

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:	15 (1896)
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: 09.01.2026

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

Schweizerische Rechtspflege.

1. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de 1^{re} instance du 11 janvier 1895.

Droit de passage. Etat d'enclave.

Demoiselle Gaillard demande que son fonds a droit de passage pour son exploitation sur la parcelle appartenant à Gallay. Celui-ci conclut à son déboutement, alléguant que la parcelle de la demanderesse n'est point enclavée, mais a issue sur le chemin communal. Il a été établi que le fonds de la demanderesse se compose d'une partie supérieure bordant le chemin communal et d'une partie inférieure bordée dans sa majeure partie par la parcelle du défendeur et par le Rhône; que ces deux parties offrent un niveau très différent, étant séparées par une pente très rapide et inaccessible aux véhicules, et qu'il est impossible d'exploiter la partie inférieure en utilisant le chemin communal, vu l'impossibilité d'un accès résultant de cette pente; que, d'autre part, la partie de cette parcelle qui borde le Rhône n'offre aucun accès sur une voie publique, qu'en conséquence, cette partie de parcelle se trouve impossible à exploiter par suite d'un obstacle naturel sans passer sur un fonds voisin. Le tribunal a adjugé le droit de passage à la demanderesse.

Motif: Considérant qu'il est de jurisprudence de considérer qu'un terrain, même bordant la voie publique, doit être réputé en état d'enclave dans le sens des art. 682 et suivants C. c., lorsqu'il y a impossibilité pratique d'aboutir à cette voie publique ou que l'établissement d'un chemin occasionnerait une dépense excessive eu égard à la valeur de l'immeuble à desservir.

Considérant qu'il y a lieu toutefois de commettre un expert qui constatera si ce passage, pour être pris du côté où le trajet est le plus court et le moins dommageable, en vue d'atteindre la voie publique, doit bien s'exercer sur la parcelle du défendeur, sur quelle partie, et, en ce cas, fixer l'indemnité qui doit être accordée au défendeur.

(La Semaine judiciaire, XVII [1895] p. 302 s.)

2. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 9 mars 1895.

Servitude établie par la loi. Servitude de vue sur la propriété du voisin.

Le jardin de l'immeuble des demandeurs (hoirs Lardy) et le jardin des défendeurs (consorts Lozeron) sont séparés par un mur mitoyen commun aux deux propriétés. Les consorts Lozeron ont fait édifier dans leur jardin une construction appuyée contre ce mur mitoyen. Cette construction est recouverte d'un toit plat formant terrasse sur lequel on a accès depuis la maison d'habitation Lozeron dont il est devenu une dépendance ou une annexe. La plate-forme de cette terrasse est à peu près au niveau du sommet du mur mitoyen, de sorte que, de cette plate-forme, on a une vue directe sur le jardin Lardy. La terrasse n'étant pas à la distance de 0^m 90 prévue par l'art. 528 C. c. et M^{me} Lozeron s'étant refusée à transiger sur la base de l'exhaussement du mur, les demandeurs prennent les conclusions, que les défendeurs sont condamnés à reconnaître que l'immeuble Lardy n'est grevé d'aucune servitude de vue en faveur de leur immeuble, et à compléter à dire d'experts la construction édifiée par eux afin de supprimer dans la mesure prévue par la loi le droit de vue sur l'immeuble Lardy. Les défendeurs concluent à ce que les conclusions de la demande soient déclarées mal fondées, les art. 527 ss. C. c. étant sans application à l'espèce, ces articles ne s'appliquant qu'aux murs où l'on pratique des ouvertures, soit fenêtres, soit balcons ou saillies, mais non à un toit plat ou une terrasse comme celle dont il s'agit. D'ailleurs, les défendeurs offrent d'établir à leurs frais, sur leur terrasse, parallèlement au mur mitoyen et à 0^m 90 de la ligne médiane du mur, un treillis à claire-voie de 1^m 50 de hauteur et tenant toute la longueur de la terrasse.

Le Tribunal cantonal a prononcé que l'art. 528 C. c. est applicable à l'espèce, mais que l'exécution des travaux offerts par les défendeurs est de nature à donner satisfaction, dans la mesure prévue par la loi, aux demandeurs.

Motifs: Attendu que l'art. 528 du Code civil parlant des vues droites sur le fonds voisin dispose ce qui suit:

On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect ni balcons ou autres semblables saillies sur le fonds de son voisin, clos ou non-clos, s'il n'y a trois pieds (0^m 90) de distance entre le mur où on les pratique et le dit fonds.

Attendu que, si cet article ne s'applique, selon ses termes, qu'aux murs dans lesquels on pratique des ouvertures, il y a

lieu de croire cependant que la même prohibition doit être appliquée — puisque l'inconvénient est le même — lorsqu'on établit un toit plat formant terrasse et que cette terrasse est l'annexe d'un appartement duquel on peut sortir pour s'y promener de plainpied, — ce qui est le cas en l'espèce.

Qu'il y a donc lieu de prononcer, sur ce point, que les défendeurs sont soumis de par la loi à la restriction de l'art. 528 C. c. et qu'ils ne peuvent avoir de vue droite depuis leur terrasse sur le fonds Lardy si ce n'est à trois pieds ou 0^m 90 de distance de la ligne séparative des deux fonds.

Attendu que l'offre faite par les défendeurs paraît de nature à donner satisfaction aussi bien aux exigences de la loi qu'aux conclusions des demandeurs.

(Jugements du Tribunal cantonal, III p. 712 ss.)

3. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 13. Dezember 1894.

Servitut. Beweis derselben aus dem Kaufbriefe über die angeblich dienende Liegenschaft.

Im Jahre 1888 erwarb J. Wüthrich ein Heimwesen zu Thunstetten. Im Kaufvertrage ist gesagt, es führe über dieses Gut ein Fussweg vom verkauften Haus gegen dasjenige des Fritz Wyler. Im Jahre 1891 liess Wüthrich seine Besitzung mit Verbot belegen, wogegen Wyler das Recht darschlug und eine Fusswegservitut in Anspruch nahm. Er stützte sich hiefür auf jenen Passus in dem Kaufbriefe und auf die Thatsache, dass der fragliche Fussweg in dem Gemeindeplan von Thunstetten eingezeichnet sei. Wüthrich erwiderte, dem Wyler sei nie ein Fusswegrecht über sein Grundstück zugefertigt worden, und der im Kataster eingezeichnete Fussweg sei nicht als ein solcher des Wyler bezeichnet. Das Gericht sprach dem Wyler seinen Servitutanspruch ab.

Aus den Motiven: Fragt es sich, ob eine die Dienstbarkeit begründende Willenserklärung des Eigentümers des dienenden Grundstückes bewiesen sei, so muss vorab bemerkt werden, dass als solche die Anführung der Servitut in dem Erwerbstitel des Wüthrich für sich allein nicht gelten kann. Denn nur eine solche Willenserklärung des Eigentümers der dienenden Sache kann den Titel einer Servitut bilden, die in der Absicht, das Recht zu begründen, dem Eigentümer des herrschenden Grundstückes gegenüber abgegeben worden ist. Erklärungen wie der im Kaufvertrag enthaltenen kann nur Indizienwert beigemessen werden. Dabei ist zuzugeben, dass

bei Servitutverhältnissen das Indiz, das in solchen Erklärungen liegt, schwerer wiegt als in andern Rechtsverhältnissen, denn man wird hier sagen können, dass die Erklärung, wenn sie nicht richtig, kaum in den Titel aufgenommen worden wäre. Immerhin vermag dieser Erwerbstitel für sich allein den Erwerbsgrund der Servitut nicht zu beweisen, und auch die Einzeichnung des Fussweges im Gemeindeplan lässt nicht auf eine Willenserklärung des Eigentümers des dienenden Grundstückes schliessen. Auch ist der Fussweg in dem fraglichen Kaufvertrag nicht in eine Beziehung zu dem Wyler'schen Grundstück gesetzt, sondern nur die Richtung des Weges bezeichnet, worin nicht die Bezeichnung einer Zugehörigkeit desselben zum Hause und Grundstück des Wyler erblickt werden kann. Für die Thatsache endlich, dass Wyler und sein Vorbesitzer den Weg während etwa 40 Jahren benutzt haben, liegt keinerlei Beweis vor.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver. XXXI S. 246 ff.)

**4. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts
vom 1./2. Oktober 1894.**

**Quelleneigentum. Servituterwerb durch unvor-
denkliche Benutzung des natürlichen Ablaufs?**

Am öffentlichen Glathbache in S. bestehen von altersher zwei Mühlen, die als solche und für die Benützung der dahерigen Wasserkraft obrigkeitliche Konzession erhalten hatten in einer Zeit, als das Müllergewerbe einer solchen Konzession noch bedurfte. Etwa eine Stunde weiter oben am Bache liegt die Bergwiese des A. Die in dieser Wiese zu Tage getretenen Quellen haben vermöge natürlicher Bodenverhältnisse von jeher ihren Ablauf in den Bach genommen und so einen Bestandteil der von den Mühlen benützten Wasserkraft gebildet. In neuester Zeit hat A. diese Quellen der Gemeinde S. verkauft, behufs Zuleitung in die neu projektierte öffentliche Hydrantenanlage. Die beiden Müller B. und C. erhoben Einsprache gegen die Ableitung der Quellen aus der bisherigen natürlichen Ablaufrichtung wegen der dahерigen Schmälerung ihrer Wasserkraft. — Nun klagte A. gegen B. und C. auf Anerkennung seines freien Verfügungsrechtes über seine Quellen, im wesentlichen unter Berufung auf den Grundsatz, dass das Eigentum an Grund und Boden auch das Eigentum und freie Verfügungsrecht an den auf dem Grundstück entspringenden Quellen in sich schliesse, und dass entgegenstehende vertragliche oder dingliche Rechte der Beklagten nicht vorlägen.

Diese dagegen beriefen sich auf den unvordenklichen Bestand ihrer Wasserwerke, auf den natürlichen Ablauf des streitigen Wassers, die beständige Benutzung dieses Wassers durch mehr als dreissigjährige Uebung und auf die gesetzliche Garantie ihrer durch den Entzug dieses Quellwassers wesentlich beeinträchtigten Wasserwerke.

Das Kantonsgericht hat die Klage des A. geschützt und die beiden Müller B. und C. abgewiesen.

Im wesentlichen in Erwägung: Nach gemeinrechtlischen und mit der heutigen Gerichtspraxis übereinstimmenden Grundsätzen schliesst das Eigentumsrecht an Grund und Boden zugleich das Eigentums- und Verfügungsrecht über die auf demselben entspringenden Quellen in sich, so dass diese als Bestandteile der betreffenden Liegenschaft gelten. Aus diesem Grundsatz folgt im Sinne des Art. 23 des Dstbrkt.-Gesetzes, dass das klägerische Eigentumsrecht an den auf klägerischem Grund und Boden entspringenden Quellen so lange und insoweit als ein freies und unbeschränktes angenommen werden muss, als die Beklagten nicht den Bestand einer zu ihren Gunsten durch Vertrag oder Uebung errichteten Grunddienstbarkeit zu beweisen vermögen.

Die Beklagten berufen sich nun in erster Linie darauf, dass sie den Glathbach, welcher bis anhin zum Teil aus den klägerischen Quellen gespeist wurde, als öffentliches Gewässer für ihre Wasserwerke aus unvordenklicher Zeit benutzt haben, und dass von daher eine Servitut zu Lasten der klägerischen Liegenschaft begründet worden sei. Dieser Auffassung kann nicht beigeplichtet werden. Denn die Beklagten haben bisher das Wasser nicht aus dem Titel einer Dienstbarkeit benutzt, sondern ihnen wurde dessen Zufluss zu teil einzig vermöge der natürlichen Lage ihrer Liegenschaften unten am Bache. Dabei hat es sich also nicht um die Ausübung einer Dienstbarkeit gehandelt, die erst hätte erworben werden müssen, sondern lediglich um die Benützung eines öffentlichen Gewässers, wie solche den Beklagten bzw. ihren Rechtsvorgängern von seiten des Staates seiner Zeit bewilligt worden war. Es war daher auch nicht möglich, ein an den in den Glathbach fliessenden Quellen behauptetes Benützungsrecht privatrechtlich zu ersitzen, bzw. servitutarisch zu erwerben, so dass die Berufung auf Art. 20 des cit. Gesetzes von selbst dahinfällt.

Eine Erwerbung der Dienstbarkeit nach Art. 19 cit. Gesetzes liegt ebenfalls nicht vor. Aeussere, erkennbare Vorkehrungen oder Einrichtungen auf dem klägerischen Grundstücke, durch welches das letztere hätte belastet werden

können, sind weder behauptet noch erwiesen, noch auch am Augenscheine verzeigt worden. — In der von den Beklagten hiefür zum Beweis verstellten Thatsache, dass von ihren Rechtsvorgängern die Leitung der Quellen im Gute des A. je nach Bedarf stets in Stand gehalten bzw. das Gräblein gereinigt worden sei, kann eine augenfällige äussere Vorkehrung oder Einrichtung im Sinne des cit. Art. 19 schon an und für sich nicht erblickt werden, und um so weniger, da ja A., so lange er nicht im Falle war, über seine Quellen zu verfügen oder sie selbst zu benützen, ein eigenes Interesse dabei haben konnte, dass sie ungestört in den Bach ablaufen.

Die Beklagten stützen sich auch auf den Art. 12 litt. a des cit. Gesetzes, indem sie behaupten, dass in der von A. projektierten Ableitung der Quellen der natürliche Ablauf des Wassers gehindert, bzw. ein künstlicher Ablauf zu ihrem Schaden geschaffen werde, was unzulässig sei. — Der Art. 12 a kann aber hier keine Anwendung finden:

Die dem oberliegenden Besitzer durch Art. 12 a überbündene Pflicht beschränkt sich darauf, dass er den natürlichen Ablauf des Wassers nicht durch einen solchen Ablauf auf das unterliegende Gut ersetzen darf, durch welchen dieses schwerer belastet würde, schliesst aber das Recht des oberliegenden nicht aus, über seine Quellen in einer Weise zu verfügen, dass sie gar nicht mehr auf das untere ablaufen, und begründet für den Unterliegenden kein Recht darauf, dass ihm das Wasser überhaupt nicht entzogen werden dürfe. Die Pflicht des unteren Grundstückes, den Abfluss des Wassers von dem obern Grundstück abzunehmen, beruht auf der natürlichen Ordnung des Bodens und des natürlichen Wasserlaufes. Aber daraus folgt noch keine Verpflichtung des obern Besitzers, unter allen Umständen das Wasser dem untern zuleiten; eine solche Verpflichtung besteht nur dann und nur soweit, als der unterliegende Eigentümer dafür einen besondern Rechtstitel auszuweisen vermag. Dieser Ausnahmefall trifft aber hier nicht zu, da, wie schon ausgeführt, den Beklagten ein servitutarisches Recht nicht zusteht.

Die von den Beklagten behauptete gesetzliche Garantie ihrer Wasserwerke bzw. der ihnen bisher zudienenden Wasserkraft und Wasserzuläufe liegt ebenfalls nicht vor; Art. 1 des hiefür angerufenen Gesetzes über die Benützung von Gewässern vom 1. Januar 1894 bestimmt in seinem 2. Absatz ausdrücklich, dass das Gesetz auf Quellen keine Anwendung finde. (Entscheidungen des Kantonsger. St. Gallen i. J. 1894, S. 54 ff.)

5. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 26. Februar 1895.

Dinglicher Charakter einer schuldbrieflich gefertigten Verpflichtung des Liegenschaftseigentümers zum Bezug seines Bierbedarfs vom Schuldbriefgläubiger?

Der Käufer einer Liegenschaft verweigerte die Erfüllung des Kaufvertrags, weil der Verkäufer ihm verschwiegen habe, dass mit den zwei letzten auf der Liegenschaft haftenden Schuldbriefen der Brauerei W. die Verpflichtung für den jeweiligen Bewerber der Wirtschaft verbunden sei, den ganzen Bierbedarf von der genannten Brauerei zu beziehen. Diese Einrede wurde vom Gericht verworfen.

Motive: Die Einrede wäre schon deshalb unbegründet, weil eine derartige Verpflichtung, auch wenn sie am Grundprotokolle vorgemerkt ist, doch niemals dinglichen Charakter haben kann, der Beklagte also diese Verpflichtung, wenn sie ihm nicht ausdrücklich beim Kaufabschlusse überbunden wurde, gar nicht hätte übernehmen müssen. Dies hätte dann allerdings zur Folge gehabt, dass die betreffenden Schuldbriefe sofort kündbar geworden wären, während wenigstens der zweite sonst auf vier Jahre unaufkündbar geblieben wäre. Allein der Beklagte musste, wenn er sich nach seiner Behauptung darum beim Kaufabschlusse nicht gekümmert hat, damit rechnen, dass die auf der Liegenschaft haftenden Kapitalien nach den gewöhnlichen gesetzlichen Bestimmungen (§ 379 priv. G.-B.) gekündigt werden können. Zu einer Beschwerde wäre er daher nur dann berechtigt, wenn mit dem Aufhören des Bierbezuges der Schuldbrief sofort, ohne Beobachtung einer Kündigungsfrist, zurückbezahlt werden müsste, was hier nicht der Fall ist.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV [1895], S. 116 ff.)

6. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 20. April 1894.

Recht des Hypothekargläubigers auf die Brandassekuranzsumme, selbst wenn die Hypothek trotz der Zerstörung des Gebäudes gedeckt ist.

J. Keller in der Kächmatt hatte sein Haus selber angezündet. Er für sich hatte daher keinen Anspruch auf die Brandassekuranzsumme, die hier Fr. 6970 betragen hätte. Dagegen verlangte sie der Inhaber von zwei, auf Kächmatt

lastenden Gütten im Betrage von Fr. 6000 und Fr. 2000 und klagte diesen Anspruch ein, gegen Entlassung der Liegenschaft aus der Pfandhaft. Die kantonale Brandversicherungsanstalt als Beklagte bestritt ihre Pflicht zur Zahlung, weil aus der Liegenschaft Kächmatt ein Erlös von Fr. 22,133 erzielt und somit die Gütten in der Steigerung gedeckt worden seien; sie aber, die Versicherungsanstalt, hafte nur für verlustige Hypothekaransprachen, soweit dieselben die Versicherungssumme der Gebäulichkeiten nicht übersteigen. Die erste Instanz hat wesentlich in Rücksicht auf das Resultat der Steigerung und die dabei erzielte Kaufrestanz von Fr. 1574 über alle Gütten hinaus, womit bewiesen sei, dass die Gütten des Klägers nicht zu Schaden gekommen, die Klage abgewiesen. Das Obergericht hat sie dagegen als begründet erklärt.

Motive: Von jeher ging die Praxis dahin, mit Rücksicht auf die Solidität des Unterpfandes, dass der Satz *pre-tium succedit in locum rei* Geltung habe. Man ist dabei von der Anschauung ausgegangen, dass, was von der Expropriation gelte, analog auch bei der Assekuranz seine Anwendung finden müsse, indem bei der Expropriation ein Grundstück losgerissen, bei den der Versicherung unterstellten Eventualitäten ein Grundstück geschwächt werde. Abgesehen von später entstandenen spezialgesetzlichen Bestimmungen hat man jenen Grundsatz, dass die Assekuranzsumme wie die Expropriationssumme an Stelle der Sache tritt, auf die Brandassekuranz übertragen. Auch gemeinrechtlich hat die Ansicht, dass aus der Natur des Pfandrechtes die Berechtigung auf die Versicherungssumme sich ergebe, ihre Vertreter (Windscheid, Pand. 6. Aufl. I § 248, Note 9). In Betracht fällt ferner der Pfandvertrag zwischen Gültschuldner und Gültgläubiger. § 28 des Hyp.-Ges. bezeichnet den Inhalt der Gült und in litt. f 1. cit. ist ausdrücklich festgesetzt, dass bei jedem Gebäude die Summe beizusetzen sei, um die dasselbe in der Kantonalbrandassekuranz versichert ist, wonach ja eben bei jeder derartigen Gültterrichtung, also im Vertrage schon, die Versicherungssumme stillschweigend eventuell verpfändet wird, wobei sodann zutreffenden Falls die Gütten nach ihrer chronologischen Reihenfolge zur Abzahlung resp. Transfixierung gelangen nach dem Satze *prior tempore potior jure*.

Allein es ergiebt sich direkt aus Spezialbestimmungen der Gesetzgebung, dass die Brandassekuranzsumme den Hypothekaransprechern verhaftet ist, und dass die Ansicht, es sei nur für den Fall des Zuverlustgehens von Hypotheken

die Haftbarkeit der Brandversicherungsanstalt gegeben, nicht haltbar ist. Das Pfandrecht geht eben auf die Sache, das dingliche Recht des Pfandgläubigers ergreift die ganze Sache, und es kommt nichts darauf an, ob ein Teil davon losgelöst, resp. vernichtet und dann doch ein solcher Kauferlös erzielt wird, dass an und für sich die Kaufschuld gedeckt wäre.

Sollen nun die weitern Konsequenzen der vorliegenden thatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse gezogen werden, so ist einmal zu sagen, dass die Brandversicherungsanstalt kein Recht darauf hat, dass die Pfandgläubiger die jeweiligen Gültten ihr überlassen müssen; sie hat das Aequivalent für die auszurichtende Versicherungssumme schon durch die jährlichen Prämien bezogen. Vorliegend ist nun der Eigentümer des Unterpfandes in Konkurs geraten und die Liegenschaft wurde auch in den Konkurs einbezogen. Der Kläger hat sodann die fragliche Liegenschaft ersteigert, und es sind die zwei Instrumente, die nun kassiert, resp. transfixiert werden müssen, vorgestellt worden; infolgedessen ist anlässlich der Steigerung die Kaufrestanz niedriger geworden. Hätte bei der Steigerung schon vorgelegen, was durch das gegenwärtige Urteil veranlasst wird, dass nämlich die eine der Gültten nun durch die Entschädigungssumme ganz, die andere zum Teil abbezahlt wird, so wäre die Kaufrestanz um eben jene Fr. 6970, den Betrag der Versicherungssumme, höher geworden. Der Konkursmasse des Keller ist das Anspruchsrecht auf die Kaufrestanz gewahrt worden, die Brandassessuranzanstalt ist nun Gläubigerin im Konkurse des Keller für ihre Schädigung durch die Brandstiftung. Abgesehen von der auch vom Kläger zugegebenen Entlassung der abgebrannten Gebäulichkeiten aus den Gültten und entsprechenden Herabsetzung des Nennwertes derselben muss demnach auch der Beklagten das Regressrecht auf die dadurch erhöhte Kaufrestanz vorbehalten bleiben.

(Verhandl. des Oberger. u. der Justizkomm. v. 1894, S. 63 ff.)

**7. Kanton Zürich. Urteil der Rekurskammer
des Obergerichts vom 14. Juni 1895.**

**Recht des Pfandeigentümers zu Abbruch des auf
der verpfändeten Liegenschaft stehenden Gebäudes.**

Für eine grundversicherte Forderung des B. im Betrage von Fr. 8630 haften als Pfand „ein für Fr. 4000 assekuriertes Wohnhaus nebst Hofstatt und Ausgelände ungefähr ein Vierling“

gross“, und ein Stück Gartenland von circa 1500 □‘, in Seefeld-Riesbach gelegen. Der Eigentümer beabsichtigt, auf diesem Grundstück zu bauen, und hat begonnen, das Gebäude niederzureißen. Die Hypothekargläubigerin verlangt, dass ihm der Abbruch des Hauses untersagt werde, da dadurch die hypothekarische Sicherheit ihrer Forderung gefährdet werde. Beide Instanzen haben dieses Begehren abgewiesen.

Motive: Im allgemeinen ist es gewiss richtig, dass eine überbaute Liegenschaft einen grössern Wert hat als eine nicht überbaute, doch kann es Fälle geben, und sie sind gerade in Ortschaften mit lebhafter baulicher Entwicklung nicht selten, wo es sich umgekehrt verhält, wo ein Gebäude sich als ein Hindernis für die rationelle Verwertung einer Liegenschaft darstellt, und dessen Beseitigung geradezu eine Werterhöhung des Grundstückes bedingt. Um einen solchen Fall scheint es sich hier zu handeln, indem der Schuldner an Stelle des abzubrechenden Wohnhauses und mit Benutzung des bisher unbebauten Teils der Liegenschaft andere umfangreichere Gebäude aufführen will. Führt er diese Absicht aus, so ist klar, dass die Gläubigerin an Sicherheit für ihre Forderung nicht nur nichts verliert, sondern erheblich gewinnt.

Allerdings hat die Gläubigerin keine Gewähr dafür, dass nach Abbruch des alten Hauses an dessen Stelle wirklich ein neues gebaut werde, während sie selbstverständlich beanspruchen darf, dass ihr die hypothekarische Sicherheit auch nicht einen einzigen Moment entzogen wird. Dies ist nun aber in der That nicht der Fall. Man kann füglich sagen, dass abgesehen von dem hier nicht weiter zu berücksichtigenden Fall der Zerstörung des Gebäudes durch Feuer, wobei die Versicherungssumme verbliebe, das gegenwärtige Haus keinen irgendwie erheblichen Wert repräsentiert und bei einer Veräusserung vom Käufer schwerlich mitberechnet würde. Denn so lange das Gebäude steht, kann der Platz nicht richtig verwertet werden. Da nun der m² Bauterrain in der Gegend des Unterpfandes mit Fr. 19 bezahlt wird, so erhellt, dass der Wert des Gebäudes gegen dem des circa 1035 m² haltenden Platzes nicht erheblich in Betracht fällt, abgesehen davon, dass der Platz nur dann diesen Wert hat, wenn das Gebäude abgebrochen wird.

Es kann mithin von einer Gefährdung des Wertes des Unterpfandes durch Abbruch des Gebäudes keine Rede sein.

Auch wenn der volle Assekuranzwert des Hauses massgebend wäre, so würden die Interessen der Gläubigerin durch

den Abbruch nicht verletzt. Der Platz allein ohne das Gebäude repräsentiert einen Wert von Fr. 19665, also mehr als doppelt so viel als die Forderung. Von irgend einem berechtigten Interesse daran, dass das Unterpfand die Forderung an Wert noch mehr übersteige, kann unter diesen Umständen nicht gesprochen werden. Die durch § 355 pr. G. B. normierte Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Eigentümers lässt sich aber nur durch ein erhebliches Interesse des Pfandgläubigers rechtfertigen. Auch von diesem Gesichtspunkte aus kann sich die Rekurrentin nicht auf die genannte Gesetzesbestimmung berufen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV, S. 238 f.)

**8. Kanton Luzern. Entscheid der Justizkommission
vom 27. August 1894.**

**Pfändung unveräusserter Gütten gleichzeitig
mit Pfändung der Liegenschaft.**

Alois B. betrieb den Jakob B. für eine Forderung von Fr. 1000 und liess ihn pfänden, wobei eine Anzahl unveräusserter Gütten, haftend auf der Liegenschaft des Schuldners, im Nominalwert von zusammen Fr. 25,000, vom Betreibungsamt geschätzt für Fr. 50, nebst der darin verschriebenen Liegenschaft selbst gepfändet worden sind. Gegen die Versteigerung dieser Gültbriefe, die vom Betreibungsamt angeordnet wurde, beschwerte sich der Betriebene, indem die Versteigerung der wertlosen Gütten zur Folge hätte, dass ihm eine neue Schuldenlast von Fr. 25,000 erwachsen würde, ohne dass ein auch nur annähernd entsprechender Erlös erzielt würde. Der Gerichtspräsident wies die Beschwerde ab, die Justizkommission dagegen hiess sie gut.

Motive: Es hat keinen Sinn und ist daher unstatthaft, Gütten, die auf der Liegenschaft des Schuldners haften und von diesem noch nicht veräusserst sind, zu pfänden und zur Versteigerung zu bringen, wenn zugleich auch die Liegenschaft, das Grundpfand, selbst gepfändet und dessen Verwertung verlangt wird.

Solche noch in Handen des Schuldners liegende Gütten können nicht als ein reeller pfändbarer Vermögensbestandteil desselben betrachtet werden, da der Vermögenswert der Gütten, vorausgesetzt, dass sie gut sind, eben in der dem Schuldner gehörenden Pfandliegenschaft steckt, und diese daher zu pfänden und zu verwerten ist, wenn sonst nichts Pfändbares mehr vorhanden ist.

Die gepfändeten Gütten im Betrage von Fr. 25,000 sind überdies als wertlose Instrumente anzusehen, wie sie auch das Betreibungsamt selbst nur auf Fr. 50 geschätzt hat, weshalb zweifelsohne bei der Versteigerung der Liegenschaft diese Instrumente zu Verlust gehen würden, was zur Folge hätte, dass der Beschwerdeführer mit dem verlustigen Betrag im Fahrenden belastet würde.

Es liegt aber offenbar nicht in der Tendenz des Gesetzes, den Schuldner dadurch, dass ihm neue Verbindlichkeiten auferlegt werden, zu benachteiligen.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. v. J. 1894, S. 134 f.)

**9. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts
vom 3. Oktober 1894.**

**Haftbarkeit des Wirtschaftspatentinhabers für die
aus dem Wirtschaftsbetrieb seines Unterpächters
entstehenden Schulden.**

Der Bierbrauer X. in B. hat die „Bierhalle“ in G. angekauft und darauf das Wirtschaftspatent erworben. Er hat die Wirtschaft aber nicht selbst betrieben, sondern dem Y. zum Betriebe überlassen, der ihm dafür einen monatlichen Mietzins von Fr. 30 zu leisten und das zur Verwendung kommende Bier von ihm zu beziehen hatte. Y. bezog auf seinen eigenen Namen und seine eigene Rechnung die in der Wirtschaft zur Verwendung kommenden Lebensmittel und Weine von verschiedenen Lieferanten, die ihn und nicht den X. als den Wirt ansahen, für ihre dahерigen Forderungen in ihrer Buchführung ihn (Y.) belasteten und ihn dafür in Betreibung setzten. Am 20. Dezember 1893 geriet Y. in Konkurs; diese Lieferanten meldeten ihre Forderungen auf Y. an unter Regressverwahrung auf den Patentinhaber X. für den im Konkurse des Y. nicht erhältlichen Teil ihrer Guthaben. Die Forderungen wurden im Konkurse vom Kridar Y. anerkannt, vom Konkursamte zugelassen und kolloziert, blieben seitens der übrigen Gläubiger unbeanstandet, gingen aber vollständig zu Verlust. — Nun belangten die Lieferanten den X. für diese Forderungen, gestützt auf die Art. 2 und 10 des Gesetzes über die Betreibung von Wirtschaften. X. verlangte Abweisung der Klage, da Y. nicht sein Gerant, sondern sein Pächter gewesen und die Wirtschaft für eigene Rechnung und nicht für Rechnung des X. geführt, die Lieferungen auf eigene Rechnung bestellt und

erhalten habe, und da die Lieferanten wohl wussten, dass sie nur mit ihm, nicht mit X. in ein Vertragsverhältnis treten.

Das Kantonsgericht hat die Lieferanten geschützt und den Patentinhaber X. für deren Guthaben zahlungspflichtig erklärt.

Im wesentlichen in Erwägung: Wenn auch Y. nach aussen hin und gerade im Verkehr mit seinen Lieferanten sich als selbständiger Wirt und Kontrahent gerierte und die Lieferanten nicht nachweislich wissen konnten oder wussten, dass er nicht Patentinhaber sei, bzw. dass er nach kantonalem Rechte nur Stellvertreter des Patentinhabers sein könne, und wenn sie ihm persönlich kreditierten und mit ihm allein in ein direktes Vertragsverhältnis getreten sind, so folgt daraus zunächst nur, dass ihnen gegenüber jedenfalls Y. zur Reglierung der daraus entstandenen Verbindlichkeiten verpflichtet wurde.

Es haben daher die Lieferanten in korrekter und gesetzlich zulässiger Weise im Konkurse des Y. ihre Forderungen in erster Linie geltend gemacht; wenn sie aber den Verlust aus dem Konkurse subsidiär gegen den Beklagten X. geltend machen, so müssen sie auch dabei geschützt werden. — Denn der kantonale Gesetzgeber hat mit Art. 10 des Wirtschaftsgesetzes den Patentinhaber, der die Wirtschaft einer Drittperson zur Führung übergiebt oder überlässt,¹⁾ aus dieser blossen Thatsache für alle aus dem Wirtschaftsbetriebe des Dritten entstehenden Verbindlichkeiten haftbar erklärt, und zwar geschieht dies, da das Wirtschaftsgewerbe kantonal

¹⁾ Genau lautet aber dieser Art. 10: „Die Uebertragung der Führung einer Wirtschaft durch den Patentinhaber an Drittpersonen als Angestellte oder sog. Geranten ist nur insofern zulässig, als der rechtsgenügliche Nachweis geleistet werden kann, dass der Wirtschaftsbetrieb auf Rechnung und Gefahr des Patentinhabers stattfindet. Letzterer ist auch ausschliesslich für die Wirtschaftsführung in polizeilicher und ökonomischer Beziehung verantwortlich.“ Darnach kann es zweifelhaft sein, ob ein Pächter, was Y. in unserem Fall gewesen zu sein scheint, auch als Angestellter oder Gerant passieren kann. Immerhin mag die strenge Interpretation des Kantonsgerichts gerechtfertigt sein zur Verhinderung übler Namenleihereien in mannigfacher Weise. Ein gleiches Urteil hatte das Kantonsgericht schon am 21. Dezember 1891 gefällt (Entsch. v. 1891, S. 59 ff.). Der Beklagte hatte sich dort vergeblich darauf berufen, der Art. 10 regle nur die Rechtsverhältnisse zwischen dem Patentnehmer (Wirt) und dem Patentgeber (Staat), und diese allerdings nicht bloss in polizeilicher, sondern auch in ökonomischer Hinsicht (Haftbarkeit für die Patenttaxen und die im Gesetze vorgesehenen Bussen).

hoheitlich patentiert ist, in zulässiger Weise. Damit wollte der Gesetzgeber dem Patentnehmer privatrechtliche Verpflichtungen überbinden, die im Interesse des Publikums liegen und einem unreellen und unsoliden Wirtschaftsbetrieb vorbeugen sollen. Es hat der Gesetzgeber eine Form der Führung der Wirtschaft durch den Dritten nicht vorgesehen, welche den Patentinhaber dieser mehrerwähnten Verpflichtung entheben könnte, und ist daher die Einrede des Abschlusses eines Pacht- oder Mietvertrages gegenüber der aus Art. 10 des cit. Gesetzes abgeleiteten Haftbarkeit des Klägers nicht stichhaltig. Immerhin ist diese Haftbarkeit im gegebenen Falle und unter den waltenden Sachverumständungen nur eine subsidiäre. Diese subsidiäre Haftung begründet aber für die Kläger nach dem Verluste ihrer Forderungen im Konkurse des Y. ihr Rechtsbegehren gegenüber X.

