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: 16 (1897)

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: 13.02.2026

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

Schweizerische Rechtspflege.

---

1. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom 9. Februar 1894.

Rückforderung einer irrtümlich bezahlten Steuer. Administrativ- oder Justizsache?

In einer beim Bezirksgericht A. anhängig gemachten Klage stellt der Kläger folgendes Rechtsbegehren: Der Staat Aargau sei verpflichtet, dem Kläger Fr. 461. 25 nebst Zins seit Anhebung der Klage zu bezahlen. Dieser Klagschluss wird auf Art. 70 des O.-R. event. auf § 843 des A. B. G. und auf die Behauptung gegründet, dass der verstorbene J. K. von 1886 bis 1890 dem Staate von einem Kapitalvermögen von Fr. 110,000 und im Jahre 1891 von einem solchen von Fr. 68,000 Steuern bezahlt, während er nach Massgabe der aarg. Gesetzgebung hiezu nicht verpflichtet gewesen wäre.

Der Beklagte erhob dieser Klage gegenüber die Einrede der Nichtzuständigkeit des Civilgerichts mit dem Begehren, dass er von der Einlassung auf die Klage entbunden werde. Er macht wesentlich geltend: Die Rückforderung von Steuern nach ihrem Bezuge und nach Abschluss des Steuerjahres sei unvereinbar mit dem ganzen Steuersystem; ihre Zulassung würde statt Ordnung im Steuerwesen Unsicherheit und Unordnung ohne Ende schaffen. Darum könne die Staatsverwaltung die Lösung derartiger Fragen nicht dem Schicksal eines gewöhnlichen Civilprozesses überlassen, sie müsse sich dieselbe selbst vorbehalten. Der klägerische Anspruch sei öffentlich-rechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur und daher dem Civilrichter und dem Civilprozessverfahren von vornherein entzogen. Der Staat lege die Steuern nicht als Privatgläubiger, sondern kraft seines Hoheitsrechtes auf und es leiste der Bürger die Steuer in Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Verbindlichkeit. Ebenso wie vor geschehener Erfüllung der Anspruch des Staates auf Steuerzahlung ein öffentlich-rechtlicher gewesen, ebenso sei es der Anspruch auf Rückerstattung der gemachten Leistung. Die Frage dürfte nur die sein, ob der eingeklagte Anspruch vor den Administrativrichter gebracht werden könne. Der Beklagte verneine diese Frage,

weil § 2 des Gesetzes über das Verfahren bei Verwaltungsstreitigkeiten vom 25. Juni 1841 nur vom Steuerbezug, nicht auch von Reklamationen nach dem Bezuge rede und das Staatssteuergesetz überhaupt eine Rückforderung nicht kenne und unbestrittene Einschätzungen für ein Jahr, nicht angefochten werden können.

Der Kläger bestritt die Einrede, weil für die Kompetenzfrage das Klagfundament massgebend sei, die Klage sich aber als condictio indebiti darstelle und ein anderer Weg die grundlose Bereicherung zurückzufordern nicht existiere; denn kein Gesetz bestimme für Rückforderungsklagen aus Besteuerung ein anderes als das gewöhnliche Forum.

Die Mehrheit des Bezirksgerichts pflichtete dieser Auffassung des Klägers bei und verwarf die Einrede. Allein die hierseitige Instanz gelangt zu einer gegenteiligen Beantwortung der Frage.

Die vorliegende Klage fällt allerdings unter den Begriff einer condictio indebiti, der Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld; aber damit ist die Kompetenz des Civilrichters noch keineswegs festgestellt. Denn diese setzt voraus, dass eine in jenes Gewand gekleidete Streitsache eine Civilprozesssache sei. Nach allgemein anerkanntem Grundsatze des Prozessrechts sind aber Civilprozesssachen nur solche Streitverhältnisse, „bei welchen es sich um rechtliche Ansprüche bezw. Verbindlichkeiten privatrechtlicher Natur handelt, und diese privatrechtliche Natur muss sich aus den, zu dessen Begründung angeführten Thatsachen ergeben, während die blosse Behauptung jener privatrechtlichen Eigenschaft das Streitverhältnis nicht zu einer Civilprozesssache stempelt.“

Aus diesem Grundsatze des Prozessrechts resp. des Verfahrens in bürgerlichen Streitsachen ergiebt sich dann aber weiter, dass auch der, zum Entscheide der Kompetenzfrage berufene Richter censiert ist, die rechtliche Natur der Klage zu prüfen und sie zurückzuweisen, falls sie, weil nicht privatrechtlichen Charakters, einem, ihm entzogenen Gebiete angehört. Geschieht dies, so kann über das Schicksal der erhobenen Einrede kein Zweifel walten.

Der Staat hat, insofern er als Fiskus sich am Privatverkehr beteiligt und auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts sich begiebt, als juristische Person allerdings vor dem Civilrichter Recht zu nehmen wie ein anderes Rechtssubjekt. Allein der Klaganspruch leitet sich nicht aus einem solchen civilen Verhältnisse des Staates ab, sondern aus einem öffentlichen Steuerverhältnisse, und die Frage, ob der Klaganspruch ein

begründeter sei, wird ohne anders auf dem Boden der Steuergesetzgebung, nicht auf demjenigen des bürgerlichen Gesetzes zu lösen sein.

(Bericht des aarg. Obergerichts für 1893 und 1894 an den Gr. Rat, S. 69 ff.)

---

2. Kanton Zürich. Urteil der Rekurskammer des Obergerichts vom 11. April 1896.

Administratives oder richterliches Verfügungsrecht über Zuweisung der Kinder bei geschiedener Ehe.

Die Eheleute S.-W. waren durch Urteil gänzlich geschieden, und dabei war ein aus der Ehe hervorgegangenes zweijähriges Mädchen bis zum Antritt des schulpflichtigen Alters der Mutter zur Erziehung und Pflege überlassen worden. Bei einem Besuche bei dem Vater hielt dieser das Kind zurück und verweigerte fortan dessen Herausgabe, weil die Mutter geistesschwach sei, das Kind unrichtig behandle, dieses Abneigung und Furcht gegen sie habe und stark stottere. Das Waisenamt entschied, dass das Kind einstweilen bei dem Vater zu verbleiben habe. Ein hiegegen unter Berufung auf das gerichtliche Urteil ergriffener Rekurs wurde als unbegründet abgewiesen.

Motive: Es ist zu untersuchen, ob die Gerichtsbehörden zur Sache kompetent seien. Dabei fällt in Betracht, dass der Ehescheidungsprozess, in welchem über die Zuteilung des Kindes an einen der streitenden Elternteile gerichtlich entschieden wurde, bereits letztinstanzliche Erledigung gefunden hat, und dass gegenwärtig in Frage kommt, ob bei veränderten thatsächlichen Verhältnissen eine anderweitige Versorgung des Kindes angeordnet werden müsse.

Im privatrechtl. G.-B. selbst ist durch § 640 die Zuständigkeit der Gerichtsbehörde für die Zeit nach Beendigung des Scheidungsprozesses nur ausdrücklich gewahrt hinsichtlich der Frage, ob, wie oft und wo demjenigen Elternteil, dessen Sorge die Kinder nicht überlassen wurden, gestattet sei, dieselben zu sehen oder zu sprechen. Eine ähnliche Befugnis für die Zeit nach der Scheidung ist dagegen in § 639 das. dem Gerichte nicht eingeräumt bezüglich der dauernden Unterbringung der Kinder.

Bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze über Bedeutung und Rechtskraft gerichtlicher Urteile müssten wohl schon formelle Bedenken dagegen erhoben werden, dass ein Richter in anderer Weise als auf dem Wege der Revision

zur Abänderung eines früheren Entscheides gelangen könne, und müsste den Parteien das Recht abgesprochen werden, die nämliche, bereits abgeurteilte Sache ohne die genau umgrenzten gesetzlichen Requisite nochmals zum gerichtlichen Entscheide zu bringen.

Bei der vorwürfigen Frage aber stehen einem solchen Verfahren um so ernstere Bedenken entgegen, als in dem nämlichen Gesetze, welches eine Verfügungsgewalt des Richters nur bei Entscheidung des Scheidungsprozesses statuiert, anderen Staatsorganen, nämlich den Vormundschaftsbehörden ausdrücklich das Recht gewahrt ist, von sich oder auf angebrachte Beschwerde hin, wenn die Rechte und Interessen der Kinder in erheblichem Masse gefährdet oder verletzt werden, einzuschreiten und ihrerseits das Nötige zu verfügen (§ 663 das.).

Dieses Recht ist ein ganz allgemeines zum Schutze der Kinder, sowohl während der Ehe der Eltern als auch nach Scheidung der letzteren oder nach dem Tode eines derselben, und es verdient von den Gerichtsbehörden auch darum respektiert zu werden, weil die administrativen Organe gerade auf dem in der angeführten Gesetzesstelle bezeichneten Wege der eigenen Sachinformation weit eher als die Gerichte Gelegenheit haben, die richtige Grundlage für ihre Entscheidung zu gewinnen.

Die in einem Urteil des Obergerichts vom 27. Mai 1854 (Zeitschr. f. zürch. Rechtspflege I S. 174 ff.) ausgesprochene Ansicht, nach dem Sinn und Geist des § 225 (jetzt § 640) könnten die Gerichte von der Befugnis freier Entscheidung über die Unterbringung der Kinder bei dem einen oder anderen Elternteil auch nach Ausfällung des Scheidungsurteils Gebrauch machen und nach vorausgegangener Prüfung der Verhältnisse auch später noch abändernde Bestimmungen treffen, ist schon in einem Urteil vom 15. Sept. 1857 unter Hinweis auf die Kollision mit den Rechten der Vormundschaftsbehörden wesentlich eingeschränkt worden (dieselbe Zeitschr. V S. 46 ad 6). Sie erscheint aber geradezu unhaltbar in einem Falle, wo wie hier bereits der Entscheid eines Waisenamtes vorliegt, der auf dem Wege des Administrativprozesses von dem Elternteil, der sich benachteiligt fühlte, bis an die höchste Regierungsinstanz gezogen werden kann. Diese Staatsorgane dürfen nicht durch nachträgliche Einmischung der Justizpflege bei Seite geschoben werden; vielmehr ist jedenfalls da, wo sie zeitlich zuerst eingeschritten sind, ihnen auch die endgültige Verfügung zu überlassen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV S. 153 f.)

3. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 15. März 1895.

Administrativ- oder Justizsache? Aktivlegitimation des Regierungsrats.

Der Regierungsrat namens des Staates Luzern stellte bei dem Bezirksgerichte Altishofen gegen Geschwister Kronenberg, Mühlebesitzer in Dagmersellen, eine Civilklage mit Rechtsbegehren:

Inhalt und Umfang des beklagtischen Wasserrechts in dem Hürnbach sei gerichtlich festzustellen und dabei zu bestimmen:

a) Die Beklagten seien nicht berechtigt, eine höhere Stauung des Wassers im Hürnbach zu bewirken als 60 cm vom Grundholz aus.

b) In Fällen, wo infolge von Regengüssen oder ausserordentlicher Wasserhöhe den anliegenden Grundstücken Gefahr droht, seien die Interessierten berechtigt, die Mühlewuhr zu ziehen.

c) Den Beklagten liege die Oeffnungspflicht des Hürnbaches ob, so weit die Stauung reicht.

Die Beklagten bestritten dem Staat die Aktivlegitimation, weil es sich um eine actio negatoria bezüglich Wasserrechte handle und eine solche nur denen zustehen könne, die an dem bezüglichen Wasserlauf und den Niveauverhältnissen ein privatrechtliches Interesse haben, was einzig bei der Hürnbachgenossenschaft der Fall sei, während der Regierungsrat (Staat) dabei lediglich öffentlichrechtliche Interessen zu wahren und hiefür nicht den Richter anzurufen, sondern selbst zu entscheiden habe.

Der Regierungsrat berief sich für seine Berechtigung zur Klage auf die Verordnung vom 24. Febr. 1890 über Fixierung und Beaufsichtigung bestehender Wasserrechte, vom Gr. Rat genehmigt den 28. Mai gl. J., und auf sein grosses Interesse daran, dass Wasserrechte, gestützt auf privatrechtliche Ansprüche, nicht zu weit ausgedehnt werden.

Das Obergericht liess die Klage zu.

Motive: Es ist ja wohl als selbstverständlich zu bezeichnen, dass vor den Civilrichter Streitsachen über öffentliches Recht nicht gehören, die Funktionen desselben im Civilprozesse naturgemäss nur auf civilrechtliche Streitigkeiten sich erstrecken können. Im vorliegenden Falle will aber der richterlichen Kognition nicht ein öffentliches Recht, sondern ein Privatrecht unterstellt werden. Es ist wohl anzuerkennen, dass der Hürnbachgenossenschaft das Recht zu klägerischem Auftreten gegen die heutigen Beklagten zustände; hier tritt nun aber

die Oberaufsichtsbehörde in Sachen der Wasserrechte mit einer Klage auf, welche die richterliche Feststellung des Masses des beklagtischen Wasserrechts bezweckt. Wenn es nun aber auch die oberste Administrativbehörde des Kantons Luzern ist, die diese richterliche Feststellung verlangt, so muss doch dem Regierungsrate in analoger Anwendung des § 38 des Wasserrechtsgesetzes die Befugnis dazu zugestanden werden, welcher § 38 in Abs. 2 bestimmt: „Der Regierungsrat kann auch von Amtswegen einschreiten, wenn allgemeine Interessen, namentlich gesundheitspolizeiliche Rücksichten, Verhütung von Ueberschwemmungen oder Versumpfungen, Offenhaltung des Verkehrs, dies erheischen.“ Es ist nun richtig, dass dieses Recht zum Einschreiten von Amtswegen sich in erster Linie auf Sachen bezieht, die auf administrativem Wege zum Austrage zu bringen sind. Allein der cit. § 38 besagt dann in Abs. 3, dass wenn die in den vorhergehenden Absätzen erwähnte Verpflichtung auf Grund civilrechtlicher Verhältnisse bestritten wird, darüber der Richter zu entscheiden habe. Es kann daher einem berechtigten Zweifel nicht unterliegen, dass eben in analoger Anwendung dieser Bestimmungen in Abs. 1 und 2 des § 38 der Regierungsrat berechtigt ist, jenes Einschreiten von Amtswegen auch dahin auszudehnen, dass er die Würdigung der seinen Verfügungen entgegengehaltenen privatrechtlichen Einsprüche dem Richter von sich aus anheimstellt. Es darf dies auch als der Tendenz der Verordnung vom 24. Febr. 1890 entsprechend bezeichnet werden.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 55 ff.)

---

4. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de 1re instance (Chambre commerciale) du 9 mai 1895.

Compétence des tribunaux genevois pour statuer sur l'accomplissement d'une convention exécutoire à Genève.

Vu la demande dirigée par Chuit, domicilié à Genève, contre la Quinton Cycle Company Limited, domiciliée à Coventry (Angleterre);

Attendu qu'il n'existe pas entre la Suisse et l'Angleterre de traité réglant la compétence judiciaire;

Attendu que l'obligation a été contractée par le demandeur, à Genève, et par la défenderesse à son domicile en Angleterre; qu'en ce qui concerne le demandeur l'obligation devait être exécutée à Genève;

Attendu que, bien qu'aux termes de l'art. 66 § 3 de la loi sur l'organisation judiciaire,[1]) il semble que le tribunal devrait se déclarer incompétent puisqu'en fait l'obligation contractée par la défenderesse ne l'a pas été à Genève, il y a lieu, en raison du fait que cette obligation devait être exécutée à Genève, d'appliquer à l'espèce la disposition finale du même art. 66, laquelle prévoit que, dans tous les autres cas, on suivra quant aux étrangers non domiciliés ou non résidants dans le canton, les mêmes règles de compétence qui sont observées dans leurs pays respectifs à l'égard du Genevois;

Attendu qu'il n'est pas démontré que si, en raison de la même obligation qui lie les parties, la défenderesse eût actionné le demandeur devant les tribunaux anglais, ceux-ci se fussent déclarés incompétents; que, par conséquent, rien n'indique qu'en ce qui concerne la compétence le demandeur serait devant les tribunaux anglais au bénéfice du principe de réciprocité établi par l'art. 66 susvisé;

Qu'en ces circonstances, il y a lieu pour le tribunal de se déclarer compétent, puisque le demandeur poursuit l'accomplissement d'un contrat qui a été exécuté à Genève.

(La Semaine judiciaire XVIII [1896] p. 142 s.)

---

5. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 7. Juli 1896.

Statutenkollision betreffs Erbenqualität und Gültigkeit einer Schenkung.

Die S. Stöhr aus Hohenzollern-Sigmaringen, uneheliche Tochter der L. Stöhr, trat durch Urkunde vom 11. Mai 1893, die sie an ihrem damaligen Aufenthaltsorte Benkingen im Grossherzogtum Baden errichtete, an Schnorf in Zürich schenkungsweise zwei Sparkassenhefte zu Eigentum ab. Im teilweisen Widerspruch hiemit bevollmächtigte sie später einen Verwandten, bei Schnorf 1000 M. zu erheben und unter ihre Erben zu verteilen. Nach ihrem Tode verlangten Kinder ihrer ausserehelichen Mutter von Schnorf den Betrag der Sparkassenhefte, weil sie nach Hohenzollern-Sigmaringischem Rechte Intestaterben der S. Stöhr seien und jene Urkunde keine Schenkung, sondern nur Vollmacht zur Ver-

---

[1]) Art. 66: Sont justiciables des tribunaux du canton:

3. Les étrangers, même non résidants dans le canton, à raison des obligations qu'ils y auraient contractées envers des personnes domiciliées dans le canton.

mögensverwaltung enthalte, eventuell die Schenkung ungültig sei, da sie den Formvorschriften des badischen Gesetzes, unter dessen Herrschaft sie errichtet worden, nicht entspreche und widerrufen worden sei und den Pflichtteil der Kläger verletze. Das Bezirksgericht Zürich I wies die Klage ab. Es erkannte zwar die Kläger als Erben an, da die Stöhr, obschon auf badischem Gebiete verstorben, nach ihrem heimatlichen Recht beerbt werde, das die Kläger als Erben anerkenne; dagegen sei die Anfechtung der Schenkung mit Rücksicht auf die Form unbegründet, da hier § 5 des Zürcher priv. Ges.-B. gelte, der Widerruf sei nach badischem und zürcherischem Rechte unzulässig und nach dem in Hohenzollern-Sigmaringen geltenden preussischen Landrechte nicht zu beachten, weil dem Beschenkten nicht rechtzeitig notifiziert, und ein Anfechtungsrecht wegen Pflichtteilsverletzung sei mangels eines gesetzlichen Pflichtteils der Kläger unstatthaft.

