. Mai 1882 dem Ortsbürgergut von Gränichen Fr. 150 und am 7. Mai 1883 der Anna Rupp Fr. 1015 abgetreten. Infolge dieser zwei Abtretungen im Gesamtbetrage von Fr. 1165 reduzierte sich die versicherte Frauengutshälfte auf Fr. 450. Im Jahre 1892 liessen Lüscher und Mith., Weinhändler, die heutigen Kläger, die Witwe W., die im Hause ihrer Kinder eine Pintenwirtschaft betreibt, für gelieferten Wein rechtlich betreiben. Die Frauengutsforderung der Betriebenen wurde gepfändet und zwar sowohl die versicherte Restanz von Fr. 450 als die unversicherte Hälfte im Betrage von Fr. 1615. Laut Verwertungsprotokoll des Betreibungsamtes Gränichen vom 7. Mai 1892 erwarben die jetzigen Kläger die gepfändete Frauengutsforderung kaufsweise und wurden dadurch am Platze der Witwe W. Gläubiger der Beklagten, welche auf die gegen sie angehobene Betreibung Recht vorschlugen, ge-

stützt darauf, dass die Kläger als Rechtsnachfolger der Witwe W. nicht bessere Rechte hätten als diese selbst, und ebenso wenig sie (die Kinder) in einer schlechteren Situation sein könnten als ihr Vater; diesem gegenüber aber habe die Mutter ihr Vermögen nicht herausfordern können; folglich seien Kläger nicht befugt, von den Beklagten die Bezahlung der Frauengutsforderung zu begehrn. Das Gericht hat aber dem Klagbegehrn der Kläger entsprochen.

M o t i v e: Nach der Vorschrift des § 53 des a. b. G. wird alles von der Frau dem Manne zugebrachte Vermögen Eigentum des letzteren, für dessen Stammbetrag er der Frau zu haften hat. Daraus folgt, dass der Ehemann über das Frauengut freies Verwaltungs- und Verfügungsrecht besitzt und der Frau dagegen ein Forderungsrecht gegenüber dem Ehemann zusteht. Laut dem Gesetz vom 16. November 1880 ist die Frau jederzeit befugt, vom Ehemann die Sicherstellung der Hälfte ihres eingekehrten Guts zu verlangen. Wenn der Ehemann in Geltstag fällt, so verliert er das ihm am Frauengut zustehende Recht (§ 62 a. b. G.). Stirbt der Mann vor der Ehefrau und hinterlässt er nur Kinder aus dieser Ehe, so erhält die Witwe die ganze Verlassenschaft des Ehemanns zu lebenslänglicher Verwaltung und Nutzniessung (§ 894 l. c.). Unter dem Ausdruck „ganze Verlassenschaft“ kann nur dasjenige Gut verstanden werden, das der Verstorbene als sein Vermögen hinterlassen hat, keineswegs aber auch dasjenige Vermögen, das die Ehefrau in Form eines Forderungsanspruches an den Verstorbenen besitzt. Das Eigentum jener Hinterlassenschaft des Ehemannes bleibt in concreto seinen Kindern (§ 897), während die lebenslängliche Verwaltung und Nutzniessung davon der Witwe zukommt. Ueber denjenigen Betrag, den sie dem Ehemann in die Ehe gebracht hat, besitzt sie nun als Eigentümerin und Forderungsberechtigte das freie Verfügungsrecht. Auf die Kinder geht erst mit dem Tode dasjenige Recht über, das ihr am Frauengute zusteht (§ 64 a. b. G.).

Während bestehender Ehe hat die Frau allerdings unter gewöhnlichen Verhältnissen kein Recht, die Herausgabe ihres Frauenguts zu verlangen, sondern sie ist nur befugt, die Versicherung von dessen Hälfte zu fordern und im Falle des ehemännlichen Geltstages diejenigen Rechte geltend zu machen, die ihr die §§ 62 und 63 a. b. G. einräumen. Nach Auflösung der Ehe aber wird ihr Forderungsanspruch fällig und realisierbar, während er vorher ein latenter gewesen war. Dass der Wortlaut des § 894, wonach der überlebende Ehe-

gatte die ganze Verlassenschaft zur lebenslänglichen Verwaltung und Nutzniessung erhält, dieser Auslegung nicht entgegensteht, folgt schon aus einer Vergleichung dieses Wortlauts mit dem der §§ 895 und 896, wo von der Hälfte der Verlassenschaft bezüglich des Verwaltungs- und Nutzniessungsrechtes die Rede ist.

Im vorliegenden Falle hat die Witwe von ihrem Forderungs- und Verfügungsrecht über ihr Frauengut unbeanstandet Gebrauch gemacht, indem sie zweimal Abtretungen von Teilbeträgen ihres versicherten Frauenguts vorgenommen.

Wenn nun die Witwe nach dem Tod ihres Ehemannes Schnulden kontrahiert hat, so konnte gegen sie als Schuldnerin Betreibung angehoben und Pfändung erwirkt werden und zwar auf ihre Frauengutsforderung, woran ihre Kinder zur Zeit noch kein Eigentumsrecht, sondern nur eine erbschaftliche Anwartschaft besitzen.

Die Beklagten glauben, es stehen ihnen als Erben ihres Vaters bezüglich des Frauenguts alle Rechtsansprüche in der gleichen Form zu, welche ihrem Vater zugestanden hätten, und es sei, soweinig als der Ehefrau bei Lebzeiten des Ehemanns ihr Frauengut von Dritten hätte gepfändet und veräussert werden können, ebensowenig dies nach dem Tode des Ehemannes gestattet. Allein sie übersehen hiebei, dass durch die mit Tod des Ehemannes eingetretene Auflösung der Ehe die rechtliche Situation verändert worden ist. Während bestehender Ehe ist laut § 51 a. b. G. der Ehemann das Haupt der Familie und der rechtliche Vertreter derselben, Betreibungen und Pfändungen gehen somit nicht gegen die Frau, sondern gegen den Mann, Prozesse führt nicht die Frau, sondern der Mann, der laut § 56 P. O. des Ausweises durch eine Vollmacht enthoben ist, wenn er für seine Ehefrau prozessualische Handlungen vornimmt.

Aber nach dem Tode des Mannes erhält die Frau am Vermögen des Mannes das Verwaltungs- und Nutzniessungsrecht. Für ihr eingekehrtes Frauengut hat sie gegenüber den Erben des Mannes ein nunmehr realisierbar gewordenes Forderungsrecht, das früher schon existiert, aber bei Lebzeiten des Ehemanns gleichsam geruht hat.

(Zeitschr. des Berner Jur. Ver. XXX S. 422 ff.)

6. Kanton Baselstadt. Urteil des Civilgerichtes vom
24. April 1894.

Ist der Teilungsmodus zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen ein Bestandteil des ehelichen Güterrechts oder des Erbrechts?

Die Eheleute Breiter hatten zur Zeit ihrer Verehelichung ihren Wohnsitz in Zürich; später siedelten sie nach Basel über, wo der Ehemann starb. Die Witwe beanspruchte auf Grund des Art. 19 B.-Ges. betr. die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen vom 25. Juni 1891 Teilung des Nachlasses nach Zürcher Recht, somit Zuweisung ihres eingebrachten Vermögens an sie. Die Kinder erster Ehe und Erben des verstorbenen Ehemanns, resp. das Waisenamt Basel nahmen auf Grund des Art. 13 des baselstädtischen Gesetzes über eheliches Güterrecht und Erbrecht vom 10. März 1884 ein Drittel des Gesamtvermögens in Anspruch, indem sie behaupteten, es handle sich hier um eine rein erbrechtliche Frage, die nach Art. 22 des citierten Bundesgesetzes nach dem Rechte des letzten Wohnorts des Erblassers zu beurteilen sei, nicht um eine ehegüterrechtliche, die nach Art. 19 unter dem Recht des Wohnsitzes zur Zeit der Eheschliessung stehe. Das Gericht hatte also die Frage zu entscheiden, ob die im baselstädtischen Recht vorgeschriebene Teilung der gütergemäß einschaftlichen Masse zu $\frac{2}{3}$ für den überlebenden Ehegatten und zu $\frac{1}{3}$ für die Erben des Verstorbenen erbrechtlicher oder ehegüterrechtlicher Natur sei. Das Civilgericht (unter Bestätigung durch das Appellationsgericht am 4. Juni 1894) entschied sich für den ehegüterrechtlichen Charakter dieses Satzes.

Motive: Die gerichtliche Entscheidung hängt von der Beantwortung der Frage ab: Liegt zwischen den Parteien ein Erbschaftsstreit oder ein Streit über eine Gemeinschaftsteilung? Aus der Antwort wird sich ergeben, ob der Breiter'sche Nachlass entsprechend dem Klagbegehren nach Basler Recht zu teilen sei, oder ob nach der Meinung des Beklagten die auf Grund des Zürcher Rechtes bereits vollzogene Vermögensausscheidung zu Recht bestehe.

Diese Art der Fragestellung steht bereits im Widerspruch mit der klägerischen Auffassung der massgebenden bündesrechtlichen Vorschriften (Art. 19 und 22 des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter); denn nach der Meinung der

Klagpartei lässt sich die Ausscheidung des Gesamtvermögens beim Tode des einen Ehegatten zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Verstorbenen nicht von der Erbteilung trennen und hat sich demgemäß auch die Ausscheidung nach dem für die Erbteilung geltenden Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers zu richten (Art. 22 des citierten Bundesgesetzes).