(Entscheidungen des Kantonsgerichts v. J. 1894, S. 57 f.)

**10. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts
vom 4./14. Juni 1894.**

St. Gallische Güterverbindung. Inhalt des Eigentumsrechts der Ehefrau an ihrem Eingebrachten während der Ehe.

Ein Ehemann hat bei bestehender Ehe und ehelicher Güterverbindung, ohne dass er in seinem Verwaltungs- und Verfügungsrechte über das Frauengut nach Massgabe des Vormundschaftsgesetzes irgendwie beschränkt gewesen wäre, das Wohnhaus nebst Scheune, das ihm seine Ehefrau in die Ehe gebracht, und das er mit ihr bewohnt hatte, in der Nacht vom 27./28. April 1893 durch vorsätzliche Brandstiftung zerstört und ist hiefür vom Kantonsgericht am 11. September 1893 zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt worden. Zwei Monate nach dem Brandfall ist über den Ehemann der Konkurs eröffnet worden. Infolge Beschlusses der Gläubigerversammlung vom 29. Januar 1894 ist die Verfolgung des vermeintlichen, von der Gebäudeversicherungsanstalt bestrittenen Rechtsanspruches auf die Brandschadenvergütung nach Art. 260 des Betreibungs- und Konkursgesetzes der Ehefrau als Konkursgläubigerin IV. und bezw. V. Klasse cediert worden. Die Brandversicherungsanstalt lehnte, gestützt auf Art. 73, 77 des Gesetzes über Brandversicherung von Gebäuden vom 3. Hornung 1870, jede Auszahlung des den aus der Konkursmasse ungedeckt bleiben-

den Teil der Hypothekarschulden übersteigenden Betrages der Brandschadenvergütung ab. Gestützt auf die Rechtsauffassung, dass nach St. Gallischem ehelichem Güterrecht der Ehemann an den ihm von seiner Frau eingebrachten Liegenschaften nur das Nutzniessungs-, das Verwaltungs- und das Verfügungsrecht erlange, wogegen das Eigentumsrecht an denselben der Ehefrau auch während der Ehe verbleibe, dass also hier die Brandstiftung nicht dem Eigentümer (d. h. ihr), sondern ihrem Ehemann, der nicht der Eigentümer sei, zur Last falle, klagte die Ehefrau auf die Ausbezahlung des die Hypothekarschulden übersteigenden Betrages der Brandschadensumme.

Das Kantonsgericht hat die Gebäudeversicherungsanstalt bei ihrer Zahlungsweigerung geschützt.

In Erwägung: I. Es findet sich der Fortbestand des Eigentumsrechtes der Ehefrau an den von ihr in die Ehe gebrachten Liegenschaften und Fahrnissen im Gesetze nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Dieses Fortbestehen des Eigentumsrechtes der Ehefrau kann nur daraus gefolgert werden, weil nach Art. 15 Handänderungsgesetz und Art. 28 und 94, Ziff. 9, Einf.-Ges., durch welches jener Art. 15 ersetzt wurde, dem Ehemann für die Dauer der Ehe nur das Nutzniessungs- und (vorbehältlich der durch das Vormundschaftsgesetz aufgestellten Beschränkungen) das Verwaltungs- und Verfügungsrecht, nicht aber auch das Eigentumsrecht ausdrücklich zuerkannt wird, woraus sich das Verbleiben des letztern bei der Ehefrau von selbst ergebe.

Nun sind in dem dem Ehemann ausdrücklich zuerkannten Nutzniessungs-, Verwaltungs- und Verfügungsrechte an den von der Frau eingebrachten Liegenschaften gar alle Befugnisse enthalten, die mit dem Eigentumsrecht selbst verknüpft sind und die überhaupt ein vermögensrechtliches Interesse repräsentieren, so dass das der Ehefrau während der Ehe verbleibende Eigentumsrecht als ein jeder praktischen Bedeutung entkleidetes, rein nominelles Eigentumsrecht erscheint. (Huber, Priv.-Recht, Bd. I, Seite 246, Art. 18: „System der Güterverbindung,“ spricht sich darüber so aus: „Die Frau bleibt aber immerhin Eigentümerin ihres Gutes; „nur hat sie während der Ehe im wesentlichen bloss die nuda „proprietas.“)

Das gilt unter allen zum System der Güterverbindung gehörenden kantonalen ehelichen Güterrechten; aber das gilt für den Kanton St. Gallen ganz besonders und noch weit mehr, als für andere Kantone (z. B. Zürich), in welchen die

Ehefrau hinsichtlich der eingebrachten Liegenschaften nicht so aller und jeder Mitverfügungs- und Einspruchsrechte beraubt ist, wie im Kanton St. Gallen. — Hier reduziert sich ihr nominelles Eigentumsrecht auf einen latenten und bloss eventuellen Anspruch, bezw. Rechtstitel, unter gewissen, von ihrem Willen unabhängigen Voraussetzungen wieder zu ihren vormaligen Eigentums- bezw. Verwaltungs- und Verfügungsbeugnissen gelangen zu können.

Bei Auflösung der Ehe durch Tod oder Ehescheidung fällt ihr Frauengut, falls und soweit es noch in natura vorhanden ist, in natura an sie zurück. Für nicht mehr vorhandenes hat sie einen Ersatzanspruch an den Ehemann bezw. an dessen Erbmasse. Dagegen hat sie bei bestehender Ehe einen Anspruch auf Ausscheidung und Sicherstellung und dabei auf Wiederanhandnahme dessen, was noch in natura vorhanden ist, nur dann, wenn der Ehemann in die Ausscheidung und Sicherstellung einwilligt, oder wenn er dazu gerichtlich verhalten wird, und das letztere kann nur geschehen, wenn das Frauengut durch die Lebensweise oder das Wirtschaften des Mannes gefährdet erscheint.

Im Konkurse und in der Pfändung des Ehemannes muss sie zusehen, wie ihr Eingebrachtes und während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung ihr angefallenes Gut, an Liegenschaften und Fahrhabe, in die Konkursmasse gezogen bzw. in die Pfändung genommen und zur Befriedigung der Gläubiger des Ehemannes verwertet wird. Hieron bleiben einzig ausgenommen die zur häuslichen Einrichtung gehörenden Fahrnisse, sowie ihre Kleider und gewöhnlichen Schmucksachen. Das ihr auf ihrem eingebrachten und in der Ehe angefallenen Gute an Liegenschaften und Fahrhabe verbliebene nominelle nackte Eigentumsrecht vermag sie davor nicht zu schützen; es geht unter, und ihr verbleibt für den Wert ihres gewesenen Frauengutes ein blosser Ersatzanspruch, mit dem sie in der Kollokation bezw. in der Anschlusspfändung ihre Befriedigung suchen muss.

Neben der Ehefrau, als der Inhaberin des aller Eigentumsbefugnisse entleerten, bloss nominellen, rein formalen Eigentumsrechtes, steht der Ehemann, als der Inhaber gar aller Eigentumsbefugnisse an ihrem eingebrachten Vermögen an liegendem und fahrendem Gute. Das führt dazu, dass im Verkehr nach aussen und mit Dritten der Ehemann als der wirkliche Eigentümer wie an seinem eigenen Vermögen, so auch am Frauengute angesehen wird und dass der der Ehefrau verbliebene, latente und bloss eventuelle, nominelle Eigen-

tumsanspruch am Eingebrachten nach Aussen im Verkehr mit Dritten jeder praktischen Bedeutung entbehrt, so dass ihm nur noch zwischen den Ehegatten selbst eine Bedeutung zu kommt.

Nach aussen, im Verkehr mit Dritten, erscheint das Vermögen der beiden Ehegatten bei bestehender Ehe und bei Abgang von vormundschaftlicher Sicherstellung als eine einheitliche Vermögensmasse und der Ehemann als deren wirklicher Eigentümer.

II. Diese Rechtsauffassung hat ihren Ausdruck sowohl in der Gesetzgebung, wie in der Gerichtspraxis gefunden.

1. Im Liegenschaftenverkehr. Bevor die Fertigung auf den Namen des Uebernehmers einer Liegenschaft erfolgt ist, darf dieser keineswegs als deren rechtlicher Eigentümer angesehen und daher auch weder im Besitze geschützt, noch zu einer Verpfändung oder weitern Fertigung auf den Namen eines Dritten zugelassen werden. Art. 13 Handänderungsgesetz. Darnach müsste auch der Ehemann, um die ihm von der Ehefrau eingebrachten Liegenschaften gegenüber Dritten vindizieren, um sie an Dritte verpfänden oder verkaufen zu können, sich dieselben vorerst auf seinen Namen als sein Eigentum zufertigen lassen, und das ist in einzelnen Kantonssteilen vor dem Handänderungsgesetz von 1842 unter Ehegatten auch wirklich geübt worden; wogegen der Art. 15 dieses Gesetzes die Bestimmung aufstellt, es bedürfe über Liegenschaften, die eine Frauensperson in die Ehe bringt, keiner Fertigung eines Handänderungsaktes auf den Ehemann, indem dieser für so lange, als das Band der Ehe bestehe, in das volle Besitz-, Benutzungs- und Verfügungsrecht über die Liegenschaften der Ehefrau eentrete. — Wiewohl er also (der Ehefrau gegenüber) nicht auch das nominelle Eigentum an ihren Liegenschaften, wohl aber alle denkbaren Eigentumsbefugnisse an denselben erwirbt, kann er doch, ohne dass er das nominelle Eigentum seinerseits selbst erworben hätte, auch dieses mit allen daraus entfliessenden Eigentumsbefugnissen auf einen Dritten übertragen. Das kann er aber nur deswegen, weil eben er im Verkehr mit Dritten als der wirkliche und eigentliche Eigentümer gilt.

2. Der nämliche Rechtsgedanke hat sich in der Hypothekar-Gesetzgebung Geltung verschafft. Das Gesetz über das Handgelübde bei Verpfändungen vom 7. Januar 1839 kennt nur zwei Formeln für das vom Pfandschuldner zu leistende Handgelübde; — die eine lautet so: „Ich be-teure . . . , dass die verschriebenen Grundstücke alle mein

„wahres Eigentum seien, dass ich alle auf denselben haftenden Pfandrechte, Zehent- und Grundzinsbeschwerden, so wie die Dritteleuten darauf zustehenden Miteigentums- oder Nutzungsrechte getreu angegeben und wissentlich nichts verheimlicht habe.“ — Die andere Formel lautet so: „Ich als gesetzlicher Stellvertreter von N. N. beteure, dass die verschriebenen Grundstücke alle das wahre Eigentum der meiner vormundschaftlichen Obsorge Anvertrauten seien, dass alle auf denselben haftenden“ u. s. w. wie oben.

Der Pfandschuldner oder dessen gesetzlicher Stellvertreter, welcher unter Verletzung des geleisteten Handgelübdes sich rücksichtlich des dargebotenen Unterpfandes wissentlich falsche Angaben oder wissentliche Verheimlichungen hat zu Schulden kommen lassen, unterliegt den auf den Meineid gesetzten Strafen.

Wenn nun ein Ehemann für seine eigene Rechnung ein Pfanddarlehen aufnehmen will, so hat er das Handgelübde nach der ersten Formel zu leisten, also so: „dass die verschriebenen Grundstücke alle mein wahres Eigentum seien,“ selbst dann, wenn sie ihm von seiner Ehefrau eingebracht worden, also in ihrem nominellen Eigentumsrechte verblieben sind, und dieses Handgelübde und die wissentliche Nichterwähnung der Frauengutsqualität dieser Liegenschaften kann ihm nicht zum Vorwurf oder gar zur Strafe zugerechnet werden. Der Pfandbehörde und dem Pfanddarleher gegenüber gilt eben der Ehemann und nur er als der „wahre Eigentümer,“ nicht bloss seiner eigenen, sondern auch der ihm von seiner Ehefrau eingebrachten Liegenschaften.

Die zweite Handgelübdeformel, in welcher die verschriebenen Grundstücke als das Eigentum „der meiner vormundschaftlichen Obsorge Anvertrauten“ erklärt werden, tritt nur da in Anwendung, wo jemand ein Pfanddarlehen nicht für eigene, sondern für Rechnung eines andern, als dessen gesetzlicher Stellvertreter, entgegennimmt und dafür dessen Liegenschaften zu Pfand giebt.

3. Die Rechtsauffassung, dass der Ehemann als der wirkliche Eigentümer der ihm von der Ehefrau eingebrachten Liegenschaften gelte, ist auch auf dem Gebiete des Dienstbarkeitenrechtes zum Ausdruck gelangt. — Als ein allgemeiner Grund zum Erlöschen einer jeden Dienstbarkeit gilt (Art. 36a Dienstbarkeitengesetz) „der Zusammenfluss des Eigentums der herrschenden und der dienenden Liegenschaft in der gleichen Person.“

Das Kantonsgericht hat nun im Jahr 1861 (Regierungsrälicher Amtsbericht 1861, S. 126, Ziff. 5) diesen Zusammen-

fluss des Eigentums der beiden Liegenschaften dann angenommen, „wenn der Ehemann, Besitzer des herrschenden Grund- „stückes, durch die von seiner Ehefrau in die Ehe gebrachten „Liegenschaften auch das dienende Grundstück in seine Ge- „walt bekommt.“

Das Kantonsgericht hat gefunden, dass dieser Art. 36 a Dienstbarkeitengesetz eine Lücke erkennen lasse, die sich namentlich dann fühlbar mache, wenn das in der Person des Ehemannes zusammengeflossene Eigentum an beiden Liegenschaften nur temporär beisammen bleibe, wenn und weil es durch Auflösung der Ehe nach kurzer Zeit wieder getrennt werde. Damit hat das Kantonsgericht anerkannt, dass die dem Ehemanne nach Art. 15 Handänderungsgesetz kraft der Verehelichung zufallenden Besitz-, Benutzungs- und Verfügungsbefugnisse an den von seiner Ehefrau eingebrachten Liegenschaften dem wirklichen Eigentum an den letztern rechtlich gleich zu halten seien. Das Gericht hat die Lücke im Art. 36a Dienstbarkeitengesetz nicht dadurch auszufüllen und den schlimmen Konsequenzen dieser ganz allgemeinen Bestimmung nicht mit der Annahme vorzubeugen versucht, dass ein Zusammenfluss des beidseitigen Eigentums in der Person des Ehemannes ja gar nicht vorliege, weil der Ehefrau das nominelle Eigentum an ihren Liegenschaften verbleibe und der Ehemann ausdrücklich nur in das Besitz-, Benutzungs- und Verfügungsrecht an denselben gelange, sondern das Gericht hat auf das Röm. Recht verwiesen, laut welchem die sog. Confusio dann nicht eintrete, wenn der Erwerb der Liegenschaften ein bloss temporärer war, und hat beigefügt, es könne unmöglich annehmen, dass der (St. Gallische) Gesetzgeber nicht auch solche Ausnahmen anerkenne.

III. Von dieser ehegüterrechtlichen Rechtsauffassung ausgehend, vereinigt der Ehemann hinsichtlich der ihm von der Ehefrau eingebrachten Liegenschaften auch gegenüber der Brandversicherungsanstalt in seiner Person alle Eigentumsbefugnisse des Besitz-, Verwaltungs-, Benutzungs- und Verfügungsrechtes.

1. Das Gesetz vom 3. Februar 1870 unterscheidet nirgends und mit keiner Andeutung, weder direkt noch indirekt, weder ausdrücklich noch stillschweigend, zwischen den Liegenschaften, die der Ehemann, und denen, die die Ehefrau eingebracht hat. Es spricht überall, wo es zu Gunsten der Anstalt und zu Lasten des Versicherungsnehmers gewisse Rechtsnachteile an einzelne unkorrekte Handlungen oder Unterlassungen des Versicherten knüpft, nur vom Eigentümer. Art. 6 (Doppelver-

sicherung), Art. 26, 44, 45, 51 (Rekursfrist gegen Einschätzung und Herabsetzung), Art. 49 (Nichtanzeige), Art. 71, 73, 74, 76.

Die Rechtsauffassung der Klägerin, dass ihr gegenüber aus der von ihrem Ehemanne verübten Brandstiftung keine Rechtsnachteile abgeleitet werden können, weil ja der Art. 73 nur von der Brandstiftung durch den Eigentümer spreche, würde die Brandversicherungsanstalt auch hinsichtlich aller andern auf die Verletzung der in den citierten Artikeln aufgestellten Vorschriften angedrohten Rechtsnachteile wehrlos machen, denn die Anstalt hat keine Möglichkeit, mit der Ehefrau direkt zu verkehren.