Die Appellationskammer bestätigte den Entscheid, aber aus andern Gründen:

Das in Hohenzollern-Sigmaringen bezüglich der Anerkennung der Kläger als Erben geltende Recht ist nicht anwendbar. Allerdings steht auf Grund des Gutachtens des badischen Oberlandesgerichtes Karlsruhe fest, dass die badischen Gerichte, wenn sie ihrerseits über die Erbberechtigung der Kläger zu entscheiden hätten, unter Berufung auf eine Bestimmung des VI. badischen Konstitutionsediktes vom 4. Juni 1808 nicht das badische Recht, sondern das des Fürstentums Hohenzollern, dessen Staatsangehörige die Stöhr bei ihrem Tode war, zur Anwendung bringen würden. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass der zürcherische Richter die Frage der Rechtsanwendung in gleichem Sinne zu beantworten habe. Für die Ermittlung des einem Entscheide zu Grunde zu legenden Rechtes sind unter keinen Umständen fremde Vorschriften bestimmend, das badische Konstitutionsedikt von 1808 ist also für den zürcherischen Richter nicht bindend, derselbe hat vielmehr an Hand der hierorts geltenden Normen, oder in Ermangelung von solchen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu untersuchen, ob die Rechtsnachfolge in das Vermögen der Stöhr nach badischem oder hohenzollerischem Rechte zu bestimmen sei. Nun fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, die auf den vorliegenden Fall zuträfe; das Bundesgesetz über die civilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen findet keine Anwendung, da die Stöhr weder Schweizerin noch bei ihrem Tode in der Schweiz domiziliert gewesen war. Die Frage der Rechtsanwendung ist also nach den von Doktrin

und Praxis aufgestellten Prinzipien zu entscheiden und dabei darf unbedenklich der auch vom cit. Bundesgesetze acceptierten Auffassung beigetreten werden, dass für die Erbfolge nicht das heimatliche Recht des Erblassers, sondern das Recht dessen letzten Wohnsitzes massgebend ist. Eine Ausnahme wäre allenfalls da zuzulassen, wo der Heimatstaat ausdrücklich vorschreibt, dass die Beerbung seiner Angehörigen, gleichviel ob sie beim Tode im In- oder Auslande domiziliert gewesen seien, nach dem heimatlichen Rechte beurteilt werden solle. Allein hier trifft das nicht zu, da Hohenzollern in der Frage der Beerbung durchaus auf dem Boden des Territorialprinzips steht, der hohenzollerische Richter also, wenn er die Erbberechtigung der Kläger zu prüfen hätte, selbst das badische Recht anwenden würde.

Nach badischem Rechte ist aber eine erbrechtliche Verbindung zwischen den unehelichen Kindern und den Verwandten ihrer Mutter unbestrittenermassen nicht anerkannt. Es könnte höchstens noch argumentiert werden, dass im vorliegenden Falle als badisches Recht nicht das badische Landrecht, sondern das hohenzollerische Recht anzusehen sei, das zufolge der Verweisung des Konstitutionsedikts vom 4. Juni 1808 hinsichtlich der Beerbung des in Baden domiziliert gewesenen hohenzollerischen Staatsangehörigen einen Bestandteil des badischen Rechtes bildet. Derartige Konstruktionen mit Bezug auf Vorschriften über die Statutenkollision sind versucht worden (vgl. z. B. bundesger. Entsch. XXI Nr. 18). Es liegt aber auf der Hand, dass sie unrichtig sind. Wenn der Gesetzgeber, sei es in einem Spezialgesetze, sei es in einer Vorschrift desjenigen Gesetzes, welches das materielle Recht selbst enthält, den Richter anweist, in einem gegebenen Falle fremdes Recht anzuwenden, so will er damit selbstverständlich nicht die Grundsätze des letztern für den betreffenden Fall zu seinem eigenen Rechte machen, sondern lediglich das eigene Recht in seiner Anwendbarkeit beschränken. Das badische Recht ist also nicht etwa durch das Konstitutionsedikt von 1808 inhaltlich berührt worden, sondern das letztere hat nur den Sinn, dass der badische Richter in einer Reihe von Fällen gar nicht auf sein einheimisches Recht abstellen darf.[1])

(Im übrigen wird noch den Gründen des Bezirksgerichts betreffend Gültigkeit der Schenkung eventuell beigestimmt.)

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 191 ff.)

---

[1]) Diese Ausführung ist doch höchst zweifelhaft: wenn der Richter nicht auf sein heimatliches Recht abstellen darf, also dieses für gewisse Verhältnisse ausgeschlossen wird, wie kann man noch sagen, dass es inhaltlich nicht berührt worden sei?

6. Kanton Basel-Stadt. Urteil des Civilgerichts vom 28. Februar 1896.

Armenunterstützungspflicht der nächsten Verwandten. Massgebendes Recht. Beweislast.

Die Bürgergemeinde Bachs (Kanton Zürich) klagte gegen den in Basel wohnhaften und eingebürgerten J. Amberg auf Bezahlung von Fr. 1. 50 per Tag für Verpflegung seines arbeitsunfähigen und seiner Heimatgemeinde Bachs zum Unterhalt anheimgefallenen Vaters. Der Beklagte hat in der Korrespondenz mit der Gemeinde mehrfach einen Beitrag von 1 Fr. per Tag freiwillig zu leisten angeboten, worin die Klägerin eine prinzipielle Anerkennung seiner Alimentationspflicht erblickt; sie stützt ihre Klage auf das Zürcher Recht und legt eine Bescheinigung des Zürcher Obergerichts ein, wonach gemäss der Praxis die Alimentationspflicht der Kinder eine solidarische ist. Der Beklagte will nach Basler Recht beurteilt werden, nach welchem ein rechtlich verfolgbarer Anspruch auf Alimentationspflicht überhaupt nicht bestehe. Eventuell macht er geltend, der Vater habe sich durch schuldhafte Vernachlässigung seiner Vaterpflichten der Alimentationsberechtigung verlustig gemacht, und die eingeklagte Forderung übersteige seine (des Beklagten) finanzielle Leistungsfähigkeit.

Das Civilgericht hat den Beklagten zur Zahlung des eingeklagten Betrages von Fr. 1. 50 per Tag verurteilt.

Motive: Die Beurteilung der streitigen Alimentationspflicht richtet sich nach dem Heimatrechte des Alimentationspflichtigen, denn die Alimentationspflicht ist im Eltern- und Kindesverhältnis begründet und dieses unterliegt nach allgemeinen und auch in der hiesigen Praxis anerkannten Grundsätzen über Rechtsanwendung dem heimatlichen Rechte, der „Sitz der Obligation“ ist deshalb in casu nicht massgebend.

Als Heimat des Beklagten, der in zwei Kantonen heimatberechtigt ist, gilt der Kanton, in welchem er heute wohnt, also Basel-Stadt. Eine besondere gesetzliche Bestimmung über die Alimentationspflicht enthält nur § 45 der Ehegerichtsordnung vom 10. Mai 1837.[1]) Diese Vorschrift giebt aber einen rechtlich verfolgbaren Anspruch auf Alimentation, es geht dies aus ihrem Wortlaut schon zur Genüge hervor und ist auch schon von der Praxis sowohl für die Alimentationspflicht der Kinder als auch der Eltern so ausgelegt worden.

---

[1]) Die Kinder sind gehalten, die Eltern bei Hilflosigkeit derselben nach Möglichkeit zu unterstützen.

Wenn auch eine spezielle Bestimmung in Spezialgesetzen übrigens nicht niedergelegt wäre, so bestände doch nach dem gemäss § 698 der Stadtgerichtsordnung subsidiär zur Anwendung gelangenden gemeinen Recht eine Alimentationspflicht. Nach dem gemeinen Recht sind daher auch die einzelnen in der Ehegerichtsordnung nicht ausgeführten Rechtssätze über die Alimentationsverpflichtung zu beurteilen.

Die Alimentationsverbindlichkeit setzt hinreichendes Vermögen („Möglichkeit zu unterstützen" nach der Ehegerichtsordnung) auf der einen Seite und Mangel an Vermögen („Hilflosigkeit") auf der andern Seite voraus. Dass die letztere Voraussetzung in casu gegeben ist, ist anerkannt. Dagegen wird die Alimentationspflicht abgelehnt, weil der Alimentationsberechtigte seinerseits seine Pflichten gegenüber seiner Familie verletzt habe. Nun erkennt das gemeine Recht allerdings eine Weigerung der Alimentenleistung als berechtigt an bei ausreichendem Grunde hiefür (l. 5 § 11 und 23 D. 25,3; Seufferts Archiv XXVIII Nr. 229). Windscheid dehnte diese Möglichkeit des Ausschlusses auf alle Fälle aus, wo der Berechtigte sich seinerseits gegen die verwandtschaftlichen Pflichten verfehlt habe. Wenn man dieser Ansicht beitritt, so darf doch dabei nur das Verhalten gegen den Verpflichteten selbst in Betracht fallen und nicht auch seine Pflichtverletzung gegen seine andern Familienglieder. Gegenüber dem Beklagten aber hat sich der Alimentationsberechtigte keiner Verletzung seiner Vaterpflicht schuldig gemacht; als der Vater seine Familie im Stiche liess, war der Beklagte vielmehr schon erwachsen und sein Vater hatte keine Pflicht mehr, ihn weiter zu erziehen. Es ist übrigens auch nicht festgestellt, ob das Aufhören der Fürsorge ausschliesslich einem Verschulden des Alimentationsberechtigten oder nicht vielmehr seiner Unfähigkeit infolge Krankheit zur Last fällt. Es bleibt deshalb nur noch zu untersuchen, ob und in welchem Masse der Beklagte im stande sei, Alimente zu leisten, und ob er allein für die gesamten Verpflegungsauslagen kann in Anspruch genommen werden. Ob die Alimentationspflicht unter mehreren in gleicher Linie stehenden Descendenten jedem solidarisch obliegt, ist gesetzlich nicht normiert, dagegen hat sich das Reichsgericht (Entscheid in Civilsachen IV S. 151) für die Solidarität ausgesprochen und es ist dieser Auslegung beizutreten. Auch wenn dieselbe übrigens nicht angenommen würde, so müsste doch mindestens der einzelne der Verpflichteten subsidiär haften, wenn die andern leistungsunfähig sind, so Mandry: Das gemeine Familiengüterrecht I S. 258, und es könnte der Klägerin vom

Beklagten nicht mehr zugemutet werden, die Geschwister erst zu Leistungen anzuhalten, nachdem Beklagter selber wiederholt die Klägerin auf deren Leistungsunfähigkeit hingewiesen. Die ökonomische Lage des Alimentationspflichtigen kommt nun aber nur insofern in Betracht, als durch die Leistung der Alimente dem Pflichtigen nicht soviel entzogen wird, dass er selber Mangel zu befürchten hat (Entscheid des Reichsgerichts in Civilsachen V S. 160, Dernburg, Pandekten III S.72). Hiebei entspricht es der Billigkeit, auf welcher die ganze Alimentenpflicht basiert und auf welche auch die Quellen wiederholt als Richtschnur für die Ausbildung der einzelnen Rechtssätze über die Alimentationspflicht hinweisen (Nachweise bei Mandry, das gemeine Familiengüterrecht I S. 257 ff.), dem Pflichtigen den Beweis über seine eigenen Vermögensverhältnisse, welche er allein zu kennen und klar zu legen im stande ist, aufzuerlegen (Dernburg a.a. O. Anmerk. 7 und Obertribunal zu Berlin in Seufferts Archiv I 233 entgegen Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen IV S. 154). Der Nachweis der Unfähigkeit zu der geforderten Alimentation ist vom Beklagten nicht erbracht worden, u. s. w.

7. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 18 décembre 1895.

Dette concernant l'économie du ménage, contractée par la femme, engage le mari.

Par contrat du 8 septembre 1890, intitulé „contrat de louage," feue Marie Botelli a loué des frères Hug, à Bâle, un piano pour une durée indéfinie; la valeur de ce piano était fixée à fr. 670. Dame B. devait en payer un loyer trimestriel de fr. 60. Par lettre du même jour, accompagnant le contrat, Hug frères écrivaient à dame B.: „Nous vous confirmons que le piano passera dans votre propriété du moment que sa valeur plus 5% d'intérêt (des reliquats) sera couverte par les versements mensuels; jusqu'à ce moment le piano reste objet de location, et en cette qualité notre propriété exclusive." — Au moment de son décès, dame B. avait payé par huit versements trimestriels fr. 480. Sommé de restituer le piano, le mari B. s'y est refusé, tant que Hug frères ne lui auraient pas remboursé les fr. 480. Une expertise intervenue en cours de procédure a fixé à fr. 400 la valeur actuelle du piano, à fr. 18 par mois au moins la location du piano en se reportant en 1890 et à la valeur que le piano avait alors d'après le contrat, et à fr. 12 par mois sa location actuelle.

Par demande du 28 janvier 1885 Hug frères ont conclu à restitution du piano détenu sans droit par P. Botelli. Celui-ci a conclu reconventionnellement à la restitution de fr. 480 avec intérêt légal, sous offre de rendre le piano. Il se fonde sur l'incapacité de la femme mariée de s'engager valablement sans autorisation de son mari et de deux parents. Subsidiairement, il conclut à ce que Hug frères, en recevant le piano, soient tenus de payer à P. B. fr. 200 et intérêt, comme restitution sur les valeurs livrées par dame B. à compte du prix de vente.

Les deux instances ont admis la conclusion de la demande.

Motifs du Tribunal cantonal: Considérant que lorsque le Code civil, à ses articles 119 et suiv., ne traite que de l'incapacité relative de la femme mariée de traiter pour son propre compte, de s'engager personnellement, de compromettre sa propre fortune, au détriment des droits du mari et au préjudice des enfants.

Que tout autre est la question de savoir si et dans quelle mesure la femme mariée est capable d'engager son mari, chef du ménage, vis-à-vis des tiers.

Que la position et le rôle de la femme mariée exigent absolument qu'elle puisse, dans une certaine mesure, et pour certains objets, traiter au nom de son mari, et l'engager vis-à-vis des tiers avec lesquels elle contracte, et que les tiers puissent traiter avec elle même sans en référer au mari, et sans requérir son autorisation ou sa ratification expresse.

Qu'à défaut par la loi d'avoir précisé les limites et les conditions de ce mandat tacite, il y a lieu d'apprécier dans chaque cas particulier, selon les circonstances des époux, l'objet et l'importance du contrat, si les limites de ce mandat ont été excédées, et si les co-contractants sont sans droit vis-à-vis du mari, ou, au contraire, si, la femme ayant valablement traité pour son mari, celui-ci est lié envers eux.

Qu'en l'espèce, dame B. a loué le piano non point dans son intérêt personnel, ni dans un but professionnel, mais bien pour l'utilité ou simplement pour l'agrément et la récréation de la famille.

Que cette location n'excédait point la part des ressources du ménage B. pouvant raisonnablement être affectée à un tel but.

Que si P. B. ne voulait pas exécuter le contrat, il n'avait qu'à en aviser Hug frères, étant libre d'y mettre fin en tout temps.

Considérant que le contrat du 8 sept. 1890 est bien un contrat de location.

Que sans doute il eût pu, à teneur de la lettre qui l'accompagne, se transformer en un contrat de vente, mais que cette transformation n'a pas eu lieu, ce par le fait de P. B., qui n'a pas voulu payer les 60 fr. de location trimestrielle.

Que le contrat de louage ayant pris fin par la faute de B., celui-ci est tenu de restituer le piano loué en bon état.

Que s'il apparaît que le loyer payé par B. excède en quelque mesure le prix normal de location d'un piano comme celui qui fait l'objet du litige, il n'en reste pas moins que la convention a été consentie librement, et qu'à ce titre elle doit faire règle entre parties.

Qu'ayant touché fr. 480 de location, et obtenu restitution, au bout de cinq ans passés, d'un piano ne valant plus que fr. 400, il saurait d'autant moins être question d'un enrichissement illégitime des demandeurs, que cet enrichissement provient du fait du défendeur, qui, ayant la faculté, en payant une somme bien inférieure à la valeur actuelle du piano, d'en devenir propriétaire, n'a pas voulu user de cette faculté, les demandeurs n'ayant de leur côté aucun moyen de contraindre le défendeur à en user.

(Journal des tribunaux XLIV [1896] p. 105 ss.)

---

8. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 16 mai 1896.

Epoux séparés de biens. Responsabilité du mari de fournitures de ménage.

Meyer & Cie ont assigné Ammann-Berger en paiement d'une somme de fr. 51. 90 représentant le solde d'un compte de fournitures. A.-B. a soutenu qu'il ne doit rien à M. & Cie, que les fournitures ont été faites à sa femme dont il est séparé de biens par contrat. M. & Cie ont répondu que les fournitures en question ont profité, en tout cas, au ménage et que si A. est séparé de biens il doit néanmoins les deux tiers de la note réclamée. Ils ont, en conséquence, réduit leur demande à fr. 34. 60.

