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: 18 (1899)

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: 08.01.2026

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

Schweizerische Rechtspflege.

A. Civilrecht.

1. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom 5. Juni 1897.

Administrativ- oder Justizsache?

J. Kyburz besitzt zu Erlinsbach, wo sich der Schiessplatz des Waffenplatzes Aarau befindet, ein Heimwesen. Gestützt darauf, dass bei den Schiessübungen Geschosse über sein Heimwesen hinwegfliegen und mitunter sogar in sein Haus einschlagen, so dass er und seine Angehörigen bei Feldarbeiten gehindert und persönlich gefährdet seien, hat er bei dem Gerichtspräsidium von Aarau ein Verbot erwirkt, wodurch das Schiessen über sein Grundstück mit Androhung einer Busse untersagt worden ist. Gegen dieses Verbot schlug der Regierungsrat des Kantons Aargau Recht vor: die Schiessübungen würden von den Verwaltungsbehörden kraft der einen Bestandteil der Staatshoheit bildenden Militärgewalt angeordnet. Diese Massnahmen der Verwaltungsbehörden könnten nicht auf dem ordentlichen Civilrechtswege angefochten werden. Der davon Betroffene möge den Weg der Administrativbeschwerde betreten. Somit sei das Verbot als von einer inkompetenten Behörde erlassen aufzuheben. Eventuell hätte sich das Verbot gegen den Bund richten müssen, der die militärischen Uebungen abhalten lasse. Dieser Beschwerde hat das Obergericht keine Folge gegeben.

Motive: Die Passivlegitimation des Staates Aargau ist begründet. Abgesehen davon, in welchem Grade er noch als Inhaber der Militärhoheit zu betrachten ist, hat er die Unverletzlichkeit des in seinem Gebiete gelegenen Eigentums jeder Privatperson zu gewährleisten (Art. 22 der Staatsverfassung). Der Staat Aargau ist Eigentümer des Schiessplatzes, als solcher ist aber der Fiskus den zutreffenden Bestimmungen des Gesetzes (§ 480 ff. des bürg. G.-B.) ebensogut unterworfen wie der Private.

Der Verbotnehmer behauptet, dass er durch die Schiessübungen in der ungehinderten Ausübung seines Eigentums-

rechts gestört werde. Gegenstand seiner Beschwerde gegenüber dem Staate bildet somit eine Privatrechtsverletzung, nicht ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur. Dies ist sachentscheidend.

Ob die Eigentumsstörung von Privaten oder von staatlichen Organen in Ausübung gewisser staatlicher Hoheitsrechte begangen werde, fällt nicht in Betracht. Denn das streitige Rechtsverhältnis wird durch die Eigenschaft des Verletzenden seinem Wesen nach nicht verändert.

Jeder Eigentümer hat gesetzlich geschützten Anspruch auf ungehinderte Benutzung seines Eigentums „seinem Rechte nach" (§ 480 bürg. G.-B.). Wer ihn in dieser Benutzung stört, greift in seine Privatrechtssphäre ein. Das durch diesen Eingriff zwischen dem Verletzer und dem Verletzten entstehende Streitverhältnis ist demzufolge ebenfalls privatrechtlicher Natur. Der Eigentümer, der sich zur Wehre setzt, strebt den Schutz seines Privatrechtes an und dieser wird auf dem ordentlichen Civilprozesswege gewährt.

Daraus folgt, dass das vorwürfige Streitverhältnis keine Administrativ-, sondern eine Civilprozesssache und deshalb der ordentliche Civilrichter zu dessen Prüfung und Beurteilung kompetent ist. Das Verbot ist mithin grundsätzlich gerechtfertigt. (Zeitschr. des Bern. Jur. Ver., XXXIV S. 105 ff.)

---

2. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 2. Juni 1896.

Rechtsbeständigkeit einer Verordnung.
Unmöglichkeit der Delegation seiner gesetzgeberischen Befugnisse durch den Grossen Rat an die Regierung.

Der Kläger, am 26. Mai 1893 als Sträfling in die kantonale Strafanstalt eingetreten, belangte nach seiner Entlassung den Fiskus auf Rückerstattung von Fr. 740.—, die ihm am 19. Juli 1893, als er in Civilkleidern zu einem Verhör vor das Verhöramt geführt worden war, bei seiner Rückkehr in die Anstalt von deren Direktion, weil das Geld sich in die Weste eingenäht vorfand, abgenommen worden waren. Diese Weste sei durch einen Angestellten der Strafanstalt in des Klägers Wohnung für diesen Gang nach dem Verhöramt geholt worden; ein Konfiskationsrecht stehe dem Staate nicht zu. Der Fiskus bestritt in erster Linie die Kompetenz des Richters, machte aber dann weiter materiell geltend, dass dem Kläger die Weste schon bei seinem Eintritt in die Strafanstalt am 26. Mai

abgenommen worden sei und Kläger bei Auffindung des Geldes zugestanden habe, es schon vorher im Centralgefängnis eingenäht zu haben. Nach § 93 der Strafhausordnung vom 13. Januar 1893 falle von den Sträflingen verheimlichtes Geld in die Unterstützungskasse, und durch § 104 sei dem Justizdepartement der Erlass der nötigen Spezialreglemente übertragen; hievon liege hier ein Anwendungsfall vor. Das Obergericht erklärte die Klage als begründet.

Motive: Die Kompetenzbestreitung wird verworfen, weil es sich hier um einen Eingriff in ein Privatrecht handelt, über dessen Berechtigung die Gerichte zu entscheiden haben.

Die erste Instanz hat das Zutreffen der Strafhausordnung aus dem Grunde verneint, weil sie die in § 15 des Kr.-Str.-G. für die Strafanstaltsverordnungen und Reglemente vorgesehene Genehmigung durch den Grossen Rat erst am 27. November 1893 erhalten habe, während die Konfiskation schon am 19. Juli erfolgte. Zu dieser Zeit habe noch die Strafhausordnung von 1861 gegolten, die ein Konfiskationsrecht nicht kenne. Die Hausordnungen vom 1. September 1883 und 13. Januar 1893, die ein solches statuieren, seien vom Grossen Rat nie genehmigt worden und widersprechen der zur Zeit ihrer Erlassung geltenden Strafhausordnung.

Sobald man sich auf den Boden stellt, dass wenn die Strafhausordnung vom 13. Januar 1893 samt ihrem Konfiskationsrechte die grossrätliche Genehmigung schon zur Zeit der Konfiskation besessen hätte, letztere zulässig gewesen wäre, so ist die Argumentation des Bezirksgerichtes richtig. Allein die Appellationsinstanz kann sich hiebei nicht beruhigen. Wenn der § 15 Kr.-Str.-G. sagt, dass die Verordnungen und Reglemente über die innere Einrichtung und Beaufsichtigung der Strafanstalten, über die Vollziehung der verschiedenen Arten der Freiheitsstrafen u. s. f. dem Grossen Rate zur Genehmigung vorzulegen seien, so kann dies nicht den Sinn haben, dass nun eine jede Bestimmung, welche mit diesen Verordnungen und Reglementen die Genehmigung des Grossen Rates erhalten hat, ohne weiteres gegenüber den bestehenden Gesetzen aufrecht erhalten werden könne. Thatsächlich liegt in der durch die jetzige Strafhausordnung angedrohten Entziehung auch von Vermögen in unbegrenztem Masse eine eigentliche Strafe. Auch findet sich die Konfiskation im Pol.-Str.-G. § 4 unter den Strafen aufgezeichnet. § 21 desselben Gesetzes bestimmt nun ausdrücklich, dass die Konfiskation einzelner Sachen nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zur Anwendung komme und auf die im Gesetze be-

zeichneten Gegenstände beschränkt sei. Eine gesetzliche Bestimmung aber, nach welcher in einem Falle, wie der vorliegende es ist, Konfiskation einzutreten hätte, besteht im Kanton Luzern nicht. § 52 der Staatsverfassung bestimmt, dass alle Gesetze vom Grossen Rate einer doppelten Beratung unterworfen, und § 89 derselben setzt fest, dass dieselben dem Referendum unterstellt werden müssen. Die in Frage stehende Verordnung aber, die auch von Anfang an jedenfalls keinen Anspruch auf Gesetzeskraft machen wollte, wurde vom Grossen Rate ohne diese verfassungsrechtlichen Weiterungen, wie sie für Gesetze vorgesehen sind, genehmigt. Zu einer Delegation aber, direkt oder indirekt, wäre der Grosse Rat nicht befugt (§ 59 der Verfassung) und die Verordnungen des Regierungsrates dürfen weder der Verfassung noch den Gesetzen widersprechen.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. v. J. 1896, S. 39 ff.)

---

3. Canton de Vaud. Jugement de la Cour civile du 12 avril 1898.

Droit de propriété limité par celui du voisin.

Ch.-L. Senn a actionné la Société du Gaz à Vevey en demandant des dommages-intérêts pour ce que ses immeubles sont atteints et imprégnés d'une poussière noire provenant de l'usine à gaz. La défenderesse a conclu à libération des fins de la demande, en se fondant, entre autres, sur ce qu'elle n'a pas fait de sa propriété un usage illicite, non toléré par le Code civil vaudois. La Cour, en repoussant la conclusion libératoire de l'intimée, s'est prononcée sur ce point comme suit:

Il reste acquis au procès que ce sont essentiellement et surtout la manutention du coke et ses diverses manipulations à proximité de l'immeuble Senn, qui occasionnent le dépôt des poussières noires dont se plaint le demandeur.

Considérant que si l'article 345 C. c. vaudois dispose que la propriété est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les réglements, ce droit est évidemment limité par celui du voisin, qui jouit d'une liberté pareille.

Qu'ainsi, en l'espèce, et bien qu'il n'ait pas été démontré que la Société du Gaz ait contrevenu à une loi ou à un réglement déterminé, il devra être admis qu'elle a agi sans droit, si par suite de l'exploitation industrielle qui s'exerce dans son immeuble, elle a restreint le droit de propriété, égal au sien, de son voisin Senn.

Que le fait d'exploiter une usine ou un commerce de combustibles n'est en rien contraire à la loi, pas plus d'ailleurs que la production de poussières nuisibles ou incommodes, à la condition que ces poussières ne nuisent qu'au titulaire de l'industrie et n'incommodent que lui.

Que si, par contre, de telles poussières sont produites de façon à ce que nécessairement, et d'une manière qui pouvait et devait être prévue, elles s'échappent sur des immeubles voisins, s'y déposent et y occasionnent un dommage, il y a là une atteinte au droit d'autrui, un acte illicite.

Que tel est bien le cas en l'espèce . . . .

(Journal des Tribunaux, XLVI p. 402 ss.)

---

4. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts v. 16. Juli 1897.

Eigentum an Quellen. Priorität.

J. Huwiler in Alikon hat gegen die Wasserversorgungsgesellschaft daselbst klagend angebracht, in seiner Bergmatte sei seit unvordenklicher Zeit eine Quelle mit einem Gehalt von mindestens 35 Minutenlitern zu Tage getreten, die er, bezw. seine Rechtsvorgänger, in eine Dohle gefasst haben; sowohl als Eigentümer des Grundstücks, als dadurch, dass er die Quelle gefasst, habe er das Eigentum an derselben erlangt. Die Wasserversorgungsgesellschaft habe in der Bergmatte der Ortsbürgergemeinde Alikon in der Entfernung von ca. 20 Schritten von seiner Quelle Wasser hervorgegraben und dadurch seine Quelle abgegraben und zerstört. Er verlangt Ersatz des Wertes der Quelle mit Fr. 1200. Das Obergericht hat diese Klage abgewiesen.

Motive: Die Wasserversorgungsgesellschaft hat die Quelle, die sie in das Dorf hineingeleitet, im Grundstück der Gemeinde Alikon gefasst, dieselbe befand sich also im Eigentum der Gemeinde, denn nach § 454 des bürgerlichen Gesetzbuches erstreckt sich bei einem Grundstück das Eigentum nicht allein auf die Oberfläche, sondern auch aufwärts in den Luftraum und niederwärts in die Tiefe. Es war daher die Gemeinde, resp. die im Einverständnis mit ihr handelnde Gesellschaft berechtigt, die fragliche Quelle zu fassen und abzuleiten, selbst wenn letztere früher in der Bergmatte des Klägers zum Vorschein gekommen ist. Der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem eine Quelle vorhanden ist, sei es, dass dieselbe da ihre natürliche Ergiessung findet, sei es, dass sie auf diesem Grundstück gegraben wird, ist auch Eigentümer

der Quelle, weil dieselbe als Bestandteil des Bodens zu betrachten ist.

Allerdings geht es nicht an, dass durch diese Fassung und Benutzung der Quelle wohlerworbene Rechte Dritter verletzt werden. Der Kläger hat aber das im Streit liegende Wasser noch gar nie benutzt, und es kann deshalb nicht gesagt werden, dass er auf die Quelle ein lediglich ihm zustehendes Recht erworben habe. Wohl hat er das Wasser in eine Dohle gefasst, aber nicht um es zu benutzen, sondern um es von seinem Grundeigentum wegzuleiten und dieses vor Versumpfung zu bewahren. Seine Behauptung, dass er es gefasst habe, um es der Familie Sch. zum Bewässern ihrer Wiese zu überlassen, ist ohne Gewicht, auch erhebt diese Familie gar keinen Rechtsanspruch auf das Wasser. Die Beklagte hat daher dadurch, dass sie die Quelle gefasst und abgeleitet hat, keine Rechtsverletzung begangen.

(Zeitschr. des bern. Jur.-Ver., XXXIV S. 107 ff.)