Es lässt sich nicht verkennen, dass diese Auffassung den Vorzug der Einfachheit besitzt. Erbrecht und eheliches Güterrecht haben zahlreiche Berührungspunkte. Namentlich das vertragliche eheliche Güterrecht, das in den Eheverträgen seinen Ausdruck findet, enthält vornehmlich Bestimmungen mit Rücksicht auf den Todesfall des Ehegatten. Die Anwendung verschiedener Rechte auf die Ausscheidung des Vermögens des verstorbenen und des überlebenden Ehegatten einerseits und auf die Erbfolge andererseits wird daher Schwierigkeiten verursachen. Diese werden vermieden, wenn Ausscheidung und Erbteilung nach demselben Recht und zwar nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers vor sich gehen. Das letztere Recht ist der Wohnsitzbehörde, welche sich mit der Erbteilung zu befassen hat, geläufig, während ihr die Herbeiziehung ausserkantonalen Rechtes für die Ausscheidung Mühe macht. Es ist auch bekannt, dass nicht nur die hiesigen Behörden, sondern auch solche anderer Kantone bis jetzt das Recht des letzten Wohnortes des Erblassers für Ausscheidung und Teilung des Ehevermögens angewendet haben und noch anwenden.

Zur Unterstützung dieser Auffassung wird der Art. 19 des citierten Bundesgesetzes angeführt in dem Sinne, dass sich nach dem Wortlaut desselben das Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes nur auf die Güterrechtsverhältnisse der Ehegatten unter einander während der Ehe beziehe, nicht aber auf die durch den Tod des einen Ehegatten eintretende Liquidation der Güterrechtsverhältnisse, indem die Erben des verstorbenen Ehegatten von Todes wegen, also auf Grund Erbrechtes, Ansprüche an den Gesamtnachlass erhalten. Dieser Sinn darf aber dem citierten Art. 19 nicht beigelegt werden. Entgegen dem sonst in dem mehr erwähnten Bundesgesetz vorherrschenden Territorialprinzip, entgegen der Vorliebe des Gesetzgebers für die Unterstellung der Niedergelassenen und Aufenthalter unter die Gesetzgebung des Wohnsitzes, wovon übrigens verschiedene Ausnahmen zu Gunsten des Heimatrechtes gemacht werden, stellt Art. 19 nämlich für die ehelichen Güterrechtsverhältnisse der Eheleute unter

einander den Grundsatz der Unwandelbarkeit der durch den Eheabschluss geschaffenen Verhältnisse auf, indem er bei einer Uebersiedelung der Ehegatten in einen andern Kanton für dieselben das Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes fort-dauern lässt. Diese Fortdauer besteht nach dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung allerdings nur während der Ehe, sie hört also auf, wenn die Ehe durch den Tod des einen Ehegatten aufgelöst wird. Allein die durch die Auflösung eintretende Liquidation muss sich naturgemäß nach den für das Verhältnis während der Dauer der Ehe massgebenden Grundsätzen richten, ja diese Grundsätze finden bei der Auflösung des Verhältnisses gerade ihre häufigste und hauptsächlichste Anwendung, gleichwie ein Gesellschaftsvertrag nicht nur während der Wirksamkeit der Gesellschaft, sondern auch nach dem Aufhören derselben durch Ausscheiden eines Gesellschafters für die Liquidation Geltung hat.

Die Klagpartei versucht ihre entgegengesetzte Ansicht noch vom Standpunkte des Art. 22 des citierten Bundesgesetzes zu verteidigen, indem sie behauptet, die Ausscheidung der Gütergemeinschaft zwischen dem überlebenden und den Erben des verstorbenen Ehegatten im baselstädtischen Rechte sei eine rein erbrechtliche Funktion.

Richtig ist soviel, dass die bis zum Inkrafttreten des kantonalen Gesetzes betreffend eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 10. März 1894 in Basel in Geltung gewesene Stadtgerichtsordnung von 1719 die Bestimmungen über die Auflösung der Gütergemeinschaft infolge Todes des einen Ehegatten unter die erbrechtlichen Bestimmungen klassifizierte, dass ferner auch der Ratschlag zum bestehenden Gesetze den überlebenden Ehegatten auch bezüglich seines Anspruches auf den Gesamtnachlass gelegentlich als Erben bezeichnet und dass endlich das bestehende Gesetz in § 14 erlaubt, beim Mangel von Nachkommen dem überlebenden Ehegatten durch Eheabrede mehr als die gesetzlichen zwei Dritteln des Gesamtvermögens zuzuwenden. Allein § 13 desselben Gesetzes, der die Quotenteilung für den gewöhnlichen Fall der vertragslosen Ehe bestimmt, findet sich in dem das eheliche Güterrecht betreffenden Abschnitte des Gesetzes unter der Spezialrubrik „Verhältnis bei Tod eines Ehegatten“. Von einer eigentlichen Beerbung des verstorbenen Ehegatten durch den Ueberlebenden ist nur im Abschnitt Erbrecht die Rede, wo es unter § 48 heisst: „Die gesetzliche Erbfolge besteht nicht über den fünften Grad der Verwandtschaft mit dem Erblasser hinaus. Sind innerhalb dieser Grenze keine Ver-

wandten des Erblassers vorhanden, so wird dessen hinterlassener Ehegatte zur Erbfolge berufen.“ Für die zwei Drittel des Gesamtnachlasses, welche der überlebende Ehegatte nach dem gesetzlichen Teilungsmodus bekommt, tritt er eben nicht als Erbe, sondern als Teilhaber der Gütergemeinschaft ein. Diese Auffassung findet sich auch in § 20 des Gesetzes von 1884, wo von der Witwe die Rede ist, die „in Verbindung mit den Erben des Mannes den Verzicht auf die Masse erklärt.“ Die Witwe wird hier nicht als Erbe des Mannes betrachtet, sonst müsste es wohl heißen „die Witwe in Verbindung mit den übrigen Erben des Mannes.“ Am Schlusse des Abschnittes über Erbschaftsantritt und Erbverzicht wird gesagt (§ 94): „Im Sinne dieses Abschnittes gilt als „Erbe“ überall auch die von dem Erblasser hinterlassene Witwe, ausser im Falle der Gütertrennung.“ Damit ist doch gesagt, dass die Witwe ausser im Falle des § 48 nicht als eigentlicher Erbe betrachtet und nur in Bezug auf die Vorschriften betreffend Erbschaftsantritt und Erbverzicht einem solchen gleichgestellt wird. Die bestehende kantonale Gesetzgebung spricht somit gegen die klägerische Auffassung. Daneben darf auch noch darauf aufmerksam gemacht werden, dass in der hiesigen Notariatspraxis bei der Fertigung von Erbliegenschaften bei Aufzählung der Beteiligten die Witwe als „Vermögensteilhaberin“ im Gegensatze zu den „Intestaterben“ bezeichnet wird.

Sodann ist auf die Litteratur zu verweisen, speziell auf Huber, System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes I Seite 361, wo die Teilung des Gemeinschaftsvermögens, die in Basel bei Tod des einen Ehegatten eintritt, ausdrücklich als güterrechtlicher und nicht als erbrechtlicher Natur bezeichnet und demgemäß auch im System eingereiht wird.

Das Bundesgericht hat sich bis dahin noch nicht über die Bedeutung des Art. 19 des Bundesgesetzes betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter und dessen Beziehungen zu Art. 22 desselben Gesetzes auszusprechen gehabt. Allein das genannte Gericht hat sich früher mit Bezug auf Staatsverträge und das schweizerische Erbrechtskonkordat von 1822 schon wiederholt dahin geäussert, dass Streitigkeiten über die Teilung des Gesamtnachlasses zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des verstorbenen Ehegatten nicht als Erbschaftsstreitigkeiten zu betrachten seien (vgl. Urteil vom 4. Februar 1875 in Sachen der Kantone Glarus und Schaffhausen, A. S. I pag. 198 unter Erwägung 6; Urteil vom 16. November 1883

in Sachen Kopf, A. S. IX pag. 505 und 506; Urteil vom 16. September 1892 in Sachen Erben Keller, A. S. XVIII pag. 452).

Gleichwie im letzterwähnten Urteile mit Bezug auf das Konkordat von 1822 auseinandergesetzt wird, erscheinen auch nach dem Bundesgesetze von 1891 als Erbstreitigkeiten einerseits Streitigkeiten über die erbrechtliche Nachfolge in den Nachlass, eine Nachlassquote oder einen Nachlassbestandteil, anderseits Erbteilungsstreitigkeiten. Ein solcher Streit aber liegt hier nicht vor: die Parteien streiten sich einzig über die Grösse der Quote des Gesamtnachlasses, in welche die Manneserben zu succedieren haben. Diese Grösse wird durch das zwischen den Ehegatten Breiter geltende eheliche Güterrecht bestimmt. Für letzteres aber ist nach Art. 19 des mehrerwähnten Bundesgesetzes das Zürcher Recht massgebend, während für die Erbteilung des dem Manne hienach zufallenden Anteiles am Gesamtgute nach Art. 22 das baselstädtische Erbrecht zur Anwendung kommt.