Le Tribunal de 1re instance a débouté M. & Cie de leurs conclusions, par le motif que les fournitures ont été faites à dame Ammann et consistent en vêtements et lingerie féminins qui ne sauraient être considérés comme frais du ménage commun dont l'époux séparé de biens puisse être tenu pour sa part et portion.

La Cour de justice civile a réformé ce jugement comme consacrant une contravention expresse à l'art. 1537 C. c.

Motifs: Attendu qu'il résulte du compte produit que la somme réclamée représente le solde du prix d'un lit; que c'est un objet dont l'acquisition fait partie des charges du ménage dont le mari est tenu quel que soit du reste le régime sous lequel il est marié, et pour lesquelles les tiers possèdent une action contre lui, sauf à lui-même, s'il est marié sous le régime de la séparation de biens, à exiger de sa femme une contribution conforme à leurs conventions matrimoniales.

Considérant, au surplus, que s'agit-il d'objets de toilette à l'usage de sa femme, Ammann ne serait pas moins tenu de payer la somme réclamée, le mari étant pendant le mariage obligé de fournir à sa femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie selon ses facultés et son état (art. 72, loi du 20 mars 1880) et ne pouvant refuser de payer que ce qui est exagéré et hors de proportion avec sa situation personnelle.

Que l'examen de la note produite montre que tel n'est pas le cas. (La Semaine judiciaire XVIII p. 385 ss.)

9. Kanton Baselstadt. Urteil des Civilgerichts vom 31. Januar 1896.

Gütertrennung infolge Konkurses des Ehemannes. Zeitpunkt ihres Eintritts.

G. Zulauf betrieb den E. Gräub in Basel und erwirkte gegen ihn die Pfändung. Die Ehefrau des Schuldners verlangte ohne vorgängige Betreibung (Betr.-Ges. Art. 111, Basler Ges. über ehel. Güterrecht § 11) für eine Frauengutsforderung von Fr. 2953. 74 Teilnahme an der Pfändung. Auf Bestreitung seitens Zulaufs klagt sie nun gegen diesen auf Anerkennung ihrer Forderung, und zwar 1. laut Weibergutsempfangschein, den ihr Ehemann am 7. Februar 1877 nach Massgabe des Berner Rechts für Fr. 2102. 90 ausgestellt hat, und 2. laut zwei Teilzeddeln, wonach sie während der Ehe Fr. 631. 84 von Witwe Schmid und Fr. 219 von Jakob Schmidlin geerbt hat; den Empfang dieser zwei Beträge hat der Ehemann mit Datum vom 11. November 1892 auf den Teilzeddeln schriftlich anerkannt. Der Beklagte beantragt Abweisung des ganzen, eventuell des Fr. 2223. 74 übersteigenden Betrags; in zweiter Linie verlangt er Feststellung, dass Klägerin an ihre ursprüngliche Weibergutsforderung von Fr. 2734. 74 oder viel-

mehr an deren privilegierte Hälfte von Fr. 1367. 37 mindestens Fr. 511 erhalten, somit höchstens noch Fr. 856. 75 in vierter Klasse zu fordern habe. Als eingebracht anerkennt er bloss den ersten Posten von Fr. 2102. 90, nicht dagegen Posten 2 und 3; gegen den letztern spreche besonders, dass der Weibergutsherausgabeakt, den der Ehemann der von Notar Lüthi assistierten Klägerin am 24. November 1892 in Biel errichtet habe, bloss Posten 1 und 2 verzeichne, also bloss Fr. 2734. 74; laut diesem Akt habe Klägerin auf Rechnung ihrer privilegierten Hälfte Fr. 511 durch Eigentumsübertragung von Mobilien erhalten. Der Mann der Klägerin sei nämlich, bevor er nach Basel zog, den 31. August 1893 in Biel fallit geworden, die Eingabe der Frau in dem dortigen Konkurse sei mit Fr. 856. 37 in vierter Klasse anerkannt, aber nachher behufs Ermöglichung eines Nachlassvertrages von ihr zurückgezogen worden, worauf der Nachlassvertrag zu stande kam und der Konkurs widerrufen wurde. In jenem Rückzug sieht Beklagter einen Verzicht der Klägerin auf Geltendmachung ihrer privilegierten Hälfte. Was ihre Rechte bei vorliegender Pfändung betreffe, so komme das Basler Recht zur Anwendung; nehme man an, sie lebe mit ihrem Manne in Gütergemeinschaft, so könne sie nichts verlangen, da sie im Konkurse nichts verloren habe (Ges. über ehel. Güterrecht Art. 12 a); nehme man, was zutreffe, Gütertrennung an, so frage sich, ob sie erst mit dem Konkurse des Ehemanns oder schon mit Ausstellung des Weibergutsherausgabeaktes eingetreten sei. Wenn ersteres, so könne Klägerin höchstens Fr. 856. 37, richtiger gar nichts fordern, da sie auf jenen Anspruch verzichtet und accommodiert habe; wenn dem Weibergutsherausgabeakt gütertrennende Wirkung zukomme, so habe sie erhalten, was sie zu beanspruchen habe; habe sie noch etwas zu fordern, so sei dies in fünfter Klasse und eine Teilnahme an der Pfändung ohne vorgängige Betreibung sei ausgeschlossen. — Das Civilgericht liess die Teilnahme der Klägerin an der Pfändung für den Betrag von Fr. 2223. 74 zu, wovon Fr. 856. 37 in vierter und Fr. 1367. 37 in fünfter Klasse zu kollocieren seien.

Motive: I. Nach dem baselstädtischen Rechte, das (gemäss Art. 19 Abs. 2 des B.-Ges. betr. die civilr. Verh. der Niedergelassenen) das eheliche Güterrecht der Klägerin Dritten gegenüber bestimmt, tritt wie nach Berner Recht durch den Konkurs des Ehemanns Gütertrennung ein (§ 12 Ges. über ehel. Güterrecht). Dies gilt nicht bloss, wenn der Ehemann in gütergemeinschaftlicher Ehe zu Basel wohnt und hier in

Konkurs gerät, sondern auch, wenn Ehegatten in Basel Wohnsitz nehmen, nachdem sonstwo in der Schweiz der Mann fallit geworden ist. Eine engere Interpretation findet weder im Gesetzestext noch in Erwägungen der Analogie eine Stütze. Das baselstädtische Recht kennt zwei Güterrechtssysteme: Gütergemeinschaft und Gütertrennung. Die Frage, welches von beiden in concreto das externe Güterrechtssystem sei, lässt sich nicht damit beantworten, jeder Dritte sei berechtigt, hier wohnhafte Eheleute so lange als gütergemeinschaftlich anzusehen, als nicht Gütertrennung hier publiciert worden und aus einem öffentlichen Register zu ersehen sei. Allerdings wirkt die vertragliche und wohl auch die gerichtliche Gütertrennung Dritten gegenüber nur kraft und seit Eintrag im Handelsregister und amtlicher Publikation; bei der Gütertrennung infolge hiesigen Konkurses und infolge Exekution des Anschlussanspruches in einer Pfändung des Ehemanns ist dagegen eine Publikation der Gütertrennung teils gar nicht, teils als blosse Ordnungs- und Verwaltungsmassregel, nicht als rechtswirkende Förmlichkeit, sondern als rechtsbezeugende Anzeige vorgeschrieben, und ein Eintrag in öffentliche Register findet in beiden Fällen nicht statt. Nicht die hiesige Publikation des Konkurses, sondern der Konkursausbruch selbst, das rechtskräftige Konkurserkenntnis, bewirkt Gütertrennung.

Der Widerruf des Konkurses berührt diese Wirkung nach Basler Recht so wenig als nach Berner Recht. Allerdings spricht das Basler Recht dies nicht ausdrücklich aus, das Gegenteil lässt sich aber weder aus der Bestimmung des § 12 Abs. 2 des Ges. über ehel. Güterrecht (bei der Teilnahme der Ehefrau an der Pfändung tritt Gütertrennung erst nach Verwertung der Pfänder, also nach vollzogener Exekution ein) noch aus dem Postulat begründen, der Widerruf des Konkurses müsse logisch nach rückwärts alle Wirkungen desselben aufheben. In einzelnen Beziehungen trifft dies zu (vrgl. § 39 a des Einf.-Ges. vom 22. Juni 1891 zum B.-Ges. über Schuldbetr. und Konk.), aber nicht notwendig in allen. Im früheren Basler Recht wurde mit Konkursrücknahme oder Accommodement die Gütertrennung nicht rückgängig, im jetzigen Rechte ist dies nicht geändert.

II. Seit dem in Biel erfolgten Konkurs ihres Ehemanns ist also die Klägerin hinsichtlich ihres güterrechtlichen Verhältnisses gegenüber Dritten auch in Basel als gütergetrennte Ehefrau zu behandeln. Diese Wirkung ist aber nicht schon durch die Errichtung des Weibergutsherausgabeaktes einge-

treten. Die bernische Versicherung der Hälfte des Frauengutes, und wenn der Mann sie nicht leisten kann die Herausgabe dieser Hälfte zu Eigentum ändert nach Berner Recht nichts an dem bisherigen Güterrechte der Ehegatten, weder nach innen noch nach aussen; das so übertragene Eigentum ist ein beschränktes, revokables, lediglich Pfandzwecken dienendes, und wenn dem auch nicht so wäre, so könnte doch nach Basler Recht für das externe Güterrecht diese dem Berner Güterrecht entstammende Massregel keinen Einfluss haben.

III. Mit Eintritt einer Gütertrennung bewirkenden Thatsache hat die Ehefrau einen Rechtsanspruch auf Herstellung des der Gütertrennung entsprechenden thatsächlichen Zustandes, auf faktische Ausscheidung ihres Frauenguts, gegen den Ehemann erhalten. Wenn nun Klägerin darauf verzichtete, diesen Anspruch im Konkurse des Mannes geltend zu machen, so gab sie nicht die materielle Forderung, sondern nur deren Realisierung in diesem bestimmten Exekutionsstadium auf. Die Existenz ihres Anspruchs wird dadurch nicht berührt, so wenig als die Existenz eines andern Anspruchs oder doch seine privilegierte Stellung wird auch ihr Anspruch durch die Unterlassung der Geltendmachung in einem bestimmten Exekutionsverfahren gegen den Schuldner präkludiert. Das Gesetz stellt ferner keine besondere Frist für Geltendmachung ihres Anspruchs auf Realisierung der Gütertrennung, weder wenn sie infolge Ehescheidung oder zur Sicherung der Ehefrau durch Gerichtsspruch, noch wenn sie infolge Konkurses eintritt, auf; § 25 des Ges. betr. ehel. Güterrecht trifft eine eigentümliche Regelung zu Gunsten der andern Gläubiger des Ehemannes nur, wenn er innerhalb Jahresfrist nach dem gütertrennenden Gerichtsspruch exequiert wird. Jene Thatsache widerlegt auch das Argument des Beklagten, wenn die gütergetrennte Ehefrau die faktische Durchführung der Gütertrennung nicht sofort erzwinge, sei sie gemäss § 36 des Ges. über ehel. Güterrecht als gütergetrennte Ehefrau zu behandeln, die ihrem Mann ihr Vermögen zur Verwaltung übergeben habe, und eine solche besitze das Privileg des Weiberguts nicht. Ihr Frauengut hat sie ihm vor, und nicht nach der Gütertrennung übergeben, das Zuwarten mit dem Herausverlangen ist keine Uebergabe, Klägerin konnte es ihm auch gar nicht wirksam übergeben, da sie nach Berner wie nach Basler Recht (Vormundschaftsges. v. 23. Febr. 1880 § 11 Z. 3) handlungsunfähig und vormundschaftsbedürftig wurde; dass ihr in Basel aus Unkenntnis des in Biel erfolgten Kon-

kurses ein Vormund thatsächlich nicht bestellt wurde, ändert hieran nichts.

IV. Steht aber der Klägerin infolge der prinzipiellen Gütertrennung noch eine Forderung „für das von ihr in die Ehe gebrachte oder während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung von Seite dritter Personen erworbene Vermögen" zu, so dass sie für die Hälfte ihres Anspruches ein Privileg in vierter Klasse hat, so fragt sich, wie hoch sich ihr Frauengutsanspruch beziffere und wie weit er durch Erfüllung getilgt sei.

(Der erstere Punkt bietet nichts juristisch Interessantes, der Posten 3 wird abgewiesen. Bezüglich des zweiten nimmt das Urteil an, die privilegierte Hälfte sei um Fr. 511 zu kürzen, da die Ehefrau für diesen Betrag Mobiliar erhalten habe, der Anspruch aus der Gütertrennung somit in dieser Höhe realisiert sei, was Klägerin selbst dadurch anerkannt habe, dass sie im Bieler Konkurse die Kürzung auf Fr. 856. 37 vornahm.)

---

10. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de première instance du 9 octobre 1895.

Droits des parents déchus de la puissance paternelle envers les enfants.

La veuve G. demande que la mineure D., sa fille, soit ramenée par le défendeur A., tuteur de la fille, à Genève et placée de manière qu'elle puisse recevoir les soins que comporte son état de santé. Le défendeur, de son côté, tout en s'engageant moralement et pour autant que les fonds mis à sa disposition le lui permettront à donner à la jeune D. tous les soins que nécessite son état maladif, conclut à ce que la demande soit déclarée non recevable.

Le Tribunal s'est prononcé comme suit: Attendu que quelque rigoureuse que soit la loi du 20 mai 1891, qui va jusqu'à priver le père ou la mère déchu de la puissance paternelle du droit à l'honneur et au respect que lui doit son enfant (art. 20), elle n'a pas plus supprimé les liens du sang qui existent entre les parents déchus de la puissance paternelle et leur enfant, qu'elle n'en a créé entre celui et son tuteur; que, de ces liens du sang, dérivent pour les parents un certain nombre de droits d'ordre naturel, restreints et limités, il est vrai, mais non anéantis par la déchéance de la puissance paternelle;

Qu'il est hors de doute que le père ou la mère déchu qui verrait la santé ou la moralité de son enfant compromise

par un tuteur négligent ou indigne, aurait le droit d'intervenir et de requérir de la justice son remplacement, sans qu'on puisse lui opposer, à titre de fin de non recevoir, la déchéance des droits dérivant de la puissance paternelle;

Mais, attendu que cette mesure extrême doit être réservée au cas d'une exceptionnelle gravité;

Que rien, dans les faits de la cause, ne justifierait une semblable demande.

Attendu, d'autre part, que ce serait agir contre l'intérêt bien entendu de l'enfant, qui seul doit être pris en considération, que de ne reconnaître à l'ascendant déchu que le droit de demander la révocation du tuteur;

Que l'on ne saurait donc repousser, par une fin de non recevoir, l'ascendant déchu de la puissance paternelle qui demande au tribunal d'ordonner certaines mesures nécessitées par l'état de son enfant;

Que le tribunal, saisi d'une demande de ce genre, doit, au contraire, en examiner le bien fondé, et prendre, le cas échéant, les mesures dictées par les circonstances, en conciliant l'intérêt de l'enfant avec les droits du tuteur.

(La Semaine judiciaire, XVII [1895] p. 765 ss.)

---

11. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichtes vom 20. Dezember 1895.

Notarialisches Testament. Bedeutung der Formvorschrift eigenhändigen Bezeugens, dass der Testator die Urkunde selbst gelesen und richtig abgefasst gefunden.

Das bürgerl. Ges.-Buch von Luzern schreibt in § 436 vor, der Testator, der seinen letzten Willen durch einen beeidigten Schreiber abfassen lasse, müsse die Ausfertigung mit demselben unterschreiben und bei seiner Unterschrift eigenhändig bezeugen, dass er sie selbst gelesen und richtig abgefasst gefunden. Sei aber der Testator nicht im stande, die Verordnung dergestalt selbst zu lesen und zu unterschreiben, so müssen die zwei Zeugen mit ihrer Namensunterschrift bezeugen, dass in ihrer Gegenwart die Verordnung ihm vorgelesen wurde und dass er sie gutgeheissen habe.

Im vorliegenden Streitfalle hatte der Testator, der lesen und schreiben konnte, das Testament nicht selbst unterschrieben, dagegen hatten die Testamentszeugen erklärt, dass der Notar dem Testator das Testament vorgelesen und dieser es

gut geheissen habe. Das Testament wurde von den Intestaterben angefochten, weil die Formvorschrift des § 436 erster Satz, der hier anwendbar sei, da der Erblasser nicht analphabet gewesen, nicht beobachtet worden. Das Gericht hielt aber das Testament aufrecht.

Motive: Die (in unserm Falle erfüllte) Formvorschrift des § 436 Satz 2 b. G.-B. bezieht sich nach dem Wortlaut allerdings nur auf Personen, welche weder lesen noch schreiben können; es liegt aber kein innerer Grund vor, diese Formvorschrift nicht auch als zureichend zu erklären, wenn der Testator lesen und schreiben kann. Die Kenntnisse und Fertigkeiten im Lesen und Schreiben sind oft so gering und mangelhaft, dass die Besitzer derselben denen gleichzustellen sind, welche weder lesen noch schreiben können. Bei diesen bietet die zweite Form des notariellen Testaments offenbar weit grössere Garantien als die erstere, und die Praxis hat denn auch stets die beiden Formen einander gleichgestellt.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 185 f.)

---

12. Kanton Baselstadt. Urteil des Civilgerichts vom 23. Oktober 1895.

Eigenhändiges Testament. Ungültigwerden durch Rückbezug beim Notar.

Am 27. Juli 1895 starb in Basel Auswanderungsagent Philipp Rommel. Einige Tage hernach überbrachte Notar Dr. Christ der Nachlassbehörde eine letztwillige Verfügung desselben. Er teilte mit, er habe sie vom Testator hinterlegt erhalten und bis zum 15. Juli 1895 verwahrt. An diesem Tage habe sie Rommel gegen Rückgabe des Depotscheines beziehen lassen. Am 29. Juli habe sie dessen Angestellter unversehrt und uneröffnet zurückgebracht und angegeben, Rommel habe sich infolge abnehmenden Bewusstseins nicht mehr damit beschäftigen können. Die Nachlassbehörde eröffnete am 31. Juli 1895 die Urkunde. Eigenhändig vom Testator geschrieben, unterzeichnet, vom 12. Februar 1895 datiert, entzieht sie seinen minderjährigen Enkeln und nächsten Intestaterben ein Viertel des Nachlasses zu Gunsten eines Bruders und einer Schwägerin.

