

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:	20 (1901)
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: 11.12.2025

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

Schweizerische Rechtspflege.

A. Civilrecht.

1. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts von 1899.

Verschollenheit. Lebens- oder Todesvermutung?

Die Tochter des am 20. Juni 1790 geborenen, seit mehr als 50 Jahren verschollenen Hauptmanns Fischer von Merenschwand hatte ein Testament errichtet, das nach ihrem Tode von der Waisenbehörde von Merenschwand und dem von ihr bestellten Abwesenheitspfleger namens des Verschollenen wegen Pflichtteilsverletzung angefochten wurde. Es war zu entscheiden, ob der Verschollene, der zur Zeit der Klagerhebung 108 Jahre alt gewesen wäre, aber nie als tot erklärt worden war, als noch lebend zu betrachten und daher Erbe seiner Tochter geworden sei. § 23 des bürgerlichen Gesetzbuches sagt: „Wenn ein Zweifel entsteht, ob ein Mensch noch am Leben sei oder nicht, so wird dessen Tod vermutet, wenn seit seiner Geburt ein Zeitraum von 80 Jahren verflossen und seit zehn Jahren von seinem Leben keine zuverlässige Nachricht eingegangen ist. In diesen Fällen kann die Todeserklärung vom Gerichte der Heimat des Abwesenden ausgesprochen werden.“ Der Anfechtungskläger folgerte daraus, solange die Todeserklärung nicht gerichtlich ausgesprochen sei, müsse der Verschollene als lebend vermutet werden; die Beklagten gegenteils nahmen diesen § dahin in Anspruch, dass der Verschollene als gestorben anzusehen sei. Das Obergericht hat diese letztere Ansicht sanktioniert.

Aus den Motiven: Der Wortlaut des § 23 lässt es nicht zu, daraus eine Lebensvermutung zu konstruieren, d.h. daraus abzuleiten, dass, solange über einen Menschen die Todeserklärung nicht ausgesprochen wurde, er als lebend anzusehen sei. Das Gesetz spricht für den betreffenden Fall nur die Todesvermutung bestimmt aus. Eine Lebensvermutung für die Eventualität, dass eine gerichtliche Todeserklärung nicht erlassen wird, folgt daraus nicht eo ipso. Hätte der Gesetzgeber eine Vermutung für das Fortleben eines 80-jährigen

Menschen, von dessen Leben seit zehn Jahren keine sichere Nachricht mehr eingegangen ist, statuieren wollen, so hätte er es ausdrücklich sagen müssen.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXVI S. 145 ff.)

**2. Kanton Graubünden. Urteil des Kantonsgerichts vom
13. und 14. Februar 1899.**

Benutzung der öffentlichen Gewässer.

Das Rheinbett, oberhalb der sogen. Tardisbrücke bis zur Landquarteinmündung, ist seit unvordenklicher Zeit von der umwohnenden Bevölkerung, namentlich den Gemeinden Malans, Igis u. s. w., zur Gewinnung von Sand, Kies und Steinen benutzt worden. Die Gemeinde Maienfeld, unbestrittenermassen Territorialherrin und zugleich Privateigentümerin von Grund und Boden bis an das Ufer, verbot im Jahre 1896 das Abführen von Sand und Kies für Nichtgemeindeinwohner. Hiegegen klagte die Gemeinde Malans und verlangte unbefinderte freie Benutzung des Rheinbettes zum Bezug von Kies, Sand und Steinen. Das Kantonsgericht erklärte die Klage für begründet.

Gründe: Es unterliegt keinem Zweifel, dass der Rhein als ein zum öffentlichen Gebrauch bestimmtes Gewässer im Sinne von § 224 P.-R. zu betrachten ist. Nach Massgabe der nämlichen gesetzlichen Bestimmung stellt sich dasselbe als Privateigentum der Gemeinde Maienfeld dar, soweit es sich auf deren Gebiet befindet. Dieses Eigentum ist aber von Gesetzeswegen (§ 225 f. P.-R.) zu Gunsten des öffentlichen Bedürfnisses ein beschränktes.¹⁾ Diese Eigentumsbeschränkung besteht darin, dass jedermann, also nicht nur der Eigentümer, eine solche zum öffentlichen Gebrauch bestimmte Sache frei benutzen darf. . . . Jedermann soll, soweit sein Bedürfnis es erheischt, und innert gewisser Schranken, die

¹⁾ Das privatrechtliche Gesetzbuch sagt:

§ 224.

Sachen zu öffentlichem Gebrauch.

Nicht erweislich dem Privateigentum anheimgefallene Gewässer . . . sind zu öffentlichem Gebrauch bestimmte Sachen. Dieselben sind, soweit sie überhaupt Gegenstand von Rechten sind, als Eigentum derjenigen Gemeinde, auf deren Gebiet sie sich befinden, anzusehen.

§ 225.