Eine Zweiteilung des Teilungsverfahrens lässt sich also in den Fällen, wo der letzte Wohnsitz des verstorbenen Ehegatten nicht mit dem ersten ehelichen Wohnsitz zusammenfällt, nicht vermeiden. Die hieraus den kantonalen Teilungsbehörden erwachsenden Schwierigkeiten berechtigen keineswegs dazu, sich über bundesgesetzliche Vorschriften hinwegzusetzen.

Im vorliegenden Falle sind übrigens keine solchen Schwierigkeiten vorhanden. Nach § 899 des Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuches steht beim Absterben des Ehemannes der überlebenden Ehefrau das Recht zu, ihr Weibergut vorwegzuziehen. Der übrige Nachlass gehört dem Manne, und in diesen Rest tritt die Erbfolge nach Basler Recht ein, d. h. es teilen sich in denselben die beiden Kinder nach § 43 des baselstädtischen Gesetzes betreffend eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen von 1884. Nach § 901 cit. a. des Zürcher privatrechtlichen Gesetzbuches käme dem überlebenden Ehegatten allerdings noch die Nutzniessung an der Hälfte dieses Restes oder, nach seiner Wahl, die Hälfte desselben zu eigen zu. Dieses Recht auf das den Nachkommen des verstorbenen Ehegatten zufallende Vermögen steht dem überlebenden Ehegatten jedoch nicht Kraft des während der Dauer der Ehe zwischen den Ehegatten bestandenen Güterrechtes zu, sondern stellt sich als ein erbrechtliches Verhältnis dar, das mit dem ehelichen Güterrechte, d. h. einem Teil des Familienrechts, zusammenhängt und nach Art. 26

des Bundesgesetzes nicht weiter in Betracht kommt, weil das für solche Verhältnisse massgebende Recht des letzten Wohnsitzes, hier also das baselstädtische Recht, ein solches weitergehendes Recht des Ueberlebenden an dem Nachlasse des verstorbenen Ehegatten nicht kennt.

Die letztere Erörterung ist übrigens für den vorliegenden Streit desswegen ohne Bedeutung, weil die Beklagte ihren Kindern schon mehr als ihnen nach § 899 des Zürcher Gesetzes zukommen würde, ungeschmälert herausgegeben hat.

7. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 20 décembre 1893.

Action en désaveu d'enfant. Preuve contre la présomption de paternité.

Paul Gély a conclu à ce que le tribunal prononce que l'enfant Auguste-Marcel-Edouard, que Anne-Susanne Gély a mis au monde le 28 août 1893, n'est pas des œuvres de Paul Gély et que celui-ci est autorisé à le désavouer en tant qu'il n'en est pas le père; qu'en conséquence, l'inscription du dit enfant au registre des naissances de l'arrondissement d'état-civil de Lausanne doit être faite comme fils de dame Anne-Susanne Gély. Le demandeur offre à prouver par le passé-expédition de Anne Gély à titre d'indices et par témoins les allégués suivants:

Nr. 7: Le demandeur n'a pas eu de relations avec la défenderesse depuis le 26 août 1892, date du jugement de divorce.

Nr. 8: Le demandeur a vécu séparé de la défenderesse depuis le 9 mars 1892 et s'en est tenu constamment éloigné.

Nr. 11: La défenderesse a reconnu que l'enfant n'est pas des œuvres de Paul Gély et qu'il est né d'un père décédé il y a quelque temps.

Nr. 16: Les époux Gély, durant toute cette période (dès le 9 mars au 4 novembre 1892), ne se sont jamais visités.

Nr. 17: Ils ne se sont jamais vus ni rencontrés nulle part jusqu'au mois de juillet 1893.

Nr. 18: Dame Gély a reconnu avoir eu des relations intimes depuis le 26 août 1892, spécialement en octobre et novembre de la dite année, avec une personne autre que Paul Gély.

Nr. 19: Elle a caché à ce dernier la naissance de son fils.

Nr. 9: La date de la conception de l'enfant remonte au mois de novembre ou de décembre 1892.

Le Président du Tribunal civil de Lausanne a admis les preuves entreprises par le demandeur, sauf en ce qui concerne celle du fait Nr. 9. Les défendeurs Auguste-Marcel-Edouard Gély et Anne-Susanne Gély ont recouru contre ce jugement en invoquant le bénéfice de la présomption légale résultant de l'art. 162 C. c.¹⁾ Le Tribunal cantonal a admis le recours et réformé le jugement incidentel en ce sens que la preuve testimoniale entreprise par Paul Gély sur les allégués énumérés plus haut est écartée.

Motifs: Considérant qu'en ce qui concerne les allégués 11 et 18, ils tendent à invoquer contre la présomption de paternité, en dehors de l'élément de l'impossibilité physique, l'aveu extrajudiciaire verbal de dame Gély, touchant le fait matériel de l'absence de relations charnelles entre le mari et sa femme.

Que les art. 162, 1005 et 1007 C. c. trouvent leur application en l'espèce.

Qu'en ce qui concerne les allégués 7, 8, 2^e partie, 16 et 17, l'enfant Gély doit être mis au bénéfice de la présomption légale de légitimité prévue par l'art. 162, 1^{er} alinéa C. c.

Qu'à teneur de l'art. 162, 2^e al. C. c., l'action en désaveu n'est admise que dans un cas nettement précisé, celui où le mari prouve que pendant le temps qui a couru depuis le 300^{me} jusqu'au 180^{me} jour avant la naissance de l'enfant, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pour cause d'éloignement ou par l'effet de quelque accident.

Qu'en dehors de ce cas précis, l'action en désaveu est inadmissible en présence de la présomption légale résultant de l'art. 1005 C. c.²⁾

Qu'il résulte du texte combiné des art. 162 et 1005 C. c.

¹⁾ Art. 162: L'enfant conçu pendant le mariage, a pour père le mari. Néanmoins, celui-ci pourra désavouer l'enfant, s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois-centième jusqu'au cent-quatre-vingtième jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit par cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme.

²⁾ Art. 1005: Nulle preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire, et sauf ce qui sera dit sur le serment et l'aveu judiciaires.

que toute preuve contre la présomption de paternité est interdite à l'exception de la preuve destinée à justifier l'impossibilité physique de cohabiter pour cause d'éloignement ou d'accident.

Que l'absence de relations charnelles alléguée sous Nr. 7, 8, 16 et 17 ne doit pas être considérée comme équivalant à *l'impossibilité physique de la cohabitation pour cause d'éloignement ou d'accident*.¹⁾

Que l'interdiction de la preuve testimoniale d'allégués tendant à établir l'absence de relations charnelles durant une période pour laquelle le législateur a établi une présomption légale en paternité, doit être considérée comme un principe d'ordre public.

Qu'au surplus, la preuve testimoniale de faits d'ordre absolument intime serait sans portée pratique et pourrait donner lieu à des débats que le législateur a voulu éviter.

Que la preuve testimoniale annoncée ne tendrait à rien moins qu'à détruire d'une manière détournée la présomption de légitimité établie essentiellement dans l'intérêt de l'enfant par l'art. 162 C. c.

(Journal des tribunaux XLII [1894] p. 43 ss.)

8. Kanton Zürich. Urteil des Obergerichts (Appellationskammer) vom 22. Mai 1894.

Sodbrunnen sind Teile der Grundstücke, auf denen sie stehen, nicht Zugehörigkeit des Nachbargrundstücks.

Z. beanspruchte als Kläger ausschliessliches Eigentum an einem an der Grenze seines Grundstücks, jedoch ganz auf dem Boden des Nachbarn B. stehenden Sodbrunnen. Das Bezirksgericht H. erklärte den Brunnen als Miteigentum der Litiganten, weil diese ihn s. Z. auf gemeinsame Kosten und in der Absicht, Miteigentum zu begründen, erstellt hätten. Die zweite Instanz wies dagegen die Klage gänzlich ab.

Motive: Die Auffassung der ersten Instanz, dass ein Miteigentum der Parteien an dem streitigen Brunnen bestehe, steht im offensichtlichen Widerspruch mit §§ 48 und 49 litt. b

¹⁾ Die erste Instanz hatte angenommen, que l'impossibilité physique où deux personnes auraient été d'avoir des relations intimes peut résulter de circonstances multiples qui dans chaque cas particulier doivent être appréciées par le tribunal.

priv. G. B., wonach als „Teile“ einer Liegenschaft „alle mit dem Boden in eine ihrer Bestimmung nach dauernde Verbindung gebrachten Gegenstände“ zu betrachten sind. Diese Vorschrift hat ihrer Natur nach durchaus öffentlich-rechtlichen (zwingenden) Charakter und kann nicht durch abweichende Vereinbarungen der Parteien ausser Wirksamkeit gesetzt werden.

Dass ein auf einer Liegenschaft erstellter Sodbrunnen als Teil derselben betrachtet werden muss, ist nicht zu zweifeln, da dessen Verbindung mit dem Grundstück offenbar auf die Dauer berechnet und nicht bloss vorübergehend ist.

§ 208 priv. G. B. kann zur Begründung des behaupteten Miteigentums nicht herangezogen werden, da er sich blos auf die Vermischung und Verbindung beweglicher Sachen bezieht, während § 132 die für die Verbindung beweglicher Sachen mit einem Grundstück massgebende Regel enthält.