2. Der Ehemann erscheint, vermöge seiner ehegütterrechtlichen Haftbarkeit für den Bestand des Frauengutes, aber auch als der Versicherte hinsichtlich der eingebrachten Frauengutsgebäude. Er ist der zunächst Interessierte an der Versicherung, bezw. am Nichtverbrennen derselben. Er ist dabei ganz gleich interessiert, wie an der Versicherung seiner eigenen Gebäude. Die einen wie die andern verbrennen und werden vergütet oder bleiben unvergütet für seine Rechnung. Das Vermögen der Ehefrau bleibt dabei ungeschmälert.

Die Haftbarkeit des Ehemannes für Wertverminderungen an Frauengutsgebäuden (Art. 29 Einf.-Ges.) fällt nur dann weg, wenn solche ohne Verschulden des Ehemannes herbeigeführt worden sind. Als schuldhafte Wertverminderung müsste es einem Ehemanne zugerechnet werden, wenn er — da wo die Versicherung nicht obligatorisch ist — die von der Ehefrau eingebrachten Gebäude, die von ihr eingebrachte Fahr-, Vieh- und Futterhabe versichern zu lassen versäumt hätte, und als schuldhafte Wertverminderung, für die er der Ehefrau mit seinem eigenen Vermögen aufkommen müsste, muss es auch gelten, wenn er den Ersatzanspruch aus der Gebäudeversicherung durch seine eigene fehlbare Handlungsweise präjudiziert.

3. Eine Ehefrau hat an der Versicherung ihrer eingebrachten Gebäude — mit Rücksicht auf diese Haftbarkeit des Ehemannes — kein näheres oder grösseres Interesse, als sie auch am Nichtverbrennen und an der Versicherung der vom Ehemann eingebrachten Gebäude hat. Es ist das mit Rücksicht auf ihre Erbanwartschaft und auf den persönlichen Mitgenuss an den Vorteilen und Annehmlichkeiten, die das Vermögen des Ehemannes auch der mit ihm lebenden und haushaltenden Ehefrau bietet, allerdings vorhandene Interesse, dass das Vermögen des Ehemannes überhaupt nicht, also auch nicht durch solche Ersatzleistung für ihr Eingebrachtes geschmälert werde.

4. An der grundsätzlichen Richtigkeit dieser aus dem ehelichen Güterrecht abgeleiteten Ausführungen über die Interessestellung der beiden Gatten an der Versicherung der beiderseits eingebrochenen Gebäude vermag der rein zufällige Umstand nichts zu ändern, dass infolge der Insolvenz ihres Ehemannes und infolge des Standes seiner Konkursmasse und mit Rücksicht auf ihr Konkursvorrecht in Wirklichkeit die Klägerin hier als einzige interessiert an der Auszahlung der Versicherungsentschädigung erscheint, weil ohne diese Entschädigung auch sie im Konkurse leer ausgeht, die übrigen Konkursgläubiger aber auch dann leer ausgehen, wenn diese Entschädigung an die Masse bezahlt werden müsste.

Dieser Umstand, der einzige durch die zufällige ökonomische Lage der Konkursmasse bedingt wird, kann die Rechts- und Pflichtstellung der Versicherungsanstalt nicht berühren. Diese Rechts- und Pflichtstellung ist die nämliche gegenüber einem solventen oder insolventen Versicherten und die nämliche, ob der Brandstifter die Ersatzleistung an seine Ehefrau aus eigenen Mitteln oder nur aus der allfälligen Brandentschädigungssumme bezahlen kann. — Das auf der Vermögenslosigkeit des Ehemannes beruhende besondere Interesse der Klägerin bildet nicht den Gegenstand des Versicherungsverhältnisses bzw. der versicherten Gefahr gegenüber der Versicherungsanstalt. Es ist dasselbe Interesse, das die Ehefrau auch daran hat, dass der Ehemann, der ohne eigenes Vermögen nicht im Stande wäre, ihr dafür aufzukommen, ihre Gebäude nicht abbriicht, sie nicht verwahrlosen lässt, Verkaufserlöse aus denselben, sowie überhaupt ihr Eingebrachtes nicht verschleudert.

5. Den Ehemann hat bei der Brandstiftung auch keineswegs die Absicht geleitet, seine Ehefrau zu schädigen, was unter Umständen auch vorkommen könnte, noch auch die Absicht, sein eigenes Vernögen auf Kosten der Ehefrau zu mehren, denn wenn sein Verbrechen unentdeckt geblieben wäre, so würde er seiner Ehefrau anstatt des Gebäudes die erhaltene Vergütung schuldig geworden sein. — Seine verbrecherische Absicht war einzige gegen die Versicherungsanstalt gerichtet, auf Lukrieren der Brandentschädigung, deren Erwerbung mit Rücksicht auf die ökonomische Misslage beiden Gatten zu statten kommen sollte. — Die Brandstiftung ist der Versicherungsanstalt gegenüber so zu beurteilen, wie wenn der Ehemann durch Doppel- oder Ueberversicherung ihrer Gebäude (Art. 6 Brandversicherungsgesetz) oder durch Verletzung der Anzeigepflicht oder durch un-

wahre Angaben über den Schaden oder durch Erschwerung der Brandschadenermittlung die Anstalt zu betrügen versucht hätte (Art. 74b citierten Gesetzes), und so zu beurteilen, wie wenn er sein eigenes Gebäude vorsätzlich eingeaßchert hätte.

IV. Die Klägerin klagt als Cessionärin bezw. als Konkursgläubigerin ihres Ehemannes, indem ihr die andern Konkursgläubiger den in die Konkursmasse gefallenen Versicherungsanspruch cediert haben.

Sie geht von der Rechtsauffassung aus, weil das Gebäude ihr Eigentum gewesen, sei auch der Versicherungsanspruch direkt ihr und nicht dem Ehemanne erwachsen; nach Art. 29 Einf.-Ges. trete an Stelle von veräusserten Vermögensgegenständen deren Erlös; so auch der Versicherungsanspruch an die Stelle ihres abgebrannten Gebäudes; da aber nach Art. 30 Einf.-Ges. mit dem Konkurse des Ehemannes neben dessen eigenem Vermögen auch alle von der Frau in die Ehe eingebrachten Vermögensgegenstände (mit Ausnahme ihrer hausrätlichen Fahrnisse und persönlichen Schmucksachen) in die Konkursmasse gefallen seien, so sei auch ihr Versicherungsanspruch, wie ein Erlös für ein verkauftes Gebäude, ein **Masseaktivum** geworden, das ihr nur im Cessionswege überlassen worden sei.

Diese Konstruktion entbehrt der Begründung.

1. Das durch das Abbrennen des Gebäudes am 27./28. April 1893 zwischen den Eheleuten L. einerseits und der Versicherungsanstalt anderseits gewordene, hinsichtlich der Brandentschädigung geschaffene Rechtsverhältnis hat durch den erst am 26. Juni 1893 über den Ehemann eröffneten Konkurs nicht alteriert und die Rechtsstellung der Versicherungsanstalt hinsichtlich ihrer Zahlungspflicht hat durch diesen Konkurs weder gegenüber dem Brandstifter noch gegenüber seiner Ehefrau verschlechtert werden können.

Wenn daher am 28. April 1893 ein Anspruch auf die Brandentschädigung weder zu Gunsten des Ehemannes, noch auch zu Gunsten der Ehefrau bestanden hat, so hat ein solcher Anspruch am 26. Juni 1893 auch nicht in die Konkursmasse fallen und aus dieser nicht an die Klägerin cediert werden können.

2. Nun ist klar, dass aus dem Vermögen des Ehemannes ein solcher Anspruch nicht hat auf seine Konkursmasse übergehen können. Wenn er hinsichtlich des abgebrannten Gebäudes als Versicherter gegolten hat, also ihm (ohne Brandstiftung) ein Anspruch auf Brandentschädigung gegenüber der Anstalt erwachsen wäre, so würde er diesen Anspruch durch

seine Brandstiftung jedenfalls verwirkt haben. Wenn man dagegen mit der Klägerin annimmt, der Anspruch auf die Brandentschädigung sei, wie ein Erlös für ein veräussertes Frauengutsgebäude, an die Stelle des abgebrannten Gebäudes getreten und somit ihr Eigentum geworden, dann hat aus diesem Grunde, also weil das nominelle Eigentum an diesem Versicherungsanspruch dem Ehemann gar nicht gehört hätte, aus seinem Vermögen ein solcher Anspruch nicht unter die Masseaktiven fallen können.

3. Die Auffassung der Klägerin, der Versicherungsanspruch sei, wie der Erlös einer veräusserten Frauengutsliegenschaft, an die Stelle des abgebrannten Gebäudes getreten und somit direkt in ihr Eigentum übergegangen und als ein von ihr in die Ehe gebrachtes oder während der Ehe erworbenes Frauengutsaktivum unter die Masseaktiven gefallen, ist aber unhaltbar. — Wenn der Ehemann Frauengutsliegenschaften oder Fahrhabe veräussert oder versichert, so handelt er dabei in eigenem Namen und für eigene Rechnung, kraft des ihm aus der ehelichen Güterverbindung erwachsenen, unbeschränkten Verfügungsrechtes über das eingebauchte Frauengut. Er und nicht die Ehefrau wird dem Erwerber und dem Versicherer gegenüberforderungsberechtigt auf den Verkaufserlös und auf die Versicherungentschädigung. Er gilt — nach aussen und jedem Dritten gegenüber — als Verkäufer und als Versicherter; der Art. 29 Einf.-Ges. regelt nur die Verhältnisse zwischen den Ehegatten selbst, nicht diejenigen der Ehegatten zu Drittpersonen, mit denen der Ehemann kontrahiert. Zudem regelt der Art. 29, Einf.-Ges. nur diejenigen Rechtsverhältnisse zwischen den Ehegatten, welche durch die Auflösung der Ehe durch Tod oder durch Ehescheidung oder bei vormundschaftlicher Ausscheidung und Sicherstellung des Frauengutes herbeigeführt werden.

4. Nun hat aber die Bestimmung im Art. 29, Einf.-Ges., dass der Erlös von veräusserten Frauengutsgegenständen an deren Stelle trete, nur eine wirtschaftliche taxatorische Bedeutung, aber keineswegs die civilrechtliche Bedeutung, dass der Forderungsanspruch auf den noch ausstehenden Erlös ohne weiteres auf die Ehefrau übergehe und diese dem Erwerber der veräusserten Frauengutsgegenstände gegenüber nun als Gläubigerin für den Kaufpreis selbständig auftreten könnte. — Für die in der Ehe veräusserten Frauengutsgegenstände, die bei Auflösung der Ehe nicht mehr in natura zurückgegeben werden können, erwirbt die Ehefrau gegenüber dem Ehemann einen Forderungsanspruch im Betrage

des erzielten Erlöses, aber nicht einen Anspruch auf die Kaufpreisforderung selbst, sofern sie beim Erwerber noch aussteht, noch auch auf Herausgabe des Erlöses in natura, sofern er vom Erwerber schon bezahlt worden ist.

5. Und was bei Auflösung der Ehe und bei der vormundschaftlichen Ausscheidung oder Sicherstellung des Frauengutes (Art. 29, Einf.-Ges.) nicht geschieht, das geschieht schon gar nicht da, wo, wie hier, die Ehe noch fortbesteht und die eheliche Güterverbindung noch bis zum Eintritt des Konkurses fortbestanden hat. — Der Brandfall hat an der aus der ehelichen Güterverbindung jedem der beiden Ehegatten erwachsenen ehegüterrechtlichen Rechtsstellung nichts geändert.

Vor dem Brandfalle hatte die Ehefrau bei bestehender Ehe und Güterverbindung keinen Anspruch weder auf Zurücknahme der von ihr eingebrachten Gebäude, die noch in natura vorhanden waren, noch auf den Erlös solcher, die vom Ehemann veräussert worden sind, und aus dem Brandfalle wäre ihr auf die Brandentschädigung (selbst ohne Brandstiftung) ein eigener Anspruch gegenüber der Versicherungsanstalt nicht erwachsen, da die Ehe und die eheliche Güterverbindung beim Brandfalle noch bestanden hat, kraft welcher die Frauengutsgebäude und (wie ein allfälliger Verkaufserlös, so auch) ein allfälliger Anspruch auf Brandentschädigung im unbeschränkten Benutzungs-, Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Ehemanns gestanden wäre.

(Entscheidungen des Kantonsgerichts i. J. 1894, S. 26 ff.)

11. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichtes vom 15. Oktober 1894.

Ist eine nach Unfallhaftpflichtgesetz bezogene Kapitalentschädigung Sondervermögen des Verletzten, oder fällt sie in die Gütergemeinschaft?

Gottlieb Gisin hatte von der Nordostbahngesellschaft infolge gerichtlichen Urteils eine Aversalentschädigung von Fr. 31,865 für einen in ihrem Dienste erlittenen Unfall ausbezahlt erhalten. Kurz darauf starb seine Frau, mit der er nach basellandschaftlichem Rechte in Gütergemeinschaft gelebt hatte, und es entstand nun zwischen ihm und seinen Kindern aus dieser Ehe Streit darüber, ob das von ihm empfangene Kapital in die Gütergemeinschaft gefallen sei und

demnach jetzt geteilt und zu einem Drittel den Kindern zugeschieden werden müsse, oder ob es persönliches Vermögen des Vaters sei. Für die letztere Ansicht wurde geltend gemacht, dass dieses Kapital weder eingebrachtes (ererbtes, geschenktes u. s. w.) noch errungenes Gut sei, sondern ein Ersatz für die verminderte Arbeitsfähigkeit, ein Ersatz für das Nichterwerbenkönnen, also etwas höchst Persönliches; ferner ein Bequemlichkeitsersatz für eine Rente, die in der Aversalsumme kapitalisiert sei, in dieser kapitalisierten Gestalt aber rechtlich nicht anders zu behandeln sei als in der ursprünglichen Rentengestalt, in der sie zweifellos dem Vater ausschliesslich geblieben wäre. Beide Instanzen sprachen das betreffende Kapital der Gütergemeinschaft zu und erkannten das Recht der Kinder an, mit einem Drittel daran zu partizipieren, das Appellationsgericht mit folgender Motivierung:

Das basellandschaftliche Gesetz über das eheliche Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 20. April 1891 bietet keinen Anhaltspunkt für eine Sonderbehandlung der einem Ehegatten infolge Unfalls und dadurch hervorgerufener Verminderung der Erwerbsfähigkeit zugesprochenen und ausgezahlten Kapitalentschädigung. Sie wird eben ein Bestandteil des Vermögens und als solcher der Gütergemeinschaft unterworfen. Dass das in manchen Fällen für den Betroffenen einen Nachteil herbeiführen kann, wie der Vertreter des Klägers an Beispielen ausgeführt hat, ist richtig; aber einerseits sind ähnliche Nachteile auch sonst im System der Gütergemeinschaft nicht ausgeschlossen und werden ertragen, andererseits lassen sich auch Fälle denken, wo die Ueberlassung solcher Kapitalentschädigungen an den geschädigten Ehegatten allein Unbilligkeiten erzeugen würde. So wenig als mit solchen Beispielen kann mit dem Art. 92, Ziff. 10 des Betreibungsgesetzes argumentiert werden, wo die als Entschädigung für Körperverletzung ausbezahlten Kapitalbeträge als unpfändbar erklärt werden; denn diese Ziffer steht auf gleicher Linie mit den übrigen Ziffern 1—9 und den darin aufgezählten unpfändbaren Gegenständen, bei denen doch nicht zu bezweifeln ist, dass sie in die Gütergemeinschaft fallen, wo solche besteht. Der einzige prinzipielle Grund, der für die klägerische Auffassung in Betracht fallen könnte, ist der, dass das Kapital nicht selbst schon Erwerb, sondern Ersatz der Fähigkeit des Erwerbenkönnens, Ersatz der nicht mehr vorhandenen Arbeitsfähigkeit, also zu einem bestimmten persönlichen Zwecke gegeben sei, dass dieser Ersatz im Grunde in einer Rente hätte dargestellt werden sollen, das Kapital

nur aus Zweckmässigkeitsrücksichten zugesprochen worden sei, aber seinen Charakter als kapitalisierte Rente doch bewahre; dass daher dieses Kapital so wenig als die Rente, die sicherlich nicht in die Gütergemeinschaftsteilung gezogen würde, dem vom Unfall Betroffenen geschmälert werden dürfe. Es mag hier unentschieden bleiben, ob eine Rente unter allen Umständen als ausserhalb der Gütergemeinschaft stehend zu behandeln wäre. Aber dies angenommen, folgt daraus keineswegs die Gleichbehandlung des Kapitals. Im Gegenteil bringt die Umwandlung der Rente in ein Kapital eine durchgreifende Veränderung in der Lebensweise des Geschädigten mit sich, die auch auf den ganzen Haushalt und die ökonomische Grundlage seines Hausstandes und Familienlebens einwirkt. Nicht nur die persönliche Existenz des Verunglückten, sondern sein ganzes Hauswesen wird davon ergriffen und auf eine neue Basis gestellt, auch die Kräfte der Frau und unter Umständen der Kinder werden dadurch in Anspruch genommen und der neuen Oekonomie dienstbar gemacht (z. B. bei Wirtschaften), so dass es in Wahrheit Gemeinschaftsgut geworden ist, nicht anders, als wenn ein in ledigem Stande Verunglückter nachher heiratet, er das Kapital, das er für seinen Unfall erhalten hat, und das ihm die Ehe ermöglicht, als Eingebrachtes in die Gütergemeinschaft fallen lässt. Es ist ausnahmslose Regel, dass in allen Haftpflichtprozessen die Kläger die Auszahlung eines Kapitals der Zuerkennung einer Rente weit vorziehen, weil sie sagen, dass ihnen durch das Kapital ein besseres und sichereres Durchbringen ihrer Familie ermöglicht werde, wozu eine Rente nicht so wirksam ausreiche. Sie betrachten also selbst das Kapital als ein Stück Ehevermögens und müssen mit dem Nutzen, der ihnen während der Dauer der Ehe daraus erwächst, auch den Nachteil, der bei Auflösung der Ehe vielleicht für sie eintritt, auf sich nehmen.