Gestützt auf § 56, 59 des Gesetzes betr. eheliches Güterrecht, Erbrecht und Schenkungen vom 10. März 1884, welche lauten: „Die Testamente können in notarialischer oder in eigenhändiger Form errichtet werden.“ „Die eigenhändige

Form besteht darin, dass der Testator seinen letzten Willen dem ganzen Inhalte nach eigenhändig niederschreibt und das Schriftstück mit Datum (Jahr, Monat und Tag) und Unterschrift versieht; ausserdem bedarf es zur Giltigkeit der Hinterlegung bei der Gerichtsschreiberei oder bei einem Notar," sah die Nachlassbehörde die Urkunde nicht als Testament an, da sie im Moment des Todes des Testators nicht bei einem Notar oder der Gerichtsschreiberei deponiert war. Darüber kam es nun zum Prozess. Die im Testament Bedachten klagten auf Anerkennung dieser letztwilligen Verfügung und machten geltend, der Rückbezug des Testaments durch den Testator beweise noch nicht, dass er es habe cassieren oder ändern wollen; er könne bloss beabsichtigt haben, es noch einmal einzusehen, oder etwas beizufügen. Durch die Deposition beim Notar sei das Testament zum formell gültigen Akt geworden und dessen Rückzug aus der Verwahrung des Notars hebe diese Gültigkeit nur auf, wenn sich darin deutlich der Widerrufswille äussere. Das Civilgericht erachtete das Testament als ungültig und wies die Klage ab, und das Appellationsgericht bestätigte das Urteil. Aus den Motiven ist hervorzuheben:

Beim eigenhändigen Testament handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das nur in Intervallen stück- und abschnittsweise in Perfektion wachsen kann. So lange der Testator die eigenhändig richtig ausgefertigte Urkunde nicht hinterlegt hat, liegt nur ein Vorbereitungsakt vor; erst wenn er sie hinterlegt hat, kommt das Geschäft zur Vollendung, wird aus dem Entwurf ein Testament. Die Depositions-Handlung wird zum einzigen gesetzlich zulässigen Erklärungsmittel des Willens des Testators, jene Urkunde solle sein Testament sein, erklärt. Ein anderer Beweis dafür, dass eine nach dem Tode des Erblassers vorgefundene eigenhändige Verfügung desselben Testament, und nicht bloss Testamentsprojekt war, wird überhaupt nicht zugelassen. Denn Existenz, Echtheit und Freiheit dieses Willens werden dadurch garantiert, dass ihre Konstatierung nur rechtsverständigen öffentlichen Glauben geniessenden Personen: Notar oder Gerichtsschreiber, anheimgegeben ist, und der Uebergang der Urkunde in ihr Depot bekundet, dass sie in Bezug auf dieses Objekt jene Erklärung entgegengenommen haben. Daneben und in zweiter Linie dient sie der Sicherung der Urkunde gegen äussere zufällige oder böswillige Gefährde.

Ob jedes Hinaustreten aus dem Gewahrsam des Notars oder der Gerichtsschreiberei das Testament ungültig mache,

z. B. Diebstahl, Verlieren bei einem Umzug u. dgl., wie Beklagte behaupten, oder ob nicht eine solche Strenge übers Ziel hinausschiesse, steht hier nicht zur Frage. Wenn aber die Urkunde mit Wissen und Willen des Erblassers beim Depositar zurückbezogen worden ist, ist der Zweifel, ob Testament oder Testamentsprojekt, Rechtsgeschäft oder Vorbereitungshandlung vorliege, der nur so lange ausgeschlossen war, als der Testator deponiert hatte und deponiert liess, wieder begründet. Das ist das Entscheidende, neben dem die Frage der Identität und unversehrten Konservierung der Urkunde erst in zweite Linie tritt. In jenem Punkt ist die Unsicherheit dieselbe, wie wenn nie deponiert worden wäre. Die Hinterlegung würde die Vorteile, deretwegen das Gesetz sie fordert, nicht bieten, wenn man ihre vorübergehende Vornahme genügen liesse und nicht ihr Andauern als Zustand — soweit vom Willen des Erblassers abhängig — forderte. Es entspricht daher durchaus der Bedeutung dieses Erfordernisses, wenn das Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch, welches die eigenhändigen Testamente prinzipiell völlig gleich wie das Basler Recht gestaltet hat, in § 1046 bestimmt, so lange das eigenhändige Testament wieder in die Hände des Testators zurückgegeben sei, bleibe dessen Wirksamkeit suspendiert und werde erst dann wieder hergestellt, wenn es neuerdings vom Testator hinterlegt werde. Wird dies bis zu seinem Tode unterlassen, so ist das Testament ungültig geworden, da jene seinen Willen dokumentierende Handlung nun nicht mehr vorgenommen, das zur Vollendung der Testamentserrichtung notwendige Schlussstück, das er einsetzte und dann wieder wegnahm, nun nicht mehr von ihm eingefügt werden kann.

13. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Cassationshofes vom 20. Juni 1895.

Gemeinschaftliches Testament in einer Eheabrede. Ungültigkeit geheilt durch Anerkennung der Erben.

Am 29. November 1880 errichteten die Eheleute Niklaus Steiner und Anna Maria geb. Pfister eine Eheverkommnis, worin sie verfügten:

1. Leisten die Ehegatten auf das ihnen als solchen zustehende Noterbrecht Verzicht und setzen im fernern folgende vertragsmässige Erbfolge fest:

2. Von dem sämtlichen, beim Absterben des einten oder andern Ehegatten noch vorhandenen Vermögen soll die eine Hälfte dem Ehemann und die andere Hälfte der Ehefrau zukommen.

3. Der Ehegatte, der den andern überlebt, ist berechtigt, das sämtliche Vermögen des Vorabgestorbenen lebenslänglich zu benützen und er soll von jeder Sicherheitsleistung befreit sein.

Nach beider Ehegatten Tode schlossen die beidseitigen Erben unter sich einen Teilungsvertrag, wonach sie gemäss der Eheverkommnis das vorhandene Vermögen in zwei Hälften teilten. Ein nach der Teilung noch zum Vorschein gekommener Gutschein des N. Steiner für Fr. 3200 bei der Ersparniskasse Fraubrunnen wurde ebenfalls nach Hälften an die beidseitigen Erben zugeschieden.

Weiter aber erhoben die Erben des Ehemanns Steiner nun folgenden Anspruch: Steiner habe bei der Ersparniskasse Burgdorf ein Guthaben von Fr. 2000 gehabt, das seine Frau am Tage nach dem Tode desselben, am 11. Dezember 1889, bei der Kasse erhoben habe. Frau Steiner ferner habe am 4. Juli 1889 auf ihren eigenen Namen bei der gleichen Kasse Fr. 3000 eingelegt und am 22. März 1892 diese Summe zurückbezogen. Dieses Geld sei ebenfalls Eigentum des N. Steiner gewesen. Beide Posten hätten einen Bestandteil der Teilungsmasse zu bilden und seien zur Hälfte ihnen (den Klägern) von der Beklagten (der Erbin der Frau Steiner) zu ersetzen. Nach der Eheverkommnis seien diese beiden Kapitalien mit dem Tode des Nikl. Steiner zur Hälfte auf dessen Erben und zur Hälfte auf die überlebende Witwe übergegangen. Da die letztere als Nutzniesserin der den Erben Steiner zustehenden Hälfte den Nutzniessungsgegenstand diesen habe hinterlassen müssen, sei diese Verpflichtung auf die Beklagte als Rechtsnachfolgerin der Witwe Steiner übergegangen.

Die Beklagte bestritt, dass diese Fr. 5000, wenn sie auch von Witwe Steiner einkassiert worden sein sollten, bei ihrem Tode noch vorhanden gewesen seien. Das vorhandene Vermögen sei durch zwei, nach Tod des Mannes am 21. Dezember 1889 und nach Tod der Frau am 27. Juni 1892 aufgenommene Inventarien, nach denen der Vermögensbestand annähernd der gleiche war, festgestellt und dann in einer für alle Parteien rechtsverbindlichen Weise geteilt worden. Uebrigens sei Ziffer 2 der Eheverkommnis unverständlich, weil es unmöglich sei, dass von dem bei Absterben des einten oder andern Ehegatten noch vorhandenen Vermögen die eine Hälfte dem Ehemann und die andere der Ehefrau zukommen solle; denn in diesem Fall sei der eine Ehegatte tot, und ihm könne

also nichts mehr zufallen. Andrerseits sei nicht gesagt, dass bei Absterben des einen oder andern Ehegatten das vorhandene sämtliche Vermögen je zur Hälfte den Erben des vorabgestorbenen und dem überlebenden zufallen solle, es sei also diese Eheverkommnis ihrem ganzen Inhalte nach für die Beklagte unverbindlich.

Der klägerische Anspruch wurde vom App.- und Cass.-Hof gutgeheissen.

Motive: Es ist richtig, dass der Wortlaut der Eheverkommnis eine Unmöglichkeit enthält. Er ist so widersinnig, dass schon deshalb ein andrer vernünftiger Sinn in den Vertrag hineingelegt werden muss, und zwar der, den ihm die Kläger beilegen, dass nämlich die eine Hälfte des vorhandenen Vermögens dem überlebenden, die andere den Erben des vorabgestorbenen Ehegatten zukommen, und dass an dieser Quote der überlebende die Nutzniessung bis zu seinem Tode haben sollte. Eine solche Eheverkommnis hätte nun allerdings mit Recht von den Interessierten als ungültig betrachtet werden können. Denn erstlich verfügte darin nominell wenigstens jeder der beiden Ehegatten über die Hälfte des Vermögens des andern und sodann liegt darin materiell seitens beider Ehegatten zu Gunsten der Erben des andern eine letztwillige Verfügung über die Hälfte ihres Vermögens, die nach dem Schlusssatz der Satz. 896 C. der Form einer letzten Willensverordnung bedurft hätte. Allein die Parteien haben sich auf diese Ungültigkeit damals, als die Frage an sie herantrat, als es sich nämlich um die Teilung des Nachlasses der Eheleute St. handelte, nicht berufen, im Gegenteil wurde die Eheverkommnis den Teilungsverhandlungen zu Grunde gelegt. Und nun geht es nicht an, dass eine Partei, die eine bestimmte Grundlage zur Auseinandersetzung mit einer andern angenommen hat, nachträglich, wenn es sich um eine Fortsetzung dieser Auseinandersetzung handelt, jene Grundlage als ungültig angreife. In dem früheren Verhalten liegt ein Verzicht auf die Befugnis, die Ungültigkeit der Eheverkommnis geltend zu machen.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver. XXXII S. 132 ff.)

---

14. Kanton Graubünden. Urteil des Kantonsgerichts vom 22. Februar 1895.

Erbvertrag. Formelles Erfordernis des Vorlesens.

Eva Ardüser hatte durch Erbvertrag dem Peter Mattli ihr Heimwesen in Maran durch den Todesfall zugewendet.

Dieser Vertrag war in die Form eines aussergerichtlichen schriftlichen Testaments gekleidet, die Verfügung selbst von fremder Hand geschrieben, dann von der Eva Ardüser als des Schreibens unkundiger Person mit drei Kreuzen, von Peter Mattli mit seinem Namen unterzeichnet und von drei Zeugen mit folgender Erklärung versehen: „Dass dieser Erbschaftsvertrag von beiden Parteien gehörig unterzeichnet und verstanden wurde und damit vollkommen einverstanden sind, bescheinen die hiezu erbettenen Zeugen" (Unterschriften).

Dieser Erbvertrag wurde nach dem Tode der Eva Ardüser von ihren Intestaterben angefochten, zunächst mit dem Grunde, dass die gesetzliche Formalität des Vorlesens bei der Abfassung nicht beobachtet worden sei. Hiegegen wendete P. M. ein, dass die Erklärung der Zeugen auf dem Aktenstücke selbst das Vorlesen voraussetze, dieses aber auch sonst durch Zeugenabhörung bewiesen werden könne.

Das Kantonsgericht erklärte den Erbvertrag als ungültig.

Motive: Für die Beurteilung der testamentarischen Formvorschriften ist einzig das betreffende Instrument selbst massgebend. Aus dem Sinn und Wortlaut des Art. 504 bünd. Pr. G., der ausdrücklich bestimmt, dass die Bescheinigung der Zeugen auf dem nämlichen Blatte zu erfolgen hat,[1]) geht zur Evidenz hervor, dass ein erst nachträglicher Zeugenbeweis über die Einhaltung der gesetzlichen Formalitäten nicht berücksichtigt werden darf; es würde das der als unerlässliche Bedingung vorgeschriebenen Einheit des Testamentsaktes direkt widersprechen.

Es fragt sich daher, ob die Bescheinigung der Zeugen, „dass dieser Erbvertrag von beiden Parteien gehörig unterzeichnet und verstanden wurde und damit vollkommen einverstanden sind," der Vorschrift des Art. 504 entspreche oder nicht.

In dieser Richtung kann nun dem Kläger (Mattli) nicht beigepflichtet werden, wenn er behauptet, unser Erbrecht basiere auf dem Grundgedanken der freien individuellen Verfügungsfähigkeit; im Gegenteil muss dem gegenüber konstatiert werden, dass es die gesetzliche Erbfolge an die

[1]) Art. 504: Zur Gültigkeit eines aussergerichtlichen schriftlichen Testaments ist erforderlich, dass ..... das Testament auf dem nämlichen Blatte mit der Namensunterschrift dreier vollgültiger Zeugen in der Weise versehen werde, dass jeder derselbigen bescheinige: es sei das Testament in seiner Gegenwart dem Testator oder von letzterem selbst vernehmlich vorgelesen, von dem Testator verstanden und als sein letzter Wille erklärt worden.

Spitze gestellt hat, in Uebereinstimmung mit der ganzen Rechtsentwicklung in unserm Kanton, die das Testament und ganz besonders den Erbvertrag nur ganz allmählig und beschränkt hervortreten liess. So ist letzterer erst im neuen Privatrecht aufgenommen worden, während das frühere Erbrecht von 1850 noch den Erbvertrag lediglich in der Form eines, unter Umständen wieder einseitig lösbaren Ehepaktes zwischen den Ehegatten kannte. Aus dieser Singularität der sog. gewillkürten Erbfolge, die nur in ganz bestimmten, in Art. 503 priv. G. aufgeführten Formen möglich ist, ergiebt sich auch die Notwendigkeit von deren strikter Einhaltung und Interpretation.

Es handelt sich mithin um einen Formalakt, bei dem die in Art. 504 vorgeschriebenen Worte als verba solemnia nicht fehlen oder durch beliebige andere ersetzt werden dürfen. Auch die grammatikalische Interpretation stimmt damit vollständig überein; der den betreffenden Worten vorstehende Doppelpunkt zeigt an, dass es dem Gesetzgeber nicht genüglich schien, wenn in irgend einer Form der Wille des Testators bekundet würde, sondern dass er den Gebrauch dieser Formel vorschreiben wollte. Bei dieser Bedeutung der Formel ist die Frage überflüssig, ob nicht aus dem „verstanden haben“ das „Vorlesen“ gefolgert werden müsse, und zudem wäre diese Folgerung nicht schlüssig, da noch andere Wege des Verstehens ohne ausdrückliches Vorlesen denkbar sind.

Muss der Erbvertrag aus diesem Formmangel als ungültig erklärt werden, so ist auch die Frage, ob eventuell wenigstens ein Testament vorliege, aus dem gleichen Grunde zu verneinen.

(Civilurteile des Kantonsgerichts Graubünden 1895 [Chur 1896] S. 35 f.)

---

15. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 8. Februar 1896.

Wegrecht. Körperliche Anstalt im Sinn von § 245 pr. G.-B.

Der Kläger ist seit 1884 Eigentümer der Hälfte eines an der Wytikoner Strasse gelegenen Hauses. 1889 kaufte er auch die andere Hälfte von C. Rüegg. In der Nähe dieses Hauses, aber etwas entfernter von der besagten Strasse, liegt das Haus des Beklagten, der dasselbe ebenfalls von Rüegg erworben hatte. Von diesem Hause geht ein im Eigen-

tum des Beklagten befindlicher Fussweg in die Wytikoner Strasse, parallel zu einer Seite des klägerischen Doppelhauses. Zwischen diesem und dem Wege liegt ein dem Kläger gehörender Landstreifen, der als Gärtchen und Ablagerungsplatz benutzt wird. In dem Kaufvertrag zwischen Kläger und Rüegg von 1889 ist gesagt, der Landstreifen (Gärtchen und Lagerplatz) grenze „an den vom Verkäufer und von dem Käufer nun gleichberechtigt zu benutzenden Fussweg.“ Diese Grenzbezeichnung wurde bei der kanzleiischen Fertigung im Journal aufgenommen und auch im Kaufbrief des Klägers vorgemerkt; dagegen wurde dieser Vormerk bei der Fertigung des Verkaufes von Rüegg an den Beklagten in des letztern Kaufbrief nicht eingetragen. Später wollte Beklagter dem Kläger die Benutzung des Weges nicht mehr gestatten, wogegen Kläger auf Grund der im Fertigungsjournal enthaltenen Grenzbezeichnung als einer „Eintragung“ der Servitut, eventuell auf Grund des Vorhandenseins einer in einer körperlichen Anstalt bestehenden Servitut den richterlichen Schutz anrief. Die Appellationskammer hiess die Klage gut im Gegensatz zu einem abweisenden Urteile des Bezirksgerichts, das weder Eintragung noch eine körperliche Anstalt anerkannt hatte.