Der vom Kläger geltend gemachte Gesichtspunkt, dass der Brunnen als Zubehörde seiner Liegenschaft anzusehen sei, ist schon desshalb nicht zutreffend, weil als solche nur bewegliche Sachen, niemals Teile einer Liegenschaft in Betracht kommen können.

(Schweizer Blätter f. handelsr. Entsch. XI1I [1894] S. 207 f.)

9. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 21. März 1894.

Servitut: Beschränkung der Bauhöhe auf 6 m. Messung dieser 6 m. bis zur Dachrinne oder bis zum Dachfirst?

Zu Gunsten der klägerischen Liegenschaften besteht auf der des Beklagten folgende Servitut: „Allfällige Anbauten oder einzelnstehende bauliche Einrichtungen dürfen nicht über 6 m. hoch errichtet werden.“ Der Beklagte errichtete einen Anbau, dessen Höhe bis zur Dachrinne 6 m. betrug, und schickte sich an, darauf ein Dach anzubringen, dessen obere Kante die Höhe von 6 m. übersteigen sollte. Hiegegen erwirkten die Kläger ein Bauverbot und beantragten dann in gerichtlicher Klage, dass Beklagter verurteilt werde, die baulichen Einrichtungen, soweit sie eine Höhe von 6 m. bis zum Dachfirst übersteigen, zu beseitigen, bezw. beim Weiterbauen innerhalb dieser Schranken zu bleiben. Die Kläger berechneten also die Höhe der 6 m. bis zum Dachfirst. Der Beklagte wollte die Servitut so verstanden wissen, dass die 6 m. nur

bis zur Dachtraufe, der untersten Dachkante, gerechnet werden dürfen. Das Civilgericht adoptierte die Auffassung des Beklagten, indem es ausführte: der hier gebräuchliche technische Sinn von „Höhe eines Hauses“ sei der, dass sich die Höhe vom Boden bis zu dem Punkte bemesse, wo das Dach die Fassadenmauer kreuze; von diesem Sprachgebrauch gehe auch das Hochbautengesetz aus, und es sei anzunehmen, dass der genau formulierten Servitutfassung nicht der vulgäre, sondern der technische Begriff zu Grunde gelegt sei. Das Appellationsgericht hob dieses Urteil auf und gab den Klägern Recht.

Motive: Der betreffende Satz der Servitut ist in seinem Wortlaut klar, er bezieht sich auf die Gesamthöhe dieser Bauten und nicht nur auf einen Teil ihrer Höhe. Der Zweck der Servitut ist, den berechtigten Liegenschaften ein gewisses Mass von Luft, Licht und Aussicht zu sichern, und dieses Mass würde verkürzt, ob nun die höhere Baute aus diesen oder jenen Gebäudeteilen besteht. Die dagegen vorgebrachten Gründe des erstinstanzlichen Urteils sind nicht stichhaltig. Einmal mag es dahingestellt bleiben, ob es einen „technischen“ Sinn des Ausdruckes „Höhe einer Baute“ giebt, wonach darunter nur die Höhe bis zur unteren Dachkante verstanden wird, und es ist daher auch nicht der Fall, hierüber Sachverständige anzuhören; denn der Servitutvertrag wurde nicht unter Technikern abgeschlossen, sondern unter Parteien, die jenem Ausdruck die gewöhnliche, landläufige Bedeutung gaben. Sodann kann das Hochbautengesetz nicht herangezogen werden, weil dasselbe ausdrücklich von Fassadenhöhe spricht.

10. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichtes vom 1. September 1893.

Servitut. Pflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks zu Leistungen behufs Ermöglichung der Servitutausübung.

Die Parteien waren im Streit über eine im Servitutenprotokoll eingetragene Servitut, wonach der Kläger das Recht hat, seine Abtrittgrube durch das anstossende Haus des Beklagten zu entleeren, zu welchem Zweck der Beklagte eine Thüröffnung in der Scheidemauer zu belassen und dieselbe beim Leeren zu öffnen hat.

Der Beklagte focht die Rechtsgültigkeit der Servitut u. a. mit der Motivierung an, ihr Inhalt bestehe darin, dass

dem Eigentümer des dienenden Grundstücks unmittelbar ein Thun auferlegt werde, und solche Servituten seien nach § 636 P.-R. unzulässig. Diese Behauptung ist unbegründet. Wie das Wort „unmittelbar“ unverkennbar andeutet, hat diese Bestimmung nicht den Sinn, dass jede Servitut unzulässig wäre, sobald sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nebenbei, mittelbar noch eine gewisse Thätigkeit bedingt. Nur da, wo eine solche Thätigkeit das Wesentliche der Servitut bilden würde, ist eine solche als begriffswidrig ausgeschlossen.

Im vorliegenden Fall besteht das Wesentliche der Servitut darin, dass der Eigentümer des herrschenden Grundstücks das Recht hat, seine Abtrittgrube durch das dienende Grundstück ungehindert zu entleeren; der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat dieses Thun des Servitutberechtigten nur zu dulden. Indem der Rechtsvorfahr des heutigen Berechtigten es hat geschehen lassen, dass der Belastete die früher offene Thür zugemauert und den früher offenen Hausflur in seine Werkstatt einbezogen hat, kann nun allerdings die Servitut nur ausgeübt werden, wenn der Belastete jeweils die Vernauerung der Thür wieder beseitigt und seine Werkstätte zum Durchpass ausräumt. Das ändert aber am Wesentlichen des Verhältnisses nichts. Dass der Berechtigte in freundnachbarlicher Weise nicht darauf bestanden hat, die für ihn nur in längeren Zwischenräumen zu einem ganz bestimmten Zweck in Betracht kommende Thüre müsse als solche ständig offen bleiben, sondern sich mit der Zusicherung begnügt hat, die Thüre werde jeweils im Bedarfsfall wieder geöffnet werden, darf nicht zu seinen Ungunsten ausgelegt werden. Es bleibt nach wie vor dabei, dass der Belastete das Durchtragen oder Durchleiten der Jauche durch sein Haus zu dulden hat; wenn infolge der von ihm getroffenen baulichen Änderungen dieses Dulden für ihn nur durch ein vorangehendes Handeln möglich wird, so kommt dieses Handeln für den Servitutberechtigten nicht in Betracht.

Dieser Einwand gegen die Gültigkeit der Servitut wurde demnach abgelehnt.

(Amtsbericht des Obergerichts für 1893 S. 36 ff.)

11. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 10 juin 1893.

Contrat d'assurance contre des accidents. Préten-
due réticence ou fausse déclaration du contractant.
Double assurance dans une police individuelle et
dans une police collective du patron.

Le 10 novembre 1892, Samuel Holtz a souscrit sur la tête de François Holtz, son cousin, auprès de la compagnie la *Préservatrice*, une police No. 10700 par laquelle la compagnie s'est obligée, moyennant une prime annuelle de 35 fr., à payer un capital de 5000 fr. en cas d'accident atteignant François Holtz et ayant entraîné la mort de ce dernier. Le 26 décembre 1892, Fr. Holtz, alors au service de F. Hammer, entrepreneur à N., était occupé à étendre des escarbilles pour garnir les entrepoutres au troisième étage d'une maison en construction ; marchant en arrière, il tomba dans une ouverture réservée pour la cage de l'escalier, ce qui causa une fracture du crâne et sa mort. Le 27 décembre, S. Holtz informa la compagnie du décès de son assuré. Alors il apprit que Fr. H. était au bénéfice d'une assurance collective contractée par F. Hammer, sous n°. 7462, auprès de la même compagnie et qu'en aucun cas celle-ci ne paierait tout à la fois 6000 fr. en vertu de la police collective et 5000 fr. en vertu de la police individuelle. S. Holtz et la veuve et la fille de Fr. Holtz ont introduit l'action en paiement de 5000 fr. en vertu des stipulations du contrat du 10 novembre 1892. La compagnie, pour justifier son refus de payer, a fait valoir :

1° L'art. 14 des conditions générales de la police dispose que „la profession, les occupations habituelles et l'état physique de l'assuré constatés par les déclarations du contractant déterminent l'admission ou le rejet de l'assurance et, dans le premier cas, la fixation de la prime.“ La prime est en effet fixée uniquement d'après les tarifs établis sur l'échelle des risques inhérents aux diverses professions. Or, Samuel Holtz a affirmé dans la police que la profession de F. Holtz est celle de jardinier, que ses occupations habituelles sont celles d'un jardinier, et qu'il a des travaux manuels consistant à travailler comme jardinier chez F. Hammer. F. Holtz n'était pourtant pas jardinier de son état ; ses occupations habituelles n'étaient pas celles d'un jardinier. Il travaillait depuis 1877 en qualité de manœuvre chez Hammer, et c'est en cette qualité qu'il se trouve assuré par la police n°. 7462 contracté par F. Hammer au profit de „ses salariés occupés.