**12. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts
vom Jahr 1894.**

Bürgschaft der Ehefrau. Entwicklung der Beistandschaft für Ehefrauen im aargauischen Rechte.

Die Ehefrau des vergeltstagten M. hatte sich für einen R. K. verbürgt und wurde von dem Gläubiger des zahlungsunfähig gewordenen K. aus dieser Bürgschaft auf Zahlung der Verlustsumme von 250 Fr. belangt. Beide Instanzen verurteilten sie dazu, das Obergericht mit folgender Begründung:

Die Einleitung zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch für den Kanton Aargau und der erste Teil desselben, das Personenrecht, vom 31. August 1847, bestehend aus den §§ 1 bis 412, traten am 1. Januar 1848 in Wirksamkeit. Nach dem § 51 dieses Gesetzes wird die Ehefrau in rechtlichen Angelegenheiten durch ihren Ehemann vertreten, d. h. sie steht in rechtlichen Angelegenheiten unter dem Schutze und der Gewalt des Ehemannes. Es kann die Ehefrau ohne die Einwilligung und Mitwirkung des Ehemannes während der Dauer der Ehe, und so lange der Ehemann das in § 53 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes bezeichnete Recht am Vermögen der Ehefrau hat, keine verbindlichen Verpflichtungen übernehmen. Einer solchen Uebernahme von Verbindlichkeiten durch die Ehefrau während bestehender Ehe steht zudem der in § 53 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes niedergelegte Grundsatz entgegen, dass auf den Ehemann die Rechte und Verbindlichkeiten der Ehefrau übergehen. Es folgt daraus mit Notwendigkeit, dass eine Ehefrau, deren Ehemann die in § 53 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes vorgesehenen Rechte ungeschmälert zu stehen, eine Bürgschaftsverbindlichkeit nicht eingehen kann; es bedurfte hiezu einer ein bezügliches Verbot ausdrücklich statuierenden Vorschrift des Gesetzes nicht, denn auch ohne eine solche musste eine Bürgschaftsverpflichtung der Ehefrau unter gezeigten Verhältnissen als rechtlich unwirksam angesehen werden. Zufolge der angeführten Gesetzesvorschriften erscheint der Ehemann als der Vormund seiner Ehefrau, was auch durch § 378 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes bestätigt wird, indem die gewöhnliche Vormundschaft über die minderjährige Weibsperson mit ihrer Verehelichung aufhört.

In § 254 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes sodann wird bestimmt, dass einen Beistand erhalten (§§ 250, 393, 412) die volljährigen, unverheirateten Weibspersonen, die Ehefrauen in allen Fällen, in denen sie nicht durch ihren Ehemann vertreten sind (§ 51), insbesondere die Ehefrauen der Vergeltstagten (§ 62) und die Witwen. Gemäss den citierten Gesetzesbestimmungen steht die volljährige Weibsperson unter Geschlechtsbeistandschaft, und diese letztere fällt nur dahin, so lange die Weibsperson in der Ehe steht und dem Ehemann das in § 53 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes bezeichnete Recht am Vermögen der Ehefrau (§ 62) zukommt. Fällt der Ehemann in den Geltstag, oder hat er infolge eines Begehrens um Versicherung des Frauengutes die Hälfte desselben herausgegeben, so erlischt sein Recht am Vermögen.

der Ehefrau (§ 62 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes und § 24 der Regierungsverordnung betreffend Vollziehung der Vorschriften des Personenrechts über Sicherung des Frauen-
guts; Anhang zum allgemeinen bürgerlichen Gesetz pag. 205), die Ehefrau kommt unter Beistandschaft und kann daher gemäss § 406 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes keine Bürgschaft eingehen.

Die Vorschriften über die Verbeiständigung der Weibspersonen sind in den §§ 393 bis 412 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes enthalten, und es bestimmt der hievor citierte § 406, dass es allen Weibspersonen untersagt sei, Bürgschaften einzugehen, sowie auf ihre Liegenschaften Pfandrechte für die Schuld einer dritten Person einzuräumen, und dass weder die Vormundschaftsbehörde, noch der Beistand, noch die Verwandten die Befugnis haben, sie dafür zu ermächtigen.

Das Gesetz über Abänderung einiger Bestimmungen des Personenrechts vom 29. Wintermonat 1867 (Ges.-Sammlung für den Kanton Aargau, Band VI., pag. 268) bestimmt sodann in Art. II, § 1, dass die §§ 254 (betreffend die Geschlechtsbeistandschaft) und 393—412 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes (von der Verbeiständigung der Weibspersonen) nur noch auf die Ehefrauen der Vergeltstagten Anwendung finden sollen. In § 2 dieses Gesetzes werden die übrigen Frauenspersonen bezüglich der Handlungsfähigkeit den Mannspersonen gleichgestellt, soweit für sie dieses Gesetz in den §§ 3 und 4 nicht eine Ausnahme vorschreibt.

Zu diesen Ausnahmen gehört nun auch die Vorschrift, dass den Frauenspersonen gänzlich untersagt sei: a) Das Eingehen von Bürgschaftsverpflichtungen und b) die Verpfändung ihres Vermögens für die Schuld einer dritten Person.

Nach diesem Ergänzungsgesetz bestand also die Beistandschaft bloss noch für die Ehefrauen der Vergeltstagten und im Falle des § 961 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes; alle übrigen Weibspersonen sind von der Geschlechtsbeistandschaft befreit und hinsichtlich ihrer Handlungsfähigkeit den Männern gleichgestellt, mit der Ausnahme, dass ihnen verboten bleibt das Eingehen von Bürgschaften und das Verpfänden ihres Vermögens für die Schuld eines Dritten. Dieses Verbot bezieht sich aber nicht nur auf die Ehefrauen, sondern überhaupt auf alle Weibspersonen und qualifiziert sich deshalb als ein allgemeines, als eine lex generalis.

Durch das Ergänzungsgesetz vom 15. Wintermonat 1876 (Aarg. Ges.-Sammlung, n. F., Band I, pag. 88) wurde dann die

noch für einzelne Fälle vorgeschriebene Verbeiständung der Weibspersonen gänzlich aufgehoben, und es wurden damit die Ehefrauen von falliten Ehemännern, wie die andern Weibspersonen, den Männern in Bezug auf die Handlungsfähigkeit vollkommen gleichgestellt. In § 2 dieses Gesetzes wird das Verbot betreffend das Eingehen von Bürgschaftsverpflichtungen und das Verpfänden von Vermögen für die Schuld eines Dritten, wie dasselbe schon durch den § 406 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes und Art. II, § 4 des Ergänzungsgesetzes vom 29. Wintermonat 1867 aufgestellt ist, wiederholt, und zwar als *lex generalis* im oben bezeichneten Sinne.

Dass sich die Bestimmung des § 2 des Ergänzungsgesetzes vom Jahr 1876 nicht bloss auf die Ehefrauen von Vergeltstagten bezieht, sondern überhaupt auf alle Weibspersonen, ohne Rücksicht auf deren Verehelichung, geht auch aus der Vorschrift des § 3 daselbst hervor, indem dort die §§ 254 und 393 bis und mit 412 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes — implicite also auch § 406 des allg. bürgerl. Gesetzes — und Art. II des Gesetzes vom 29. Wintermonat 1867 als aufgehoben erklärt werden. Auch der Regierungsrat betrachtete in seiner Vollziehungsverordnung vom 18. Brachmonat 1877 zum Ergänzungsgesetz vom 15. Wintermonat 1876 die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen der Vergeltstagten nur noch durch das gegen alle Weibspersonen gerichtete Verbot des Eingehens von Bürgschaften und des Verpfändens ihres Vermögens für die Schuld Dritter als beschränkt.

Durch den Art. 1 des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881 wurden die Weibspersonen in Bezug auf die persönliche Handlungsfähigkeit den Männern vollkommen gleichgestellt, und in Art. 7 dieses Bundesgesetzes ist ausgesprochen, dass die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen für die Dauer der Ehe durch das kantonale Recht bestimmt werde.

Es kann nun einem Zweifel nicht unterliegen, dass nach diesem Bundesgesetz die Weibspersonen überhaupt auch berechtigt sind, Bürgschaften einzugehen und ihr Vermögen für die Schuld eines Dritten zu verpfänden, dass diese Gesetzesvorschrift aber keine Anwendung findet auf diejenigen Ehefrauen für die Dauer der Ehe, denen das kantonale Recht die Eingehung von Bürgschaften verbietet. Man hat sich also zu fragen, ob das aargauische Recht ein spezielles Verbot für die Ehefrauen, Bürgschaften einzugehen, enthalte. — Aus den zum Teil oben angeführten Bestimmungen des aar-

gauischen Gesetzes, namentlich aus denjenigen aus dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes, geht nun, nachdem die Geschlechtsbeistandschaft nicht mehr existiert, hervor, dass die Handlungsfähigkeit, d. h. die Befugnis der Ehefrau, selbstständig Verbindlichkeiten einzugehen, während der Dauer der Ehe nur in den Fällen beschränkt ist, wo dem Ehemann die in § 53 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes vorgesehenen Rechte am Vermögen der Ehefrau zustehen. In diese Regelung des ehelichen Güterrechts will das Bundesgesetz über die Handlungsfähigkeit offensichtlich nicht eingreifen. Sobald der Ehemann aber dieses Rechtes verlustig geht, gleichviel aus welchem Grunde — sei es, dass er in den Konkurs gerate, sei es, dass er nicht im Stande wäre, das Frauengut zu versichern — so wird die Ehefrau während bestehender Ehe selbstständig, bzw. handlungsfähig wie eine Mannsperson oder wie eine unverheiratete Frauensperson, und besteht in diesem Falle kein Grund für eine solche Ehefrau, weshalb sie während bestehender Ehe eine Bürgschaft nicht gültig eingehen könnte. Diese Rechtsanschauung hat sich schon längst in der Praxis geltend gemacht, und müsste es zu sonderbaren Konsequenzen führen, wollte man alle diejenigen Bürgschaften für ungültig ansehen, welche von Frauen, die während der Ehe vermögensrechtlich selbstständig, resp. handlungsfähig geworden, eingegangen worden sind.

Nach dem Gesagten besteht im Kanton Aargau keine Vorschrift des Gesetzes, welche den Ehefrauen während bestehender Ehe, und wenn der Ehemann das in § 53 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes bestimmte Recht am Frauenvermögen verloren hat, das Eingehen einer Bürgschaft verböte. Das in Betracht fallende Verbot des kantonalen Rechts, Bürgschaften einzugehen und das Vermögen für die Schuld eines Dritten zu verpfänden, qualifiziert sich nicht als eine *lex specialis* für die Ehefrauen.

Und wenn deshalb ein allgemeines Gesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit der Weibspersonen überhaupt erlassen wird, sei dieses ein eidgenössisches oder ein kantonales, so muss dasselbe auch für alle Weibspersonen gelten, und die Beschränkung in Art. 7 des Bundesgesetzes, betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit, kann sich nur auf diejenigen Vorschriften des kantonalen Gesetzes beziehen, welche als *lex specialis* die Handlungsfähigkeit der Ehefrauen für die Dauer der Ehe beschränken. Eine solche *lex specialis* enthält aber unser aargauisches Gesetz bloss für die Ehefrauen während der Dauer der Ehe für die Zeit, während der dem Ehemann

das in § 53 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes zugesicherte Recht am Frauenvermögen zusteht. Vergleiche § 51, 52 und 53 des allgemeinen bürgerlichen Gesetzes.

Wenn endlich die Beklagte zur Begründung ihrer Verteidigung noch darauf hinweist, dass der aargauische Gesetzeserlass vom 15. Wintermonat 1876, enthaltend das Bürgschaftsverbot für Weibspersonen, auch aus dem Grunde als noch zu Recht bestehend angesehen werden müsse, weil derselbe im ersten Band der neuen Gesetzesammlung vom Jahr 1885 (Gesetzes-Sammlung für den eidgenössischen Kanton Aargau, neue Folge, Band I, pag. 88 und folgende) Aufnahme gefunden, obschon das Bundesgesetz über die persönliche Handlungsfähigkeit vom 22. Brachmonat 1881 damals schon mehrere Jahre in Kraft bestanden, so kann diesem Umstand eine ausschlaggebende Bedeutung nicht beigemessen werden.

Es hat nämlich gemäss § 8 des Grossratsbeschlusses über Revision und Herausgabe der Gesetzesammlung und des Gesetzesblattes vom 17. Wintermonat 1876 (Aarg. Ges.-Sammlung Band VIII, pag. 299 und folgende) der Regierungsrat allerdings die in das Gesetzesblatt aufzunehmenden Erlasses jeweilen zu bezeichnen; allein der Regierungsrat ist nicht Gesetzgeber, und es kann seine daherrige Thätigkeit für die dem Richter zukommende Gesetzesinterpretation keineswegs bindend sein.

(Bericht des Aarg. Obergerichts für 1893 und 1894, S. 50 ff.).

13. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 2 février 1895.

Dettes de la femme contractées avant le mariage. Subrogation de la communauté conjugale au bail contracté par la femme.

Françon a formé contre Soldano une demande en paiement de la somme de 450 fr. pour loyer d'un appartement du 1^{er} août 1893 au 1^{er} avril 1894. Cet appartement avait été loué par une demoiselle Winkler qui, le 10 juillet 1893, avait épousé Soldano sous le régime de la communauté légale; le 11 juillet, Soldano avait payé le loyer du mois de juillet; le 22 juillet, les époux S. avaient déménagé sans donner congé, et l'appartement était resté vacant jusqu'au 1^{er} avril 1894. Soldano soutient qu'il n'est pas tenu des dettes de sa femme et cela aux termes de l'art. 1410 C. c. qui décide que la communauté n'est pas tenue des dettes mobilières de la femme contractées avant le mariage, alors qu'elles ne résultent pas d'un acte authentique ou ayant date certaine. Le

tribunal de première instance a admis cette exception et débouté Françon de sa demande. La Cour de justice a réformé ce jugement et adjugé à Françon ses conclusions.

Motifs: La somme réclamée par F. à S. représente des loyers échus depuis la célébration du mariage, postérieurs, par conséquent, à la création de la communauté légale existant entre S. et sa femme; ce loyer représente, par conséquent, le correspactif de la jouissance qu'a eue la communauté du dit appartement;

Aux termes de l'art. 1401 C. c., la communauté comprend, en effet, tous les meubles que les époux possédaient au moment du mariage, et il est admis par la doctrine et la jurisprudence que les actions, créances etc., compétant à l'un des époux, sont compris dans le mobilier qui tombe dans la communauté;

Les droits que possédaient la demoiselle Winkler ensuite de sa location dans l'immeuble de F. sont donc tombés dans la communauté, et celle-ci, à partir du mariage, a été substituée à la demoiselle W. dans les droits résultant de la location consentie par F.

On ne saurait admettre que la communauté, qui a succédé à la demoiselle W. dans son droit au bail, ne recueille que les bénéfices de cette situation sans en assumer les charges, pour autant du moins qu'elles sont échues postérieurement au mariage, comme c'est le cas en l'espèce. Dans ces conditions, et alors qu'il est constant qu'aucun congé n'a été donné par la communauté, celle-ci doit être tenue des obligations résultant pour elle de l'occupation dont elle a joui des locaux appartenant à F.; il importe peu que cette occupation ait cessé par suite d'une voie de fait de la part de S.

La somme réclamée à S. représente, non une dette de la demoiselle W., mais une dette de la communauté Soldano-Winkler, dette résultant de la subrogation de la communauté aux droits et obligations de la dame W., et de l'occupation, par la communauté, des locaux précédemment loués à la dite dame.

(La Semaine judiciaire XVII [1895] p. 357 ss.)

14. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de justice civile du 15 juin 1895.

Réclamation de fournitures de ménage au mari divorcé ayant quitté son domicile.

Schelling, boucher à Genève, réclame à Hentsch la somme de fr. 301.95, montant de fournitures de viande depuis décembre

1893 jusqu'en avril 1894. Hentsch ne reconnaît devoir que la somme de fr. 105, fournitures de décembre 1893 et janvier 1894, et méconnait devoir le surplus des fournitures qui auraient été faites à sa femme, laquelle plaiderait en divorce contre lui. Il soutient qu'en vertu de l'art. 90 de la loi genevoise du 20 mars 1880 sur l'état civil, le mariage et le divorce il ne doit payer les fournitures de Sch. que jusqu'au 27 janvier 1894, date à laquelle sa femme a annoncé, par la voie de la Feuille d'avis, qu'elle avait formé sa demande.