Motive: Es ist unzweifelhaft, dass Rüegg dem Kläger bei dem Verkaufe von 1889 durch die im Kaufvertrag enthaltene Grenzbezeichnung ein Wegrecht an dem Fussweg hat einräumen wollen; es liegt also ein auf die Begründung einer Dienstbarkeit gerichtetes Rechtsgeschäft im Sinne von § 245 pr. G. B. vor. Somit ist in erster Linie zu prüfen, ob sich der Weg als eine „körperliche Anstalt“ im Sinne dieser Gesetzesbestimmung darstelle.

Dies ist auf Grund des diesseitigen Augenscheines zu bejahen. Es steht in der Gerichtspraxis ferner fest, dass unter die nicht notwendig zu fertigenden Servituten unter gewissen Voraussetzungen auch die Wegrechte gehören, dann nämlich, wenn die lokalen Verhältnisse schon an sich auf die fremde Benützung, die den Inhalt des beanspruchten Servitutrechtes bildet, klar und deutlich hinweisen. Demgemäss ist ein ausgelegter Weg als eine körperliche Anstalt im Sinne des § 245 zu betrachten, sobald aus dessen Anlage ersichtlich ist, dass er nicht nur dem Grundstück, zu welchem er gehört, sondern auch dem Nachbargrundstück, d. h. demjenigen, für welches die Servitut beansprucht wird, zu dienen bestimmt ist.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 94 f.).

16. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts vom 17. Mai 1895.

Nachbarrecht. Verbot der Aufstellung einer Fraise im Hofe neben dem Nachbarhause.

Die Parteien besitzen zwei Häuser, welche früher als Vorder- und Hinterhaus zusammen gehörten und durch einen engen geschlossenen Hof getrennt sind. Der eine plante eine umfassende Umbaute seines Hauses, gegen welche der andere aus verschiedenen Gründen Einsprache erhob. Einen Hauptstreitpunkt bildete die Absicht des Beklagten, in dem Hofe eine Fraise, Zirkularsäge, aufzustellen. Dagegen erhob der Kläger Einsprache mit der Begründung, das Geräusch der Fraise würde sein Haus bezw. dessen Insassen dermassen belästigen, dass ihm eine unerträgliche Schädigung erwachsen würde.

Uebereinstimmend mit der ersten Instanz hat das Obergericht diese Einsprache geschützt und die Aufstellung der Fraise untersagt.

Nach Art. 567 und 569 P.-R. ist der Besitzer eines Gebäudes zum Einspruch gegen die Benützung von Nachbargrundstücken allerdings nur dann berechtigt, wenn dieselbe der Gesundheit von Menschen oder Vieh schädlich ist oder aber dem Gebäude selbst bezw. den in demselben befindlichen event. zum Gebrauch desselben erforderlichen Gegenständen Schaden bringt. Eine an sich erlaubte Benützung, welche bloss Augen, Ohren oder Nase des Nachbars unangenehm affiziert, berechtigt nach § 568 noch nicht zur Einsprache. Eine bauliche Schädigung des Hauses oder eine direkte Gesundheitsschädigung der Insassen hat nun der Kläger selbst nicht behauptet, vielmehr hauptsächlich die übermässige Belästigung und die Schädigung betont, welche ihm dadurch erwachsen müsste, dass seine Gäste es in der von ihm in seinem Hause betriebenen Wirtschaft nicht mehr aushalten könnten, sobald die Fraise ihren Lärm ertönen liesse. Bei streng wörtlicher Auslegung des Gesetzestextes müsste demnach die Einsprache abgewiesen werden.

Wenn das Obergericht dennoch zu einer freieren, ausdehnenden Interpretation dieser Bestimmung gelangt, so glaubt es dazu durch die Bedürfnisse des Verkehrs und die moderne Entwicklung des Gewerbewesens genötigt zu sein. Das vom Kanton Schaffhausen rezipierte Zürcher privatrechtliche Gesetzbuch steht noch auf dem Standpunkt des starren Eigentumsbegriffes, der sich seither im allgemeinen

Rechtsbewusstsein in manchen Beziehungen gemildert hat. Auch waren zur Zeit, als es geschaffen wurde, die Gewerbe und Industrien, welche heutzutage hauptsächlich blühen und auch Prozesse verursachen, durchschnittlich noch wenig entwickelt. Es muss eine gewisse Grenze geben, über welche hinaus in der Belästigung der Sinnesorgane nicht gegangen werden darf, auch wo streng genommen keine eigentliche Gesundheitsschädigung nachgewiesen werden kann. Schon unser Baugesetz ist über den Wortlaut des Privatrechts hinausgegangen, indem es in Art. 50 nach Reproduktion des § 568 P.-R. noch neu beifügt, dass bei an sich erlaubter Benützung wenigstens solche Vorkehrungen anzubringen sind, durch welche die Belästigung auf das geringstmögliche Mass reduziert wird, also beispielsweise Abschluss der Räumlichkeiten gegen die Strasse und Abzugskamin zur Abführung von schlechtem Geruch und Rauch. Wo derartige Schutzmassregeln der Natur der Sache nach nicht mit namhaftem Erfolg angebracht werden können, da muss der Richter eine solche Benützung des Nachbargrundstücks auch untersagen können, wenn sie eine geradezu unerträgliche Belästigung des Nachbars mit sich führt, und es wird einzig gelten, in der Bestimmung, was solche unerträgliche Belästigung ist, ein verständiges Mass einzuhalten. Die zürcherische Rechtsprechung ist durch dasselbe Bedürfnis zum nämlichen Schritt getrieben worden. Ullmer Nr. 917 zu § 618 des alten priv. G. B. führt aus, eine Leimsiederei müsse nicht geduldet werden, weil der durch sie verursachte Geruch zwar nicht gerade gesundheitsschädlich, aber doch so widrig und eckelhaft sei, dass er zur Plage werden, ja sogar das Wohlbefinden stören könne.

Ganz analog verhält es sich auch mit einer Fraise. Dass das durch sie erzeugte Geräusch eines der allerdurchdringendsten und widerwärtigsten ist, das es überhaupt giebt, ist ohne weiteres bekannt. Wenn wie im vorliegenden Falle eine solche Fraise in einem engen geschlossenen Hofraum erstellt werden soll, so muss das Geräusch eine Stärke erreichen, die über das zulässige Mass von Belästigung hinausgeht, ja in unserem Zeitalter der Nervenschwäche unter Umständen das Nervensystem in einer Weise reizen kann, die beinahe an Gesundheitsschädigung heranreicht. Das sich gefallen zu lassen kann dem Nachbar billigerweise nicht mehr zugemutet werden. Es müssen die Verhältnisse in billige Berücksichtigung gezogen werden, und da ist auch der Umstand nicht in erster Linie, aber doch wenigstens nebenbei zu be-

achten, dass das Geräusch sich hauptsächlich auch in dem vom Kläger betriebenen Wirtschaftslokal vernehmlich machen müsste. Sobald die Fraise ihren Lärm ertönen liesse, würden die Wirtschaftsgäste unfehlbar sich davonmachen, und da erfahrungsgemäss die Gäste weit leichter vertrieben als gewonnen sind, müsste der Kläger in seinem Erwerb schweren Schaden leiden. Wäre die Fraise das Aeltere und die Wirtschaft das Neuhinzugekommene, so müsste die letztere natürlich zurückstehen. Wer in die Nachbarschaft eines bereits bestehenden Betriebes, der einen unangenehmen Geruch oder Lärm verursacht, eine Wirtschaft baut, der kann allerdings nicht beanspruchen, dass der Betrieb zu seinen Gunsten eingestellt werde. Im vorliegenden Fall hatte aber der Rechtsvorgänger des Klägers in seinem Hause bereits seit einigen Jahren eine Wirtschaft betrieben, als der Beklagte sein Haus kaufte. Dieser letztere Umstand verpflichtet den letzteren allerdings nicht gerade, streng alles zu unterlassen, was für den Wirtschaftsbetrieb des Klägers irgendwie unangenehm sein könnte, wohl aber ist er geeignet, das Recht des Klägers auf Schutz gegen unerträgliche Beeinträchtigung noch etwas zu verstärken.

(Amtsbericht des Obergerichts für 1895 S. 50 ff.)

17. Kanton Zürich. Urteil der Rekurskammer des Obergerichts vom 23./30. Dezember 1895.

Wasserrecht an einem öffentlichen Gewässer, wiefern auch auf die Zuflüsse erstreckbar.

Am Kemptener Bach, der öffentliches Gewässer ist, haben die Weberei Oberkempten und Fr. Hotz staatlich konzessionierte Wasserrechte zum Betriebe von Fabriken. Sie behaupten, der Kemptener Bach werde durch Quellen im Oberkemptener Wald gespeist, deren 5 bis 6 durch Wasserreichtum ausgezeichnete, in ein gemeinsames offenes Rinnsal geleitet, dem Kemptener Bach zuflössen. Als die Wasserversorgungsunternehmung Wetzikon oberhalb dieser Quellen nach Wasser graben liess, um es nach Wetzikon zu leiten, verlangten jene Fabrikinhaber ein richterliches Verbot, weil dadurch die den Kemptener Bach speisenden Quellen in ihrer Ergiebigkeit geschmälert würden. Das Gesuch wurde aber abgewiesen.

Motive: Nach Art. 217 priv. G. B. haben die Besitzer bestehender Wasserrechte allerdings Anspruch darauf, dass das Gewässer weder oberhalb abgeleitet noch unterhalb durch neue Vorrichtungen gestaut, bezw. überhaupt dessen Lauf

verändert werde. Es ist aber wohl zu unterscheiden zwischen dem Gewässer selbst und dessen Zuflüssen. Art. 217 bezieht sich offenbar nur auf ersteres. Dagegen kann keine Rede davon sein, dass die Wasserwerkbesitzer, die, sofern es sich nicht um ein Privatgewässer handelt, ihr Recht nicht auf einen privatrechtlichen Titel, sondern lediglich auf einen Hoheitsakt des Staats stützen können, nun Anspruch darauf hätten, dass auch alle Zuflüsse intakt bleiben. Da Wasserwerke überhaupt nur an stärkeren Gewässern möglich sind, so würde sonst die Gewährung einer Wasserkonzession die Rechte der Grundeigentümer einer ganzen Gegend auf das in ihrem Boden befindliche Wasser insofern illusorisch machen, als dessen Benutzung und Verwertung nur dann erfolgen dürften, wenn es möglich wäre, dasselbe wieder in das betreffende Gewässer, und zwar oberhalb des Wasserwerks zu leiten. Einen so weitgehenden Schutz hat das Gesetz aber dem Wasserwerkbesitzer nicht gewährt.

Die Grundeigentümer sind daher durch die Rücksicht auf bestehende Wasserwerke nicht gehindert, auf ihrem Boden nach Wasser zu graben, auch wenn dieses dadurch den Wasserwerken verloren geht, nur darf nicht zu deren Schaden über das Gewässer als Ganzes verfügt werden.

Dieses geringere Mass von Schutz, welches den bestehenden Wasserwerken gegenüber den Brunnen in der Gesetzgebung zu Teil geworden ist, rechtfertigt sich einerseits dadurch, dass das Wasser als Lebensmittel überhaupt näherliegende Interessen befriedigt, andrerseits dadurch, dass ein Wasserrecht, das bloss die Verwertung der lebendigen Kraft des Wassers zum Inhalte hat, überhaupt stärkere Eingriffe verträgt. In der That bedeutet eine Verminderung des Wasserquantums z. B. um bloss 300 Liter in der Minute für den Wasserwerkbesitzer eine kaum nennenswerte Einbusse an Kraft, während eine solche Menge für die Verwendung als Trinkwasser schon sehr erheblich in Betracht fällt.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 69 f.)

---

18. Kanton Luzern. Entscheid der Justizkommission des Obergerichts vom 24. November 1894.

Unzulässigkeit künstlicher Zuleitung von Abwasser.

J. Hurter als Eigentümer des Rotsees verlangte beim Gerichtspräsidenten den Erlass eines Verbots, wodurch dem Stadtrat von Luzern untersagt werde, bei Erstellung des

Absonderungshauses im hintern Gopplismoos irgend welche Flüssigkeit oder feste Bestandteile in den Rotsee abzuleiten. Der Gerichtspräsident wies dieses Gesuch ab, worauf J. H. an die Justizkommission rekurrierte, die sein Begehren gut hiess, bis über die Frage der Berechtigung zu dieser Ableitung im petitorischen Verfahren entschieden sei.

Motive: Der Widerspruch des Rekurrenten gründet sich darauf, dass er eine künstliche Zuleitung von Wasser sich laut Gesetz nicht gefallen lassen müsse, und zwar in casu um so weniger, weil es sich um Zuleitung unappetitlicher Flüssigkeiten handle, welche die Eisausbeute erheblich schmälern und ihn dadurch in seinem Eigentumsrechte beschränken.

Opponent macht dem gegenüber geltend, der Rotsee bilde das natürliche Reservoir für die Aufnahme allen Wassers der höher gelegenen Nachbargrundstücke, möge es infolge natürlichen Laufes oder durch künstliche Vorrichtung dorthin geleitet werden. Ein Einspruch gegen diese Zuleitung wäre nur statthaft, wenn dadurch ein Schaden verursacht würde, was unter obwaltenden Umständen nicht angenommen werden könne.

Gemäss § 302 brgr. G. B. muss der Eigentümer eines tiefer gelegenen Grundstückes den natürlichen Abfluss des Wassers aus dem höher gelegenen Grundstücke aufnehmen. Die Zuleitung des hier in Betracht kommenden Wassers ist nicht ein natürlicher Abfluss im Sinn des Gesetzes, sondern qualifiziert sich als künstliche Vermehrung des Wasserzuflusses, wogegen Rekurrent wenigstens im possessorischen Verfahren mit Erfolg Einspruch erheben kann.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. 1894 S. 171 ff.)

---

19. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom 10. Februar 1893.

Rücktrittsfrist. Rechtzeitige Abgabe der Rücktrittserklärung. Verspätete Anzeige an die Gegenpartei.

A. hatte mit B. einen Liegenschaftskauf beim Wein abgeschlossen. Innerhalb 48 Stunden vom Abschlusse an gerechnet, und zwar so rechtzeitig, dass die Zustellung innert diesen 48 Stunden noch hätte erfolgen können, übermachte A. dem Gemeindeammann eine rechtliche Anzeige im Sinne des § 673 des A. B. G. behufs Zustellung an B. — Aus Schuld des Gemeindeweibels wurde die rechtliche Anzeige nicht mehr inner-

halb der Frist von 48 Stunden zugestellt. B. hielt daher die Kaufsabsage für verspätet und glaubte dass A. den Kauf halten müsse.

Dieser Auffassung konnte das Obergericht nicht beitreten. Ueber die zu lösende Streitfrage wurde im wesentlichen befunden:

Nach § 673 des A. B. G. können Kaufsverhandlungen über Liegenschaften, welche beim Wein oder anderem geistigen Getränke abgeschlossen werden, von jedem Teile innerhalb 48 Stunden vom Geschäftsabschlusse an gerechnet mittelst einer vom Gemeindeammann bewilligten rechtlichen Anzeige aufgehoben werden.

Die Kaufsabsage im Sinne dieser Bestimmung muss nun als perfekt betrachtet werden, sobald die rechtliche Anzeige so rechtzeitig in die Hand des Gemeindeammanns gelangt, dass sie innerhalb 48 Stunden vom Vertragsabschlusse an gerechnet dem andern Vertragskontrahenten noch zugestellt werden kann. In diesem Falle hat der Aufforderer alles gethan, was billigerweise von ihm verlangt werden kann. Unterbleibt trotzdem die Zustellung innerhalb gesetzlicher Frist, so kann dieser Umstand dem absagenden Teile nicht zum Nachteil und Schaden gereichen. In concreto aber hat A. wirklich die ihm gemäss § 673 des A. B. G. obliegenden Diligenzien rechtzeitig gewahrt, indem er die rechtliche Anzeige für B. so bald dem Gemeindeammann zugehen liess, dass sie noch binnen der vom Gesetz vorgesehenen 48 Stunden dem B. hätte zugestellt werden können.

(Bericht des Aarg. Obergerichts für 1893 u. 1894 an den Gr. Rat, S. 46 f.)

---

20. Kanton Zürich. Urteil der Rekurskammer des Obergerichts vom 7. November 1895.

Ersitzung an öffentlicher Sache. Unterschied von unvordenklichem Besitz.