---

5. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts v. 26. Nov. 1897.

Eigentum an Quellen. Zugehörigkeit derselben zu dem Bach, in den sie fliessen.[1])

R. Wirz ist Eigentümer eines Wäldchens, aus dem zwei Quellen in den sogen. Hermenbach fliessen; dieser Bach wird in die Ruderchen übergeleitet und treibt mit dieser das Wasserwerk der Gebrüder Diener. Wirz wollte über die zwei Quellen verfügen, aber die Gebrüder D. bestritten ihm das Recht dazu, weil das Wasser derselben seit unvordenklichen Zeiten einen Bestandteil des Hermenbaches bilde, dieser gegenüber dem variierenden Wasserstand der Ruderchen den Vorteil der gleichmässigen Beständigkeit und der ziemlich hohen Temperatur im Winter habe und daher für ihr Wasserwerk seit 1839, wo die Zuleitung des Hermenbaches in die Ruderchen zu diesem Zwecke erfolgt sei, notwendig sei. Auf die Klage des Wirz erkannte das Obergericht:

Es ist konstatiert, dass die beiden streitigen Quellen einen Bestandteil des Hermenbaches bilden. Der Hermenbach selber ist ein öffentliches Gewässer im Sinn von § 79 des Baugesetzes. Derselbe wird auch durch den Zufluss der zwei streitigen Quellen alimentiert, sie gehören zum Quellengebiet

---

[1]) Vergl. das Neuenburger Urteil in dieser Zeitschr. N. F. XVII S. 104.

des Hermenbaches. Deshalb ist aber der Eigentümer dieser beiden Quellen nach Vorschrift des § 479 bürg. G.-B. und §§ 79 und 80 des Baugesetzes im Verfügungsrechte des Quellwassers, das nach dem Verlassen des Grundstücks in ein öffentliches Gewässer fliesst, beschränkt. Wohl darf er diese Quellen benutzen, ableiten aber darf er sie nicht, sofern dadurch der allgemeine Gebrauch und die Ausübung der besondern Rechte an dem Hermenbach ganz oder wesentlich gehindert, d. h. sofern dadurch den Beklagten die konzessionsgemässe Ausübung ihrer Rechte an dem Hermenbach entweder unmöglich gemacht oder sie darin doch wesentlich beschränkt würden.

Im Falle der Ableitung der zwei Quellen würde, laut vorgenommenen Messungen, der Wasserbestand des Hermenbaches geschmälert. Ob nun aber dadurch die konzessionsgemässe Ausübung der Rechte der Beklagten am Hermenbach unmöglich gemacht oder doch wesentlich beschränkt würde, kann ohne genaue Untersuchung des gesamten Quellengebietes, des Wasserbestandes überhaupt und des Wasserwerkes der Beklagten mit Sicherheit nicht beurteilt werden. . . . .

In allen diesen Beziehungen soll daher ein Gutachten Sachverständiger eingeholt werden.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXIV S. 115 ff.)

---

6. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 14. Mai 1897.

Verwirkung von Grundeigentum durch Nichtwahrung des Rechts gegenüber unrichtiger Neukatastrierung.

Zwischen den an der Staatsstrasse in Rorschach gelegenen Häusern zum „Kettenhaus“ und zum „Merkur“ hindurch führt das sogen. „Kettenhausgässchen.“ Dieses ist von altersher allseitig als öffentliches Eigentum anerkannt worden und hat von jeher dem öffentlichen Verkehre zwischen der Staatsstrasse und den nordwärts der beiden Liegenschaften gelegenen Quartieren gedient. In den Kauf- und Pfandverschreibungen waren die beiden Liegenschaften nicht als aneinander, sondern als an das Gässchen anstossend bezeichnet. Bei der 1875—1880 durchgeführten Katasteraufnahme und Neuvermarkung in der Gemeinde Rorschach ist von den hiefür bestellten Beamten (es blieb unermittelt, aus welchem Grund und auf wessen Veranlassung) das Gässchen als zur Kettenhausbesitzung gehörend zugemessen, eingetragen und

vermarkt worden. Demgemäss ist in den seitherigen vom Gemeinderat gefertigten Handänderungs- und Pfandverschreibungen über die Kettenhausbesitzung diese einschliesslich des Gässchens als an die Merkurbesitzung anstossend bezeichnet worden. So auch im Kaufbriefe des gegenwärtigen Eigentümers A. Dieser will nun in seinem am Gässchen gelegenen Hofe ein Gebäude aufführen, wobei er die gesetzliche Bauentfernung von der jenseitigen Grenze des Gässchens, d. h. von der Eigentumsgrenze der Merkurbesitzung bemisst. Hiegegen erhebt der Eigentümer des Merkur Einspruch, indem das Gässchen nicht Eigentum der Kettenhausbesitzer sei und A. die gesetzliche Entfernung vom Gässchen weg in der eigenen Besitzung zu suchen habe. Aus diesem Streit nahm die politische Gemeinde Rorschach Veranlassung zu einer Vindikationsklage gegen den Kettenhauseigentümer auf das Gässchen, wobei sie geltend machte, durch den Kataster von 1880 sei das Eigentum am Gässchen nicht verändert worden, denn wenn das Eigentum der Gemeinde am Gässchen damals bekannt war und man eine Entäusserung desselben beabsichtigte, so hätte das nur in den im Handänderungsgesetze vorgeschriebenen Formen (Fertigung) geschehen können, und Grundeigentumserwerb im Wege der Ersitzung sei durch dieses Gesetz ausdrücklich ausgeschlossen; wenn aber das Eigentum der Gemeinde am Gässchen nicht bekannt war, so habe dem Katastereintrag ein auf die Eigentumsübertragung gerichtetes rechtsgültiges Rechtsgeschäft gefehlt, und ohne solches komme dem Eintrag die Bedeutung einer Eigentumsübertragung nicht zu. Zudem sei die Erstellung des Katasters mehrfach fehlerhaft.

Das Kantonsgericht hat die Vindikation abgewiesen.

Motive: Die Unhaltbarkeit der klägerischen Rechtsauffassung ergiebt sich schon aus den Konsequenzen, die daraus für die Rechtsordnung im Grundeigentums-, im Handänderungs- und Hypothekarwesen entstehen müssten. Das würde die Autorität der amtlich geführten, mit öffentlichem Glauben versehenen Grund-, Handänderungs- und Hypothekarbücher, somit die wesentlichsten Grundlagen des Bodenkredites bleibend in Frage stellen; — in offenem Widerspruche mit der Rechtsauffassung der Gegenwart, wonach gerade durch solche öffentliche und staatlich kontrollierte Katasterwerke, durch die vollständige Neuvermessung und Buchung des gesamten Grundbesitzes in einer Gemeinde die zuverlässigste Ordnung in die bezüglichen Eigentumsverhältnisse gebracht wird und werden soll.

Die Klägerin scheint nur solche Handänderungen vor Augen zu haben, die auf rechtsgeschäftlichem Wege zu Stande kommen, bezw. angestrebt werden. Sie lässt dabei ausser Beachtung, dass Grundeigentum, wie andere Rechtsgüter, Sachen, Rechte und Forderungen, unter gewissen Voraussetzungen auch infolge blosser Nichtwahrung der darauf bestehenden Ansprüche verwirkt werden und infolge dessen einem an sich Nichtberechtigten in der Weise zufallen kann, dass diesem daraus ein Rechtstitel auf die Anhandnahme desselben und auch auf die nachträgliche gemeinderätliche Zufertigung erwächst, falls eine solche noch nicht stattgefunden hat. (Art. 244 D Ziff. 3 litt. b Abs. 2 proc. civ.)

Das Gesetz über Handänderung von Liegenschaften hat den vertraglichen, bezw. den rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang zu regeln übernommen und nirgends bestimmt, dass das Grundeigentum nicht auch ohne Rechtsgeschäft, nicht auch ohne oder gegen den Willen des Eigentümers verwirkt werden kann.

Zur rechtsgeschäftlichen Entäusserung von Grundeigentum einer politischen Gemeinde bedarf es nach Art. 31 g im Organisationsgesetze allerdings der ausdrücklichen Beschlussfassung der politischen Bürgerversammlung, und eine vom Gemeinderat ohne solche Ermächtigung vorgenommene Entäusserung könnte von der Bürgerversammlung mit Erfolg angefochten werden. Wenn dagegen in den in Art. 120, 125, 127, 128 proc. civ. vorgesehenen oder in analogen anderen Fällen der Gemeinderat oder die von ihm hiemit betrauten Organe (Kommission, Gemeindammann, Bevollmächtigter, Anwalt oder Vertreter) in der ihnen kraft gesetzlicher oder vertraglicher, allgemeiner oder besonderer Mandatsstellung obliegenden Wahrung der Interessen ihrer Mandanten säumig sind, und wenn durch die Unterlassung notwendiger Rechtsvorkehrungen Rechte verwirkt werden, so geschieht das zum Nachteil der Mandanten bezw. der politischen Gemeinde; und diese kann die daherigen Rechtsnachteile nicht abwehren mit der Einrede, dass die säumigen Vertreter zur Saumsal, zur Nichtwahrung der ihnen anvertrauten Gemeindeinteressen, zur Herbeiführung der angedroht gewesenen und nun eingetretenen Rechtsnachteile keine Ermächtigung und keine Kompetenz gehabt haben.

Wenn daher der öffentlich aufgelegte Katasterplan und die jedem davon betroffenen Grundbesitzer zur Prüfung und eventuellen Bemängelung behändigten Güterzeddel durch deren Nichtanfechtung für die davon Betroffenen rechtsverbindlich

geworden sind, so kann sich weder die Bürgerversammlung, noch auch der Gemeinderat von Rorschach bei der erst jetzt geltend gemachten Eigentumsansprache auf das Kettenhausgässchen darauf stützen, dass der für die politische Gemeinde bestimmte Güterzeddel dem Gemeinderat nie zur Beratung vorgelegt, und dass die im Güterzeddel verzeigte Zumarkung des Gässchens an die Kettenhausbesitzung nie an die politische Bürgerversammlung zur Beschlussfassung geleitet worden sei. Das sind Unterlassungen, die der politischen Gemeinde gegenüber von demjenigen ihrer Amtsorgane zu vertreten sind, welches laut Gesetz oder Geschäftsordnung pflichtig gewesen wäre, die Vorlage beim Gemeinderate und bezw. bei der Bürgerversammlung zu besorgen und diese dadurch in den Stand zu setzen, ihre Rechte und Interessen rechtzeitig und wirksam zu wahren. So kann es allerdings auch dazu kommen, dass selbst untergeordnete Angestellte, die gar keine selbständigen Kompetenzen besitzen, unter Umständen durch ihre Saumsal, durch Nichtausführung der ihnen obliegenden Funktionen (Nichtabsendung von Briefen, Nichtabgabe von solchen, die sie für ihre Vorgesetzten in Empfang nehmen u. dergl.) den Verlust der wichtigsten Interessen herbeiführen. Nach der im Jahre 1874 beschlossenen Neukatastrierung sämtlicher Liegenschaften in der Gemeinde Rorschach hatte der Gemeinderat am 13. Januar 1877 beschlossen, das Verfahren des Art. 128 proc. civ. hinsichtlich der damals vollzogenen Neuvermarkung einzuschlagen. Doch wurde dieses Verfahren vom Gemeinderate selbst, auch gegenüber den Privatinteressenten, nicht in Anwendung gebracht. Nach Fertigstellung des neuen Katasters bezw. bei Auflage des neuen Katasterplanes begnügte sich der Gemeinderat damit, einerseits am 26. Januar 1880 allen Liegenschaftseigentümern das Verzeichnis ihrer Grundstücke in Form numerierter Güterzeddel zu behändigen mit der Einladung, allfällige Unrichtigkeiten innert vier Wochen anzumelden, und andererseits am 17. Februar 1880 durch seine Kanzlei auszukündigen, dass der Katasterplan vom 23. bis 28. desselben Monats zur Einsicht öffentlich aufliege, und dass die Grundbesitzer zur Einsichtnahme und zur nachherigen Unterzeichnung und Abgabe der Güterzeddel eingeladen seien. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob und in wie weit die durch den neuen Katasterplan betroffenen Privatgrundbesitzer gegenüber andern Privaten oder gegenüber der politischen Gemeinde wegen Nichteinhaltung des anfangs beschlossenen Verfahrens nach Art. 128 proc. civ. gegen die Rechtsverbindlichkeit der sie beschlagenden Ka-

tastereinträge und Güterzeddel mit Erfolg hätten auftreten können oder jetzt noch auftreten könnten.

Nachdem aber das anfangs in Aussicht genommene Verfahren nach Art. 128 proc. civ. von den eigenen mit der Neukatastrierung betrauten Amtsorganen der politischen Gemeinde selbst durch ein anderes Verfahren ersetzt worden ist, und zwar in der selbstverständlichen Meinung dieser Amtsorgane, dass dieses andere Verfahren hinsichtlich der Rechtsverbindlichkeit der publizierten Eintragungen mit demjenigen nach Art. 128 proc. civ. gleichbedeutend und gleichwertig sein solle, so kann es jedenfalls der politischen Gemeinde nicht zustehen, weder gegenüber dem eigenen Gemeinderate, noch auch gegenüber den Privaten aus der daherigen Unterlassung einen Rechtstitel zur Anfechtung abzuleiten; das um so weniger, als auch gar nicht anzunehmen ist, dass bei Einhaltung des Verfahrens nach Art. 128 proc. civ. für die politische Gemeinde, an deren Stelle ja doch nicht die Bürgerversammlung, sondern nur der Gemeinderat selbst das Nötige zur Wahrung ihrer Interessen hätte vorkehren können, dasjenige eher gethan worden wäre, was der Gemeinderat bei dem von ihm selbst eingeschlagenen bezw. gutgeheissenen Verfahren vorzukehren unterlassen hat. Nachdem der Gemeinderat den Privaten gegenüber das von ihm nachträglich eingeschlagene Verfahren als genügend und zweckentsprechend angesehen hat, würde es geradezu gegen die gute Treue verstossen, wenn er nun seinerseits die Anfechtung des Katasters auf seine selbst angeordnete Umgangnahme vom Verfahren nach Art. 128 proc. civ. stützen wollte.