Le Tribunal de 1^{re} instance a condamné Hentsch à payer à Sch. la totalité de la somme réclamée, en se fondant sur ce que l'art. 90 n'était pas applicable à l'espèce, parce que c'était H. qui avait quitté le domicile conjugal, tandis que son épouse avait été autorisée, par ordonnance du président du tribunal, à y maintenir son habitation pendant la durée de l'instance en divorce, faits qui sont étrangers à Sch., lequel, ne recevant aucun contreordre de H., a, de bonne foi, continué ses livraisons au domicile conjugal. La Cour de justice a réformé ce jugement et débouté Sch. de ses conclusions, moyennant l'offre que fait H. de payer fr. 105.

Motifs: Il est constant, en fait, que la dame H. a formé contre son mari une demande en divorce qui a été publiée conformément à l'art. 90 cit. dans la Feuille d'avis officiels du 27 janvier 1894, et que le divorce a été prononcé entre les époux Hentsch;

Il est également constant qu'à partir de la demande en divorce, les époux H. ont cessé d'avoir un domicile et un ménage commun, que H. a transporté son domicile à la rue du Mont-Blanc, tandis que la dame H. était autorisée par le président du Tribunal civil à maintenir son habitation à la rue Saint-Victor, dans l'ancien domicile conjugal des époux;

En droit l'art. 90 cit. dispose que l'époux demandeur en divorce doit annoncer, par la voie de la Feuille des avis officiels, qu'il a formé sa demande, et que les effets du jugement, soit entre époux, soit vis-à-vis des tiers, remontent à la date de cette insertion;

Cette disposition est catégorique et ne souffre aucune exception; rien n'autorise les tribunaux à faire fléchir la règle qu'elle pose devant des considérations telles que la bonne foi des tiers et leur ignorance présumée de l'instance en divorce ou l'absence d'une défense spéciale signifiée par le mari au fournisseur;

Hentsch est donc dans son droit en se refusant de payer les fournitures faites à sa femme après la publication de la

demande en divorce dans la Feuille d'avis; il est sans importance que ces fournitures aient été faites dans un domicile qui avait été jusqu'alors le domicile conjugal, car il avait cessé de l'être à partir du moment où H. l'avait quitté et s'était établi ailleurs;

On ne peut, en outre, sérieusement admettre que le fait absolument étranger au mari, que le président du tribunal a autorisé la femme, demanderesse en divorce, à résider, durant l'instance en divorce, dans l'ancien domicile conjugal, le rende responsable des dettes contractées par celle-ci alors qu'aux termes de l'art. 111 de la même loi, le mari ne peut plus obliger la communauté postérieurement à la date de la signification de l'exploit introductif en divorce.

(La Semaine judiciaire XVII [1895] p. 411 ss.)

15. Kanton Zürich. Entscheid der Rekurskammer des Obergerichts vom 19. Februar 1895.

Verzicht des Vaters auf die Verwaltung des Vermögens seiner minderjährigen Kinder, wann verbindlich?

Der verwitwete H. K., dessen minderjährigen Kindern ein Erbe seitens ihres Grossvaters mütterlicherseits in Aussicht stand, verzichtete in einer zu Lebzeiten des letzteren errichteten Urkunde auf die Verwaltung und Nutzniessung dieses Erbteiles zu Gunsten eines von seinem Schwager zu ernennenden Verwalters. Als aber dieser letztere nach des Erblassers Tode das in Wertschriften bestehende Erbe in seine Verwaltung nahm, verlangte K. dessen Herausgabe zu eigener Verwaltung, da er der gesetzliche Vertreter seiner minderjährigen Kinder und für ihr Vermögen verantwortlich sei. Dieses Begehrten wurde richterlich anerkannt.

Motive: Ein Vater kann allerdings unter Umständen auf das Recht zur Verwaltung des Vermögens seiner minderjährigen Kinder verzichten, mit der Folge, dass damit auch das Recht dahinfällt, das Vermögen derselben zu besitzen. Allein ein solcher Verzicht ist für den Verzichtenden nicht verbindlich, wenn er zu Gunsten einer beliebigen dritten Person erfolgt; in diesem Falle ist letztere lediglich Uebernehmer eines Mandats, das jener zu jeder Zeit widerrufen kann. Denn es ist nicht zulässig, dass ein Vater sich seines Rechtes zur Verwaltung des Vermögens seiner Kinder zu Gunsten eines Dritten mit der Wirkung entzlage, dass er von der durch

§ 675 priv. G. B. statuierten Verpflichtung zu ungeschmälter Herausgabe des Vermögens entbunden wäre. Wirksam und verbindlich ist nur derjenige Verzicht, welcher gegenüber der Vormundschaftsbehörde erfolgt und von dieser gebilligt wird, weil der Verzicht nur im Interesse der Bevormundeten stattfinden darf, wie denn auch die Behörde geradezu einzuschreiten verpflichtet ist (§ 672 priv. G. B.), wo die väterliche Verwaltung unmöglich geworden ist oder sich auch nur als unzureichend erweist. Wenn durch die Ausfolgung des Vermögens an den Vater die Interessen der Kinder gefährdet erscheinen, mag der Rekurrent die Vormundschaftsbehörde zum Einschreiten veranlassen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XIV [1895] S. 122 f.)

**16. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts
vom 20. April 1893.**

Beurteilung von Alimentationsklagen nach kantonaalem Rechte, nicht nach schweizerischem Obligationenrechte.

Die Mutter eines ausserehelich geborenen Kindes, das einen Monat nach der Geburt starb, belangte den Vater um Leistung eines Alimentationsbeitrages, und mit der Behauptung, dass ihre Niederkunft eine längere Krankheit zur Folge gehabt, um Bezahlung einer diesbezüglichen Entschädigung. Die Klägerin machte geltend, dass im gegebenen Falle nicht nur die Bestimmungen des aarg. Civilrechts, §§ 243 u. 241, sondern die Art. 50, 54 und 55 des O. R. zur Anwendung kommen, und beanspruchte im ganzen einen Betrag von Fr. 500.

Vom Bezirksgericht wurde ausgesprochen: Bei Festsetzung des der Klägerin gebührenden Betreffnisses sei nicht das schweizerische Obligationenrecht, sondern das aargauische bürgerliche Gesetz und zwar lediglich § 243 desselben massgebend, wonach die Klägerin einen Beitrag an die Kosten der Verpflegung des Kindes anzusprechen habe, welcher sich auf Grund der Jahresleistung von Fr. 150 und im Verhältnis der einmonatlichen Lebensdauer des Kindes berechne und demgemäß nur wenige Franken ausmache; auf § 241 des A. B. G.¹⁾ könne nicht abgestellt werden, indem daselbst nur

¹⁾ Dieser § 241 handelt von dem Falle, wo dem anerkennenden Vater das uneheliche Kind zugesprochen wird, und erwähnt unter den dem Vater obliegenden Pflichten auch die Zahlung der Entbindungskosten. Auffallenderweise sind diese letzteren aber in §§ 229 und 243, wenn Zusprechung des Kindes an die Mutter erfolgt, nicht erwähnt.

Bestimmungen in Bezug auf den das aussereheliche Kind anerkennenden Vater enthalten seien.

Der Auffassung des Bezirksgerichts, dass der Anspruch der Klägerin auf Grund des aargauischen bürgerlichen Gesetzes auszumitteln sei und das schweizerische Obligationenrecht hiebei nicht in Berücksichtigung falle, muss beigeplichtet werden. Die auf die blosse Thatsache der Vaterschaft gestützte Klage ist keine Klage aus unerlaubten Handlungen, sondern hat, wie auch schon vom Bundesgericht ausgesprochen worden ist, ihr Fundament in Verhältnissen, welche dem Personenrecht angehören, sonach von der kantonalen Gesetzgebung beherrscht werden.

Dagegen ist die Ansicht nicht gutzuheissen, dass bei Bemessung des klägerischen Anspruchs einzig § 243 des A. B. G. in Berücksichtigung falle. Es ist nicht nur diese Gesetzesstelle, sondern auch § 241 l. c., und zwar analog zur Anwendung zu bringen. Hat die Mutter des ausserehelichen Kindes zufolge der zuletzt citierten Gesetzesvorschrift Anspruch auf Ersatz der Entbindungskosten, wenn dasselbe dem Vater zugesprochen wird, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht dasselbe der Fall sein soll, wenn das Kind der Mutter folgt und dasselbe bald nach der Geburt mit Tod abgeht.

Der Klägerin ist daher ein Betrag von Fr. 200 zuerkannt worden.

(Bericht des Aarg. Obergerichts für 1893 u. 1894, S. 39 f.)

17. Kanton Bern. Urteil des App.- und Kass.-Hofes
vom 26. April 1894.

Pupillarsubstitution wiefern nach
Berner Recht statthaft.

Im Jahre 1827 errichtete M. Kernen zu Reutigen unter dem Titel „Väterliche Verordnung“ vor Notar und Zeugen eine letztwillige Verfügung, die nach seinem Tode im Jahre 1835 vom Untergerichte Reutigen im Beisein sämtlicher Erben homologiert wurde „unter Vorbehalt rechtlicher Absetzung in gesetzlicher Zeit.“ Diese Verfügung besagt, dass Kernen in Betracht der geistigen und physischen Schwäche seiner zwei Grosskinder (der Kinder seines vor fünf Jahren gestorbenen Sohnes), die besorgen lasse, dass sie vor ihrer Mutter sterben könnten, wodurch ihr väterliches Vermögen in ein anderes Geblüt fallen würde, das Begehrten habe, es möge das Vermögen, das den genannten Grosskindern von ihrem Vater angefallen sei und von ihren Grosseltern früher oder später erbsweise zufallen werde, nicht aus seiner Familie fallen,

sondern, wenn die Grosskinder wie vorauszusehen ohne Leibeserben absterben, an ihres Vaters Geschwister oder deren Nachkommen gelangen. Im Jahre 1883 starb eines der Grosskinder unverehelicht und kinderlos, und nun erhoben die Mitglieder der Familie Kernen den Anspruch auf die Verlassenschaft der verstorbenen Susanna Katharina Kernen auf Grund jener letztwilligen Verfügung. Dieser Anspruch wurde aber gerichtlich abgewiesen.

Motive: Es liegt eine Erbeinsetzung vor, die der Grossvater an der Stelle der S. K. Kernen vorgenommen hat und die sich auf alles Vermögen erstreckt, das ihr von Kernen'scher Eltern- oder Verwandtschaftsseite her anfallen werde. Die S. K. Kernen ist selbst darin nicht als Erbin des Vermögens ihres Grossvaters oder eines Teiles desselben eingesetzt. Man hat es also nicht mit einer eigentlichen Substitution, sondern mit der Errichtung einer letzten Willensverordnung für einen andern über des letzteren Vermögen zu thun, einem Falle, der als Quasipupillarsubstitution im weitesten Sinne bezeichnet werden kann.

Ob eine solche letzte Willensverordnung Geltung habe oder nicht, beurteilt sich nach dem zur Zeit und am Orte der Errichtung derselben geltenden Rechte.

Als geschriebenes Recht fallen in Betracht: das niedersimmenthalische Landrecht, die Berner Gerichtssatzung von 1761 jedenfalls bloss als subsidiäre Rechtsquelle und die Verordnung wegen der Substitutionen von 1771. Das niedersimmenthalische Landrecht von 1454 sowohl als die Berner Gerichtssatzung lassen (jenes unter der Rubrik Testament, diese in den Titeln 21, 32 und 33) letztwillige Verfügungen zu, aber nur über das eigene Vermögen des Testators. Ueber den Wortlaut dieser Bestimmungen darf bezüglich der Möglichkeit der Errichtung letztwilliger Verfügungen nicht hinausgegangen werden. Denn in der bernischen, wie überhaupt in der germanischen Rechtsentwicklung ist die Möglichkeit, dass eine Person einseitig von Todes wegen über ihr Vermögen verfügen kann, erst allmählich zur Anerkennung gelangt. Soweit deshalb in einer späteren Periode der Rechtsentwicklung die Möglichkeit der Errichtung letzter Willensverordnungen positivrechtlich eröffnet ist, muss diese als Ausnahme von der bisher bestandenen Regel der Erbfolge der Familie betrachtet und können positive Bestimmungen, die sie zulassen, nicht in ausdehnendem Sinne angewendet werden. Also hat nach beiden erwähnten Gesetzen die väterliche Verordnung des K. keine Gültigkeit.

In der Verordnung wegen der Substitutionen wurde bestimmt, dass ein Testamentsfähiger auch substituieren könne, aber nur auf zwei Fälle hin, von denen der erste die einfache Substitution begreife, da jemand neben dem Haupterben noch einen Nacherben bestimme, auf den nach des Haupterben Tode das Gut zurückfallen solle, und der zweite die zweifache Substitution ausmache, da jemand neben dem ersten Nacherben noch einen zweiten Nacherben bestimmt, auf den nach des ersten Nacherben Tod das Gut zurückfallen solle. Darunter fällt aber die Bestellung eines Erben für einen andern nicht. Somit hat auch vor diesem Erlass die väterliche Verordnung des K. keinen Bestand.

Die Kläger behaupten nun aber weiterhin, nach einem Gewohnheitsrechte, das namentlich in den oberländischen Bezirken gegolten habe, sei die Nacherbeinsetzung, insbesondere auch die Pupillarsubstitution, ein vom Rechte anerkanntes Institut gewesen. Sie berufen sich dafür (abgesehen von Beweismitteln, die das Gericht von vornherein als unmassgeblich verwarf) auf den Eingang der Verordnung über die Substitutionen von 1771, wo gesagt wird, es haben Schultheiss und Räte aus Anlass der von verschiedenen Testatoren zu weit ausgedehnten Substitutionen nötig befunden, dieser zu weit getriebenen Freiheit zu steuern, und diesem nach erkannt und verordnet etc. (s. oben); und am Schlusse wird gesagt: alle ferneren Substitutionen über die angedeuteten zwei Fälle hinaus sollen bei Straf der Ungültigkeit verboten sein.

Daraus mag geschlossen werden, dass die Nacherbeinsetzung in bernischen Landen in ausgedehntem Mass gebräuchlich war. Aber es geht daraus nicht einmal hervor, dass dieser Gebrauch auch von der allgemeinen Ueberzeugung, dass damit ein Recht ausgeübt werde, begleitet war; näher liegt die Annahme, dass die Verordnung lediglich die Missbilligung des objektiven Rechts gegenüber den üblichen Substitutionen zum Ausdruck bringen und gleichzeitig in gewissem Mass die Befugnis, Nacherben einzusetzen, einräumen wollte. Und dann ist in der ganzen Verordnung doch nur von eigentlichen Substitutionen die Rede, und nicht auch von der Befugnis, über das Vermögen eines andern zu verfügen. Es geht deshalb auch nicht an, daraus einen diese Befugnis betreffenden Schluss zu ziehen. Höchstens könnte gesagt werden, dass solche Verfügungen *a fortiori* unter das Verbot aller ferneren Substitutionen fallen. Uebrigens darf darauf hingewiesen werden, dass in keinem der oberländischen Landrechte, die alle Aufzeichnungen von Gewohnheitsrecht

sind, in irgend einer Form der Nacherbeinsetzung oder der letztwilligen Verfügung über fremdes Gut Erwähnung gethan ist, was doch wohl der Fall sein würde, wenn ein Gewohnheitsrecht in dem von den Klägern behaupteten Umfange wirklich bestanden hätte. Somit ist auch eine gewohnheitsrechtliche Norm nicht nachgewiesen.

War aber hierin diese Verordnung von vornherein wegen ihres Inhalts ungültig, so konnte das Rechtsgeschäft als solches auch später auf keine Weise konvaleszieren (was in Bezug auf die 1835 stattgefundene Homologation näher besprochen wird).

(Zeitschr. des Bern. J. V. XXX, S. 557 ff.)

18. Kanton Basellandschaft. Urteil des Obergerichts vom 15. Mai 1894.

**Nichtanmeldung im beneficium inventarii.
Präsumtion für Kenntnis desselben?**

Die Erbschaft des S. Schaub war von seinen Erben sub beneficio inventarii angetreten worden. Darauf stellte Frau Hagius eine Forderung an sie für Schmiedarbeiten, die sie dem Erblasser geliefert. Die Erben verlangten Abweisung der Forderung, weil sie in der Auskündung sub ben. inv. nicht angemeldet worden sei, obschon Klägerin habe wissen müssen, dass Schaub gestorben und ausgekündet worden sei. Das Bezirksgericht wies die Klägerin aus diesem Grunde ab, das Obergericht reformierte.

Motive: Nach § 84 Ges. über das Erbrecht haften die Erben für nicht angemeldete Forderungen bis auf den Betrag ihres Erbteils und sind nur dann befreit, wenn sie nachweisen, dass der Gläubiger von der erfolgten Auskündung Kenntnis hatte und die Anmeldung doch nicht gemacht hat. Dieser Beweis mag öfter schwierig sein, indessen ist diese Schwierigkeit kein Grund, das Gesetz durch unrichtige Erörterungen in Frage zu stellen, um so weniger, als es sich um eine ganz rationelle Bestimmung handelt, welche verhüten will, dass ein Gläubiger eines Versehens wegen einer rechtmässige Forderung verliere. Die Erben haben aber diesen Beweis nicht geleistet. Vollständig unrichtig ist die in den erstinstanzlichen Motiven enthaltene Ausführung, dass für Kantonseinwohner die Präsumtion gelte, sie hätten von jeder im kantonalen Amtsblatte enthaltenen Auskündung Kenntnis gehabt, und ebenso unrichtig sind alle daran geknüpften Erörterungen über Bevorzugung von Nichtkantonsbürgern.