Bei einer von der Gemeinde Seebach projektierten Korrektion sollte das Niveau einer Strasse streckenweise erhöht bezw. ausgeglichen werden. An einer Stelle, wo eine Erhöhung um 1 bis 2 Meter in Aussicht genommen war, wurde die Strasse von einer dem Th. Frei gehörigen Wasserleitung durchkreuzt. Letzterer erhob Einsprache gegen die Ausfüllung und verlangte die Einstellung der betreffenden Arbeiten, wurde aber mit diesem Begehren abgewiesen. Sein hiebei eventuell geltend gemachter Standpunkt der Ersitzung wurde mit folgenden Gründen abgelehnt:

Im Widerspruch zu der im Kommentar von Schneider zu § 246 pr. G. B. geäusserten Ansicht ist der Satz festzuhalten, dass es eine Ersitzung im Sinne des § 246 an öffentlichen Sachen, solange dieselben dem öffentlichen Gebrauche dienen, nicht giebt. Die zürcherische Gerichtspraxis hat denn auch, obwohl sie die Möglichkeit der Ersitzung von Rechten an öffentlichen Sachen nicht allgemein verneinte, im einzelnen Falle, wo solche Rechte auf den Titel der Ersitzung gestützt wurden, stets zu Ungunsten der Ansprecher entschieden. Wenn der Kommentar zu § 246 sich zur Unterstützung seiner Ansicht, dass Dienstbarkeiten an öffentlichen Sachen ersessen werden können, auf das in Schaubergs Zeitschrift XVII, 421 ff. abgedruckte Präjudiz beruft, so ist zu bemerken, dass in jenem Falle, wo es sich um das Recht, in einem öffentlichen Gewässer ein Waschschiff halten zu dürfen, handelte, das Gericht allerdings ausgesprochen hat, dass auch Rechte an öffentlichen Gewässern unter gewissen Voraussetzungen infolge unvordenklichen Besitzes als rechtmässig erworben gelten und geschützt werden sollen, dass es aber immerhin, trotzdem die Unvordenklichkeit der Ausübung des streitigen Rechtes nicht bestritten war, den Anspruch verworfen hat. Nun sind aber die Rechtserwerbung infolge unvordenklichen Besitzes und die zehnjährige Ersitzung sehr verschiedene Dinge, und wenn jene unter gewissen Voraussetzungen innerhalb sehr enger Grenzen auch bei öffentlichen Sachen als möglich erklärt worden ist, so folgt daraus keineswegs, dass auch schon eine zehnjährige unangefochtene Ausübung eines Rechtes an öffentlicher Sache ebenfalls zur Anerkennung der Existenz des Rechtes selbst führen müsse. Jedenfalls kann von Ersitzung eines Rechtes an öffentlicher Sache infolge zehnjähriger unangefochtener Ausübung da keine Rede sein, wo nach gesetzlicher Vorschrift die Erwerbung eines derartigen Rechtes an eine staatliche Konzession gebunden ist (wie z. B. nach dem Strassengesetz die Anlegung einer privaten Wasserleitung durch das Gebiet einer öffentlichen Strasse); denn damit ist implicite jede andere Art des Rechtserwerbes ausgeschlossen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 43.)

---

21. Canton de Genève. Arrêt de la Cour de justice civile du 28 septembre 1895.

Acquisition par prescription de la propriété d'une chose immeuble non obstant le défaut d'inscription au cadastre.

J. P. Gaillard a revendiqué contre les mariés Gallay la propriété d'une portion de la parcelle 1462 B du cadastre de

la commune de Chancy et a invoqué à l'appui de sa demande la prescription trentenaire. Les défendeurs ont contesté cette prétention et invoqué, en leur faveur, les indications du cadastre et leurs titres de propriété. Le Tribunal de 1re instance a acheminé le demandeur à prouver qu'il a possédé pour lui, à titre de propriétaire, d'une façon continue et non interrompue, paisible, publique et non équivoque, pendant plus de trente ans, la portion de la dite parcelle, et a statué, après avoir entendu les témoins, que le demandeur en serait seul et unique propriétaire comme l'ayant acquis par la prescription trentenaire, et ordonné la transcription du jugement au bureau des hypothèques, et au bureau du cadastre d'opérer la mutation en conformité.

Les défendeurs ont interjeté appel du dit jugement. Ils soutiennent que la preuve admise par les premiers juges n'était ni admissible ni pertinente, vu que

1° Depuis l'introduction du cadastre, il n'est plus possible de prescrire autre chose, en matière immobilière, qu'une parcelle entière ou une servitude.

2° Une des conséquences de l'établissement du cadastre est qu'on ne peut posséder d'une manière non équivoque, publique et à titre de propriétaire, tout ou partie d'une parcelle que si on est au bénéfice de l'inscription au cadastre.

La Cour de justice a confirmé le jugement.

Motifs: On ne saurait trouver nulle part, dans la loi sur le cadastre du 1er février 1841, la consécration de la thèse soutenue par les appelants que, depuis l'introduction du cadastre, il ne serait pas possible de prescrire autre chose, en matière immobilière, qu'une parcelle entière ou une servitude.

Dans la plupart des cas, en effet, la prescription a pour objet une faible portion de terrain dont la propriété est devenue indécise par la disparition des limites et, pour la restreindre à l'acquisition de parcelles entières et, par conséquent, pour limiter considérablement les cas où elle pourrait être invoquée, il faudrait un texte de loi qui n'existe pas.

Il resulte du rapport de la commission nommée par le conseil représentatif, pour examiner le projet de loi sur le cadastre, que cette commission, tout en repoussant une proposition qui avait pour but de faire de l'inscription une des conditions de la prescription, admettait que les tribunaux pourraient, au besoin, trouver dans le Code civil des dispositions suffisantes pour exiger cette inscription comme une condition de la possession, mais cette manière de voir de la commission n'a certainement pas passé dans la loi sur le

cadastre, car elle est en contradiction avec la disposition de l'art. 51 de la dite loi qui pose en principe que le cadastre fait foi, en faveur de celui qui y est inscrit, contre toute personne qui ne justifierait de son droit, ni par un titre de propriété régulier, ni par la prescription qu'elle aurait acquise conformément au droit commun.

L'art. 2229 C. civ. statue que, pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire; ainsi, en acheminant le demandeur à prouver qu'il avait possédé pour lui, à titre de propriétaire, d'une façon continue.... pendant plus de trente ans la portion de la parcelle 1462, dont il revendique la propriété, les premiers juges ont admis une preuve conforme au texte de la loi et qu'ils n'auraient pu rejeter sans commettre un véritable déni de justice.

(La Semaine judiciaire, XVII [1895] p. 725 ss.)

---

22. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 25 avril 1896.

Droit d'antichrèse. Revendication, par le créancier antichrésiste, de la propriété des revenus de l'immeuble contre tout saisissant.

Le 28 octobre 1895, Jacot a fait saisir au préjudice de Perron, propriétaire à Drize, les sommes dues à ce dernier par dame Perron en qualité de locataire, pour avoir paiement de la somme de fr. 2601. 50 qui lui est due par Perron. Muller a revendiqué le loyer saisi en vertu d'un droit d'antichrèse qui lui a été concédé par Perron afin d'assurer le service régulier des intérêts d'une obligation hypothécaire de fr. 10,000. Jacot a contesté cette revendication; en conséquence, Muller a cité Perron et Jacot en justice pour entendre déclarer fondé le droit d'antichrèse auquel il prétend sur les revenus de l'immeuble. Il produit, à l'appui de sa demande, un acte reçu par X. notaire, le 19 avril 1895, par lequel les mariés Perron ont, pour assurer le service régulier des intérêts d'une obligation par eux souscrite en sa faveur, déclaré lui remettre, à titre d'antichrèse, la jouissance de l'immeuble possédé par les mariés Perron à la Côte de Drize. Cet acte contient les clauses suivantes. Pour l'exercice de l'antichrèse, les parties déclarent constituer comme gérants de l'immeuble MM. X. et Y., régisseurs associés, qui sont autorisés à faire toutes locations, passer tous baux pour le temps, à telles personnes, et aux prix, charges et conditions qu'ils aviseront, les renou-

veler ou les résilier, exiger ou recevoir tous loyers et fermages, en donner quittance; sur les revenus nets de l'immeuble remis en antichrèse, soit après prélèvement des charges de toute nature, MM. X. et Y. s'obligent à payer les intérêts de la présente obligation ainsi que de toutes autres pouvant grever l'immeuble et ce, dans l'ordre de leur rang hypothécaire, le solde des dits revenus nets sera, s'il y a lieu, remis chaque année à M. Perron.

Jacot a opposé à la revendication de Muller que l'antichrèse n'est pas opposable aux tiers, parceque Muller n'a jamais été en possession de l'immeuble, qu'il ne peut exercer sur l'immeuble aucun droit de rétention et qu'il ne peut pas en jouir. Muller n'aurait pas la simple faculté de percevoir les fruits et de les imputer sur les intérêts qui lui seraient dus annuellement. L'antichrèse n'est qu'une délégation de fruits ou de loyers à concurrence de ce qui est du au créancier antichrésiste, dans l'espèce, à concurrence des intérêts annuels seulement. La saisie peut donc porter sur les loyers, défalcation faite des droits du créancier antichrésiste.

Le Tribunal de 1re instance a débouté Muller de sa revendication par les motifs que l'acte invoqué par lui n'est pas un acte d'antichrèse parceque Muller n'est pas en la possession de l'immeuble, qu'il constitue plutôt une cession de créance par Perron au profit de Muller, le droit de ce dernier ne pouvant s'exercer que sur le solde net des loyers après désintéressement des créanciers hypothécaires qui le priment, et que Muller ne saurait donc prétendre à un droit de propriété sur les loyers dus par dame Perron.

La Cour de justice civile a réformé ce jugement et déclaré fondé Muller à revendiquer les loyers saisis.

Motifs: C'est un principe général, en matière de nantissement, que les parties contractantes peuvent convenir que le gage sera remis en mains d'un tiers qui le détient aux lieu et place du créancier (art. 210 C. O., art. 2076 C. civ.).

La constitution de X. et Y., comme régisseurs, pour le compte du créancier et du débiteur, n'est donc pas une violation de la règle aux termes de laquelle le privilège ne subsiste qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession du créancier.

Cette règle, du reste, contenue dans l'art. 2076 C. civ., ne concerne que le nantissement des choses mobilières.

Il n'est pas possible de voir dans quelles dispositions de loi les premiers juges ont pris les arguments pour refuser la nature de l'antichrèse à l'acte du 19 avril 1895.

En effet l'art. 2085 s'exprime ainsi:

„L'antichrèse ne s'établit que par écrit. Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance."

On ne trouve dans cette disposition, ni la nécessité de la remise de la chose en mains du créancier gagiste ni, comme condition nécessaire, que ce dernier habite ou ait le droit d'habiter l'immeuble.

L'acte du 19 avril 1895 est donc bien un acte d'antichrèse et en doit ressortir les effets.

La question de savoir si un créancier antichrésiste a un droit de préférence sur les fruits et revenus de l'immeuble, ou si les créanciers chirographaires ont le droit de faire saisir les fruits non encore échus ni perçus à l'effet de les partager entre eux contributoirement avec le créancier antichrésiste, est une question controversée en droit français.

Quelques auteurs, se fondant sur ce que l'antichrèse n'est qu'une simple délégation de fruits et ne donne pas au créancier le *jus in re* sur l'immeuble, et sur ce qu'une délégation ne peut avoir d'effet qu'à mesure que les fruits échoient ou se perçoivent, décident que le créancier antichrésiste n'a aucun droit de préférence sur les créanciers, même chirographaires et postérieurs, et qu'il est obligé de venir à contribution avec eux. (Deloincourt, cours du Code civil, I, III, p. 218 n. 3.)

Cette opinion ne doit pas être suivie, car elle est fondée sur plusieurs erreurs.

En premier lieu, Pothier, dont les rédacteurs du Code civil se sont constamment inspirés, reconnait au droit d'antichrèse le caractère de droit réel (Oeuvres de Pothier, éd. Bugnet, I, IX p. 485).

L'al. 1 de l'art. 2087 montre que le créancier antichrésiste jouit d'un véritable droit de rétention et que les rédacteurs du Code ont admis le système de Pothier (cfr. Proudhon, de l'usufruit, I, n. 87 s. Mourlon, I, III p. 492).

En second lieu, il est inexact de prétendre qu'on ne peut déléguer que des revenus échus, aucune disposition de la loi n'interdit de déléguer une créance telle que des appointements, une rente dont les prestations ne sont exigibles qu'au fur et à mesure de leurs échéances; au contraire, ces sortes de créances sont fréquemment l'objet de délégations dont la validité est reconnue.

Enfin, il serait tout à fait extraordinaire que le législateur eût organisé, en apparence pour assurer une garantie au créancier, un système qui en réalité lui aurait causé un préjudice plus considérable que la situation de simple créancier chirographaire, puisque non seulement l'infortuné créancier antichrésiste n'aurait aucune préférence sur les créanciers chirographaires même plus récents que lui, mais il serait encore tenu, sous peine de dommages-intérêts (art. 2086), de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble, de pourvoir à son entretien et aux réparations utiles et nécessaires, et il devrait faire l'avance de tous ces frais sans avoir la certitude d'être jamais remboursé puisque de nouveaux créanciers chirographaires pourraient toujours venir lui enlever, sinon la totalité, au moins une grande partie des revenus.

Le créancier antichrésiste a donc certainement le droit de revendiquer contre tout saisissant la propriété des revenus pour autant qu'ils lui ont été cédés en payement des intérêts et au besoin du capital de sa créance.

Mais, Jacot fait en outre valoir que Muller n'aurait droit qu'aux intérêts de sa créance et que, ces intérêts une fois prélevés sur le revenu annuel de l'immeuble, il reste une somme qui peut être saisie.

Muller prétend avoir le droit de revendiquer la totalité des revenus en vertu de la clause de l'acte d'antichrèse aux termes de laquelle X. et Y. se sont engagés à répartir ce revenu aux créanciers hypothécaires dans l'ordre de leurs inscriptions et à remettre le solde, s'il y en a un, à Perron.

Il s'agit donc de savoir si cette clause, qui paraît accorder aux créanciers hypothécaires dont l'inscription prime celle de Muller un privilège sur les revenus de l'immeuble que ne leur assurait pas leur hypothèque, est valable et opposable à Jacot.

Il est d'abord constant et établi par un compte, versé aux débats par X. et Y. et non contesté par les parties, que les revenus de l'immeuble en 1895, une fois les charges et les intérêts du créancier de premier rang payés, ne laissent disponible qu'une somme très inférieure à celle qui serait nécessaire pour payer les intérêts dus à Muller et que, par conséquent, la clause par laquelle Muller a promis de remettre à Perron le solde des revenus, s'il y a lieu, est actuellement sans portée.

Si donc la revendication de Muller ne devait pas être admise, la saisie porterait presque sur les sommes servant

à payer les intérêts du créancier de premier rang, celui-ci n'étant pas payé de ses intérêts poursuivrait la vente de l'immeuble hypothéqué, Perron perdrait sa propriété et Muller son gage.

Perron et Muller avaient donc un intérêt certain à assurer le paiement des intérêts dus au créancier de premier rang, l'acte par lequel ils ont assuré le paiement n'est pas attaqué comme ayant été fait en fraude des droits des créanciers; enfin, il n'est pas contraire aux règles de l'antichrèse.

En effet, les parties auraient pu valablement stipuler que tous les revenus de l'immeuble seraient attribués à Muller en compensation des intérêts de sa créance (art. 2089) et celui-ci en aurait pu disposer comme il l'aurait voulu; on ne voit pas pourquoi, dès lors, Muller ne pourrait pas s'engager, à l'égard de Perron, à consacrer une partie de ses revenus à payer les intérêts du créancier de premier rang hypothécaire.

C'est là une convention absolument licite et qui est opposable à Jacot comme à tout autre créancier et généralement, à tout tiers quelconque.

(La Semaine judiciaire XVIII p. 334 ss.)

---

23. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 3. September 1895.

Pfandrecht an vertraglichen Zubehörden, wiefern selbständig realisierbar.

J. Würthner liess auf der bereits stark hypothecierten Brauerei der Wwe Bauder für eine Forderung an diese einen Schuldbrief errichten und die zum Betriebe eines Gasthofes dienenden Möbel mitverpfänden. In dem bald darauf über die Schuldnerin ausgebrochenen Konkurse erreichten die Angebote auf die verpfändete Liegenschaft die Summe der dem Schuldbriefe des W. vorangehenden Vorstände nicht, der Schuldbrief des W. wurde also nicht angeboten, worauf das Konkursamt diesem mitteilte, dass sein Pfandrecht an dem Gasthofmobiliar durch Untergang des Pfandrechts an den Mobilien hinfällig geworden sei. Hiegegen erhob W. Klage und verlangte Schutz seines Pfandrechtes an dem mitverpfändeten Mobiliar. Beide Instanzen wiesen die Klage ab, das Obergericht mit folgenden

Motiven: Es ist lediglich zu entscheiden, ob dem Kläger an den ihm mit der Liegenschaft als Zubehörden verpfändeten beweglichen Sachen ein selbständiges Pfandrecht in dem Sinne zustehe, dass er, nachdem die Liegen-

schaft ohne diese Zubehörden versteigert worden, gleichwohl die letzteren bezw. deren Erlös zur Deckung seiner zu Verlust gekommenen grundversicherten Forderung beanspruchen könne. Dies ist zu verneinen.

Indem das zürch. pr. G. B. § 52 und 55 den theoretisch allerdings zweifelhaften und bestrittenen Begriff der vertraglichen („gewillkürten") Zubehörde aufgenommen hat (vrgl. dagegen besonders Unger, System des österr. Pr. R. I § 55, Kohler im Jahrb. f. Dogmatik N. F. XIV S. 41, Regelsberger, Pandekten I S. 389), wollte und konnte es damit nicht ein selbständiges (Mobiliar-)Pfandrecht an den durch Parteivereinbarung als Zubehörden erklärten Gegenständen einführen, da dem die Bestimmung des Art. 210 O. R. entgegengestanden wäre. Vielmehr folgt aus dem auch auf sog. vertragliche Zubehörden Anwendung findenden Begriff der Pertinenz, als einer Sache, die vermöge ihrer Zweckbestimmung, einer anderen (der Hauptsache) zu dienen, als zu dieser gehörig betrachtet wird und das rechtliche Schicksal derselben teilt, dass das Immobiliarpfandrecht an Liegenschaften auch die zu ihnen, sei es Kraft Gesetzes oder Vertrags gehörenden an sich beweglichen Zubehörden ergreift, wie dies auch in Art. 37 Sch. und K. Ges. bezüglich des Ausdruckes „Grundpfand" gesagt ist. Hieraus ergiebt sich aber mit Notwendigkeit die weitere Konsequenz, dass eine selbständige (gesonderte) Realisierung des an der Zubehörde als solcher bestehenden Pfandrechtes neben und unabhängig von der Realisierung des Pfandrechts an der Liegenschaft nicht zulässig sein kann; denn nicht nur muss das Pfandrecht an einer Liegenschaft und ihren Bestandteilen und Pertinenzen als ein einheitliches und unteilbares angesehen werden, sondern eine Ausscheidung im angedeuteten Sinne, durch gesonderte Liquidation der Hauptsache und der Zubehörde, stände auch im Widerspruch mit dem Begriff und Wesen der letzteren, da hiedurch deren Zugehörigkeit zur Hauptsache mit der Bestimmung, ihren Zwecken zu dienen, ja gerade aufgehoben würde. Das an der Zubehörde begründete Immobiliarpfandrecht kann auf bewegliche Sachen nur insoweit seine Wirkung ausüben, als deren Eigenschaft als Zubehörde in Betracht kommt, woraus folgt, dass auch bei der Realisierung demselben nicht die (weitergehenden) Wirkungen eines reinen Mobiliarpfandrechtes beigemessen werden dürfen.