Die Nichtanfechtung des neuen Katasterplanes und der betreffenden Güterzeddel, aus denen die Zuteilung des streitigen Gässchens zur Kettenhausbesitzung klar ersichtlich war — seitens der Amtsorgane der politischen Gemeinde, innert der von dieser selbst hiefür geöffneten nützlichen Frist und darüber hinaus noch innert mehr als ein und ein halb Jahrzehnt würde an sich genügen zur Verwirkung der vormaligen Eigentumsansprüche der politischen Gemeinde, selbst wenn die Richtigkeit dieser Güterzeddel auf diesen selbst nicht auch noch ausdrücklich durch die mit der Katastrierung besonders betraut gewesenen beiden Mitglieder des Gemeinderates unterschriftlich bestätigt worden wäre, denen allerdings zu einer rechtsgeschäftlichen Entäusserung des Strässchens die nötige Ermächtigung seitens des Gemeinderates und der Bürgerversammlung gefehlt hätte.

Hiezu kommt, dass seit der Katasterplanauflage die hier

in Frage kommenden Einträge, im besondern auch diejenigen betreffend das streitige Gässchen als zur Kettenhausbesitzung gehörend vom Gemeinderat auch in seiner Stellung als Hypothekar- und Handänderungsbehörde, sowohl am 23. August 1884, als am 16. Februar 1886 als richtig anerkannt, gehandhabt und demgemäss verschrieben worden sind; also bei Anlässen, wo ihm nach Art. 11 b, c Handänderungsgesetz neuerdings obgelegen hätte, die allfälligen Eigentumsansprüche der Gemeinde auf das Gässchen zu wahren.

(Entsch. d. Kantonsgerichts u. d. Rekurskomm. v. St. Gallen i. J. 1897, S. 50 ff.)

---

7. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 23. März 1897.

Zugrecht. Geltendmachung trotz Rückverkauf an den ersten Veräusserer.

Friedrich Hänni verkaufte am 18. Mai 1896 und fertigte am 9. Juni an Alexander Tschannen ein Wohnhaus mit Scheune. Der Bruder des Verkäufers, Alexander Hänni, kündigte am 11. Juni 1896 dem Käufer den Zug an, liess am 25. Juni die von ihm an den Käufer zu leistende Sicherheit (nach Satzung 830 C.) bestimmen und hinterlegte am 6. August den auf Fr. 1200 bestimmten Sicherheitsbetrag auf dem Richteramte. Schon am 10. Juni 1896 hatte aber Tschannen die Liegenschaft wieder an Friedrich Hänni zurückverkauft und sie ihm am 14. Juli gefertigt. Alexander Hänni klagte nun gegen seinen Bruder Friedrich auf Anerkennung des Zugrechts und Uebergabe der Liegenschaft. Der Beklagte bestritt, dass dem Kläger ein Zugrecht zustehe, weil letzterer dem Tschannen den Zug erst nach dem Rückverkaufe angekündigt habe, eventuell weil das Zugrecht durch den Rückkauf erloschen sei. Der Appellations- und Kassationshof sprach dem Kläger das Zugrecht zu.

Motive: 1. Dass die Ankündigung des Zugrechts erst nach dem Rückverkaufe erfolgt ist, ist für die Frage der Entstehung des Zugrechts unerheblich. Nach Satzung 819 C. entsteht das Zugrecht dem gesetzlich begünstigten Verwandten des Verkäufers in dem Augenblicke, in welchem dieser eine unbewegliche Sache einem Andern „überlassen“ hat, es entsteht also mit der Fertigung des bezüglichen Kaufvertrages. Die Zugsankündigung ist keine Voraussetzung des Zugrechtes, sondern bloss eine für die Ausübung bezw. Durchführung desselben notwendige Diligenz. Wäre sie übrigens zur Entstehung

des Zugrechts erforderlich, so wäre sie noch rechtzeitig erfolgt, indem die Liegenschaft erst am 14. Juli durch die Fertigung des Rückkaufvertrages in das Eigentum des Beklagten zurückgelangte.

2. Auch der Einwand, dass das Zugrecht durch den Rückkauf erloschen sei, ist nicht stichhaltig. Es ist nicht einzusehen, warum das einmal dem Verwandten des Verkäufers entstandene Recht durch einen Rückkauf erlöschen sollte. Wenn der Beklagte geltend macht, die Ausübung des Zugrechts hätte in vorliegendem Falle keinen Sinn, indem die vom Gesetzgeber mit diesem Institut verfolgte Absicht, Erhaltung des Immobiliarbesitzes in einer Familie, durch den Rückkauf bereits erreicht sei, so ist dagegen zu bemerken, dass der Gesetzgeber dem Verwandten des Verkäufers ein Recht gegeben hat, die verkaufte Liegenschaft an sich zu ziehen, und dass ohne eine dahinzielende gesetzliche Bestimmung, welche fehlt, nicht angenommen werden darf, dass er es in das Belieben des Verkäufers, der sich des Rechtes auf die Liegenschaft begeben, hat stellen wollen, dieses Recht illusorisch zu machen.

3. Der Beklagte bestreitet im weitern seine Passivlegitimation, indem nach Satzung 827 f. C. ein Rechtsverhältnis nur zwischen dem Züger und dem (ersten) Käufer begründet werde . . . Die von Leuenberger (Vorlesungen, II S. 485) und Kurz (Rechtsfreund, S. 233) aufgestellte Ansicht, das Zugrecht sei dinglicher Natur und könne deshalb nicht nur dem ersten, sondern auch jedem späteren Erwerber gegenüber geltend gemacht werden, ist insofern nicht ganz richtig, als das Zugrecht nicht als ein dingliches Recht, d. h. als ein Recht, das die Sache selbst unmittelbar zum Gegenstande hat, betrachtet werden kann, da sonst die Bestimmung der Satzung 831 C., worin der Käufer ausdrücklich verpflichtet wird, die Sache dem Züger an die Hand zu geben, überflüssig wäre. Darin aber ist den beiden Schriftstellern beizupflichten, dass das Zugrecht nicht nur dem ersten Käufer, sondern auch jedem späteren Erwerber der Sache gegenüber besteht. Es ergiebt sich dies aus Satzung 819 C., die das Zugrecht als das Recht bezeichnet, „in die Stelle des Käufers einzutreten“ und „die Kaufsache zu erwerben,“ welches Recht, wenn es nicht auch Dritten gegenüber wirken würde, in allen Fällen der Weiterveräusserung der Sache illusorisch wäre, was nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen haben kann. Man hat es hier also, analog dem Expropriationsrecht, mit einem zwar persönlichen, aber absoluten, d. h. gegenüber jedem Erwerber der Sache

wirksamen Anspruche, einer sogen. obligatio in rem scripta, zu thun (Stobbe, deutsches Privatrecht, II § 89).[1])

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXIV S. 30 ff.)

---

8. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 17. Januar 1898.

Wässerungsrechte. Mangel der Eintragung im Grundbuch.

Ein Liegenschaftseigentümer in der Gemeinde Riehen wollte zum Zwecke der Erstellung eines Hauses den auf seinem Grundstück befindlichen Wässerungsgraben entfernen und glaubte sich dazu berechtigt, weil keine bezügliche Servitut auf seinem Grundstück im Grundbuche eingetragen sei. Eine Anzahl von Grundeigentümern, deren Wässerungsanlagen damit zusammenhängen und die durch die beabsichtigte Ausfüllung des Grabens an ihrer Wässerung verhindert worden wären, erhoben hiegegen Klage, unter Berufung auf § 4 des Gesetzes betreffend die Nachbarrechte an Liegenschaften vom 26. September 1881,[2]) wonach diese Wässerungsrechte „Legalservituten," richtiger: Nachbarrechte seien, die keiner Eintragung im Grundbuch bedürfen, wie denn auch in der That das Justizdepartement bei Einführung des Grundbuchs in den Landgemeinden die von ihnen begehrte Eintragung abgelehnt habe. Das Civilgericht ging davon aus, diese Wässerungsrechte können nur als Servituten gedacht werden, der § 4 des angeführten Gesetzes handle nicht von dem Bestehen des Rechts, sondern von der Ausübung desselben, die Eintragung im Grundbuch sei also allerdings erforderlich gewesen, indessen falle die Unterlassung derselben nicht den Beteiligten zur Last, sondern der Behörde, jene dürften also nicht darunter leiden, sondern seien nach Analogie von § 11 Abs. 2 des Grundbuchgesetzes zu schützen. Das Appellationsgericht dagegen hat diese Wässerungsrechte als gesetzlich anerkannte Genossenschaftsrechte erklärt und aus diesem Grunde in Bestätigung des Dispositivs des erstinstanzlichen Urteils als zu Recht bestehend anerkannt.

---

[1]) Diese Konstruktion des Zugrechts sollte nach dem Aufsatze von Laband, die rechtliche Natur des Retrakts, im Archiv für die civilist. Praxis, LII S. 151 ff., nicht mehr aufrecht erhalten werden.

[2]) Dieser § 4 lautet: Wo Wässerungsanstalten bestehen, kann jeder berechtigte Landeigentümer das zum Wässern notwendige Wasser in einer bestimmten Kehrordnung beanspruchen und nötigenfalls die Mitbeteiligten zur Einhaltung einer solchen gerichtlich anhalten.

Motive: Diese Wässerungsrechte sind alte Gemeinschaftsrechte der zu Wässerungsgenossenschaften vereinigten Grundeigentümer, also genossenschaftliche Nutzungen des aus dem Riehenteiche abgeleiteten Wassers. Nicht kraft Servitut, sondern kraft Mitgliedschafts- (Genossen-) Rechts wurde die Wässerung von allen beteiligten Grundeigentümern ausgeübt, nach einer von der Genossenschaft aufgestellten Ordnung, die auf Gegenseitigkeit der Rechtsausübung und der Duldung beruhte und in den Gescheids-Protokollen aufgezeichnet war. Nachdem in neuerer Zeit der genossenschaftliche Verband gelockert war, hat das Gesetz über Nachbarrechte in § 4 diese genossenschaftlichen Rechte unter seinen Schutz genommen und jedem Beteiligten die Kehrordnung in analoger Anwendung des Nachbarrechtsprinzips garantiert. Darin ist allerdings auch die gesetzliche Anerkennung dieser Genossenschaftsrechte, wo sie noch durch fortdauernde Anstalten sich in Wirksamkeit erhalten haben, gegeben.

Wahrscheinlich aus diesem Grunde sind Wässerungsrechte am Rümelinbach, wo ein genossenschaftlicher Zusammenhang nicht mehr erkennbar und wirksam war, nicht als solche „Wässerungsanstalten" angesehen und deshalb in das Grundbuch eingetragen worden. Aber in den heute streitigen Verhältnissen ist diese genossenschaftliche Gestaltung noch wirksam; hier wäre auch die Behandlung der Wässerungsrechte als Servituten praktisch nicht empfehlenswert gewesen, da nun alle die vielen Parzellen, die an der Wässerung Anteil haben, gegenseitig als berechtigt und verpflichtet hätten im Grundbuch eingetragen werden müssen; es wäre aber auch grundsätzlich unrichtig gewesen, da dadurch die Einheit der ganzen Einrichtung zerstört worden wäre.

Bei dieser Auffassung des § 4 cit. wird es auch verständlich, warum bei Anlegung des Grundbuchs in der VII. und VIII. Sektion des Stadtbannes durch Beschluss des Regierungsrates vom 10. November 1875 die Wässerungsrechte ländlicher Grundstücke von der Eintragung im Grundbuch ausgenommen wurden, bei Einführung des Grundbuchs in den Landgemeinden am 11. Juni 1883 aber dieser Vorbehalt nicht mehr gemacht wurde. Im Jahre 1875 bestand eben das Gesetz über Nachbarrechte noch nicht, man konnte daher über die Behandlung dieser Wässerungsrechte im Zweifel sein, der Regierungsrat musste da für die grundbüchliche Regelung eine Weisung erteilen, und er erteilte sie in richtiger Würdigung der Sachlage zu Gunsten der Nichteintragung. Im Jahre 1883 aber war die Frage dadurch erledigt, dass nun die Wässerungs-

rechte durch das Nachbarrechtsgesetz den gesetzlichen Nachbarrechten gleichgestellt waren; darum konnte der Vorbehalt wegbleiben. Damit ist auch die von der ersten Instanz aus dieser Thatsache gezogene Folgerung hinfällig.

Mit dieser Auffassung der Wässerungsrechte ist gegeben, dass sie keiner Eintragung im Grundbuch unterliegen, und daher das Rechtsbegehren der Kläger schon darum gutzuheissen, ohne dass auf die Analogie des § 11 Grundbuchgesetzes rekurriert werden muss.