à des travaux de maçonnerie pour la construction de bâtiments.“ Or, la police n°. 10700 a été créée sur la foi de déclarations fausses du contractant, déclarations qui ont eu pour effet de surprendre la bonne foi de la compagnie; celle-ci ne peut être tenue de supporter les conséquences d'une aggravation de risque à laquelle elle n'a pas consenti. Il y a donc lieu d'appliquer l'art. 14 de la police qui dispose que „toute fausse déclaration de nature à induire la compagnie en erreur annule l'assurance.“

2° La compagnie ayant payé à la veuve et aux enfants de F. Holtz une indemnité de 6000 fr. en vertu de la police n° 7462, la famille de F. Holtz ne peut pas prétendre que ce dernier était occupé chez Hammer à des travaux de maçonnerie et, comme tel, bénéficiaire de la police collective n° 7462 et que simultanément ce même F. Holtz était jardinier et, comme tel, bénéficiaire de la police individuelle n° 10700.

L'instruction de la cause a constaté que F. Holtz était jardinier de son état et qu'il était entré en 1877, comme jardinier, au service de M. Hammer. Ne pouvant être employé au jardin en hiver, il était occupé alors à toute espèce de travaux, mais la veille de l'accident, Holtz avait encore travaillé à l'établissement d'un jardin. Il est vrai que dans l'assurance collective contractée par Hammer au profit de ses salariés, F. Holtz a été désigné comme „surveillant de travaux, chef manoeuvre.“ Toutefois, Hammer déclare que Holtz figurait en qualité de jardinier sur son registre d'ouvriers et que s'il était inscrit sous la qualification de „chef manoeuvre“ dans l'assurance collective, c'était uniquement parce que lui, Hammer, ne voulait pas créer une rubrique spéciale de jardinier pour l'assurance de ses employés.

Le Tribunal a condamné la compagnie de payer aux demandeurs la somme de 5000 fr. conformément aux clauses de la police n° 10700.

Motifs: Il n'y a pas eu fausse déclaration sur l'état et les occupations habituelles de F. Holtz, et les réponses faites par S. Holtz au contrat n'ont causé ni erreur de risque ni préjudice à l'assureur. La compagnie peut d'autant moins se prévaloir d'une prétendue aggravation de risque à laquelle elle n'aurait pas consenti, que la prime fixée par le tarif de la Préservatrice pour l'assurance des jardiniers de profession est exactement la même que celle prévue pour l'assurance des terrassiers occupés à des travaux de culture et de jardinage.

Il est vrai que l'accident dont F. Holtz a été la victime

s'est produit à un moment où l'assuré ne se trouvait pas dans l'exercice de sa profession de jardinier, mais cette circonstance toute fortuite et exceptionnelle ne saurait avoir pour effet de le priver du bénéfice du contrat n° 10700. Celui-ci dispose, en effet, que la profession et les occupations habituelles de l'assuré déterminent l'admission ou le rejet de l'assurance et la fixation de la prime, et cette disposition se justifie d'elle-même s'agissant d'une assurance basée sur les risques inhérents aux diverses professions, mais il ne dit point que l'assurance est annulée et l'assureur libéré de l'obligation de payer, lorsque l'accident s'est produit au cours d'une occupation qui n'était pas l'occupation „habituelle“ de l'assuré. Il suffit à cet égard de constater que les motifs de libération totale ou partielle de l'assureur sont uniquement ceux prévus au contrat (art. 6, 7, 15 de la police).

Il n'y a pas lieu non plus de retenir le moyen invoqué par la compagnie et consistant à dire que F. Holtz n'a pas pu être assuré tout à la fois par la police collective n° 7462, comme chef manoeuvre de M. Hammer, et par la police individuelle n°. 10700, comme jardinier. S. Holtz, en sa qualité de contractant à la police n°. 10700, ignorait que son cousin fût déjà assuré auprès de la même compagnie. Si donc les deux contrats n°. 10700 et n°. 7462 étaient exclusifs l'un de l'autre quant à l'assurance de F. Holtz, il appartenait à la compagnie de signaler cette circonstance et de se refuser à conclure l'assurance individuelle aussi bien qu'à en toucher la prime. C'est ce qu'elle n'a pas fait.

Mais en dehors de ce point de vue spécial, il convient de reconnaître que la police collective et la police individuelle représentent deux opérations distinctes d'assurance; deux contrats reposant l'un et l'autre, il est vrai, sur le même assuré, mais conclu entre des personnes différentes. Dès l'instant où il est établi que le contrat n°. 10700, qui seul fait l'objet du procès actuel, est valable et que ce contrat ne doit pas être annulé pour cause de fausse déclaration, il faut admettre aussi que la compagnie doit exécuter ce contrat et qu'elle ne peut se soustraire à cette exécution en opposant à S. Holtz le paiement qu'elle a effectué en exécution de la police Hammer.

(*Jugements du Trib. cant. de Neuchâtel, III p. 141 ss.*)

12. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 13. Januar 1893.

Ausschluss des Ehemanns von einer den „Erben“ der Ehefrau zugesicherten Lebensversicherungssumme.

Unter dem Namen „La Fraternité, Société de Secours mutuels en cas de décès“ besteht seit 1879 in Biel eine Art Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit, welcher die Familien seiner Mitglieder bei Todesfällen mittelst Auszahlung einer Geldsumme von höchstens 1000 Fr. unterstützt. Diesem Verein waren die Ehegatten Karl S. und Maria geb. H. beigetreten. Später war Karl S. in Konkurs gefallen und am 27. März 1892 starb dessen Ehefrau mit Hinterlassung von zwei in der Ehe erzeugten Kindern. Die Versicherungssumme im Betrage von 1000 Fr. wurde der Vormundschaftsbehörde für Rechnung der Kinder ausbezahlt. Nun erhob K. S. Klage auf Ausbezahlung der nämlichen Summe an ihn als den „gesetzlichen Erben seiner Ehefrau nach der laut den Artikeln des bernischen Civilgesetzbuches, Erbschaft betreffend, festgesetzten Reihenfolge“ (wie sich die Statuten ausdrückten). Als dann die Beklagten in ihrer Klagebeantwortung auf Satz. 519 C. hingewiesen hatten, wonach nicht der Ehemann, sondern die Kinder Erben der Verstorbenen geworden seien, berief sich Kläger in der Replik auf einen bisher nicht angeführten Passus der Vereins-Statuten, in welchem als Zweck des Vereins angegeben sei, „beim Absterben eines Mitgliedes der Familie desselben oder dessen rechtmässigen Erben eine Unterstützung zuzusichern;“ nun sei der überlebende Ehemann und Vater Haupt der Familie, seinen Kindern gegenüber ernährungs- und erziehungspflichtig und infolge dessen einzig zum Bezug der Versicherungssumme berechtigt. Diese ganze Argumentation wurde indes weder vom Instruktionsrichter bei Aushebung des Beweisentscheides, noch vom Appellations- und Kassationshof berücksichtigt, weil in der nachträglichen Herbeziehung jener Statutenbestimmung eine unzulässige Klageverstärkung liege.

Im übrigen wurde die Klage abgewiesen, unter folgender Begründung:

Nach den Klagsanbringen wird der Anspruch des Klägers daraus hergeleitet, dass nach dem Vertrage, der von seiner Ehefrau mit der „Fraternité“ abgeschlossen worden war, die gesetzlichen oder gegebenenfalls die testamentarischen Erben, erstere nach der Reihenfolge der altbernischen Erbfolgeordnung, nach ihrem Tode die vom Verein zu leistende

Unterstützung verlangen konnten, und dass er, Kläger, der gesetzliche Erbe seiner Frau sei; ihm komme desshalb die Versicherungssumme von 1000 Fr. zu. Nun ist aber in der Verteidigung behauptet und vom Kläger nicht bestritten worden, aus der Ehe des Klägers mit der Bertha geb. Hablützel seien beim Tode der letztern zwei minderjährige Kinder vorhanden gewesen. Wer desshalb gesetzlicher Erbe derselben war, bestimmte sich vorliegend nach Satz. 519 C. Danach bleibt, wenn eine Ehefrau einen Ehemann und nur Kinder, welche sie mit demselben erzeugt, hinterlässt, der Ehemann in betreff des Vermögens, welches ihm die Ehefrau zugebracht, bei allen Rechten, die ihm während der Ehe zugestanden, und die Kinder treten in Hinsicht auf dieses Vermögen in die Rechte der Mutter ein; diesen fällt überdies das vorbehaltene Gut der Ehefrau sofort an. Der Ehemann also succidiert in keinerlei Rechte, sondern er bleibt bei denjenigen, die ihm schon während der Dauer der Ehe zugestanden; dagegen findet ein Uebergang von Rechten von der Ehefrau auf ihre Kinder statt, und zwar sowohl was das zugebrachte, als was ihr vorbehaltenes Gut betrifft. Nicht der Ehemann, sondern die Kinder sind somit in diesem Falle die Erben der Ehefrau (vgl. König, Kommentar zu Satz. 519, Leuenberger, Vorlesungen III S. 343 f.). Da nun nach der Klage den gesetzlichen Erben der Anspruch auf die Versicherungssumme zusteht, Kläger aber diese Qualität nicht besitzt, so erscheint die Klage als nicht schlüssig und der geltend gemachte Anspruch als unbegründet.

(Zeitschr. d. Bern. Juristenvereins XXIX S. 504.)

13. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 16. April 1894.

Exheredatio bona mente. Recht der erst nach des Testators Tode geborenen Kinder des Enterbten.