Ist dies bei den eigentlichen (gesetzlichen) Zubehörden wohl nicht zweifelhaft, so muss es in gleicher Weise auch für die sog. vertraglichen gelten. Der begriffliche Unterschied

zwischen beiden Arten ist nur darin zu finden, dass bei den gesetzlichen die an sich vorhandene reale Zweckbeziehung einer beweglichen Sache zu einer unbeweglichen die Pertinenzqualität ohne weiteres (ipso jure) erzeugt, während bei den sog. vertraglichen Zubehörden der genannten Voraussetzung nur dann diese rechtliche Wirkung zukommt, wenn dies von den Parteien gewollt und in den vom Gesetze (§ 55) vorgeschriebenen Formen erklärt worden ist. Ist dies geschehen, so besteht ein praktisch erheblicher Unterschied zwischen ihnen nur noch in so weit, als die vertragliche Zubehörde eben nur im Verhältnisse der Parteien als solche behandelt wird, also nur da, wo die Interessen desjenigen, zu dessen Gunsten sie kreiert worden ist, in Frage kommen. Dies hat aber zur notwendigen Folge, dass bei einer Pfandverwertung auf dem Wege der Versteigerung solche vertragliche Zubehörden nur unter der Voraussetzung als solche behandelt und mit der verpfändeten Liegenschaft versteigert werden dürfen, dass ein die Forderung, zu deren Sicherung sie bestellt worden, wenigstens teilweise deckendes Angebot, gleichviel von welcher Seite, erfolgt. Geschieht dies nicht, wie es hier der Fall war, so verlieren die betreffenden Gegenstände den Charakter von Zubehörden und das an ihnen bestandene Pfandrecht geht unter, da sie eben nur als solche, und nicht als selbständige bewegliche Sachen verpfändet werden konnten.

Eine Minderheit wollte das Pfandrecht an dem Mobiliar schützen: § 52 des pr. G. B. geht davon aus, dass auch die in ihm genannten Sachen wie die des § 50 Pertinenzqualität besitzen, daher unter die Ausnahmsbestimmung des Art. 211 O. R. fallen, dass aber bei denselben, im Gegensatz zu den sog. gesetzlichen Zubehörden, die Ausdehnung der über die Hauptsache vorgenommenen Verfügung auf die Pertinenz nicht präsumiert werde. Der Unterschied ist also nicht der Art, dass er die Zulässigkeit der Verpfändung ohne Besitzübertragung in Frage stellen könnte. — Die Zubehörde, wenn sie auch der Hauptsache dient, ist von dieser verschieden und als Sache für sich zu behandeln. Wird eine Liegenschaft mit der Zubehörde verpfändet, so haftet dem Pfandgläubiger nicht ein einheitliches ungeteiltes Pfandobjekt, sondern die Sicherheit besteht in mehreren von einander verschiedenen Pfändern. Nun ist klar, dass bei Verpfändung mehrerer Gegenstände der Fortfall des einen Pfandobjekts noch keineswegs auch hinsichtlich der andern den Untergang

des Pfandrechts bewirkt. Es kann sich also nur fragen, ob für die Verpfändung von Hauptsache und Zubehörde ausnahmsweise eine abweichende Behandlung Platz greifen muss. Richtig ist, dass ein Verzicht auf das Pfandrecht an der Liegenschaft auch die Haftung der Zubehörde beseitigt. Dagegen fehlt es an jedem innern Grunde, um das Pfandrecht an der Pertinenz auch da für erloschen zu erklären, wo dasjenige an der Liegenschaft wider den Willen des Gläubigers, speziell infolge ungenügenden Angebots bei der Verwertung, dahingefallen ist.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV [1895] S. 333 ff.)

24. Kanton Luzern. Entscheid der Justizkommission vom 13. Dezember 1894.

Unstatthaftigkeit eines possessorischen Rechtsmittels gegen Nichthaltung eines Konkurrenzverbotes.

Gebrüder B. verkauften i. J. 1892 ihr Haus mit Käserei an Fritz St. unter der Kaufbedingung, dass „Verkäufer im bisher innegehabten Milchgeschäftskreise kein gleichartiges Geschäft betreiben dürfen und sich verpflichten, dem Käufer bei der Ausübung seines Milch- und Käsereigeschäftes in keiner Weise Konkurrenz zu machen.“ Bald darauf verkaufte St. die Liegenschaft weiter an Frau K. F. und deren Söhne und trat den Käufern alle ihm aus dem Erwerbsakte von 1892 zustehenden Rechte bezüglich Konkurrenz gegenüber den früheren Eigentümern Gebr. B. förmlich ab. Da nun Gebr. B. gleichwohl „ein gleichartiges Sennereigeschäft im gleichen Milchgeschäftskreise“ eröffneten, suchte Frau F. um Erlass eines Verbotes nach, dass den Gebr. B. untersagt sei, ein Milchkonkurrenzgeschäft für den Umkreis, für welchen sie sich beim Verkaufe des Hauses an Senn St. gegenüber diesem verpflichtet haben, zu betreiben. Dieses Gesuch wurde jedoch erst- und zweitinstanzlich abgewiesen, von der Justizkommission mit der Erwägung:

Dass, abgesehen davon, ob die Rekurrenten (Frau F. und Söhne) überhaupt legitimiert sind, von den heutigen Opponenten (Gebr. B.) die Erfüllung der erwähnten Kaufbedingung zu beanspruchen, hinsichtlich des fraglichen Konkurrenzverbotes zweifelsohne kein Besitzes-, sondern lediglich ein obligatorisches Verhältnis vorliegt, somit von einer Störung

des bisherigen Besitzstandes gegenüber den Rekurrenten, welche gemäss §§ 317 ff. des C. R. V. den Erlass eines Verbotes begründen könnte, gar nicht die Rede sein kann, und die Rekurrenten ihre Ansprüche eventuell auf dem Wege des ordentlichen Civilprozesses geltend zu machen haben.

(Verhdlgn des Oberger. und der Justizkomm. 1894, S. 177 f.)

25. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 6 juillet 1896.

Droit de préférence soit de préhemption. Nature juridique de ce droit.

En 1889, J. Archinard a remis à bail à G.-M. Narbel un immeuble pour le terme de dix ans. A son article 6, le bail stipule ce qui suit:

„Le preneur aura en tout temps, pendant la durée du bail, la préférence à prix égal, sur tout autre amateur, en ce qui concerne l'acquisition de l'immeuble où sont situés les locaux loués."

En 1895, Narbel apprit qu'Archinard était entré en tractations avec M. F. pour la vente de l'immeuble et lui demanda des renseignements. Archinard lui répondit qu'il y avait effectivement promesse de vente avec F., mais qu'il était libre d'agir selon son gré, l'article 6 du bail n'ayant aucune valeur juridique. Malgré la protestation de Narbel, Archinard vendit définitivement à F. l'immeuble. Narbel a ouvert action à Archinard, en concluant au paiement de fr. 1800 à titre de dommages-intérêts pour violation de convention. Archinard a soutenu que la clause 6 du bail constituait une promesse de vente régie par les dispositions du Code civil vaudois, promesse qui se prescrit par six mois, et le tribunal de première instance a admis cette théorie et débouté le demandeur. Le tribunal cantonal a admis le recours de Narbel et réformé le jugement en ce sens qu'il a condamné Archinard à payer au demandeur la somme de mille francs à titre de dommages-intérêts.

Motifs: Considérant que la promesse de vente immobilière du droit vaudois est un contrat solennel, défini à l'article 1114 du Code civil.

Qu'aux termes de l'art. 1115 C. c., le droit qui résulte d'une telle promesse de vente consiste ou à faire prononcer qu'au refus par l'autre partie de procéder à la passation de

l'acte authentique de la vente, le jugement en tiendra lieu et en aura tous les effets; — ou à faire condamner la partie qui se refuse à l'exécution de la promesse, aux dommages et intérêts, — le tout au choix du demandeur.

Qu'ainsi la promesse de vente résultant de l'art. 1114 C. c. confère un droit réel sur la chose en faveur du promettant-acquéreur, qui a le droit absolu, inéluctable pour sa contre-partie, de se faire adjuger la propriété de l'immeuble.

Que dès lors, pour que la clause 6 du bail du 31 mai 1889 puisse être envisagée comme une promesse de vente immobilière, au sens de cet article 1114 du Code civil, il faudrait qu'elle concédât un tel droit au locateur Narbel.

Que ce n'est nullement le cas, puisque Archinard restait en tout temps libre de conserver son immeuble et de répondre qu'il ne vendait à personne, Narbel n'ayant, par la dite clause, d'autre droit que celui de préférence, à prix égal, vis-à-vis d'un autre amateur.

Qu'il résulte ainsi, de ce qui précède, que la théorie juridique du défendeur A., quant à la qualification de la convention, ne saurait être accueillie comme fondée.

Que le droit vaudois ne pouvant recevoir d'application en l'espèce, il y a lieu de voir si la clause en question constituerait un contrat susceptible d'une obligation à la charge de la partie A., au regard des dispositions du droit fédéral.

(Le jugement, considérant que toute chose peut faire l'objet d'un contrat, à moins qu'elle ne soit impossible, illicite ou contraire aux bonnes mœurs, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, et qu'aux termes des art. 111 et 112 toute obligation de faire et de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution imputable au débiteur, est parvenu au résultat sus-indiqué.)

(Journal des tribunaux, XLVI [1896] p. 633 ss.)

---

26. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 23. Juli 1896.

Forum domicilii oder forum rei sitæ?

Der im Kanton Aargau wohnhafte E. Ullmer schuldete seiner kinderlosen Schwester, Frau Challande, laut Obligo vom 1. August 1886 ca. fr. 33,000. Kapital- und Zinszahlung wurde ihm bis auf bessere Vermögenszustände gestundet. Beim Tode der Frau Ch. wurde der Erbteil des Ullmer auf Fr. 65,000 festgesetzt und der Witwer Ch. zur Sicherstellung dieses Kapitals

verpflichtet, unter Abrechnung der Schuld von Fr. 33,000, so dass der auf die in Zürich befindlichen Liegenschaften des Ch. errichtete Versicherungsbrief auf Fr. 63,000. — minus fr. 33,000. — lautete. Ch. verlangte nun aber, dass auch die seit 1886 aufgelaufenen Zinsen an dem Versicherungsbriefe abgeschrieben werden, und erhob die Klage darauf vor Zürcher Gericht. Der Beklagte bestritt die Kompetenz dieses Gerichts. Die erste Instanz erklärte sich inkompetent, die zweite dagegen nahm die Kompetenz der Zürcher Gerichte an.

Motive: Die Ansicht der ersten Instanz, dass die streitige Forderung, deren Abrechnung der Kläger verlange, eine persönliche Ansprache sei und nach Art. 59 B. V. am Wohnort des Beklagten angebracht werden müsse, wäre richtig, wenn die Klage auf Bezahlung der Forderung gerichtet wäre. Sie geht aber darauf, dass die grundversicherte Forderung des Beklagten um den Betrag der klägerischen Forderung gekürzt und das Pfandrecht am Notariatsprotokoll für diesen Betrag gelöscht werde. Gemäss § 92 zürch. Einf.-Ges. zum Schuldbetr.- und Konk.-Ges. kann bei pfandversicherten Forderungen die Klage „betreffend Forderungsrecht" am Orte, wo sich das Pfand befindet, angehoben werden. Dies muss auch da gelten, wo, wie hier, der Schuldner einer grundversicherten Forderung die Feststellung ihres Umfangs bezw. die Abschreibung eines Teils derselben am Pfandprotokoll verlangt. Allerdings setzt diese Feststellung hier voraus, dass der Richter auch über die Existenz der klägerischen Forderung entscheide, zu deren Beurteilung, wenn sie selbständig eingeklagt würde, er nicht kompetent wäre. Allein es handelt sich hier bloss um einen Incident- oder Präjudizialpunkt, zu dessen Beurteilung, soweit sie für den Entscheid über den Klaganspruch notwendig ist, der für den letzteren zuständige Richter befugt ist, ohne dass es hiefür seiner speziellen örtlichen Kompetenz bedürfte.

Die Frage, ob § 92 des Einf.-Ges. mit Art. 59 B. V. vereinbar sei, hat die bundesrätliche Praxis von jeher bejaht, und ebenso hat das Bundesgericht (Entsch. III Nr. 77) entschieden, dass auch die Klage auf Löschung des Pfandrechts bezw. Herausgabe der Pfandurkunde zum Zwecke der Löschung am Gerichtsstande des Pfandortes angebracht werden könne.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XV [1896] S. 251 f.)

27. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 4. Juni 1895.

Zulässigkeit einer Klagergänzung.

Kläger hatte den Beklagten auf Restitution eines angeblich widerrechtlich zurückbehaltenen Erbschaftsguthabens belangt und adzitierte durch Klagesupplement noch zwei weitere Erben. Der Beklagte verweigerte die Einlassung auf das eröffnete Klagesupplement, weil schon lis contestata vorliege, nach dieser aber eine Klageverbesserung unzulässig sei, und zwar in casu um so mehr, als das Klagesupplement in Wirklichkeit den Inhalt des Klagschlusses verändere, bezw. erweitere. Der Beklagte wurde aber zur Einlassung auf das eröffnete Klagesupplement verhalten.

Motive: Nach § 95 C. R. V. ist vorliegend Litispendenz eingetreten, dagegen noch nicht Litiskontestation erfolgt, indem letztere erst in dem Momente eintritt, wann die (einlässliche) Rechtsantwort auf die Klage eingereicht worden und aus dem Schriftenwechsel sich ergiebt, was unter den Parteien eigentlich streitig ist, nicht aber schon dann, wenn unter diesen erst noch im Vorverfahren über Voraussetzungen des Prozesses gestritten wird, und in concreto nicht ersichtlich ist, dass Beklagter vor der Zustellung des Klagesupplements eine einlässliche Rechtsantwort abgegeben hatte.

Abgesehen davon, ob in dem Klagesupplement nicht bloss eine formelle Klageverbesserung enthalten sei, die eventuell beim Gerichtsvorstande selbst hätte angebracht werden können, stand der Zulässigkeit einer Abänderung der Klage in der hier in Betracht kommenden Richtung, sollte man darin auch eine materielle Aenderung erblicken, deshalb nichts im Wege, weil der Beklagte eben bis anhin sich auf die Klage in der Hauptsache noch nicht eingelassen hatte und er durch die Abänderung in seiner Verteidigung nicht verkürzt wird.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 97 f.)

---

28. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 31. August 1895.

Beweisthema.

Der Kläger E., Inhaber einer Gerberei, kauft jeweilen im Frühjahr von den Landwirten seines Bezirkes Baumrinde zum Betriebe seines Geschäftes. Gegen die beiden Beklagten machte er eine Schadenersatzforderung geltend, gestützt auf die Behauptung, sie hätten bei seinen Kunden Rinde gekauft

und dabei vorgegeben, er (Kläger) sei jetzt fort und mache in diesem Geschäfte nichts mehr. Die Beklagten bestritten diese ihnen zur Last gelegte Aeusserung. Das Bezirksgericht erliess darauf das Beweisdekret:

„Der Kläger hat zu beweisen, dass ihm die Beklagten widerrechtlich Schaden zugefügt oder ihn durch unerlaubte Handlungen in seinen persönlichen Verhältnissen ernstlich verletzt haben."

Dieses Urteil wurde auf erhobenen Rekurs aufgehoben und das Bezirksgericht angewiesen, den Parteien nur Beweise für bestimmte Thatsachen aufzulegen.

Motive: Nach § 340 Rpf. G. dürfen Beweise nur für erhebliche streitige Thatsachen auferlegt oder abgenommen werden. In dem angefochtenen Beweisdekret wird aber ganz allgemein für den gesetzlichen Thatbestand der Art. 50 ff. O. R. Beweis auferlegt. Aus der Zulässigkeit einer derartigen Beweisauflage würde folgen, dass zur Begründung einer Klage im Beweisverfahren noch Thatsachen beigebracht werden könnten, die in der Hauptverhandlung weder vorgebracht worden sind noch mit den daselbst vorgebrachten Thatsachen in Verbindung stehen, und dass es zur Gutheissung einer Schadenersatzklage wegen unerlaubter Handlung keiner Darstellung des thatsächlichen Klagfundamentes in der Hauptverhandlung, sondern lediglich einer Anführung der betr. Gesetzesbestimmungen bedürfte.

Der dem Kläger aufzuerlegende Beweis hätte sich einfach darauf beschränken sollen, ob sich die Beklagten dahin geäussert haben, der Kläger handle nicht mehr mit Rinde, ferner ob und event. in welcher Höhe ihm hieraus ein Schaden entstanden sei.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch. XIV [1895] S. 308.)

---

29. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 10. Januar 1895.

Beweisthema.

Das St. Gallische Gesetz über die Erbfolge enthält folgende Bestimmungen:

„Art. 231. Nur dasjenige kann in keine Abrechnung kommen, „womit der Erblasser ausdrücklich eine dieser Personen begünstigen „wollte und gesetzlich konnte, oder wovon das Gesetz erklärt, dass „es von der Abrechnung ausgenommen sei."