Dieses Resultat ist auch um so unverfänglicher, als kein davon betroffener Grundeigentümer behaupten kann, er sei durch die Nichteintragung im Grundbuch in Irrtum versetzt und widerrechtlich geschädigt worden. Denn es handelt sich um sichtbare Wässerungsanstalten, die jeder Eigentümer bei Erwerb seiner Liegenschaft kannte. Und der Beklagte behauptet selbst nicht, diese Last nicht gekannt zu haben, sondern er will sich davon befreien, weil er das Land zu Bauzwecken verwenden will und behauptet, dass für die veränderten wirtschaftlichen Bedürfnisse und Zwecke diese Wässerungsrechte nicht mehr passen. Hiefür kann aber nicht die Hülfe des Gerichts angerufen werden, sondern wenn wirklich eine Aufhebung der Wässerungsrechte aus diesem Grunde durch die Ausdehnung städtischer Bauten auf den Landbezirk geboten erscheint, so muss dies auf gesetzgeberischem Wege durch Authebung des § 4 des Nachbarrechtsgesetzes nötigenfalls mit Ablösung der genannten Rechte geschehen.

---

9. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes von 1897.

Servitut. Deren sichtbare Darstellung auf dem *herrschenden* Grundstücke.

Von dem Wohnhause der Klägerinnen führt ein eingezäunter Weg durch deren Garten und von da über einen vor der Scheune des Nachbars, des Beklagten, gelegenen, diesem gehörenden Platz in einen Flurweg. Die Klägerinnen beanspruchten ein Fusswegrecht und gründeten ihren Anspruch darauf, dass eine körperliche Anstalt vorhanden sei, die das Bestehen der Servitut bekunde, nämlich dieser eingezäunte Weg, der keinen andern Zweck haben könne als für die Bewohner des klägerischen Hauses einen Ausgang über den Platz vor der Scheune zu eröffnen. Dadurch sei der Eintrag der Servitut im Grundbuch unnötig, und sie (Klägerinnen)

seien bei der Servitut, die sie seit 1838 regelmässig in gutem Glauben und unangefochten ausgeübt haben, zu schützen. Der Beklagte bestritt, dass die Servitut durch eine sichtbare Anstalt dargestellt sei. Eine solche Anstalt müsste sich auf der dienenden Liegenschaft befinden, aber ein auf dem Lande der Klägerinnen angelegter Weg könne nicht als solche gelten, umsoweniger als Beklagter gegen dessen Erstellung kein Einspracherecht gehabt habe.

Die Appellationskammer hiess die Klage gut.

Gründe: Es steht fest, dass das streitige Wegrecht von den Klägerinnen seit mindestens zehn Jahren ausgeübt worden ist, ohne dass der Eigentümer des beklagtischen Grundstücks sich dagegen verwahrt hat, und die Dienstbarkeit muss daher als ersessen anerkannt werden, wenn eine körperliche Anstalt im servitutrechtlichen Sinne dieses Wortes vorhanden ist. Den körperlichen Anstalten, in denen sich die beanspruchte Servitut zwar nicht geradezu darstellt, die aber doch nach der Auffassung der Klägerinnen durchaus darauf hinweisen, dass ihnen von ihrem Grundstücke über das Land der Beklagten ein Wegrecht zu dem Flurweg Nr. 7 zustehe, nämlich den zwei auf der Seite gegen die beklagtische Liegenschaft angebrachten Thüren und dem von da direkt auf den Hofraum des Beklagten führenden, beiderseits eingezäunten Wege, hat die erste Instanz keine Bedeutung für die Servitut zuerkannt, von der Ansicht ausgehend, dass nur solche körperliche Einrichtungen als Anstalten im Sinne des § 245 des priv. G.-B. gelten dürfen, die sich auf dem dienenden Grundstücke befinden; allein diese auf eine frühere Praxis sich stützende Auffassung kann nicht als richtig angesehen werden, vielmehr ist zu unterscheiden zwischen Anstalten, in deren blosser Existenz sich die Servitut erschöpft, ohne dass es einer besondern Handlung für die Ausübung derselben bedürfte, wie z. B. Wasserleitungen, und solchen, die bloss die Funktion haben, den auf die Ausübung der Servitut gerichteten Willen ihres Besitzers anzuzeigen. Die letztern brauchen sich nicht notwendig auf dem belasteten Grundstücke zu befinden, da sie an sich für die Servitut nicht wesentlich sind und es zu ihrer Erstellung weder der Mitwirkung noch der Zustimmung des Nachbars bedarf, sie vielmehr ihre Bedeutung erst dadurch gewinnen, dass aus ihrem Bestehen jedermann, also auch dem Eigentümer des belasteten Grundstückes, klar werden muss, dass eine Servitut ausgeübt werden wolle. Die Frage nun, ob aus den vorhandenen Einrichtungen wirklich zu erkennen gewesen sei, dass sie zur Ausübung einer Ser-

vitut dienen, darf unbedenklich bejaht werden. Von Bedeutung ist namentlich die Einzäunung des auf dem Grundstücke der Klägerinnen angelegten Weges, da sie jeden Gedanken, dass der Weg als Zugang in den Garten diene, ausschliesst, und aus ihr sofort ersichtlich ist, dass der Weg die Verbindung der Hausthüre der Klägerinnen über die Hofstatt des Beklagten mit dem Flurweg Nr. 7 herzustellen habe; daher muss, wenn die Eigentümer des beklagtischen Grundstückes geduldet haben, dass dieser Weg als Zugang zu dem Flurweg Nr. 7 benutzt werde, angenommen werden, dieses sei geschehen, weil sie selbst der Ansicht gewesen seien, dem Nachbar stehe das Recht zu, über ihre Hofstatt nach dem Flurweg Nr. 7 zu gehen.

(Das Kassationsgericht, das wegen Verletzung des § 245 priv. G.-B. angerufen wurde [indem behauptet wurde, dieser § setze die körperliche Anstalt auf dem dienenden Grundstücke voraus], hat im Grundsatz die Ansicht der Appellationskammer bestätigt, dagegen allerdings die Frage, ob im vorliegenden Falle das Vorhandensein des Weges auf dem Lande der Klägerinnen auch für den Beklagten als sichtbare Anstalt einer Servitut gelten müsse, zweifelhaft gelassen, jedoch diese Frage als zur rechtlichen Würdigung des Aktenmaterials gehörig, worüber dem Kassationsgericht keine Ueberprüfung zustehe, unentschieden gelassen.)

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVII S. 20 ff.)

---

10. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 15. März 1898.

Niessbrauch an Aktien umfasst die wirtschaftlich auf die Dauer des Niessbrauches entfallenden Dividenden, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Festsetzung.

Zum Weibergut der Frau A., woran ihrem Ehemann B. die gesetzliche Nutzniessung zustand, gehörten u. a. 10 Aktien der Basler Handelsbank. Nachdem am 9. März 1892 der Ehemann B. gestorben war, zog dessen Vermögensverwalter die auf diese Aktien für das Jahr 1891 entfallende Dividende, welche indes erst nach dem Todestag des B. von der Generalversammlung der Aktionäre erklärt worden war, für den Nachlass ein. In der Folge wurde die Frage streitig, ob die genannte Aktiendividende zum Nachlassvermögen des B. oder zum Weibergut gehört habe. Zweitinstanzlich wurde, — ent-

gegen dem Bezirksgericht — im erstern Sinne entschieden und damit ausgesprochen, dass die Nutzniessung die streitige Dividende mit umfasst habe.

Gründe: Allerdings ist die Frage, ob der Anspruch auf die Dividende des Jahres 1891 schon vor dem 9. März 1892, dem Todestage des Erblassers, eine selbständige Existenz erlangt habe, vom Vorderrichter mit Recht verneint worden. Wenn nämlich auch richtig ist, dass der Aktionär nach Abschluss des Rechnungsjahres und Erzielung eines Reingewinnes ohne weiteres die statutengemässe Ausrichtung des Gewinnanteils verlangen kann und das Recht auf die Dividende an sich nicht erst durch den dieselbe festsetzenden Beschluss der Generalversammlung begründet wird, so kommt dem letzteren doch insofern eine konstitutive Bedeutung zu, als erst durch ihn die Umwandlung des an der Aktie haftenden Dividendenrechts in einen selbständigen Anspruch (ein gewöhnliches Gläubigerrecht) erfolgt; so lange die Bilanz nicht genehmigt und die Dividende nicht festgesetzt ist, bildet das Recht auf die Verteilung des Reingewinnes nur einen inhärierenden Bestandteil der Mitgliederrechte des Aktionärs. (Vergl. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts S. 609, Ring, Gesetz betreffend die Kommandit-Aktiengesellschaften etc. Note 7 zu Art. 217; Reichsgerichtliche Entscheidungen in Civilsachen Bd XXII S. 114.)

Wäre daher der hinsichtlich der natürlichen Früchte geltende Grundsatz, dass dem Niessbraucher nur die während der Nutzniessung von der fruchtbringenden Sache losgelösten Erzeugnisse zukommen, auch bei Früchten der vorliegenden Art zur Anwendung zu bringen, so müsste der Entscheid des Vorderrichters bestätigt werden. Diese Voraussetzung trifft nun aber nicht zu, vielmehr ist bei Früchten, wie sie hier in Frage kommen, einfach zu untersuchen, in welche wirtschaftliche Periode die einzelnen Erträgnisse zu rechnen sind. Ausdrücklich wird das vom Gesetz in § 285 Priv. G.-B. für die Zinsen einer dem Niessbrauch unterliegenden Forderung bestimmt; es ist aber nicht einzusehen, weshalb die gleiche Behandlung nicht auch bei Dividenden von Aktien stattfinden soll (vergl. auch § 101 deutsch. bürgerl. Gesetzbuch und Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd I S. 625).

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVII S. 152.)

11. Kanton Baselstadt. Urteil des Civilgerichts vom 18. Januar 1898.

Bedeutung der notarialischen Form bei Liegenschaftskaufverträgen nach baselstädtischem Recht.

Die Parteien haben in Basel einen notarialischen Kaufvertrag über eine in Basel gelegene Liegenschaft abgeschlossen. Der Kläger beantragt Nichtigerklärung des Kaufs mangels gesetzlicher Form. Das Gericht urteilte wie folgt: Der Originalakt bezeichnet sich als Kaufvertrag und entspricht der für solche gebräuchlichen Form. In der Nennung der Liegenschaft sind einige Worte gestrichen ohne Beglaubigung am Rand. Der Sinn wird durch diese Streichungen nicht alteriert. Die Liegenschaft ist, ohne Angabe von Parcellennummer, Grenzen, Ausmass, Gebäude, Servitutenrechte und -lasten, allgemein bezeichnet als die in Sektion III des Grundbuchs Basel liegende ehemalige H . . . sche Liegenschaft Ecke (folgen die Namen von zwei Strassen), wie sie die Verkäufer von (folgt ein Name) gekauft haben. Als Kaufpreis waren ursprünglich Fr. 740,000 verurkundet. Neben den Käufern unterzeichnete damals nur der eine der Verkäufer unter Vorbehalt der Zustimmung seines Miteigentümers; dieser forderte dann Fr. 745,000; hierauf wurde durchgängig in Buchstaben und Zahlen aus Fr. 740,000 Fr. 745,000 korrigiert und dies durch Randbemerkung des Notars und Unterschrift des mehrfordernden Verkäufers und des Klägers mit dem Anfangsbuchstaben ihres Vornamens und ihrem ganzen Familiennamen unterzeichnet. Ebenso wurden in den Bestimmungen über Tilgung des Kaufpreises drei Zeilen gestrichen und durch eine Randnotiz ersetzt, die 32, und nicht, wie die untenstehende Bestätigung sagt, 31 Worte und Zahlen zählt. Sie ist von den Parteien, teils wie vorerwähnt, teils mit ihren Anfangsbuchstaben unterzeichnet. In den Bestimmungen über Antritt ist eine Zeile ohne Randvermerk gestrichen und im Text selbst abweichend ersetzt worden. Eine Zahl ist hier korrigiert; die Randbestätigung ist von den Parteien wie vorgedacht unterzeichnet. Am Schluss aller Randbemerkungen hat der Notar mit den Anfangsbuchstaben seines Namens und „Not.“ signiert. Die Hauptunterschriften sind in Ordnung. Die Urkunde zeigt in Schrift und Fassung rasches Entstehen, ist aber leserlich und inhaltlich klar.

§ 2 des baselstädtischen Einführungsgesetzes zum Obligationenrecht, vom 26. Juni 1882, erklärt für den Liegenschafts-

kauf die Vorschriften von Tit. 7 des O.-R. als kantonales Recht anwendbar; doch bedürfen Liegenschafts-Kaufverträge zu ihrer Gültigkeit der notarialischen Abfassung. § 8 des kantonalen Notariatsgesetzes vom 6. Dez. 1869 lautet: „Notarialische Urkunden müssen gut lesbar, ohne Abkürzungen und Lücken geschrieben, und es darf darin nichts durchgestrichen, radiert oder übergeschrieben sein. Zahlen und Daten sind wenigstens einmal in Worten zu schreiben. Abänderungen oder Einschaltungen sind am Rande oder am Schlusse anzubringen und ebenda auch die Worte des Contextes zu bezeichnen, welche als ungültig wegfallen. Von beiden, Zusätzen wie Weglassungen, ist die Zahl der beigefügten resp. ungültig gewordenen Worte am Rande oder Schlusse zu bezeichnen, und diese Angabe durch den Notar besonders zu unterschreiben.“ § 11 Abs. 2 lautet: „Notarialische Urkunden, welche diesen Vorschriften nicht entsprechen, können auf Klage eines Beteiligten durch die Gerichte ganz oder teilweise nichtig erklärt werden.“ § 28 sieht für den Fall der Verletzung der Vorschriften dieses Gesetzes ein disziplinarisches Einschreiten des Justizcollegiums gegen den fehlbaren Notar vor.