Durch Testament vom 26. November 1892 bestimmte Wwe E. G. Folgendes: „Ich setze an Stelle meines jüngeren Sohnes A. G. und auf seinen Anteil an meiner Hinterlassenschaft seine Nachkommen, welche zur Zeit meines Todes vorhanden sein werden, zu Erben ein, im Sinne von § 50 Abs. 2¹⁾ des Ges. betr. eheliches Güterrecht und Erbrecht“

¹⁾ Also lautend: Gänzliche Enterbung von Kindern oder Grosskindern zu Gunsten von deren Nachkommen ist gestattet, wenn zu befürchten ist, dass die Erbschaft in den Händen des zu enterbenden Nachkommen oder des Ehemanns desselben verschwendet würde, u. s. w.

u. s. w. Diese Verfügung wurde von dem enterbten Sohne A. G. angefochten, weil die thatsächlichen Voraussetzungen für eine so harte Massregel nicht vorlägen. Diese Frage bietet kein juristisches Interesse, da es dabei rein auf Würdigung der faktischen Verhältnisse ankam. Sie wird daher hier bei Seite gelassen. Dagegen kam sekundär in dem Prozesse auch zur Sprache, ob Kinder, die dem enterbten A. G. allenfalls nach dem Tode der Testatorin (der am 22. März 1893 erfolgt war) noch geboren würden, mit den schon vorhandenen in das grossmütterliche Erbe succedieren, oder ob sie davon ausgeschlossen seien als zur Zeit des Todesfalls noch nicht vorhanden. Der das Testament anfechtende, als Kläger auftretende, enterbte Sohn hatte eventuell als Anfechtungsgrund geltend gemacht, dass die Beschränkung der Erbeinsetzung auf seine zur Zeit des Todes der Erblasserin lebenden Kinder gegen das Noterrecht der Deszendenten verstossen und nachgeborene Kinder vom grosselterlichen Vermögen ausschliesse. Die Beklagten (Grosskinder) erwidernten darauf, dass Erbe nur eine zur Zeit des Todes des Testators existierende Person sein könne.

Das Civilgericht führte diese letztere Ansicht in folgendem Sinne aus:

Für die Ansicht des Klägers scheint die allgemeine Fassung des § 50 „zu Gunsten von deren Nachkommen“ „Nutzeniessung an der seinen Kindern zufallenden Erbschaft“ zu sprechen. Dagegen aber spricht Folgendes: Die Enterbung des § 50 und des § 53¹⁾ ist offenbar ähnlich normiert. In beiden Fällen wird der Noterbe als nicht vorhanden betrachtet (in § 53 gänzlich, in § 50 hinsichtlich der Erbenqualität; die Nachkommen sind Erben, er blos Nutzeniesser) und rücken daher seine Deszendenten als Noterben ein. Nun muss sich aber im Moment des Todes des Testators feststellen lassen, wer seine noterbberechtigten Intestaterben sind, da sonst eine Aushingabe der Erbschaft gar nicht möglich ist. Das Gesetz nimmt ein Anfallen und Erwerben der Erbschaft in den üblichen Fristen an (cf. § 50 in f.). Nach der Theorie des Klägers aber müsste, wenn z. B. ein unverheirateter Sohn gemäss § 53 oder § 54 enterbt ist, die Erbschaft bis zu seinem Tode ruhen; erst dann liesse sich ja

¹⁾ § 53 lautet: Gänzliche Enterbung von Noterben ist gestattet bei schweren Verbrechen derselben gegen den Erblasser Hat der enterbte Nachkomme selber Nachkommen, so treten diese durch die Enterbung in sein Noterrecht ein.

feststellen, wer Erbe wird, da er ja bis dorthin sich verheiraten und Kinder erzeugen kann. Aehnlich würde sich die Angelegenheit komplizieren, wenn z. B. ein volljähriger Nachkomme des Enterbten im Moment des Todes des Testators vorhanden wäre. Das Vermögen könnte ihm nicht herausgegeben werden, da ja sämtlichen vielleicht noch zu gewärtigenden Nachkommen des Enterbten deferiert würde, sondern es wäre, offenbar nach Analogie der Abwesenheitspflege, in vormundschaftliche Verwaltung zu nehmen und jedesmal beim Eintreffen eines neuen Nachkommen eine neue Teilung zu vollziehen. Nicht die Kinder wären dann Erben und bevormundet, sondern es wäre eine Cura über ein Vermögen, auf das weder eine Bestimmung des Vormundschaftsgesetzes noch eine Verordnung für die Gerichtsschreiberei passte. Mit der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes, dass die Nachkommen des Enterbten Erben sind, d. h. *ex nunc*, nicht erst nach dem Tode des Enterbten (§ 50 in fine), stände dies in unlösbarem Widerspruch. Stürbe ein solches Kind ohne Nachkommen, so könnte es nicht von seinem enterbten Vater (§ 44) beerbt werden; es würde vielmehr den vorhandenen und den noch zu gewärtigenden Geschwistern Platz machen, was wieder mit seiner gesetzlichen Eigenschaft als Erbe *ex nunc* unvereinbar wäre. Die klägerische Auffassung käme auch folgerichtig dazu, dass jedem später geborenen Kind gegenüber die Anfechtung des Testaments, wenn es nicht auf dasselbe verzichtet, von Neuem beginnen könnte, da das frühere Urteil ja nur *inter partes* wirken kann, während doch das Gesetz offenbar nur eine einmalige Anfechtung und eine abgeschlossene Zahl beweispflichtiger Erben im Auge hat. Nun wäre zwar an sich denkbar, dass ein Gesetz, weil es Ungleichheiten unter den Deszendenten und Geschwistern vermeiden will, bei Enterbungen dem Vermögen den Charakter einer Art Familienstiftung für die nächsten Nachkommen des Enterbten aufdrückt, es, solange der Enterbte lebt, unter Verwaltung stellt und erst nach dessen Tod anfallen lässt; es müsste dies aber positiv im Einzelnen normiert sein, wenn es gewollt wäre. Dem völligen Schweigen des Gesetzes ist zu entnehmen, dass solche Fälle ihm ausser dem Bereich der Möglichkeit liegen und dass es die mit der entgegengesetzten Ansicht verknüpften Härten mit in Kauf nimmt.

Das Appellationsgericht dagegen sprach sich über diesen Punkt in entgegengesetztem Sinne aus:

Es kann die Auffassung, wonach § 50 nur die beim Tode des Testators vorhandenen Nachkommen als Erben betrachte,

nicht als richtig angesehen werden. Es ist zwar zuzugeben, dass § 50 etwas knapp gefasst ist, und dass es wünschenswert wäre, wenn er sich über die rechtlichen Folgen der von ihm zugelassenen Enterbung näher aussprechen würde; es ist das vielleicht dem Umstände zuzuschreiben, dass der dem Grossen Rate vorgelegte Entwurf des Gesetzes eine Vorschrift über die sogenannte exheredatio bona mente facta nicht enthielt und § 50 erst bei der Beratung im Grossen Rate aufgenommen wurde. Es ist aber kein Zweifel, dass der Wortlaut des § 50, der von den Nachkommen und Kindern des Enterbten ohne Beschränkung spricht, zu Gunsten der Auffassung, dass auch spätere Nachkommen gemeint seien, in die Wagschale fallen muss. Entscheidend ist jedoch, dass die vielfach tief einschneidenden Folgen einer so ausserordentlichen Massregel, wie diese Enterbung ist, nicht weiter sollen ausgedehnt werden, als es der Zweck derselben durchaus verlangt. Eine solche harte und unbillige Folge aber wäre es, wenn spätere Nachkommen um ihren Teil an der Erbschaft, die ja gerade zu Gunsten der Familie zusammengehalten werden soll, verkürzt und in eine ganz andere ökonomische Lage als ihre ältern Geschwister gebracht würden. Es ist daher nicht nötig, den § 50 des Gesetzes mit Zuhilfenahme der §§ 53 und 54 zu interpretieren, und es kann dahingestellt bleiben, was die Folgen einer nach diesen Bestimmungen angeordneten Enterbung seien. Demnach ist das Testament aufrecht zu erhalten in dem Sinne, dass etwaige spätere Nachkommen des Klägers mit den jetzt vorhandenen gleiches Erbrecht besitzen.

Anmerkung. Es ist auffällig, dass das gemeine Recht uns über diese so wichtige, und wie man glauben sollte, oft praktisch werdende Frage eigentlich ganz im Stiche lässt. Einigermassen einschlägige Entscheidungen sind etwa bei Seuffert, Archiv IX Nr. 309, XV Nr. 141, XXV Nr. 246, sie behandeln indess nicht genau unsren Fall. Doch ist ihnen zu entnehmen, dass die Gerichte, um eine sachgemäße Entscheidung zu treffen, sich nicht gescheut haben, etwas kühne Behauptungen aufzustellen.

Die Redaktion.

14. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 24. November 1893.
Testament. Unterbleiben der Unterschrift des Testators wegen Kurzsichtigkeit. Folgen.