„Art. 232. Zu ersterm gehören jene Schenkungen, welche der „Erblasser aus dem Teile seines Vermögens, worüber er frei ver-

„fügen konnte, zu Gunsten eines Kindes oder des überlebenden „Ehegatten machte und wobei er ausdrücklich erklärte, dass es „dem Begünstigten zum voraus gehören solle."

Im Streite lag nun, was der begünstigte Erbe zu beweisen habe, um die „ausdrückliche" Willensmeinung des Erblassers zu erhärten. Das Kantonsgericht erklärte:

Gegenstand des Beweises ist im streitigen Falle nicht die Absicht des Erblassers, den Beschenkten zum voraus zu begünstigen, welche Absicht in manchen Fällen aus Inzichten geschlossen und mit dem Eide des Beschenkten, dass sich der Erblasser ihm gegenüber so ausgesprochen habe, erhärtet werden könnte; sondern der Beschenkte muss die Thatsache beweisen,

dass der Erblasser seine Absicht, den Beschenkten mit der Schenkung zum voraus zu begünstigen, ausdrücklich erklärt habe.

Der Inzichtenbeweis für das Vorhandensein der Begünstigungs-Gesinnung und -Absicht beim Erblasser bildet keinen halben Beweis zum angetragenen Erfüllungseid des Beschenkten, dahin lautend, der Erblasser habe ihm ausdrücklich erklärt, dass ihm die Schenkung zum voraus gehören solle.

(Entsch. des Kantonsgerichts des Kant. St. Gallen i. J. 1895, S. 3 f.)

30. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 25. mai 1896.

Preuve testimoniale tendant à établir les qualités d'un cheval et du cocher.

Veuve Perroux a actionné Duc et Jaccard et conclu à ce qu'ils soient condamnés à lui payer fr. 500 à titre de dommages-intérêts pour le préjudice causé à sa fille mineure par le fait et la faute de Duc, cocher, domestique de Jaccard. Les défendeurs, à l'appui de leurs conclusions libératoires, ont allégué, puis demandé à prouver par témoins les faits suivants:

Nr. 22. Le cheval que Duc conduisait est un cheval sage, tranquille et qui n'est pas difficile à conduire;

Nr. 23. Duc connaissait bien les chevaux; il est expérimenté et a l'habitude de conduire.

Veuve Perroux s'est opposée à cette preuve par le motif que ces allégués renferment des appréciations qui, à elles seules, tranchent en partie la question de droit dont dépend

le sort du procès. Les deux instances ont repoussé cette opposition, le Tribunal cantonal par les motifs suivants :

Considérant que l'allégué 22 tend à établir un ensemble de qualités bien précisées, dont la preuve ne saurait résulter que de témoignages.

Que cet allégué ne comprend aucune appréciation juridique ou technique.

Que l'expertise, étant la constatation ou l'appréciation technique d'un état de fait actuellement existant, ne pourrait plus porter sur un état déjà ancien et qui a pu facilement changer.

Que les qualités alléguées étaient de nature à tomber sous les sens de chacun.

Qu'enfin l'admission de ce fait n'aura nullement pour effet de trancher le procès.

Considérant que l'allégué 23 a pour but d'établir que le défendeur Duc était un bon cocher.

Que les termes de cet allégué constituent bien l'appréciation d'une succession de faits, mais que cette appréciation n'a, en l'espèce, rien de juridique ni de technique.

Que cet allégué a de l'importance en la cause.

Qu'il ne peut être prouvé autrement que par témoins.

Qu'enfin son admission par le premier juge n'aura point pour effet de trancher le sort du procès, ni de limiter l'appréciation de la cause par l'instance supérieure.

(Journal des tribunaux XLIV p. 394 ss.)

---

31. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 5 mai 1896.

Preuve testimoniale contre et outre le contenu à un acte sous seing privé.

Entre P. Grosjean et J.-B. Naturel il a été convenu, le 30 mai 1894, par acte signé par les deux parties que Naturel prêtera à Grosjean la somme de fr. 10,000 afin de lui faciliter les débuts d'une fabrique d'horlogerie à Geneveys-sur-Coffrane; qu'en garantie de ce prêt, Naturel prendra une hypothèque en second rang sur la fabrique que Grosjean se propose de construire dans cette localité; que si le prêteur n'effectuera pas son prêt quand la fabrique sera terminée, il sera passible d'un versement de fr. 3000 à Grosjean. Lorsque la fabrique était bâtie, Naturel refusa de verser les fr. 10,000, en se fondant sur le moyen qu'il a consenti le prêt au vu des plans

primitifs et après avoir entendu les déclarations de Grosjean que la construction ascendait à fr. 65,000 environ, mais que ces plans ont été considérablement diminués et la construction n'a coûté en réalité que fr. 30,000 à peine. Grosjean a formé demande contre Naturel en payement de fr. 3000. Celui-ci a excipé les faits susmentionnés niés par Grosjean et offert de les prouver par preuve testimoniale. Le demandeur s'y oppose en alléguant que Naturel cherchait à prouver par témoin contre et outre le contenu à l'acte du 30 mai 1894. En réponse à cette opposition, Naturel fait valoir que l'acte de 1894 est évidemment incomplet, puisque la valeur de l'immeuble à bâtir n'y est pas déterminée; il va sans dire qu'il n'était pas indifférent à Naturel, qui s'engageait à prêter fr. 10,000 en seconde hypothèque, que la fabrique eût une valeur quelconque, de fr. 500 par exemple; il est donc nécessaire d'interpréter la clause y relative qui est par trop sommaire; ce n'est pas prouver contre le contenu d'un acte que de préciser, grâce à la preuve testimoniale, la portée et la véritable signification de clauses ambigües. — Le Tribunal a rejeté cette exception.

Motifs: Attendu que Naturel allègue qu'il ne veut pas prouver contre et outre le contenu de l'acte du 30 mai 1894, mais interpréter et préciser, au moyen de la preuve testimoniale, une clause ambigüe et par trop sommaire de l'acte;

Qu'il suffit à dire qu'il n'est pas possible, sous couleur d'interprétation d'une clause obscure, de donner à l'acte, par le moyen de la preuve testimoniale, une portée et une signification qui modifient profondément son contenu, car ce serait prouver directement contre et outre le contenu d'un acte.

Que tel serait bien le cas en l'espèce, puisqu'il s'agirait de prouver que Naturel n'était obligé à prêter la somme de fr. 10,000, que si la construction de la fabrique coûtait fr. 65,000. (Jugements du Tribunal cantonal, IV p. 220 ss.)

32. Kanton Zürich. Urteil des Kassationsgerichtes vom 22. Juni 1896.

Beweiskraft eines in einem früheren Prozesse abgegebenen Zeugnisses für einen spätern Prozess.

Eine Verpflichtung des Richters im Civilprozesse, Zeugenaussagen, die in einem früheren Prozesse gemacht wurden, hinsichtlich ihrer Beweiskraft solchen gleichzustellen, die vor ihm selbst in dem eben schwebenden Verfahren geschehen, kann nicht anerkannt werden. Jede Zeugenaussage ist ein

Produkt der Umstände, die sie begleiteten; sie kann beeinflusst sein von der Stellung der Parteien oder von deren Ziel, das in der Art der Fragestellung zum Ausdruck kommt; die Parteien können deshalb vom Richter nicht verlangen, dass er einer Zeugenaussage Glauben schenke, auf welche vielleicht fremdartige Umstände eingewirkt haben. Diese Zumutung ist im Civilprozesse um so weniger zulässig, als das Gesetz dem urteilenden Richter die Pflicht und damit auch das Recht einräumt, die Zeugeneinvernahme zu überwachen (§ 385 G. b. Rechtspfl.). Allerdings erleidet die Regel Ausnahmen, indem Einvernahmen vor der unteren Instanz auch ür die obere Instanz gelten und die in einem anderen Gerichtskreise wohnenden Zeugen durch Vermittlung des Richters ihres Wohnorts einvernommen werden können. Aber auch diese Ausnahmefälle machen, wenn der Richter es für geboten hält, der Regel wieder Platz, indem sowohl der Appellationsinstanz gestattet ist, einvernommene Zeugen nochmals einzuvernehmen (§ 677 G. b. Rpfl.), als alle auswärts wohnenden Zeugen vor den urteilenden Richter geladen werden dürfen (§ 372 G. b. Rpfl.).

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XV [1896] S. 248.)

---

33. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 10. Januar 1895.

Unfähigkeit eines Zeugen bei gleich naher Verwandtschaft mit beiden Parteien.

In der Lehre über den gemeinen ordentlichen Civilprozess ist die Frage kontrovers, ob der Zeuge, der wegen Verwandtschaft mit dem Beweisführer auf Begehren des Beweisgegners ausgeschlossen werden muss, dadurch zu einem fähigen Zeugen werde, dass er mit dem Beweisgegner selbst ebenfalls in gleichem Grade verwandt ist.

Diese Frage ist auch in der neuern Gesetzgebung und da, wo sich das Gesetz darüber nicht ausdrücklich ausspricht, in den Kommentaren und in der Gerichtspraxis teils bejahend, teils verneinend gelöst.

In der bürgerlichen Prozessordnung von Thurgau von 1867, Art. 193, heisst es:

„Wenn das Verwandtschaftsverhältnis eines angerufenen Zeu-
„gen gegenüber den beiden streitenden Parteien, und das Interesse
„desselben am Ausgange des Prozesses unter allen Umständen

„das nämliche ist, so kann die Zulässigkeit eines solchen Zeugen „keine begründete Anfechtung erleiden."

Im Zürcherischen Rechtspflegegesetz von 1875, Art. 366, heisst es dagegen:

„Als Zeugen dürfen nicht abgehört werden: Die Verwandten „(Bluts-, Adoptiv- und Stiefverwandten) und Verschwägerten des „Beweisführers in auf- und absteigender Linie, seine Brüder und „Schwestern, sein Ehegatte, seine Schwäger und Schwägerinnen. „Wenn aber in besondern Fällen das Gericht die Abhörung solcher „Personen zur Aufklärung nötig erachtet, so können dieselben ein„vernommen und deren Aussagen mit der nötigen Vorsicht berück„sichtigt werden."

Und im Kommentar von Dr. Streuli Note 1:

„Ein Zeuge, welcher wegen Verwandtschaft mit dem Beweis„führer ausgeschlossen werden muss, wird dadurch, dass er mit „dem Beweisgegner im gleichen Grade verwandt ist, keineswegs „zu einem fähigen Zeugen."

Das Kantonsgericht hat sich dieser letztern Ansicht angeschlossen und einen Zeugen, der mit dem Beweisführer in einem in Art. 156 litt. a proc. civ. vorgesehenen Grade verwandt war, nicht zugelassen, wiewohl er auch mit dem Beweisgegner gleich nahe verwandt war.

Motive: Die gegenteiligen Gesetzesbestimmungen (z. B. Thurgau) scheinen auf der Annahme einer kompensationsweisen Ausgleichung des nach beiden Richtungen bestehenden Verwandtschaftsverhältnisses und der aus dem Verwandtschaftsverhältnisse abgeleiteten Befangenheit des Zeugen zu beruhen. Diese Annahme beruht indessen auf einer thatsächlich und erfahrungsgemäss nicht zutreffenden Voraussetzung und führt zu einer ungleichen Behandlung der Prozessparteien, zu einer Besserstellung des Beweisführers gegenüber dem Beweisgegner. Der erstere hat die freie Wahl, den beidseitig gleich nahe verwandten Zeugen zu produzieren oder fallen zu lassen, je nachdem er annimmt, dass der Zeuge trotz der gleich nahen Verwandtschaft ihm günstiger gesinnt sei, als dem Beweisgegner; dieser letztere dagegen muss sich den Zeugen gefallen lassen, der ihm trotz der gleich nahen Verwandtschaft ganz ungünstig gesinnt sein kann, und sieht sich, um ihn auszuschliessen, auf den schwierigen Beweis des Ausstellungsgrundes nach Art. 156 f proc. civ. verwiesen.

Eine solche kompensationsweise Ausgleichung der nach beiden Seiten waltenden verwandtschaftlichen Befangenheit

würde voraussetzen, dass die vom Gesetzgeber aus dem Verwandtschaftsverhältnis abgeleitete Befangenheit eines Zeugen zu Gunsten der mit ihm verwandten und zu Ungunsten der nichtverwandten Partei in Wirklichkeit und überhaupt in allen Fällen vorhanden und dass der Grad dieser verwandtschaftlichen Befangenheit überhaupt auch mit dem Verwandtschaftsgrade und innert dem nämlichen Grade gleichmässig gegenüber Allen desselben Grades vorhanden wäre. Dann allerdings wäre mit der gleich nahen Verwandtschaft gegenüber beiden Parteien auch der nämliche Grad der Zuverlässigkeit des Zeugen gesichert. Aber diese Voraussetzungen treffen in Wirklichkeit nicht zu, weder in den ganz nahen, noch auch unter den entferntern Verwandtschaftsgraden, wie auch innert den zur Zeugenausschliessung berechtigenden Verwandtschaftsgraden eine Befangenheit des Zeugen zu Gunsten der verwandten Partei durchaus nicht immer vorhanden ist.

Siehe hierüber auch: Deutsche Civilprozessordnung Art. 41 Ziff. 1 (Richterausstand), 336, 348 (Zeugen). Die Motive zu diesen Artikeln S. 417. Kommentar Petersen ad Art. 41 Ziffer 1. Note II 1, Note II 2, Seite 70/71, Hellmann ad Art. 41 Ziff. 1 S. 172, Note 1 ad Art. 348, Ziff. 3 S. 237. Note 2 litt. C.

(Entsch. des Kantonsgerichts des Kant. St. Gallen i. J. 1895, S. 4 f.)

34. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts vom 14. Mai 1895.

Beeidigung der auf Requisition eines deutschen Gerichts einvernommenen Zeugen unzulässig.

Ein deutsches Gericht ersuchte das Kantonsgericht um die nachträgliche Beeidigung von Zeugen, welche das letztere bereits früher ohne Beeidigung im Auftrage desselben Gerichts einvernommen hatte. Das Kantonsgericht fragte das Obergericht an, ob es diesem Gesuch entsprechen solle, und das Obergericht verneinte es, indem es ausführte:

Die Beeidigung ist nicht von einer Partei und nicht aus dem Grunde beantragt worden, weil die Glaubwürdigkeit der in Frage stehenden Aussagen bezweifelt wurde, sondern der Richter wünscht diese Beeidigung von sich aus, weil nach der deutschen Civilprozessordnung die Zeugen überhaupt vor ihrer Aussage zu beeidigen sind. Es handelt sich also um die prinzipielle Frage, ob der Schaffhauser Richter gehalten ist, ausländischen Gerichten gegenüber in Gewährung der Rechtshilfe so weit zu gehen, dass er Zeugen beeidigt, auch

ohne dass ein berechtigter Zweifel an der Glaubwürdigkeit ihrer Aussagen besteht.

Diese Frage ist dem Obergericht schon wiederholt vorgelegen und von ihm stets verneint worden. Nach dem allgemeinen Grundsatz locus regit actum hat jede Prozesshandlung nach den Formvorschriften zu geschehen, die für das handelnde Gericht Gesetz sind; zum mindesten gilt das für alle Vorschriften, denen ein bestimmtes Prinzip zu Grunde liegt. In untergeordneten Nebendingen mag einem requirierenden Gericht entgegengekommen werden. Ein solches untergeordnetes Nebending ist aber die Beeidigung von Zeugen vor ihrer Abhörung nicht. Es handelt sich hier vielmehr um ein gar nicht unwichtiges Prinzip. Indem unser Gesetzgeber die Zeugenbeeidigung nur nach schon abgegebener Aussage und nur aus ganz besonders gewichtigen Gründen zulässt, hat er damit einen Grundsatz öffentlichen Rechtes aufgestellt, der absolute Geltung hat und den unseren Gerichten unterstehenden Personen den öffentlich-rechtlichen Anspruch erteilt, ihr Zeugnis ohne vorherige Beeidigung abzugeben. Wenn ein Angehöriger unseres Kantons trotzdem von einem hiesigen Gericht unter Abverlangen des vorangehenden Eides einvernommen werden sollte, so hätte er das Recht, dagegen als gegen eine Verletzung eines ihm zustehenden Rechts zu protestieren und wenn nötig auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses Schutz zu suchen.

(Amtsbericht des Obergerichts für 1895, S. 73 ff.)

---

35. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 19. September 1895.

Schiedseid. Formulierung.

Kläger schob dem Beklagten den Schiedseid über folgenden Schwörsatz zu:

„Im vorigen Jahr hat Kläger dem Beklagten an Banknoten „und Barschaft Fr. 1656 übergeben mit dem Auftrage, das Geld „aufzubewahren und dem Kläger jeweilen davon zu geben, wenn „er Geld brauche.

Beklagter soll schwören, dass das nicht wahr sei.“ Hierauf gab Beklagter folgende Erklärung ab: „Kläger gab mir etwas Geld, aber nicht so viel; wie viel, weiss ich nicht. Das mir abgegebene Geld wurde zudem verrechnet.“

Kläger opponierte dem Schlusssatze und verlangte dessen Streichung, indem dieser Satz eine selbständige Schutz-

behauptung des Beklagten enthalte, für die Beklagter beweispflichtig sei.

Die erste Instanz gestattete den Schlusssatz, das Obergericht aber erklärte ihn als unzulässig.

Motiv: Es erscheint nicht zulässig, dass wenn der Kläger für seinen Klaganspruch zum Beweise durch Eid schreitet, dann der Beklagte zugleich mit der Leistung des ihm deferierten Eides auch eine Einrede in erster Linie beschwöre, welche von ihm selber gerade zu dem Zwecke aufgeworfen worden, um den klägerischen Anspruch zu vernichten, indem vielmehr es dem Beklagten überlassen werden muss, für diese seine Exception selbständig den Beweis, sei es durch Eidesdelation oder auf anderem Wege zu erbringen.

(Verhandl. des Obergerichts und der Justizkomm. v. J. 1895, S. 140 f.)