Hieraus ergiebt sich, dass die Vorschriften des § 8 zunächst Ordnungsvorschriften sind; ob sie als solche beobachtet sind, untersteht der Prüfung des Gerichtes nicht. Nicht jeder Verstoss gegen jene Formerfordernisse berührt die Gültigkeit der Vereinbarung, sondern nur ein solcher, der einem Zweifel über ihren materiellen Inhalt zwischen den Parteien ruft. Sind sie über den Inhalt, die Bedeutung der Abkürzungen, die Bedeutungslosigkeit offen gelassener Zwischenräume und gestrichener oder übergeschriebener Sätze, über die Geltung von Vermerken, die, statt am Ende, am Rande angebracht sind, über die Irrelevanz einer falschen Zählung der beigefügten Worte, über die Thatsache der Beglaubigung durch ihre und des Notars Unterschrift, auch wenn diese bloss teilweise, z. B. mit den Anfangsbuchstaben, vorliegt, einig, so darf nach der Intention des Gesetzes eine Nichtigerklärung wegen Formmangels nicht Platz greifen, auch wenn der Akt ordnungswidrig sein mag. Eine Ueberspannung des Formrequisits, wie der Kläger sie verlangt, würde in solchen Fällen gegen die Vertragstreue verstossen und in der ratio legis keine Rechtfertigung finden. Nun releviert der Kläger keinen einzigen Punkt, in dem aus jenen angeblichen Verstössen Unklarheit entstanden sei. Er geht in der inhaltlichen Auffassung des Vertrages mit den Verkäufern einig. Er bestreitet speziell nicht, dass die Parteien hinsichtlich einer bestimmten

individuellen Liegenschaft, die er, so wie sie ist, kannte, übereinstimmen, und er behauptet nicht, dass Grenzen, Lasten, Umfang, kurz der gesamte, allerdings im Kaufvertrag selbst vorbehaltene, nähere Beschrieb für seinen Vertragswillen von Relevanz gewesen sei. Die Parteien sind ferner über die Personen der Kontrahenten, den Preis, den Zahlungsmodus, den Antrittstermin einig. Der Akt ist also als solcher als gültig zu schützen.

---

12. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 26. Juni 1897.

Bedeutung der Einwilligung der Ehefrau zu Veräusserung ihrer Liegenschaften.

Meier und die Klägerin, seine Ehefrau, schlossen mit dem Beklagten Meili einen Vertrag ab, wonach jene diesem eine der Frau Meier gehörende Liegenschaft verkauften. Auf der Rückseite des einen Vertragsexemplares erteilte Frau Meier ihrem Ehemanne unbedingte Vollmacht, sie bei der Fertigung zu vertreten. Diese kam nicht zu Stande, der Ehemann trat vom Vertrag zurück.

Die Klage der Frau Meier, womit sie von Meili die Erfüllung des Kaufvertrages forderte, wurde erstinstanzlich gutgeheissen, im wesentlichen mit der Begründung:

Es sei klar, dass eine Vollmacht zur Fertigung an sich nock keine Vollmacht zur Aufhebung des Vertrages bedeute. Sei aber zur Veräusserung einer der Ehefrau zustehenden Liegenschaft gemäss den §§ 589 und 591 priv. G.-B. die Mitwirkung bezw. Zustimmung beider Ehegatten erforderlich, so müsse richtigerweise zur Wiederauflösung eines bezüglichen Vertrages wieder die Zustimmung der Ehegatten, oder doch diejenige der Eigentümerin vorliegen. Die Ehefrau Meier habe aus dem gültig zu Stande gekommenen Vertrage ein Recht auf Erfüllung erworben, das ihr wider ihren Willen vom Ehemann nicht genommen werden könne.

Die Appellationskammer des Obergerichtes, an die der Beklagte gelangte, sprach sich in gegenteiligem Sinne aus:

Die erste Instanz ist davon ausgegangen, dass der Ehemann der Klägerin ohne Zustimmung der letzteren nicht befugt gewesen sei, den mit dem Beklagten abgeschlossenen Liegenschaftenkauf wieder rückgängig zu machen. Dieser Auffassung kann indessen zweitinstanzlich nicht beigetreten werden. Aus dem Kaufvertrage mit dem Beklagten hatte die Klägerin nichts anderes erworben als einen obligatorischen

Anspruch auf Bezahlung des stipulierten Kaufpreises, wogegen ihr auf der anderen Seite die Verpflichtung zur Zufertigung der verkauften Liegenschaft erwachsen war. Nun ist der Ehemann nach § 590 priv. G.-B. berechtigt, über das bewegliche Gut der Ehefrau — und dazu gehören nach § 58 das. auch die der Frau zustehenden Forderungen — von sich aus frei zu disponieren. Es konnte also auch im vorliegenden Falle der Ehemann der Klägerin über die von derselben erworbene Kaufpreisforderung in der Weise verfügen, dass er sie gegen Beseitigung der aus dem Kaufvertrage entstandenen Verpflichtung zur Uebereignung des Kaufobjekts fallen liess.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 277 f.)

Anmerkung der Redaktion. Wäre es nicht richtiger gewesen, die Klage der Frau Meier einfach darum abzuweisen, weil sie nach § 591 nur ihre Einwilligung zum Verkauf zu geben hatte, diese Einwilligung aber das Recht des Ehemannes, das Vermögen der Frau zu verwalten und sie nach aussen zu vertreten, nicht aufhob, ihm also freiliess, von dieser Einwilligung Gebrauch zu machen oder es beim Alten zu lassen?

---

13. Kanton Luzern. Urteil des Obergerichts vom 30. Dezember 1896.

Ueberlebensversicherungsvertrag von Ehegatten.

Die Eheleute Duss schlossen 1893 mit der Union Assecuranz Societät London einen Lebensversicherungsvertrag auf folgender Basis ab:

Versicherte: Siegfried Duss und Sophie Duss, seine Ehefrau.

Benefiziat: Die oben genannten Versicherten oder die überlebende Person.

Die Gesellschaft verpflichtet sich im Falle des Todes eines der genannten Versicherten oder wenn diese beiden am 17. April 1956 noch am Leben sind, an den oben genannten Benefiziaten die Summe von 10,000 Fr. auszuzahlen.

Als im Jahr 1895 Siegfried Duss starb, erhob die Witwe Anspruch auf die Versicherungssumme; die Erben des Verstorbenen bestritten ihr das Recht darauf, da der Ehemann Duss den Versicherungsvertrag allein abgeschlossen habe, nach luzernischem Rechte die Versicherungssumme zur Errungenschaft, also zum Vermögen des Ehemannes gehöre, soweit der Vertrag zu Gunsten der Ehefrau geschlossen sei,

er ein Schenkungsversprechen enthalte, das nach § 570 bg. G. B. ungültig sei, und eine gegenseitige Versicherung nach Luzerner Recht nicht Platz greife, weil sich die Ehefrau nicht selbständig oder zu Gunsten des Ehemanns verpflichten könne.

Beide Instanzen sprachen der Witwe den Anspruch auf die Versicherungssumme zu, das Obergericht mit folgenden Gründen:

Auf Grund des Wortlautes der Police ist zu konstatieren, dass es sich um eine gegenseitige Versicherung handelt, wo jeder Kontrahent sein eigenes Leben sowie das seines Mitkontrahenten versichert, somit versichernde und versicherte Partei zugleich ist. Es hat also aus diesem Versicherungsvertrag die Klägerin, da nach dem Typus des Geschäfts und nach den konkreten Umständen der Wille der Parteien offenbar hierauf gerichtet war, jedenfalls mit dem Tode des mitversicherten Ehemannes ein eigenes selbständiges Recht auf die Versicherungssumme erworben. Diese letztere gehört nicht zum Nachlass des Siegfried Duss, und es kann infolge dessen auch nicht von Erbrechts wegen Anspruch darauf erhoben werden.

Von einem Schenkungsvertrage kann somit nicht gesprochen werden. Denn durch einen solchen wird eine Vermögensverminderung auf Seiten des Schenkers begründet. Vorliegend würde eine solche nur dann eintreten, wenn die Versicherungssumme zum Nachlass des Ehemannes Duss gehörte. Das ist nicht der Fall. Bei dieser Sachlage war bei Abschluss des Versicherungsvertrages nicht die Form einer letzten Willensverordnung, die in § 570 cit. für Schenkungsverträge vorgeschrieben ist, zu beobachten. Es dürfte sich nur noch fragen, ob nicht allenfalls die (unwidersprochenermassen von dem Ehemann Duss bezahlte) Prämie als vollzogene Schenkung aufgefasst und nach § 566 eod. von den Erben des S. Duss der Klägerin zur Hälfte angerechnet werden könnte. Diese Frage ist Angesichts der Thatsache, dass die Klägerin infolge ihrer Erbschaftsausschlagung nicht Erbin ihres verstorbenen Ehegatten ist, zu verneinen.

Die Berufung der Bekl. auf § 16 des Ges. über die eheliche Vormundschaft (Unmöglichkeit selbständiger Verpflichtung der Ehefrau) erweist sich als unbegründet, denn in concreto handelt es sich nicht um Verpflichtungen, sondern um Rechte der Frau Duss.

(Verhandl. des Oberger. und der Justizkomm. v. J. 1896, S. 93 ff.)

14. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 14 février 1898.

Condition de l'indivision.

M. Grandy et J. Fantoli ont conclu, le 19 avril 1897, la convention suivante: „M. Grandy vend à J. Fantoli, qui accepte, la moitié indivise de la maison qu'il possède à Fleurier pour le prix de 21,500 frs., payable le 15 mai 1897, en passant l'acte authentique de transport. L'autre moitié reste la propriété de M. Grandy et l'immeuble sera propriété indivise par moitié entre MM. Grandy et Fantoli." Par exploit des 20/21 mai, Fantoli fit signifier à Grandy qu'il était prêt à payer le prix de 21,500 frs. à la condition que sa moitié indivise lui fut transportée franche d'hypothèque. Grandy déclara qu'il était prêt à transférer la moitié indivise, mais sous l'affectation des hypothèques dont elle était chargée. C'est ensuite de ces faits que le procès s'est intenté sur la question de l'obligation de Grandy de transporter la moitié indivise franche d'hypothèques. Mais le Tribunal a déclaré mal fondée l'action de Grandy comme celle de Fantoli:

Motifs: Attendu que, par leurs conclusions, les parties demandent que la promesse de vente du 19 avril 1897 sorte ses effets, soit par une condamnation à des dommages-intérêts, soit par un jugement tenant lieu d'acte notarié de transfert;

Qu'elles estiment donc que cet acte est valable et licite et qu'il est possible en droit neuchâtelois de créer directement une indivision par le moyen d'une convention;

Qu'il y a lieu cependant pour le tribunal d'examiner si ce point de vue est juste;

Attendu que l'article 1488 du code civil neuchâtelois dispose: „L'indivision est l'état où demeurent des héritiers ou des copropriétaires, relativement aux biens dont ils ont hérité ou qu'ils ont acquis conjointement, et dont ils n'ont pas encore fait le partage."

Qu'aux termes de cet article, l'indivision n'est pas en droit neuchâtelois un contrat, mais un état, et l'état où se trouvent seules les personnes qui ont hérité ou acquis conjointement et n'ont pas encore partagé;

Qu'ainsi, l'indivision ne peut pas être créée entre parties par une convention;

Que cette interprétation résulte aussi de l'article 1494 qui stipule que „toute autre indivision que celle qui fait l'objet du présent chapitre, constitue une société et se règle par les dispositions concernant les sociétés."

Que cette interprétation, qui est conforme au texte de la loi, répond bien à la volonté du législateur (discussion p. 546; Jacottet, nº 304);

Attendu, d'autre part, qu'il n'est pas possible d'envisager la promesse de vente du 19 avril 1897 comme un acte constitutif de société, ce que les parties n'ont d'ailleurs pas même prétendu.

(Jugements du Tribunal cantonal de Neuchâtel, IV p. 644 ss.)

---

15. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 17. März 1897.

Vorrecht des jüngsten Sohnes auf das Wohnhaus der Eltern.

Nach dem Tode seiner Mutter Witwe Osswald machte deren jüngster Sohn Ph. Osswald im Einverständnis mit drei Geschwistern gegen eine Schwester das Vorrecht des jüngsten Sohnes in Bezug auf das Gasthofgebäude Bellevue in Bern geltend, worin seine Eltern gewohnt hatten. Die Satzung 545 des Civilgesetzbuches bezeichnet als Objekt dieses Vorrechtes „das Wohnhaus der Eltern". Es fragte sich, ob dies im vorliegenden Fall zutreffe. Der App.- und Kassationshof verneinte es.

Motive: Dem Wortsinne nach ist Wohnhaus ein Haus, das den Zweck hat, zur Wohnung zu dienen. Nun haben zwar die Eltern O. in diesem Gebäude von dessen Erstellung an bis zu ihrem Tode gewohnt. Allein in erster Linie hat dasselbe von jeher den Zweck gehabt, als Hotel benützt zu werden. Die Wohnung, welche die Eltern inne gehabt haben, ist lediglich dazu bestimmt, dem Hotelwirt und dessen Familie zur Wohnung zu dienen; sie hat auch nicht einmal eine besondere Küche. Hätten die Eltern das Hotel nicht selbst betrieben, sondern verpachtet gehabt, so hätten sie dort gar nicht wohnen können. Der Zweck des Wohnens spielt also im Verhältnis zu dem industriellen Zwecke des Gebäudes eine untergeordnete Rolle. Man kann mithin von dem fraglichen Gebäude nicht als dem Wohnhause der Eltern O. sprechen.