Dem Urteil entnehmen wir Folgendes :

Les demandeurs soutiennent que le testament en question est nul, parce qu'il n'est pas signé par la testatrice et que

la cause d'empêchement indiquée, c'est-à-dire la myopie de Geneviève Miserez, ne justifierait pas l'absence de la signature de la testatrice. Le testament porte en effet: „Au moment de signer, la testatrice a déclaré ne pouvoir signer ayant la vue trop basse.“

D'un autre côté, dans son rapport d'expertise, le Dr. Châtelain estime que la myopie, si intense qu'elle soit, ne peut empêcher personne de donner sa signature. En droit, le siège de la question est à l'art. 973 du C. c. fr., qui porte expressément qu'à moins d'empêchement majeur, le testament doit être signé par le testateur. Or, certes la myopie ne constitue pas un empêchement majeur de signer, du moins pas à un point de vue absolu. Toutefois, le fait qu'un myope peut signer, ne prouve pas encore que la déclaration qu'il donne dans telle ou telle circonstance de ne pouvoir apposer sa signature à raison de sa vue basse soit mensongère, c'est-à-dire vraiment fausse. Il est possible que la testatrice ait cru sincèrement (à tort, il est vrai) que sa myopie l'empêcherait de signer son testament (impossibilité subjective). Une pareille hypothèse n'a été nullement rendue invraisemblable par des contre-indices, tels que, par exemple, le fait que, peu avant la passation de son testament et dans un état général de santé pareil, Geneviève Miserez avait donné des signatures ou écrits d'autres mots nonobstant sa vue basse. On peut donc admettre qu'il y a eu dans l'espèce impossibilité majeure de signer dans le sens de l'art. 973 C. c. fr. (v. Laurent XIII n. 364 et 374; Demolombe XXI n. 307; Aubry et Rau VII § 670 note 81; Zachariae [éd. 7] IV § 670 note 271).

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Vereins XXX S. 326.)

15. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de 1^{re} instance du 25 septembre 1893.

Légs simultanés de l'usufruit général et d'un usufruit partiel des biens du testateur. Interprétation.

Attendu que sieur F. Riondel réclame à dame Ardieu la somme de 1800 fr. pour deux récoltes de vin d'une vigne qu'il prétend lui appartenir, tandis que la défenderesse, qui ne méconnaît pas avoir récolté la dite vigne, soutient avoir agi dans la plénitude de son droit d'usufruitière;

Attendu que la propriété et l'usufruit de la vigne dont s'agit sont réglés par un testament olographe de feu Joseph

Riondel, ancien maire de Versoix, le dit testament daté de Versoix du 8 août 1889;

Attendu que ce testament porte les dispositions suivantes: „Je lègue l'usufruit de tous mes biens à ma soeur Eugénie Ardieu, durant toute sa vie, et je la dispense de fournir caution.“

„J'institue pour mon héritier seul et universel, mon neveu François Riondel, sauf une part de vigne et pré prenant depuis la propriété Deshusses au chemin Favarger, je lui en donne la jouissance pendant son vivant.“

Attendu que quelque obscurs et même contradictoires que paraissent ces paragraphes, il y a lieu de s'attacher à la recherche de la volonté générale du testateur pour les interpréter.

Que le legs d'usufruit fait à dame Ardieu apparaît comme absolu et illimité et qu'au contraire la jouissance accordée à François Riondel doit être restreinte par l'usufruit général dont sont, en première ligne, grevés tous les biens du testateur; que l'intention primordiale de feu Joseph Riondel a été d'assurer à sa soeur l'usufruit pendant sa vie de tout son délaissé et de ne constituer d'autre jouissance de legs qu'après le décès de dame veuve Ardieu;

Que, dans ces circonstances, la demande de sieur Riondel n'est pas fondée, puisqu'il ne pourra jouir de la vigne dont s'agit qu'après le décès de dame Ardieu, et que c'est à bon droit que celle-ci en fait la récolte.

(La Semaine judiciaire 1893 Nr. 46.)

16. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 2 mai 1893.

Don manuel d'un livret de caisse d'épargne. Invalidité.

Dame Matthey née Feutz est morte le 16 août 1891. Par testament, reçu A. G. notaire, le 29 juillet 1891, elle a partagé ses biens en deux portions égales, l'une donnée aux hoirs Matthey-Claudet, l'autre donnée à dame C. Guglianetti et aux consorts Feutz. Le 3 septembre 1891, dame Gasser, née Feutz, encaissait le carnet de la caisse d'épargne n°. 25477, au nom de dame Matthey née Feutz, carnet ascendant à la dite date du 3 septembre à fr. 3087. 69. Les héritiers testamentaires prétendent que le carnet fait partie intégrante de l'actif de la succession et que son montant devra être partagé entre les héritiers. La dame Gasser oppose que dame

Matthey lui a fait un don manuel du dit carnet. L'instruction de la cause a établi les faits suivants:

Etant tombée malade dans le courant de l'été 1891, dame Matthey pria sa soeur, dame Gasser, de venir s'installer auprès d'elle pour la soigner. Dame Gasser y consentit et s'installa auprès de sa soeur. Le 30 juillet 1891, dame M. pria Constant Reymond de venir auprès d'elle et lui exprima, en présence de témoins, sa volonté formelle de faire cadeau à sa soeur, dame G., de son carnet de la caisse d'épargne en récompense pour ses soins dévoués. Et comme sanction de sa volonté ainsi formellement exprimée, elle remit séance tenante à C. Reymond son livret de la caisse d'épargne, afin qu'il pût, en sa qualité de correspondant de la caisse d'épargne de Neuchâtel, effectuer entre les mains de dame G. le paiement du montant du livret. Reymond prit possession du livret, après y avoir apposé, en présence de dame M. et des témoins, la mention que dame M. lui a remis son livret qu'elle donne à sa soeur en reconnaissance des bons soins qu'elle a pour elle; M^{me} Matthey trop faible pour signer, deux témoins ont été demandés. Cette mention, signée par C. R., était nécessaire pour permettre à la caisse d'épargne de remettre à son correspondant le montant du livret qu'il versa entre les mains de dame G.

Les héritiers ne contestent pas l'exactitude de ces faits, mais ils estiment que dame M., si elle voulait opérer à titre gratuit, en faveur de dame G., un transfert valable de ce livret, ne pouvait procéder que par voie de donation entre vifs, de testament ou de donation à cause de mort. La défenderesse prétend que dame M. était en droit de faire valablement à sa soeur un don manuel du livret, et n'était pas tenue de passer pour cela par les formalités de la donation entre vifs, du testament ou de la donation à cause de mort.

Le Tribunal cantonal a déclaré la demande bien fondée.

Motifs: Considérant que dame M. entendait disposer à titre gratuit de ce livret pour le temps où elle n'existerait plus; qu'elle n'a cependant fait aucune mention du dit livret dans son testament et qu'elle n'a pas fait de cette liberalité l'objet d'une donation à cause de mort ou d'un codicille; que la déclaration verbale faite par dame M. à C. R. pas plus que l'attestation écrite par celui-ci au pied du livret ne peuvent suppléer à l'absence d'un acte régulier de dernière volonté.

Considérant que, si même on devait admettre que dame M. eût entendu se dépouiller immédiatement de la propriété de son livret, il y aurait lieu de faire application des règles suivantes:

L'art. 670 C. c. Neuch. qui statue que tous actes portant donations entre vifs seront passés devant notaire, en la forme ordinaire des contrats et en présence de cinq témoins, doit être interprété en ce sens que le législateur a entendu restreindre la formalité de l'acte notarié aux donations portant sur des objets dont le transfert ne peut être effectué que par un acte. D'où il résulte que les donations manuelles d'objets mobiliers, accompagnées de tradition, n'y sont point soumises en vertu du principe „en fait de meubles, possession vaut titre.“

Mais s'il est besoin d'un acte quelconque pour effectuer le transport, la donation doit être faite dans les formes de l'art. 670 C. c., puisque cet acte est un acte portant donation (voir Jacottet, I 965 s.). Ainsi les titres de créances, dont le transport n'est opposable aux tiers que s'il a été constaté par un acte écrit (code des obl. art. 184), ne peuvent être donnés que par acte notarié.

L'ancienne coutume neuchâteloise déjà n'admettait la donation manuelle que pour autant qu'elle portait sur des sommes d'argent ou des effets mobiliers donnés de la main à la main (voir Osterwald, titre XIII § 2 p. 174 s.).

Le livret de caisse d'épargne ne pouvant être assimilé ni à de l'argent comptant ni à un objet mobilier, la donation manuelle qu'en aurait faite dame M. ne pourrait être déclarée valable.

(Jugements du Trib. cant. de Neuchâtel, III p. 93 ss.)

17. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 13. September 1893.

Einrede mehrerer Streitgenossen.

Xaver W., Gemeinderatspräsident in H., für sich und Namens der Bürger (10) von H., klagte gegen Joseph S. auf Verläumdung und Entschädigung von 300 fr., weil Beklagter sich geäussert habe: „Die H. . . . sind Holzscherben.“ Der Beklagte erhob die Einrede der mehreren Streitgenossen gemäss § 78 Civilrechtsverfahrens,¹⁾ weil nicht die Gesamt-

¹⁾ Dieser § lautet: Stehen die Streitgenossen in keinem Solidarverhältnisse unter sich, so kann der Beklagte . . . dem Kläger, wenn dieser nicht in Gemeinschaft aller Mitberechtigten auftritt, in der Antwort die Einwendung der mehreren Streitgenossen entgegensemzen und sich dadurch einstweilen von der Einlassung befreien.

heit aller H., Bürger und Einwohner, Bürgerinnen und Einwohnerinnen, am Rechten auftreten, und in Konsequenz des klägerischen Vorgehens jeder einzelne H. selbständig Bestrafung des Beklagten wegen des einen Vergehens verlangen könnte. Beklagter wurde zur Einlassung angehalten und seine Einrede verworfen.