(Amtsbericht des Oberger. v. 1894, S. 39 ff.)

19. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichts
vom 6. Mai 1895.

Erfordernis der Deposition eines eigenhändigen Testaments. Gilt hiefür das zur Zeit der Testamentserrichtung oder das zur Zeit des Todes des Erblassers geltende Recht?

Am 10. September 1894 starb in Basel Marie Walder, Bürgerin von Genf. In ihrem Nachlass fand sich ein von ihr eigenhändig geschriebenes Testament d. d. 30. März 1890, worin sie ihr Vermögen zum grössten Teil verschiedenen Legataren zuwendete. Die Intestaterben fochten dieses Testament als ungültig an, weil es nicht gemäss § 59 des Basler Ges. über Erbrecht vom 10. März 1884¹⁾ gerichtlich oder notarialisch deponiert worden sei, somit der gesetzlichen Form ermangle, für die das zur Zeit der Errichtung geltende Recht massgebend sei. Die Beklagten machten dagegen zu Gunsten des Testaments geltend, dass dasselbe bezüglich der Form dem Heimatsrecht der Testatorin (Genf) entspreche und somit nach Art. 24 des B. Ges. betreffend die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen vom 25. Juni 1891²⁾ zu Recht bestehe. Gegenüber der klägerischen Behauptung, dieser Artikel erstrecke sich nicht auf die vor seinem Inkrafttreten errichteten Testamente und habe keine rückwirkende Kraft, bemerkten sie, das Bundesgesetz befasse sich nicht mit der Entstehung von Rechten, sondern nur mit der Anwendung von solchen, und hiefür komme es nur auf die Zeit an, in der sie in Wirksamkeit treten sollen. Beide Instanzen wiesen die Klage auf Ungültigerklärung des Testaments ab, das Appellationsgericht mit folgender Motivierung:

Es könnte in Frage kommen, ob die Deposition des eigenhändigen Testaments nach Basler Erbrecht überhaupt ein Bestandteil der Form des Testaments, oder nicht vielmehr ein zu der Form hinzutretendes weiteres Requisit sei,

¹⁾ Der § 59 lautet: Die eigenhändige Form besteht darin, dass der Testator den letzten Willen dem ganzen Inhalte nach eigenhändig niederschreibt und das Schriftstück mit Datum (Jahr, Monat und Tag) und Unterschrift versieht, ausserdem bedarf es zur Gültigkeit der Hinterlegung bei der Gerichtsschreiberei oder bei einem Notar.

²⁾ Dieser Art. 24 erklärt letztwillige Verfügungen hinsichtlich ihrer Form als gültig, wenn sie dem Rechte des Errichtungsortes oder demjenigen des Wohnsitzkantons zur Zeit der Errichtung des Aktes oder zur Zeit des Ablebens des Erblassers oder demjenigen des Heimatskantons des Erblassers entsprechen.

wie z. B. das einer Garantie gegen unbefugte Beseitigung des Testaments oder dgl. Entbehrt das Erfordernis der Testamentshinterlegung des Charakters einer Formvorschrift, so kommt auch Art. 24 des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen vom 25. Juni 1891 nicht zur Anwendung und müsste das Basler Gesetz massgebend sein. Es ist aber doch der Auffassung der Vorzug zu geben, dass die Testamentshinterlegung auch ein Bestandteil der für die Testamentserrichtung notwendigen Form sei. Hiefür spricht nicht nur der gewöhnliche Sprachgebrauch, der die Deposition unter die formalen Requisiten stellt (vergl. Ratschlag vom 21. Juni 1883 zu dem Gesetzesentwurf über das Erbrecht pag. 19), sondern hauptsächlich der Umstand, dass die Hinterlegung mit den eigentlichen Formen denselben Grund und dieselbe Wirkung gemein hat; denselben Grund: die möglichste Ausschliessung von Zweifeln darüber, dass das Schriftstück wirklicher letzter Wille des Erblassers sei; dieselbe Wirkung: Gültigkeit des Testaments (§ 59 des Basler Ges. über Erbrecht). Ist somit allerdings die Hinterlegung als Formvorschrift zu betrachten, so ist andererseits klar, dass diese Form nicht gleichzeitig mit der Niederschrift der Urkunde beobachtet werden muss, ja im Grunde ganz gleichzeitig überhaupt nicht beobachtet werden kann. Sie fällt der Natur der Sache nach nicht mit der Testamentsausfertigung zusammen, kann in einem beliebigen Zeitpunkt erst Jahre nachher erfolgen, hat also selbständigen Bestand und ist für sich gesondert zu behandeln. Auch wenn die Hinterlegung nicht in unmittelbarem Anschluss an die Niederschrift und Datierung des Testamentes erfolgt, so ist deswegen das Testament noch nicht ungültig, es kann jederzeit bis zum Tode des Erblassers durch Hinterlegung gültig und vollwirksam gemacht werden. Daraus folgt, dass das zur Zeit der Testamentsabfassung geltende Recht nicht massgebend sein kann für die Frage, ob die Hinterlegung notwendig und wegen ihrer Unterlassung das Testament ungültig sei. Vielmehr kann hierüber einzig das zur Zeit des Todes des Erblassers geltende Recht entscheiden, weil bis zu diesem Momente die Hinterlegung zulässig ist. Dazu muss auch folgende Erwägung führen: Wenn nach der Abfassung eines nicht hinterlegten eigenhändigen Testamentes das kantonale Recht dahin geändert würde, dass Deposition eigenhändiger Testamente nicht mehr erforderlich sei, so wäre zweifellos dieses Testament des neuen Rechts teilhaftig geworden, und brauchte nicht mehr deponiert zu werden.

Rechtlich gleichwertig mit einem solchen abändernden kantonalen Gesetz ist nun aber Art. 24 des Bundesgesetzes über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen vom 25. Juni 1891, weil dieser Art. 24 ebenfalls den formellen Akt der Deposition, der noch zur Rechtswirksamkeit des Testaments nach bisher geltendem Basler Recht nötig war, für einen Genfer Niedergelassenen, um den es sich in casu handelt, überflüssig gemacht hat, so dass er nun unterbleiben konnte, ohne die Gültigkeit des Testaments zu gefährden.

20. Kanton Bern. Urteil des App.- und Cass.-Hofes vom 29. September 1894.

Durchstreichungen von Namen in einem eigenhändigen Testament. Rechtswirkung.

Es lag ein Testament des Joh. Werren folgenden Inhalts vor:

Ich Johann Werren von Zweisimmen errichte... folgendes Testament: Zu Allein Haupterben seze ich ein die Kinder meines Bruders Samuel Werren, so da heissen *Samuel, Johann, Magdalena, Rosina, Albert und Jakob Werren*. Behalte aber meinem *Bruder Samuel Werren*. *Das unbedingte Benutzungs-Recht* meines Vermögens vor lebenslänglich vor..... Dieses mein Testament, eigenhändig geschrieben und unterschrieben in Boltigen, den 24sten Juli 1886.

Joahn Werren Wagner.

Die kursiv gedruckten Worte sind im Original durchgestrichen.

Das Testament wurde beanstandet. Zwar war darüber kein Zweifel, dass die Durchstreichungen im Testament kurz vor des Testators Tode durch diesen selbst oder auf sein Geheiss durch die Hand eines Dritten gemacht worden seien. Dagegen waren Magdalena Werren und zwei Brüder des Testators, Andreas und Christian, der Ansicht, dass das Testament in seinem ganzen Inhalt ungültig erklärt werden müsse, während die Kinder des am 30. Mai 1893 verstorbenen Bruders Samuel beantragten, das Testament sei in seinem ganzen ursprünglichen Inhalte, eventuell unter Berücksichtigung der erfolgten Durchstreichungen als rechts-gültig anzuerkennen. Der App.- und Cass.-Hof erklärte das Testament in seinem ursprünglichen Inhalt, also ohne Rücksicht auf die darin enthaltenen Durchstreichungen, als rechts-gültig, somit sämtliche Kinder des Samuel Werren als Testamentserben.

Motive: Laut Satz. 593 C. kann der Erblasser die von ihm errichtete letzte Willensverordnung willkürlich abändern oder aufheben, und zwar kann die Aufhebung nach Satz. 596 erfolgen durch Vertilgung der betreffenden Urkunde oder durch einen mündlichen oder schriftlichen Widerruf. Mit einer Vertilgung des Testaments vom 24. Juli 1886 hat man es hier offenbar nicht zu thun, denn darunter ist eine gänzliche Zerstörung der Urkunde zu verstehen, wie auch bereits die Gerichtssatzung von 1761 (Teil I, Titel XXXVIII, 3. Satz.) von einer völligen Zerstörung und Aufhebung des letzten Willens spricht. Eine derartige Totalaufhebung war vom Erblasser unstreitig auch nicht beabsichtigt, sonst hätte er sich nicht auf die Durchstreichung einzelner Bestimmungen beschränkt. Es würde sich infolgedessen nicht rechtfertigen, wegen der vorhandenen Durchstreichungen das in Frage stehende Testament in seinem ganzen Umfange als ungültig zu erklären. So entsteht die weitere Frage, ob den Durchstreichungen sonst eine rechtliche Bedeutung beizumessen sei oder nicht. Die Zulässigkeit einer teilweisen Aufhebung der letzten Willensverordnung durch Zerstörung einzelner Bestimmungen (vgl. König, Kommentar zu Satz. 596 C.) liesse sich juristisch kaum anders konstruieren als unter dem Gesichtspunkte eines teilweisen Widerrufes derselben. Da jedoch einerseits das Gesetz für den Widerruf eine bestimmte Form vorschreibt (Satz. 598 C.), andererseits ein teilweiser Widerruf mit Bezug auf einzelne Bestimmungen in den meisten Fällen und auch im vorliegenden in Wahrheit nichts anderes wäre als eine Abänderung des letzten Willens, die wiederum die Beobachtung der für deren Errichtung vorgeschriebenen Förmlichkeiten erheischen würde, so kann in der Durchstreichung einzelner Stellen eines Testaments ein rechtsbeständiger Widerruf derselben niemals erblickt werden. Unter diesen Umständen muss den im Testamente enthaltenen Durchstreichungen jede Rechtswirkung abgesprochen und dasselbe in seinem ursprünglichen Inhalte als gültig anerkannt werden. (Zeitschr. des Bern. J. V. XXXI, S. 62 ff.)

**21. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal
du 1^{er} octobre 1895.**

Substitution ou institution d'héritier? Cautionnement des cohéritiers en faveur d'un héritier supposé dont l'existence n'est pas reconnue.

Par testament olographe homologué le 24 mai 1895, J. A. G. Brot, décédé à Vuarrens, a disposé entre autres comme suit:

„Je donne à mon frère Abram Brot, à l'étranger, une pension annuelle de 600 fr. S'il est marié, et qu'il ait un ou des enfants, ceux-ci auraient le tiers de ma fortune après la mort de leur père. Si mon frère est mort, comme c'est probable, une pension annuelle et viagère sera faite par ma femme à Alfred Brot, à Paris. Si Alfred Brot a un ou des enfants, la somme de 6000 fr. leur sera donnée par mes héritiers, après la mort de leur père déjà nommé plus haut.“

„J'institue pour mes héritiers Henri Thuillard pour les deux tiers de ma fortune, et Eugène Pahud pour un tiers.“

Par décision du 12 juillet 1895, la Justice de paix du cercle de Vuarrens a, en application de l'art. 57 al. 2 du Code civil,¹⁾ dit que les héritiers devaient fournir un cautionnement pour garantir, le cas échéant, l'exécution des dispositions testamentaires de G. Brot, en faveur des enfants Brot. Elle a statué „que ce cautionnement représenterait le tiers de la fortune du défunt“ etc. H. Thuillard et E. Pahud ont recouru contre ce prononcé au Tribunal cantonal, et ont conclu à sa réforme, les héritiers recourants étant déclarés francs de tout cautionnement. Ils se fondent sur ce que c'est par erreur qu'il a été fait application de l'art. 57 al. 2 C. c., vu que la disposition du testament visant les enfants supposés de A. Brot est une substitution, et non une institution directe; d'ailleurs on n'est pas dans le cas prévu à l'art. 693 in fine C. c.²⁾ permettant l'intervention d'office de la Justice de paix; si même la disposition en faveur des enfants supposés d'Abram Brot était une institution d'héritier, l'art. 57 C. c. ne serait pas applicable, cet article statuant en faveur des absents, présumés ou déclarés tels, et non en faveur de personnes supposées, hypothétiques.

Le Tribunal cantonal a écarté le recours et maintenu la décision de la Justice de paix.

Motifs: Considérant que la liberalité faite aux enfants supposés de Abram Brot ne rentre pas dans le cadre de celles prévues dans les art. 685 et 688 C. c. (articles

¹⁾ Art. 57: S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.

Dans ce cas, ceux qui recueilleront la succession seront tenus de donner caution, pour en assurer la restitution, si elle devient nécessaire.

²⁾ Dieser Artikel schreibt vor, dass, wenn eine Substitution zu Gunsten minderjähriger oder erst concipierter Kinder des eingesetzten Erben vorliegt, der Friedensrichter von Amts wegen die Kautionsleistung zu erwirken habe.

règlant la substitution fidéicommissaire et vulgaire), puisqu'ils arrivent directement dans la succession;

Que c'est là une véritable institution d'héritier, conforme aux prescriptions de l'art. 558 C. c., et dont les intéressés pourront, le cas échéant, profiter à seule charge par eux d'établir leur existence lors de l'ouverture de la succession (art. 512 C. c.) et la mort de leur père.

Considérant que par l'expression *dont l'existence n'est pas reconnue*, renfermée dans l'art. 57 C. c., il faut entendre non seulement l'individu dont l'absence a été déclarée conformément aux art. 37 à 41 C. c., mais encore le présumé absent (art. 34 et suiv.), soit celui dont l'existence n'est point certaine et reconnue.

Considérant que les recourants ne peuvent prétendre à l'entier de la succession Brot qu'en supposant l'absent A. Brot, et ses enfants présumés, décédés;

Que la preuve de ces décès n'étant pas faite, ils sont tenus, à teneur de l'art. 57 al. 2 précité, de donner caution pour assurer le cas échéant la restitution de la part attribuée par le testament de G. Brot aux enfants supposés de l'absent.

(Journal des Tribunaux XLIII [1895] p. 697 ss.)

22. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de justice civile du 7 juillet 1894.

Legs fait sans désignation nominale de bénéficiaire, mais dans un but déterminé.

Le 17 janvier 1890 est décédée, à Chambéry, Charlotte Delor, citoyenne genevoise; elle a laissé un testament olographe contenant entre autres la disposition suivante:

„Je donne pour l'évangélisation de la Savoie, d'après le système de M. Mac All, 20,000 fr.“

Le conseil presbytéral de l'église réformée de Chambéry, représenté par son président Boyer, pasteur de l'Eglise réformée de Chambéry, s'est présenté pour recueillir ce legs, puis en présence du refus des hoirs s'est fait autoriser à accepter ce legs par le gouvernement français, et a assigné les hoirs en reddition de comptes et en paiement chacun de sa part et portion dudit legs. Les intimés ont répondu à la demande, que le conseil presbytéral de Chambéry n'est pas désigné nominativement comme bénéficiaire du legs et que la condition essentielle pour la validité d'une disposition testamentaire est qu'une personne, soit physique, soit morale, soit clairement désignée comme légataire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Les deux instances ont débouté le demandeur de ses conclusions.

Motifs de la Cour de justice: Pour que la validité d'un legs soit prononcée, il n'est pas nécessaire que son bénéficiaire soit désigné nominativement; il suffit que la personne physique ou morale qui doit en bénéficier, soit désignée d'une manière suffisamment certaine pour que son individualité puisse être déterminée et qu'il ne puisse subsister aucun doute sur son identité; c'est pour ce motif qu'une jurisprudence constante a admis que le legs fait en vue d'un service public ou pour une oeuvre d'utilité publique, dont un individu ou un établissement est le représentant légal, est par là-même fait à cet individu ou à cet établissement qui se trouve par là suffisamment déterminé, et c'est ainsi qu'il a toujours été admis que les libéralités faites au profit des pauvres de telle localité sont présumées faites au bureau de bienfaisance qui en est le représentant légal et qui est par là-même autorisé à les accepter et à les revendiquer;

Or, en l'espèce, l'intention de la testatrice n'est nullement douteuse; elle a entendu léguer 20,000 fr. pour l'évangélisation de la Savoie par le système Mac All; dès lors, ce legs doit être considéré comme fait à l'individu, au comité, à la corporation chargée, légalement ou non, de cette évangélisation, ce qui conduit à l'examen de la question: Le Conseil presbytéral de Chambéry est-il cette personne?