Zu dem nämlichen Resultat führt die Betrachtung der historischen Entwicklung des Vorrechtes. Im geschriebenen bernischen Rechte taucht dasselbe zuerst auf im Jahre 1316, in welchem es als „alte Harkommenheit" in das Stadtrecht aufgenommen wurde: von da fand es Eingang in die Stadt-

satzung von 1539 und in die Gerichtssatzungen von 1614 und 1761. Zweifellos ist es rein bäuerlichen Ursprungs und wurde es in das geschriebene bernische Recht lediglich mit Rücksicht auf die ländlichen Verhältnisse aufgenommen (Leuenberger, Vorlesungen, II[3], 586 und Kernen, in der Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., VIII S. 2 ff.). In den Gerichtssatzungen geht das Vorrecht auf „Sässhaus und Hof", was darauf schliessen lässt, dass beides mit einander verbunden sein musste. Das Civilgesetzbuch von 1827 ersetzte den Ausdruck Sässhaus durch Wohnhaus und das Wörtchen „und" durch „oder", so dass nun auch das Säss- oder Wohnhaus ohne einen dazu gehörigen Hof Gegenstand des Vorrechts sein konnte, wobei man wohl an die städtischen Verhältnisse gedacht hat. Allein wenn nun auch Wohnhaus und Hof nicht mehr in eine notwendige Verbindung mit einander gesetzt sind, so deutet doch die Gegenüberstellung von Wohnhaus und Hof darauf hin, dass nach dem Willen des Gesetzgebers in Bezug auf gewerbliche Einrichtungen, welche nebenbei zur Wohnung dienen, die Satzung 545 nur dann Anwendung finden soll, wenn es sich um das landwirtschaftliche Gewerbe handelt, dass also nicht jedes Gebäude, in welchem eine Wohnung eingerichtet ist, sondern nur ein solches, das hauptsächlich diesem Zwecke dient, als Wohnhaus im Sinne der Satzung 545 zu gelten hat.

Schliesslich müsste ein allfällig noch bestehender Zweifel im Sinne der Verneinung gelöst werden, da das Vorrecht des jüngsten Sohnes schon wegen seiner Natur als Privileg, dann aber auch, weil es zu dem modernen Erwerbsleben nicht recht passt, jedenfalls nicht über den strikten Wortlaut des Gesetzes hinaus Anwendung finden darf.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXIV S. 27 ff.)

---

16. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 21. Mai 1897.

Vermächtnis zu Gunsten von Personen, die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht existieren. Ungültigkeit.

Samuel L., 1870 verstorben, hatte testamentarisch über das freie Drittel seiner Verlassenschaft in der Weise verfügt, dass von dem, jedem seiner sechs Kinder zufallenden Erbteil je ein Drittel unmittelbar den Kindern derselben zukommen und in vormundschaftliche Verwaltung genommen werden

solle, und zwar sollten an diesem Drittel anteilberechtigt sein „sowohl diejenigen Kinder, welche auf den genannten Zeitpunkt (Ableben des Testators) vorhanden sind, als diejenigen, welche sie (die Haupterben, des Testators Kinder) später allfällig noch erzeugen möchten.“ Nach dem Tode des einen der Kinder des Testators, Rudolf (I.) Lehmann, im Jahre 1894, welcher in erster Ehe fünf und in zweiter Ehe mit der noch lebenden Therese geb. Bütikofer noch neun Kinder erzeugt hatte, von welchen sämtlichen Kindern aber nur zwei, Rudolf (II.) und Maria, vor des Grossvaters (Testators) Tode geboren waren — Maria hatte jedoch den Tod ihres Vaters nicht erlebt — entstand zwischen diesem Rudolf II. und seinen Voll- und Halbgeschwistern resp. der überlebenden Witwe seines Vaters Streit über die Verteilung des gemäss Testament vormundschaftlich verwalteten sog. Sondervermögens, das von dem Drittel der grossväterlichen Erbschaft herrührte, welches dem Rudolf I. entzogen worden war und laut Inventar im Jahre 1895 Fr. 21,295.80 betrug. Rudolf II. bestritt die Erbberechtigung aller seiner noch lebenden Voll- und Halbgeschwister als nach dem Tode des Testators geboren und verlangte von obigem Betrage die eine Hälfte allein für sich; die andere, als nach seiner Schwester Maria Tode auf den Vater Rudolf I. übergegangen, sollte als Bestandteil der Verlassenschaft des letztern unter sämtliche Kinder erster Ehe und die Witwe zweiter Ehe desselben nach Erbrecht verteilt werden. Der Appellations- und Kassationshof erklärte die testamentarische Verfügung für ungültig, soweit sie die nach dem Tode des Erblassers geborenen Grosskinder bedenke; und da infolge dieser Ungültigkeit der wahre Wille des Testators nicht vollzogen werden könne, so sei die ganze Verfügung aufzuheben und das fragliche „Sondervermögen“ für die Verteilung gleich zu behandeln wie das sonstige von Rudolf I. zurückgelassene Vermögen und als ein Bestandteil von dessen Verlassenschaft zu betrachten, somit im Ganzen unter die Kinder erster Ehe und die Witwe zweiter Ehe nach Erbrecht zu verteilen.

Motive: 1. Die erste zu entscheidende Frage ist, ob Samuel Lehmann berechtigt gewesen sei, in seinem letzten Willen diejenigen Grosskinder mit Legaten zu bedenken, die im Zeitpunkt seines Todes noch nicht vorhanden gewesen waren. Nun schreibt Satz. 591 C. vor, dass das Vermächtnis dem Vermächtnisnehmer im Augenblick des Todes des Erblassers anfalle, und nach dieser klaren Gesetzesvorschrift kann es nicht zweifelhaft sein, das nur demjenigen, der im Zeit-

punkt des Todes des Erblassers wenigstens konzipiert war, durch Vermächtnis Vermögen anfallen kann. Diese Auffassung entsprach auch der damals herrschenden Doktrin, und wenn die gemeinrechtliche Theorie und Praxis auch seither eine entschiedene Schwenkung nach der entgegengesetzten Seite gemacht hat, so kann sie doch da nicht von massgebender Bedeutung sein, wo die positive bernische Gesetzgebung selbst die Kontroverse zur Entscheidung gebracht hat.

Die Einsetzung eines im Momente des Todes des Erblassers noch nicht Konzipierten lässt sich auch nicht etwa vom Standpunkte einer fideikommissarischen Nacherbeinsetzung im Sinne von Satz. 586 C. aufrecht erhalten, denn der Gesetzgeber hat diese Institution nur in sehr eingeschränktem Masse zugelassen, wie aus der Diskussion darüber im Grossen Rat hervorgeht.

2. Da sich nun aber aus den letzten Anordnungen des Samuel Lehmann ergiebt, dass er nie die Absicht hatte, den zwei zur Zeit seines Todes vorhandenen Kindern des Rudolf zum Nachteil der allfällig später noch zu erzeugenden Kinder eine so bedeutende Zuwendung zu machen, dass es vielmehr sein ausdrücklicher Wille war, dass beide Kategorien von Kindern in dieser Beziehung gleich gehalten sein sollten, so rechtfertigt es sich, diese Verfügung wegen mangelnder Voraussetzung ihrem ganzen Inhalte nach als hinfällig zu behandeln. (Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXIV S. 169 ff.)

Anmerkung. Unzutreffenderweise verweist der Herausgeber bei dem Satze, dass die gemeinrechtliche Theorie und Praxis von der früher allgemein anerkannten Regel eine entschiedene Schwenkung nach der entgegengesetzten Seite gemacht habe, auf das von uns in dieser Zeitschrift, N. F. XIV S. 161 ff. publizierte Urteil des Appellationsgerichts von Baselstadt, denn dieses Urteil hat, wie auch die Doktordissertation von Paulsen über die Erbfähigkeit der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht empfangenen Nachkommen vollständig übersieht, die grundsätzliche Richtigkeit des Satzes, dass ein zur Zeit des Todes des Erblassers nicht Lebender weder Erbe noch Legatar werden könne, nicht beanstandet, sondern bloss zu untersuchen und zu entscheiden gehabt, ob die exheredatio bona mente nicht wegen ihres speziellen Grundes eine Ausnahme davon begründe.

B. Civilprozess.

17. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 29 janvier 1898.

Jugement prononcé au profit d'une société non existante. Mise à néant du jugement.

La „Zurich", société d'assurance, a formé contre Bousser & Cie, électriciens à Genève, une demande en paiement de deux primes. Bousser & Cie ont répondu qu'ils ne devaient rien, et le Tribunal de première instance a décidé que les défendeurs ne devaient pas les primes. La „Zurich" a appelé contre ce jugement. Bousser & Cie ont opposé à cet appel une fin de non recevoir, tirée de ce qu'il n'existerait, ni n'a jamais existé, soit en fait, soit en droit, aucune société Bousser & Cie, Bousser seul étant inscrit au Registre du commerce. A ce moyen, la „Zurich" a répondu que la société Bousser & Cie, ayant esté en justice en première instance, devait avoir tout au moins une existence de fait. La Cour a prononcé que le jugement rendu en première instance est sans valeur et doit être mis à néant.

Motifs: Considérant qu'ainsi qu'il résulte des déclarations des parties, il n'y a jamais eu de société Bousser & Cie; que la présente instance n'a donc pas été régulièrement liée; qu'il importe peu que le moyen tiré de la non existence d'une société Bousser & Cie n'ait pas été soulevé en première instance; que cette omission n'a pu avoir pour effet de donner à cette partie une personnalité juridique qu'elle ne possède pas.

Considérant qu'il suit de là que ce n'est pas seulement l'appel qui est irrégulièrement formé, mais aussi la demande en première instance. (La Semaine judiciaire, XX p. 266 ss.)

---

18. Kanton Zürich. Urteil des Handelsgerichts vom 29. April 1898.

Klage aus einem ausländischen Civilurteil. Inkompetenz des ausländischen Richters.

A. Häberli in Zürich hatte von D. Pelazza in Turin eine terminweise zu liefernde Partie Sesamkuchenmehl gekauft. Auf Reklamationen seiner Kunden, denen er die ersten Sendungen weiter verkauft hatte und die nun Mängel geltend machten, verlangte er von Pelazza eine Vergütung von Fr. 591. 55, und als letzterer nicht darauf eintrat, verweigerte er die Einlösung des letzten Wechsels, den Pelazza auf ihn

für den letzten unbeanstandet gebliebenen Wagen im Betrage von 1015 Fr. gezogen hatte. Pelazza erwirkte dann für seine Forderung am 15. Juni 1896 bei der Prätur in Turin gegen den Beklagten, welcher der Vorladung dorthin keine Folge gab, ein Kontumazurteil.

Vor dem Handelsgericht des Kts. Zürich stützte er seine Forderung, für den Kaufpreis des letzten Wagens von Fr. 1015, zunächst auf dieses italienische Urteil, indem er ausführte, dasselbe sei rechtskräftig und hier vollstreckbar, da Italien gemäss Art. 941 der dortigen C.-P.-O. der Schweiz Gegenrecht halte und die Kompetenz des Turiner Gerichtes begründet gewesen sei, zunächst nach Art. 91 der italien. C.-P.-O., da Turin der Erfüllungsort sei, und im übrigen auch mit Rücksicht darauf, dass die Fakturen des Klägers eine gedruckte Klausel (italienisch) enthalten, wonach der Käufer jeweilen verpflichtet sei, in Turin sein Rechtsdomizil zu nehmen, was der Beklagte stillschweigend acceptiert habe. Der Gerichtsstand des Vertrages und derjenige des gewählten Domizils seien ferner auch im zürcherischen Prozessrecht anerkannt. In zweiter Linie bestritt der Kläger die Reklamationen des Beklagten.

Wir beschränken uns hier auf die Kompetenzfrage. Der Beklagte bestritt die Vollstreckbarkeit des Urteils von Turin wegen Mangels der Kompetenz des dortigen Gerichts. Das Handelsgericht trat dieser letzteren Ansicht bei.