Motive: Es handelt sich in vorliegender Sache um eine sogenannte Kollektivbeleidigung, durch die eine ganze Gesamtheit von Personen injuriert worden sein soll.

Diejenigen Gemeinheiten, denen nach luzernischem Recht die Befugnis zustehen soll, als solche und unabhängig von der Individualität der von ihnen umfassten physischen Personen wegen Verläumung oder Beleidigung klagend aufzutreten, sind in §§ 46 und 57 des Pol.-Str.-Ges. genau bezeichnet, wo einzig die „obersten Kantonsbehörden“ und „unteren Behörden“ als derartige berechtigte Gemeinschaften figurieren.

Von diesen Ausnahmen abgesehen, kann gegen eine Gesamtheit von Individuen, welche entweder in der Wirklichkeit des Lebens ein tatsächliches Ganzes bilden oder durch die Subsumtion unter die ehrenkränkende Kundgebung zusammengefasst sind, keine Injurie verübt werden, wodurch aber nicht ausgeschlossen ist, dass ein solcher Erfolg an den einzelnen Gliedern und zwar durch eine That an allen herbeigeführt werden kann, wozu eine Zusammenfassung der Mehrheit in einem gewissen Ausdruck und eine auf alle Glieder desselben gerichtete Direktion des dolosen Willens notwendig ist (vgl. Freudenstein, System des Rechtes der Ehrenkränkungen S. 50 ff.).

Gerade im vorliegenden Fall wäre durch die eingeklagte Injurie eine solche Gesamtheit von Personen unter der Bezeichnung „die H. . . .“ betroffen, der nach Massgabe der cit. Bestimmungen des Polizeistrafgesetzes das Recht, als Gemeinschaft wegen Beleidigung oder Verläumung klagend aufzutreten, abgesprochen werden muss, während allerdings die einzelnen Glieder derselben berechtigt sind, eine bezügliche Klage einzureichen, wobei gegen eine Klagenkumulation, wie sie im vorliegenden Falle versucht wird, um so weniger Bedenken erhoben werden können, als dadurch für den Richter augenscheinlich keine Verwirrung bei Behandlung der Sache verursacht, andererseits aber eine erhebliche Reduktion der Kosten gegenüber dem Vorgehen jedes einzelnen erzielt wird.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. 1893 S. 94 f.)

18. Kanton Zürich. Urteil des Obergerichts (Appellationskammer) vom 27. Juni 1893.

Charakter der nach Urteilsfällung ausgeführten Motivierung als einer Amtshandlung.

Der Arzt Dr. F. erhob gegen einen andern Arzt, Dr. C., Strafklage wegen Ehrverletzung, weil dieser sich auf verschiedenen an jenen gerichteten Postkarten geringschätzig und tadelnd über seine vielen Reklamen in Tagesblättern ausgesprochen hatte. Die Klage wurde abgewiesen, und in der schriftlichen Begründung des Urteils, das Bezirksrichter Dr. K. verfasste, wurde das Gebahren des Dr. F. als ein marktschreierisches und schwindelhaftes bezeichnet, unter Hinweis auf die Art und Weise der Reklamenmacherei des Dr. F., welche den Hohn des Kollegen begreiflich erscheinen lasse. Daraufhin klagte Dr. F. gegen den Verfasser des Urteils eine Civilentschädigung von 3000 fr. für Kreditschädigung und Genugthuung ein. Das Bezirksgericht wies die Klage ab, mit der Motivierung, dass der Fall nach Art. 50 O. R. und nicht nach § 417 Zürcher pr. G. B. zu beurteilen sei, weil die Redaktion des Urteils nicht zu den, mit der Urteilsfällung beendigten, richterlichen Funktionen gehöre, somit als Handlung ohne amtlichen Charakter kein im Amte begangenes Vergehen enthalte, dass aber die Ausdrucksweise des Urteils nichts Widerrechtliches enthalte. Die zweite Instanz bestätigte die Abweisung der Klage, aber unter Ablehnung des erstangeführten Motives des Bezirksgerichts, gegen das sie bemerkt:

Es ist anzunehmen, in der nachträglichen Redaktion des Urteils habe eine richterliche Thätigkeit des Beklagten gelegen, und es beurteile sich demgemäß seine Haftpflicht für die Folgen der rechtswidrigen Handlung, deren er sich dabei schuldig gemacht haben soll, nach § 417 pr. G. B., welche Vorschrift den Richter nur für den Schaden haftbar erklärt, den derselbe durch absichtliche Fehler oder durch grobe Fahrlässigkeit verursacht hat, dagegen nicht auch, wie Art. 50 O. R. bestimmt, für Schaden der aus leichter Fahrlässigkeit hervorgegangen ist. Nach § 909 des G. betr. Rechtspflege soll nämlich jedes vom Bezirksgerichte in einem Strafprozess zu erlassende Urteil eine rechtliche Würdigung der aus den Akten sich ergebenden Thatsachen enthalten, und schon hieraus geht hervor, dass die Abfassung der Urteilsbegründung zu der richterlichen Thätigkeit gehört. Theoretisch richtig wäre es wohl, dass die Redaktion der Urteilsgründe gleichzeitig mit der Ausfällung und Eröffnung des Urteils erfolgen

würde, und nur weil ein solches Verfahren thatsächlich nicht möglich ist, fällt in der Regel dem im Prozesse bestellten Referenten oder einem andern Richter oder dem Gerichtsschreiber die Aufgabe zu, nachträglich die Abfassung des Urteils zu besorgen. Dass aber diese Leistung immer noch einen Theil der Thätigkeit des urteilenden Gerichtes bildet, geht auch daraus hervor, dass wie im Civil- so auch im Strafprozesse der Inhalt eines Urteils durch dessen Protokollierung und durch Genehmigung des Protokolls Seitens des Gerichtes endgültig festgestellt wird.

(Im Uebrigen fand auch die zweite Instanz, dass von einer widerrechtlichen Schädigung keine Rede sein könne.)
(Schweizer Bl. f. h.-r. Entsch. XII [1893] Nr. 21.)

19. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom
21. April 1893.

Urteilsredaktion durch eine ausserhalb des Gerichts stehende Person. Kassationsgrund?

Ein Urteil wurde mit der Kassationsbeschwerde angefochten, weil es nicht von dem beigezogenen Gerichtsschreiber verfasst sei, sondern letzterer die Akten behufs der Urteilsabfassung einem Dritten (Joseph A.) überschickt und ihm die Redaktion überlassen habe. Die Beschwerde wurde abgewiesen.

Motive: Die bezügliche Behauptung ist bestritten und ein Beweis hiefür nicht erbracht, ein Beweis, der thatsächlich der anfechtenden Partei obgelegen hätte und den von sich aus herbeizuschaffen der Gerichtshof, entgegen deren bezüglichen Gesuch, sich nicht veranlasst sehen konnte. Im Uebrigen könnte, auch wenn die Behauptung einen thatsächlichen Boden hätte, doch auf dieser Grundlage ein Kassationsgesuch noch nicht als berechtigt angesehen werden, indem das Urteil von Präsident und Gerichtsschreiber gehörig unterzeichnet und so, auch wenn es von einer dritten Person redigiert worden wäre, von ersteren zu dem ihrigen gemacht resp. als dasjenige des Bezirksgerichtes anerkannt worden ist.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. 1893 Nr. 204.)

20. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de première instance du 23 mai 1894.

Banc de la Halle ne constituant pas une résidence.

M. Greiner a assigné dame Auberson en paiement de dommages-intérêts en articulant que, le 5 août 1893, il a été blessé au pied par un projectile que la défenderesse lui a lancé. Celle-ci excipe de l'incompétence du tribunal et expose qu'elle est Française, domiciliée à Reignier (Haute-Savoie). Il a été constaté au procès que la défenderesse vient deux fois par semaine vendre ses légumes à la Halle de l'Ile, où elle est locataire d'un banc, et qu'elle n'a aucun autre domicile, ni aucune autre résidence à Genève, où elle ne demeure pas, étant domiciliée à Reignier. Le tribunal s'est déclaré incompétent.

Motifs: Attendu qu'un banc de la Halle ne constitue, ni un domicile, ni une résidence même temporaire, un des caractères essentiels du domicile et de la résidence étant de servir de demeure; il ne constituerait même pas l'endroit de l'exercice habituel de la profession, s'il s'agit, comme dans l'espèce, d'un cultivateur qui ne s'y rend que les jours de marché pour vendre ses denrées;

Attendu que le demandeur ne contestant pas que la défenderesse est domiciliée à Reignier, celle-ci est présumée, jusqu'à preuve contraire, appartenir à la nationalité française, et ne pouvait être régulièrement assignée à Genève, à raison des engagements contractés ou quasi contractés à Genève que si elle y résidait au moment où le procès s'est engagé.

(La Semaine judiciaire XVI [1894] p. 571 s.)