Il est certain que l'évangélisation de la Savoie d'une façon générale rentre dans les attributions du Conseil presbytéral de l'Eglise réformée de Chambéry, puisque c'est le seul organe de l'Eglise protestante officiellement reconnue dans ce département;

Toutefois, l'évangélisation par le système Mac All, c'est-à-dire au moyen de conférences et réunions populaires en plein air, dans les chambres ou locaux non destinés au culte ou même sur des bateaux, ne rentre pas évidemment dans la sphère de son activité, et la preuve en est dans le décret d'autorisation du président de la République française, qui subordonne l'acceptation du legs à la condition que les exercices religieux auxquels il sera procédé en exécution de ce legs, devront avoir lieu dans des temples régulièrement ouverts à l'exercice public du culte réformé;

En outre, si l'on retient qu'il existe à Paris, 40, boulevard de Neuilly, une mission populaire évangélique de France, dite mission Mac All, régulièrement dirigée par un comité, quoique peut-être non officiellement reconnue, et se livrant

uniquement à l'évangélisation populaire par le système Mac All; que, d'autre part, il a été articulé et non contesté que la testatrice avait des rapports fréquents avec le Conseil presbytéral de l'église réformée de Chambéry et avec son président, le pasteur Boyer, et qu'elle leur avait fait de son vivant de nombreuses libéralités, et qu'il lui était, dès lors, bien facile, si son intention était de faire bénéficier l'appelant de ce legs, de désigner nominativement, soit le Conseil presbytéral, soit son président, pour le recueillir; il apparaît comme certain que l'appelant n'est pas la personne désignée pour bénéficier de ce legs, et que l'autorisation du gouvernement ne suffit pas pour lui donner la qualité qui lui fait défaut;

Enfin, ce qui montre bien que le Conseil presbytéral de l'église réformée de Chambéry n'est pas le représentant en Savoie de l'évangélisation par le système Mac All et, par conséquent, pas la personne désignée pour recueillir le legs, c'est qu'il a dû consulter le comité de la mission Mac All pour savoir si la condition mise par le gouvernement à son autorisation n'était pas contraire au système lui-même.

(La Semaine judiciaire 1894 [XVI] p. 628 ss.)

23. Kanton Zürich. Urteile des Handelsgerichts
vom 24. August und 2. November 1894.

S a c h l i c h e K o m p e t e n z.

a) Der Verkäufer einer Bierbrauerei hatte sich im Verkaufsvertrag verpflichtet, auf eine Anzahl Jahre weder direkt noch indirekt in das Absatzgebiet des Käufers, d. h. die Kantone Thurgau, St. Gallen und Appenzell, Bier zu liefern. Ueber den Umfang dieses Konkurrenzverbotes entstand später Streit, und der Käufer erhob gegen den Verkäufer Klage vor dem Zürcher Handelsgericht. Die Frage, ob diesem Gericht in der betreffenden Sache die Gerichtsbarkeit zustehe, war zwar von den Parteien selbst nicht erhoben worden, wurde aber vom Gerichte von Amts wegen geprüft und bejaht.

M o t i v e : Die Kompetenz erscheint als begründet, denn das Konkurrenzverbot, auf das die Klage geht, enthält eine Beschränkung des Kaufmanns in der Betreibung seines Handelsgeschäftes, und der Streitgegenstand bezieht sich somit auf das Gewerbe des Beklagten und ist als ein „Handelsverhältnis“ im Sinne von § 95 Ziffer 1 G. b. Rpfl. aufzufassen.

b) Eine Tuchwarenfabrik belangte einen Tuchwaren-Engroshändler vor dem Handelsgericht auf Schadenersatz, weil sich der Beklagte kreditschädigende Aeusserungen über sie habe zu Schulden kommen lassen. Das Gericht erklärte sich, obschon der Beklagte mit der Beurteilung durch das Handelsgericht einverstanden war, als unzuständig.

Motive: Wenn in § 95 Ges. b. Rpfl. als Voraussetzung für die Kompetenz des Handelsgerichts verlangt wird, dass der Streit „sich auf das vom Beklagten betriebene Gewerbe oder auf Handelsverhältnisse überhaupt beziehe,“ so genügt hiefür nicht irgend eine entfernte derartige Beziehung, und erscheint trotz einer solchen das Handelsgericht insbesondere dann nicht als kompetent, wenn die eingeklagte Forderung eine solche aus unerlaubter Handlung ist.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIII [1894] S. 330.)¹⁾

**24. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts
vom 11. Dezember 1893.**

Das forum contractus des Aargauer Rechts besteht nur bei Erfüllungsort im Kanton.

Das Gerichtspräsidium B. übermittelte eine Forderungsklage der Firma B. & Cie in Berlin gegen den in M. (Aargau) domizilierten A. Die Firma forderte in der Klage einen Betrag von Fr. 67, herrührend aus einer Warenlieferung. Sie behauptete, es sei im Bestellschein Berlin als Erfüllungsort für das Geschäft bezeichnet, aus dem die eingeklagte Forderung herrühre, und daraus wurde gefolgert, es müsse Berlin als der zuständige Gerichtsort betrachtet werden, und es habe sich der Beklagte A. dortselbst einzulassen. In der Klage war Verhandlungstermin vor Amtsgericht I, Abteilung für Civilprozesssachen, in Berlin anberaumt. Der Beklagte A. hat die Zuständigkeit des preussischen Gerichts bestritten und verlangt, dass er vor seinem ordentlichen Richter im Kanton Aargau belangt werde. Es war daher im Sinne des § 407 der P. O. ein Entscheid zu treffen.

Das Obergericht hat gefunden: Wenn auch zwischen den Parteien Berlin als Erfüllungsort vereinbart wäre, so könnte daraus immerhin noch nicht geschlossen werden, dass der Beklagte für alle aus dem bezüglichen Geschäfte her-

¹⁾ Ein dritter dort mitgeteilter Fall betrifft die Klage von E. Lauterburg gegen Witwe Krämer wegen Verletzung des Urheberrechts, begangen durch Nachahmung seines Abreisskalenders. Das Handelsgericht erklärte sich auch hier inkompotent.

rührenden Klagen seinen Gerichtsstand in Berlin zu nehmen habe. Nur durch gesetzliche Bestimmungen, wie z. B. § 11 der Aarg. P. O. und § 29 der C. P. O. für das deutsche Reich, kann ein Gerichtsstand am Orte der Erfüllung des Vertrages statuiert werden. Die Vorschriften des § 11 der aarg. P. O. beziehen sich aber bloss auf Fälle, in welchen der Erfüllungsort im Kanton Aargau liegt, und die Bestimmungen des § 29 der C. P. O. für das deutsche Reich wollen und können den beklagten A. nicht verpflichten, da er weder zur Zeit des Vertragsabschlusses, noch zur Zeit der Klageeinrichtung der Herrschaft der deutschen C. P. O. unterworfen war.

Gemäss Art. 59 der schweiz. Bundesverfassung und § 8 der aarg. C. P. O. hat der Beklagte A. das Recht, die Einlassung auf die Forderungsklage der Firma B. & Cie an einem andern Orte, als an seinem Wohnorte, zu verweigern.

Ist der Beklagte A. nach dem hievor Erörterten nicht pflichtig, sich vor dem Amtsgericht I in Berlin auf die Klage der Firma B. & Cie einzulassen, so schliesst dies auch in sich, dass er bei dem vor jener Amtsstelle angeordneten Termin zur Verhandlung über fragliche Forderungsklage nicht zu erscheinen braucht. Das Gesuch um Zustellung der Klage an den Beklagten ist daher abzuweisen.

(Bericht des aarg. Obergerichts für 1893—94 an den Gr. Rat, S. 57 ff.)

25. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 20. Mai 1895.

Zulässigkeit von Teilklagen.

J. Stoltz hatte der Kollektivgesellschaft Freund & Hitschler ein Darlehn von 80,000 Mark gegeben, wofür sich die beiden Gesellschafter und deren Ehefrauen, wie Stoltz behauptet, solidarisch verpflichtet hatten. Nachdem die Gesellschaft in Konkurs gefallen und der Gläubiger in der Kollokation über ihre Aktiven fast vollständig zu Verlust gekommen war, belangte er nun die Ehefrau des einen Gesellschafters auf Grund der zwischen diesen Eheleuten eingetretenen Gütertrennung, und zwar erhob er folgende Begehren: 1. Die Beklagte sei zur Bezahlung von Fr. 2000 nebst Zins seit 9. Juni 1893 zu verurteilen. 2. Dem Kläger seien sämtliche weitere Ansprüche und Rechte vorzubehalten. Die dermalige Beschränkung der Klage auf Fr. 2000 (statt der Gesamtforderung von beinahe Fr. 100,000) begründete er damit, dass die Beklagte gegenwärtig kein grösseres Vermögen be-

sitze und dass es ihm hauptsächlich daran gelegen sei, ihre Solidarhaft gerichtlich feststellen zu lassen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage, weil sie ihre Solidarverpflichtung bestritt. Eventuell aber, für den Fall, dass sie zur Zahlung der Fr. 2000 sollte verurteilt werden, beantragte sie, dass dem Kläger das Recht auf spätere Geltendmachung weiterer Ansprüche aberkannt werde, weil die Einklagung blass eines Teils der Forderung prozessualisch unzulässig sei, resp. das ganze Klagerecht konsumiere. Beide Instanzen nahmen die solidarische Haftpflicht der Beklagten an, gemäss dem Wortlaute des notarialischen Schuldaktes. Es blieb nun die Frage, ob dem Kläger nach dem Antrage der Beklagten seine weiteren Ansprüche abzuerkennen seien. Die erste Instanz äusserte sich darüber in ihren Motiven so:

Der Beklagten ist darin beizupflichten, dass eine blass teilweise Einklagung einer Forderung, die füglich ganz hätte eingeklagt werden können, unter Vorbehalt einer späteren Einklagung der Restforderung nicht angeht. Dem Kläger hätte es freigestanden, entweder die Gesamtforderung feststellen und sich (wegen Stundung des Rests) nur einen Teilbetrag zu sofortiger Zahlung zusprechen zu lassen, oder aber seine Forderung definitiv auf den Teilbetrag zu reduzieren. Dass der Wille des Klägers der Kostenersparnis halber auf die letztere Lösung gerichtet war, scheint aus dem Schlusse der Klagbegründung herzugehen. Das klägerische Rechtsbegehrn steht jedoch damit im Widerspruch. Doch hat dieser Widerspruch nicht die Abweisung der Klage, sondern nur die Streichung des Vorbehaltes späterer Nachklagen aus dem Rechtsbegehrn zur Folge.

Das Dispositiv des erstinstanzlichen Urteils erhielt dann einfach die Fassung: Die Beklagte wird zur Zahlung von Fr. 2000 nebst Zins . . . verurteilt.

Das Appellationsgericht hat sich über diese Frage in anderem Sinne ausgesprochen, und zwar folgendermassen:

Ueber die Zulässigkeit der teilweisen Einklagung eines Anspruches unter Verschiebung der Geltendmachung des Restes auf spätere Zeit enthält die Prozessordnung keine Bestimmung; der § 38 hat auf diese Frage keinen Bezug. Nun ist an sich nicht einzusehen, warum derartige Teilklagen unstatthaft sein sollten; es lassen sich sogar viele Fälle denken, wo ein solches Vorgehen im Interesse beider Parteien ist und der Beklagte selbst es der sofortigen Einklagung der Gesamtforderung vorziehen wird. Allerdings steht diesem Recht des Klägers, seine Forderung in Raten successive einzuklagen, das Recht des Beklagten gegenüber, den Bestand der Forderung

in ihrer Gesamtheit durch ein einmaliges Verfahren und Urteil feststellen zu lassen, und das kann er dadurch erreichen, dass er widerklagsweise eine Feststellungsklage bezüglich der Gesamtforderung erhebt. Dann mag er entweder das Ganze, wozu er verurteilt worden, sofort bezahlen, oder, wenn er das nicht thut, muss er sich gefallen lassen, dass ihn der Kläger nach seinem Ermessen für Bruchteile betreibt. Dafür, dass der Beklagte berechtigt sein sollte, einer Teilklage gegenüber Aberkennung der weitern Ansprüche zu begehren, ist gar kein Grund zu denken.

Daraus ergiebt sich für die heute im Streite liegende Frage, dass beide Parteien in betreff des Klagbegehrens 2 unrichtig vorgegangen sind. Auf Seite des Klägers ist gefehlt worden dadurch, dass er überhaupt dieses Klagbegehren gestellt hat; es war an sich überflüssig, und Kläger hätte es weglassen und ruhig abwarten sollen, ob Beklagte sich auf die gestellte Teilklage ohne Widerspruch einlassen, oder ihrerseits eine Feststellungsklage über die Gesamtforderung auf dem Wege der Widerklage erheben werde. Der Fehler der Beklagten bestand darin, dass sie, statt ihrerseits auf Austrag der Gesamtforderung zu dringen, die Abweisung dieses Begehrens, und zwar in dem Sinne einer Aberkennung der weitern Ansprüche beantragte. Es war das umso weniger zulässig, als Abweisung von Klagbegehren 2 und Aberkennung aller weitern klägerischen Ansprüche ersichtlichermassen zwei verschiedene Dinge sind: dieses letztere konnte unter keinen Umständen verfügt werden, weil das Gericht damit über Ansprüche entscheiden würde, die vom Kläger noch gar nicht erhoben und noch nicht ins Recht gezogen waren, also ihm auch nicht ohne Verhandlung darüber aberkannt werden konnten.

Eine einfache Abweisung des Klagbegehrens 2 aber hätte, wenn man ihr diese Bedeutung einer Aberkennung weiterer Ansprüche nun einmal nicht beilegen kann und darf, gar keinen Sinn gehabt, sie hätte dem Kläger nichts genommen, wie umgekehrt eine Zusprechung dieses Begehrens ihm nichts gegeben hätte, was er nicht ohnedies schon hatte.

Es ergiebt sich daraus, dass solche Vorbehalte überhaupt unnötig sind und künftighin in unserer Praxis, die damit Missbrauch treibt, möglichst vermieden werden sollten. Sieht man sie und insbesondere gerade das heutige Klagbegehren 2 auf ihre rechtliche Natur näher an, so müsste man sie bezeichnen als Klage auf Feststellung des Masses der Rechtskraft des Urteils, d. h. Klage darauf, dass der Richter er-

kläre, es sei nur über das zu Recht Gesetzte geurteilt worden. Das versteht sich aber von selbst und bedarf keiner richterlichen Entscheidung. Für unsern Fall ergiebt sich daraus das Resultat, dass der Klagantrag² als völlig zwecklos und verkehrt nicht zu berücksichtigen und weder zuzuerkennen noch abzuweisen ist. Der erstinstanzliche Richter hat das selber so stark gefühlt, dass er schliesslich zu demselben Resultat gekommen ist und im Dispositiv den Klagantrag 2 einfach ignoriert hat, freilich im Widerspruch mit seiner Motivierung, die nicht nur zu einer Abweisung, sondern zu der allerdings unzulässigen Aberkennung aller weitern Ansprüche hätte führen müssen.

Da das Dispositiv des erstinstanzlichen Urteils also das Klagbegehren 2 einfach mit Stillschweigen übergeht, und dies im Sinne der hier gegebenen Ausführungen auch das einzig richtige ist, so kann das erstinstanzliche Dispositiv pure bestätigt werden.

26. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 19 février 1895.

Preuve testimoniale. Questions de fait ou questions de droit?¹⁾

L. Dupraz a actionné Jean Eberhardt, à l'hôtel des Trois-Suisses, et R. Brugger cocher du fiacre Nr. 36 en demandant le paiement de 750 fr. à titre de dommages-intérêts et des frais de traitement et d'entretien occasionnés par un accident. Eberhardt a offert de prouver par témoins les allégués ainsi conçus:

1. Le défendeur Eberhardt est un homme consciencieux, connaissant bien les chevaux;

2. Brugger, son domestique, est un vieux cocher, pratiquant son métier depuis 30 ans, bien connu sur la place de Lausanne pour un homme sobre, prudent, expérimenté, calme et de toute confiance, connaissant à fond son métier.

Dupraz s'est opposé à cette preuve, en se fondant sur ce que ces faits renferment des appréciations d'ordre technique et juridique qui ne peuvent faire l'objet d'une preuve testimoniale. Le président du tribunal de district a écarté en effet la preuve testimoniale et a motivé ce prononcé sur ce que ces allégués sont d'une teneur complexe et renferment

¹⁾ Vergl. in diseer Zeitschr. N. F. XII, S. 102.

non pas des points de fait, mais plutôt une appréciation générale sur la conduite et l'expérience de Brugger comme cocher. La preuve emporterait une appréciation juridique, ces allégués étant la résultante de la question de droit qui fait le fond du procès.

Eberhardt a recouru contre ce jugement et fait valoir que les faits qu'il s'agit de prouver sont suffisamment précis et concrets, qu'ils ne renferment aucune notion technique, médicale ou juridique, mais qu'ils énoncent de simples qualités qui ne peuvent être établies autrement que par des témoignages. Le Tribunal cantonal a admis le recours et autorisé la preuve testimoniale des allégués.

Motifs: Considérant que les différents termes en lesquels les allégués 1 et 2 sont conçus ne constituent pas à proprement parler de pures appréciations juridiques ou techniques, mais bien plutôt l'énonciation d'un ensemble de qualités dont la preuve ne saurait résulter que de l'audition de témoins.

Qu'en présence des dispositions spéciales de l'art. 62 C.O., on doit envisager les allégués en question comme suffisamment concrets pour être susceptibles de faire l'objet d'une preuve testimoniale. (Journal des Tribunaux XLIII [1895] p. 171 ss.)