Gründe: Die Klage wird in erster Linie auf das vorgelegte Urteil der Prätur in Turin als selbständigen Rechtstitel gestützt (actio judicati), wodurch dem Kläger die eingeklagte Forderung gegen den Beklagten zuerkannt worden ist. In prozessualischer Beziehung handelt es sich dabei nicht sowohl um ein Vollstreckungsbegehren, wofür das Schuldbetreibungs- und das summarische Verfahren besteht, als vielmehr um die richterliche Feststellung der klägerischen Forderung, und hiefür erscheint das Handelsgericht in Streitfällen von der Art des vorliegenden, über ein kaufmännisches Lieferungsgeschäft, dessen Beurteilung gemäss § 95 G. b. Rpfl. in seine Kompetenz fallen würde, als zuständig, wie schon in frühern Entscheidungen ausgesprochen worden ist. Das in Frage stehende italienische Urteil kann indes hierorts gemäss § 752 G. b. Rpfl., da mit Italien ein Staatsvertrag über diese Materie nicht besteht, nur geschützt werden, wenn das Turiner Gericht, welches dasselbe ausgefällt hat, „an sich“ (d. h. nach italienischem Recht, s. Handelsr. Entsch. Bd IV S. 100 Erw. 5) kompetent war und

dessen Kompetenz auch nicht durch die hierseitige Gesetzgebung ausgeschlossen war, — es muss sonach für den fremden Richter wenigstens ein Kompetenzgrund vorgelegen haben, der auch nach dem hiesigen Gesetz ein solcher ist. Im Urteil selbst sind nun die Kompetenzgründe, worauf dasselbe sich stützt, nicht genannt; nach der italienischen Civilprozessordnung können folgende in Frage kommen: a) der Gerichtsstand des Vertrages (forum contractus) gemäss Artikel 91 gen. Ges.; — b) der vereinbarte Gerichtsstand (forum prorogatum) am Orte des gewählten Domizils, laut den Bestimmungen über die Domizilerwählung in Art. 95 der italienischen C.-P.-O. in Verbindung mit Art. 19 des italien. Civilges.-B. Der erstgenannte Kompetenzgrund ist jedoch im hierseitigen Rechtspflegegesetz, § 214 und 215, nur bei Zutreffen einer Reihe weiterer Bedingungen anerkannt, welche hier offenbar nicht vorliegen, und war gegenüber dem in Zürich domizilierten und aufrechtstehenden, d. h. zahlungsfähigen Beklagten nach der hierseitigen Gesetzgebung sogar ganz ausgeschlossen infolge der in Art. 59 der Bundesverfassung gewährleisteten Garantie beim Richter des schweizerischen Wohnortes. Der zweite Kompetenzgrund, die Domizilerwählung, gilt nun allerdings auch hierorts auf Grund von § 91 Ziff. 5 des kantonalen Einf.-Ges. z. Sch.- und K.-G.; allein es fehlt hiefür an der erforderlichen Domizilerwählung seitens des Beklagten. Der Kläger erblickt die durch Art. 19 des italienischen Civilges.-B. verlangte schriftliche Beurkundung einer solchen in der seinen Fakturen beigefügten, dieselbe statuierenden Klausel. Allein derartige nachträgliche einseitige Ergänzungen des Vertragsinhaltes sind für den Gegenkontrahenten selbstverständlich solange unverbindlich, als derselbe sie nicht annimmt (Art. 1 O.-R.). Abgesehen davon, dass die in Frage stehende in kleiner Druckschrift auf den Fakturen angebrachte Bemerkung dem Beklagten sehr leicht entgehen oder von ihm missverstanden werden konnte, darf sein Stillschweigen hierüber vorliegend jedenfalls nicht als Zustimmung ausgelegt werden, da nicht gesagt werden kann, dass die gute Treue des kaufmännischen Verkehrs von ihm eine Antwort auf diesen nachträglichen Zusatz erheischt hätte (Schneider, Komm. z. O. R., Art. 1 N. 7 und Handelsr. Entsch. Bd XV S. 102). Der vom Kläger auf Grund des italienischen Urteils beanspruchte Rechtsschutz kann demselben daher nicht gewährt werden.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVII S. 253 ff.)

19. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 4 décembre 1897.

Incompétence des tribunaux genevois pour connaître de l'interprétation du testament d'un testateur français concernant un legs d'immeubles situés à Genève.

Par son testament public, Ch. Chesney, citoyen français, domicilié à Bonneville (France), où il est décédé le 10 mai 1885, a institué pour ses héritiers universels les consorts Frarin et a légué à A. Jeandin, domicilié à Thônex (Genève), tous les immeubles par lui possédés dans la commune de Puplinge, en ce canton. Le testateur ne possédait à son décès aucun immeuble à Puplinge, mais il en possédait un à Thônex. Le légataire a prétendu que la disposition testamentaire faite en sa faveur devait être interprêtée comme concernant l'immeuble réellement existant à Thônex. Les héritiers ont soutenu que le legs, s'appliquant à une chose non existante, devait être considéré comme caduc. Jeandin a alors assigné devant le Tribunal de première instance de Genève les héritiers universels de Chesney pour s'entendre condamner à faire délivrance à Jeandin du legs à lui faire et entendre dire que ce legs comprend l'immeuble situé à Thônex. Les défendeurs ont décliné la compétence du Tribunal de Genève pour connaître d'une contestation touchant la succession et le testament d'un Français domicilié et décédé en France, et dont, par conséquent, la succession s'est ouverte en France. Le Tribunal s'est déclaré compétent, par les motifs que l'art. 5 de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869, qui serait applicable à la succession d'un Français mort en Suisse, ne l'est pas à la succession d'un Français mort en France; que les immeubles dépendant de cette succession et situés dans le canton de Genève sont régis par la loi du pays de leur situation, et que, dès lors, toutes les contestations auxquelles peuvent donner lieu la propriété, la transmission, le partage, la vente, la mutation cadastrale etc. d'un immeuble situé dans le canton de Genève sont de la compétence des tribunaux de ce canton. La Cour a réformé ce jugement et décliné la compétence des tribunaux genevois.

Motifs: L'art. 5 de la Convention franco-suisse de 1869 ne s'applique qu'aux successions des Français morts en Suisse ou des Suisses morts en France, il est donc inapplicable en l'espèce.

La succession de Chesney s'est ouverte en France. Or, toutes les questions relatives aux droits héréditaires des héri-

tiers et des légataires sont du ressort du tribunal du lieu de l'ouverture de la succession. En particulier, la question de caducité ou d'interprétation d'une clause du testament ne saurait être complètement jugée que par le dit tribunal.

Le fait que cette clause est relative à des immeubles, et que ces immeubles seraient situés en Suisse, ne change rien à la question, car il ne s'agit point au principal d'une action réelle ou immobilière, mais d'une action tendant à faire reconnaître à un légataire certains droits successoraux.

Il peut d'autant moins s'agir d'une action immobilière que l'on ne sait même pas encore si un immeuble réellement existant a été légué et éventuellement quel est cet immeuble.

On peut donc admettre avec les premiers juges que toute action relative au partage etc. d'un immeuble situé dans le canton de Genève est de la compétence des tribunaux du canton, mais on doit reconnaître, en même temps, qu'il ne s'agit, pour le moment, de rien de pareil, mais simplement de la validité ou de l'interprétation d'une clause testamentaire, dans la liquidation de la succession d'un Français ouverte en France.

Une fois les droits héréditaires des parties définitivement fixés par le Tribunal français, s'il doit en résulter quelques transmission, mutation ou licitation d'un immeuble situé en Suisse, les actions qui seront spécialement relatives à cet immeuble et à sa transmission devront être portées devant les Tribunaux du lieu de la situation.

(La Semaine judiciaire, XX p. 57 ss.)

---

20. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 22. April 1897.

Gerichtsstand der gelegenen Sache. Anwendbarkeit bei Fahrnis.

Die Witwe B. in Zug klagte vor Berner Gericht gegen den in Freiburg i. B. wohnhaften Bankier M. auf Herausgabe einer Inhaberobligation auf die schweizerische Eidgenossenschaft mit Couponsbogen, die ihr gestohlen worden sei und die der Beklagte als fällig an die eidg. Staatskasse zur Rückzahlung gesandt habe, die aber auf ihr Ansuchen bei der Gerichtsschreiberei Bern in Verwahrung gelegt worden sei. Der Beklagte bestritt die Kompetenz des Berner Gerichts und verlangte an seinem Wohnort belangt zu werden, weil es sich um einen persönlichen Anspruch (Anerkennung,

Auslieferung) handle und die Deponierung des Titels in Bern nur zufälligen, provisorischen Charakter habe. Das Gericht erklärte sich kompetent.

Motive: Man hat es hier mit einer dinglichen Klage zu thun, da die Witwe B. einen Eigentumsanspruch an die Obligation geltend macht. Bei der allgemeinen Fassung des § 14 C.-P.-O. darf angenommen werden, dass (wie auch im gemeinen Rechte) der Gerichtsstand der gelegenen Sache nicht nur für Immobilien, sondern auch für Mobilien Geltung haben solle, und es findet dies auch eine Bestätigung darin, dass im Prozessgesetze von 1823 wie in dem von 1847 und 1883 die in der Gerichtssatzung von 1761 enthaltene Beschränkung des erwähnten Gerichtsstandes auf liegendes Gut fallen gelassen wurde.

Für die Frage, wo die in Rede stehende Obligation liege, ist der Zeitpunkt der Einreichung der Klage massgebend. Diese erfolgte am 1. Juli 1896. Damals war bereits das Amortisationsverfahren gemäss Art. 849 O. R. eingeleitet und von dem Gerichtspräsidenten von Bern als dem in Sachen zuständigen Richter (Art. 850 das.) unter dem 16. Januar 1896 im Sinne von Art. 853 O. R. eine provisorische Verfügung getroffen worden, wonach die betreffende Obligation vorläufig bei der Gerichtsschreiberei Bern in Verwahrung zu bleiben hatte. Dadurch wurde das Objekt der Vindikationsklage jedenfalls bis zur Beendigung des Vindikationsstreites an den Bezirk Bern gebunden und infolge dessen die Zuständigkeit der gerichtlichen Behörde dieses Bezirkes als desjenigen der gelegenen Sache zur Beurteilung dieses Prozesses begründet.

(Zeitschr. des Berner Jur.-Ver., XXXIV S. 53 ff.)

21. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de première instance du 20 septembre 1898.

Exceptio plurium litisconsortium.

Freundler conclut à la suppression immédiate, par Koeckert, des branches d'arbres qui avancent sur le chemin vicinal séparatif de leurs propriétés respectives; Koeckert conclut au déboutement du demandeur, lequel ne serait point le seul copropriétaire du dit chemin vicinal. Le tribunal a rejeté cette exception.

Motifs: Attendu qu'il résulte de l'instruction de la cause que le chemin vicinal (dont s'agit) est la propriété

collective et indivisible de plusieurs propriétaires de parcelles riveraines, y compris Freundler et Koeckert, le dit chemin vicinal établi précisément en vue de la dévestiture de ces parcelles, d'où la conséquence juridique que chaque copropriétaire a les mêmes droits et les mêmes obligations sur ce chemin séparatif, et que chaque copropriétaire peut se défendre contre toute emprise quelconque sur cette copropriété indivise et indivisible et d'où qu'elle vienne, que ce soit d'un autre copropriétaire du chemin ou même d'un tiers.

Attendu qu'en sa qualité de copropriétaire du terrain du chemin séparatif, Freundler est en droit d'invoquer les dispositions de l'article 672 du Code civil, afin d'obtenir la suppression des branches qui surplombent sa copropriété, soit le chemin vicinal, de même que Koeckert a les mêmes droits vis-à-vis de Freundler; en effet, entre copropriétaires d'un immeuble indivisible, le Tribunal ne peut appliquer, à défaut d'unanimité de tous, que les dispositions du Code civil sur la propriété, aux termes desquelles (art. 544 C. c.) la propriété est le droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi; or, l'art. 672 du Code civil constitue une prohibition en ce qui concerne les branches d'arbres, et applicable aussi bien à une propriété commune et indivisible entre plusieurs individus qu'à une propriété appartenant à un seul individu.

Attendu que l'appel en cause des autres copropriétaires du chemin vicinal n'est pas nécessaire, car il ne s'agit pas d'apporter une modification quelconque au chemin lui-même, telle que sa fermeture, son éclairage, ou sa canalisation, et que Freundler ne reproche pas à ses autres copropriétaires un empiètement quelconque sur le terrain de ce chemin vicinal, et contraire à la loi; ce sont, en effet, les branches des arbres plantés sur la parcelle Koeckert qui font l'objet du litige, d'où la conséquence que, quel que soit l'avis des autres copropriétaires du chemin, qu'il soit ombragé ou non par les arbres de Koeckert, alors que sur le chemin lui-même n'existe aucun arbre, cet avis, en définitive, importe peu, puisqu'à défaut d'unanimité, par suite de l'opposition de Freundler, le Tribunal ne peut statuer qu'en conformité de l'article 672 Code civil qui assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention (article 651 Code civil).

(La Semaine judiciaire, XX p. 698 ss.)

---

22. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 20 novembre 1897.

Exception de prescription. Admissibilité de la preuve de l'interruption de la prescription.

Benedetti a assigné veuve Taponnier en paiement de 350 frs. qu'elle a reconnu lui devoir pour fournitures d'épicerie suivant acte sous seing privé du 18 octobre 1884. La défenderesse a excipé de prescription de plus de dix ans. Benedetti a soutenu que la prescription avait été interrompue par la reconnaissance que la défenderesse avait faite de la dette à plusieurs reprises, et, pour l'établir, il lui a déféré le serment suivant:

> Ne reconnaissez-vous pas qu'à la suite des réclamations que B. vous a adressées chaque année, et à maintes reprises, de 1884 à 1894, vous avez reconnu devoir la somme de 350 frs.?

La défenderesse a soutenu que ce serment était inadmissible, parce que l'action elle-même était prescrite; que cette prescription était basée sur le laps de temps requis pour prescrire et l'inaction du créancier pendant ce temps. Le tribunal de première instance a débouté Benedetti de ses conclusions; il déclare inadmissible le serment parce que, vu l'absence de titre justificatif de l'interruption de la prescription, la défenderesse se trouve au bénéfice d'une prescription légale qui tient lieu pour elle de preuve de sa libération, contre laquelle le serment, ni la preuve testimoniale, ne saurait être admis.

La Cour a réformé ce jugement et admis le serment.

Motifs: L'article 154 C. O. dispose que la prescription est interrompue lorsque le débiteur reconnait la dette.

Le Code fédéral n'exige nullement que cette reconnaissance de dette soit constatée par un acte écrit; la preuve peut donc en être faite par tous les moyens autorisés par la loi qui établit les règles de la preuve des obligations, c'est-à-dire par la loi de procédure cantonale.

Parmi les moyens de preuve établis par la loi de procédure figure le serment judiciaire qui, aux termes de l'article 164, peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit.

Il suit de là que le serment décisoire peut être déféré au débiteur sur le fait de savoir s'il a reconnu la dette et par là interrompu la prescription. L'argument tiré par les premiers juges de l'art. 291 proc. civ., qui dispose que nulle

preuve n'est admise contre la présomption de la loi, lorsque, sur le fondement de cette présomption, elle annule certains actes ou dénie l'action en justice, est sans valeur, car cet article ajoute: „à moins qu'elle n'ait réservé la preuve contraire et sauf ce qui est dit sur le serment et l'aveu judiciaire." (La Semaine judiciaire, XX p. 124 ss.)

---

23. Kanton St. Gallen. Urteil der Rekurskommission vom 20. März 1897.

Beweislast betreffend Fortbestand eines Vertragsverhältnisses.

Gegenüber einer Klage aus einem Vertragsverhältnisse bestritt der Beklagte in erster Linie das Zustandekommen des Vertrags und machte er in zweiter Linie dessen Wiederaufhebung durch neue Vereinbarung geltend. Beide Parteien trugen den Erfüllungseid an, der Kläger dafür, „dass der Vertrag weder gekündet noch sonst aufgelöst wurde und heute noch zu Recht bestehe"; der Beklagte dafür: „der Kläger hat mir in mündlicher Besprechung am 26. Juli sein Einverständnis erklärt, unser Vertragsverhältnis als definitiv gelöst zu betrachten." Das Bezirksgericht erklärte für das Zustandekommen des Vertrags den Kläger als beweispflichtig und den Beweis als erbracht, für die Wiederaufhebung des Vertragsverhältnisses dagegen liess es den Beklagten zum Eide zu. Gegen diese Eideszuerkennung erhob der Kläger die Nichtigkeitsbeschwerde, weil durch die unrichtige Verteilung der Beweislast, bezw. durch Zulassung des nicht beweispflichtigen Beklagten zum Gegenbeweise gegen den vom beweispflichtigen Kläger anerbotenen Eidesbeweis die Art. 134 und 138 C.-P.-O.[1]) verletzt seien. Er, Kläger, sei beweispflichtig für das Fundament seiner Klage, also nicht blos dafür, dass der Vertrag entstanden sei, sondern auch dafür, dass er zu Recht fortbestehe, nicht aber der Beklagte, der den Vertrag als gar nie zu Recht erstanden erkläre, für seine eventuelle Behauptung, dass er nachträglich wieder aufgehoben worden sei.

Diese sonderbare Bewerbung um die Beweislast wies die Rekurskommission wie natürlich ab.

---

[1]) Art. 134. Bestrittene Thatsachen müssen von demjenigen bewiesen werden, der sie behauptet. Art. 138. Gegen einen einmal geleisteten vollkommenen Beweis ist kein Gegenbeweis weiter zulässig.

In Erwägung: Die Art. 134 und 138 proc. civ. sind nicht verletzt. Die Beweislast ist richtig verlegt worden; nämlich dafür, dass der Vertrag vom Mai 1896 zu Recht erstanden und in Rechtsgültigkeit getreten sei, — dem Kläger A., der seine Forderung aus diesem Vertragsverhältnis ableitete; dafür aber, dass dieses Vertragsverhältnis am 26. Juli definitiv gelöst worden, — dem Beklagten, der daraus das Erlöschen der ihm aus dem Vertragsverhältnis erwachsenen Verpflichtungen ableitete, falls es überhaupt, was von ihm zunächst bestritten wurde, als zu Recht erstanden gelten könne.

Nach unbestrittener Rechtslehre besteht das einmal entstandene Rechtsverhältnis so lange fort, bis eine rechtsvernichtende Thatsache eintritt. Das ist ein unzweifelhafter Satz des materiellen Rechtes, das für die verschiedenen Arten der Rechtsverhältnisse die ihnen eigentümlichen Entstehungs- und Aufhebungsgründe festsetzt und schon damit indirekt ausspricht, dass ein jedes Rechtsverhältnis bis zum Eintritt eines gesetzlich anerkannten Aufhebungsgrundes fortbesteht. Die Gründe, wodurch ein Rechtsverhältnis aufgehoben werden kann, sind von sehr verschiedener Art. Wollte man nun vom Kläger den Beweis der gegenwärtigen Fortdauer seines Rechtes verlangen, so müsste er beweisen, dass seit der Entstehung des Rechtes keine von allen im gegebenen Falle irgend denkbaren rechtsvernichtenden Thatsachen vorgekommen sei. Einer solchen Beweisführung ist der Kläger durch die Verhandlungsmaxime überhoben, kraft welcher auch ohne Beweisführung des Klägers angenommen wird, dass rechtsvernichtende Thatsachen nicht vorgekommen seien, wenn nicht der Beklagte, wie es sein Interesse erfordert, eine solche vorbringt und im Beweisfalle erweist.

Der vom Kläger zum Beweise verstellte „Fortbestand" des Vertragsverhältnisses vom Mai 1896 ist im Sinne der Prozesstheorie und speziell der Beweislastverteilung auch nach Art. 134 und 138 proc. civ. kein zulässiger Beweissatz; denn er ist nichts anderes als die Verneinung der vom Beklagten zu behauptenden und zu beweisenden Gründe für Aufhebung oder Erlöschen des Vertragsverhältnisses vom Mai 1896.

(Entsch. des Kantonsgerichts und der Rekurskomm. St. Gallen i. J. 1897, S. 74 f.)

24. Kanton Zürich. Urteil des Handelsgerichts vom 18. Februar 1898.

Beweislast bei Streit über festen oder bedingten Kauf.

Der Kläger verlangt zunächst eine Feststellung darüber, dass der Beklagte verpflichtet sei, den nach der klägerischen Darstellung am 19. Mai 1897 abgeschlossenen Kaufvertrag zu halten und demnach die von ihm bestellten metallenen Särge anzunehmen und gemäss der getroffenen Vereinbarung bis spätestens ein Jahr nach der Lieferung (18. Juni 1898) zu bezahlen.

Der Beklagte bestreitet, dass ein fester Kauf im Sinne der klägerischen Sachdarstellung zustande gekommen sei, und anerkennt bloss, dass er die Särge mit der Bedingung bestellt habe, dass sie, wenn er sie während eines Jahres nicht verkaufen könne, vom Kläger wieder zurückgenommen werden.

Diese Bedingung ist als eine zeitlich beschränkte Suspensiv-Bedingung zu betrachten, da die Perfektion des Kaufes erst mit Eintritt eines gewissen Ereignisses (des Weiterverkaufs) innerhalb einer gewissen Zeit (eines Jahres) erfolgen sollte. Nach allgemeinen prozessualischen Grundsätzen ist der Kläger, da in der Einlassung des Beklagten eine Bestreitung des Klagefundamentes (Abschluss eines festen Kaufes) liegt, für das letztere beweispflichtig (vergl. Sträuli, Komm. z. Ges. b. Rpfl. z. § 340 N. 6). — Ein Grund, von dieser Verteilung der Beweislast abzuweichen — wie es allerdings da gerechtfertigt sein mag, wo vom Beklagten eine durchaus unwahrscheinliche, im normalen Verkehr nicht vorkommende Bedingung behauptet wird, besteht im vorliegenden Falle nicht. Denn nicht nur hat der Beklagte durchaus einleuchtende Gründe anführen können, die ihn davon abhielten, eine feste Bestellung zu machen, — nämlich den nicht bestrittenen Umstand, dass derartige Metallsärge auf dem hiesigen Platze bloss für den Leichentransport zulässig, also schwer abzusetzen sind; — er hat auch, was namentlich zu seinen Gunsten spricht, sofort am Tage nach Abschluss des Geschäftes mit dem klägerischen Reisenden den von ihm behaupteten Inhalt desselben dem Kläger brieflich bestätigt. Eine derartige übungsgemäss erfolgte schriftliche Bestätigung einer mündlichen Abmachung hat nach kaufmännischer Auffassung immer eine gewisse Vermutung der Richtigkeit für sich.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVII S. 159 f.)

25. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 17 août 1898.

Aveu indivisible ou demande reconventionnelle?

Bruel frères ont réclamé à Revilliod la somme de 220 frs. 80 pour solde de compte. Revilliod n'a pas contesté les articles portés à son débit dans le compte des demandeurs, mais il a prétendu qu'il devait être crédité d'une somme dont il ne précise pas le montant, qui lui serait due, à titre de commission pour avoir procuré aux demandeurs la vente de plusieurs bicyclettes, et qui, suivant lui, serait en tout cas égale ou supérieure au solde de compte qui lui est réclamé. Il a donc méconnu rien devoir aux demandeurs. Ceux-ci ont méconnu devoir à Revilliod aucune somme à titre de commission. Revilliod a fait, à cet égard, une offre de preuve. Le Tribunal de première instance, sans s'arrêter à l'offre de preuve de R., qu'il considère comme sans précision et sans pertinence, a adjugé aux demandeurs leurs conclusions. Revilliod a recouru à la Cour en faisant valoir que le jugement, en considérant la demande principale de Bruel frères comme établie, a violé la disposition de l'art. 287 de la loi genevoise sur la procédure civile quant à l'indivisibilité de l'aveu judiciaire. La Cour a écarté ce moyen de recours.

Motifs: Le compte produit par les demandeurs n'a point été contesté; en considérant la demande principale comme établie, les premiers juges n'ont donc commis aucune violation de la loi.

La réclamation de Revilliod concernant des commissions qui lui seraient dues pour d'autres opérations de commerce, et sans corrélation directe avec la demande principale, ne forme pas un tout indivisible avec ses déclarations concernant la demande.

Elles constituent une demande reconventionnelle parfaitement distincte et dont la preuve incombe à celui qui fait cette demande.

Les premiers juges n'ont donc violé en rien les règles de la loi concernant l'indivisibilité de l'aveu.

(La Semaine judiciaire, XX p. 693 ss.)

26. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 9 novembre 1897.

Exclusion d'une preuve testimoniale tendant à établir la possession continue, ininterrompue, paisible et publique.

Dans un procès intenté sur l'existence d'une servitude de prise et de passage d'eau le demandeur a allégué les faits suivants:

Pendant plus de trente ans, le demandeur a, d'une manière continue et non interrompue, recueilli et conduit sur sa propriété l'eau existant sur le fonds du défendeur.

Pendant plus de trente ans, sa possession a été paisible.

Pendant plus de trente ans, sa possession a été publique. Il a demandé à prouver ces allégués par témoins, ce à quoi le défendeur s'est opposé par le motif que par ces allégués le demandeur apprécierait au point de vue juridique un état de fait dans son ensemble. Le Président du Tribunal du district de Grandson a admis la preuve testimoniale de ces allégués par le motif que dans leur teneur ils renferment bien l'énonciation de faits précis et concrets. Recours a été interjeté contre ce prononcé; le recourant expose que les témoins ne peuvent être entendus que sur des faits concrets, d'où le juge déduit la faute, le dol, l'erreur, la possession, l'apparence, etc. Les caractères de la possession ne sauraient faire l'objet d'une preuve testimoniale. En résolvant les allégués susdits le juge tranchera définitivement le litige. Les expressions de possession continue, non interrompue, paisible sont des termes de droit, ayant dans la loi un sens particulier, sur lequel il n'est pas admissible que des témoins soient entendus. Le Tribunal cantonal a, en effet, admis le recours et écarté la preuve testimoniale des allégués.

Motifs: Considérant que le demandeur fonde sa prétention sur la prescription acquisitive, invoquant une prescription trentenaire.

Qu'ainsi, lorsqu'il allègue une possession, il n'entend pas simplement une détention matérielle, mais bien celle mentionnée aux articles 1637 ss. C. c.

Considérant que, dans le cas de ces articles, la possession constitue une notion juridique, et non un fait concret susceptible d'une preuve par témoins.

Considérant que pour servir de base à la prescription acquisitive cette possession doit revêtir certaines caractères, tant positifs que négatifs.

Que si la possession est présumée avoir eu lieu à titre de propriétaire et n'avoir pas été équivoque, celui qui s'en prévaut doit en revanche établir l'existence des autres caractères de la possession acquisitive.

Considérant que la question de savoir si tel ou tel de ces caractères se rencontre en l'espèce ne saurait constituer une question de fait, mais seulement une appréciation, au point de vue juridique, d'un fait ou d'un ensemble de faits.

Que les preuves doivent porter non pas directement sur l'existence de ces caractères, mais seulement sur les circonstances de fait desquelles il pourra ensuite être inféré que tel caractère requis de la possession existe bien en l'espèce.

Considérant que les preuves testimoniales ne sauraient porter ni sur l'existence même de la possession ni sur l'existence des caractères requis de cette possession.

(Journal des tribunaux, XLVI p. 12 ss.)

Anmerkung. Es ist auffallend, wie oft diese Frage (question de fait ou de droit beim Beweis) die Waadtländer Gerichte beschäftigt, vergl. in dieser Zeitschrift allein N. F. XVI S. 103, XV S. 95 und dortige Citate, während in andern Kantonen die Gerichte kaum damit behelligt werden. Es scheint eine wahre Liebhaberei der Waadtländer Advokaten zu sein, die dann allerdings durch solche Urteile, wie das doch kaum zu billigende, hier mitgeteilte, gehegt wird. Das Tribunal cantonal hat uns leider nicht verraten, was denn eigentlich der Kläger als Beweisthema bezeichnen sollte. Würde ein Beweisthema des Inhaltes, dass Beklagter am 6. Mai 1897 Abends 6 Uhr in der Wirtschaft zum Löwen dem Kläger seine Uhr für 10 Fr. verkauft habe, auch nicht zugelassen, weil Kauf ein juristischer Begriff sei?