Die zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen können, mit Vorbehalt der zu Regulierung ihrer Benutzung erlassenen Verordnungen, von jedermann frei benutzt werden. u. s. w.

zum öffentlichen Gebrauche bestimmten Sachen benutzen können.

Was zum Begriffe Fluss gehört, ist mangels einer Definition in unserm P.-R. nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes festzustellen. Dieses bezeichnet das Flussbett eines öffentlichen Gewässers als publicum, öffentlich. Dies ist eine natürliche Konsequenz, da ein Fluss ohne Bett unmöglich und ein öffentlicher Gebrauch ohne Usus am Bett nicht ausführbar ist. Unter Flussbett aber ist nach Ansicht des Kantonsgerichtes das Rünsal zu verstehen, das der Fluss nicht nur bei kleinem, sondern auch bei hohem Wasserstand occupiert, um gehörig und auf natürliche Weise abzufließen. Das (im Streit liegende) Sand- und Kieslager wird nun bei hohem Wasserstande vom Flusse bespült, ja eigentlich gebildet. Es gehört demnach zu einer zu öffentlichem Gebrauche bestimmten Sache. Aus dem publicus usus folgt aber, dass jedermann erlaubt sein muss, Steine, Sand und Kies aus dem Flussbette zu entnehmen und für sich zu verbrauchen.

Der Beklagten als Inhaberin der Territorialhoheit kann allerdings nicht verwehrt werden, durch Verordnungen Vorschriften über den Bezug von Steinen, Kies und Sand zu erlassen, darüber gehörige Kontrolle und Aufsicht zu führen und, falls ihr dadurch Spesen erwachsen, mässige Gebühren zu erheben. Solche Gebühren dürfen aber den Charakter einer Entschädigung für den Materialbezug nicht an sich tragen. (Auszug aus: Civilurteile des Kantonsgerichts Graubünden i. J. 1899, S. 3 ff.)

3. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 29 août 1899.

Immeubles indivis en partie partageables en nature.
Admissibilité de llicitation totale.

A., B. et C. sont copropriétaires indivis d'immeubles bâtis et non bâtis constituant un domaine. A. et B. en demandent la llicitation dans la forme légale, soit par voie d'enchères publiques, vu que ces immeubles, par leur situation et leur composition, ne pouvaient se partager commodément. Au contraire C. requiert que les bâtiments soient seuls exposés en mise par voie de llicitation, s'opposant à la llicitation des autres immeubles, qui peuvent être facilement partagés. Le président du tribunal a adopté la manière de voir du défendeur. Les demandeurs ont recouru au Tribunal cantonal qui a admis

le recours et dit que la licitation portera sur l'ensemble des immeubles indivis.

Motifs: Considérant que l'intimé et le président reconnaissent que les immeubles indivis ne peuvent pas tous se partager en nature.

Que cela étant on ne saurait obliger les instants, qui forment la majorité des indivis, à partager partie des immeubles en nature, alors que l'autre partie n'est pas partageable.

Qu'il s'agit d'ailleurs d'immeubles formant ensemble un domaine. (Journal des Tribunaux, Droit cantonal, XLVIII p. 84 s.)

4. Kanton Zürich. Urteil des Kassationsgerichtes vom 3. Juli 1899.

Expropriation. Ist Festsetzung einer Baulinie schon Einleitung des Expropriationsverfahrens und dem gemäss für die Ermittlung des Wertes des Grundstückes massgebend?

Die Stadt Zürich exproprierte die Gebrüder G. in Betreff von 1290 m² Land an der neu erstellten Hardstrasse. Auf dieses Land war am 31. Dezember 1891 eine Baulinie gelegt worden. Seither hatten die Güterpreise in jener Gegend eine starke Erhöhung erfahren. Im Streite lag nun, welche Bedeutung der Baulinie und der durch sie bewirkten Beschränkung der Baufreiheit für die Bestimmung des Wertes des dadurch betroffenen Grundstückes zukomme. Eine gesetzliche Vorschrift darüber giebt es nicht. Die Appellationskammer des Obergerichts entwickelte nun folgende Ansicht:

Das Gesetz betr. die Abtretung von Privatrechten enthält in § 11 bloss den allgemeinen Grundsatz, dass die Abtretung nur gegen vollen Ersatz aller Vermögensnachteile, die dem Abtretenden hieraus erwachsen, gefordert werden könne. Die Praxis hat diese Bestimmung regelmässig so ausgelegt, dass der Gegenstand der Abtretung nach dem Zustande zu schätzen sei, in dem er sich zur Zeit der Eröffnung des Abtretungsverfahrens, d. h. der öffentlichen Bekanntmachung des Expropriationsplanes, befunden habe. Die Anwendung dieser Regel würde im vorliegenden Fall die Folge haben, dass das in Abtretung fallende Grundstück der Beklagten nicht als Bauland, sondern als lediglich zu landwirtschaftlichen Zwecken verwendbares Areal zu schätzen sein würde. Das wäre nun aber im höchsten Grade unbillig und unzweifelhaft mit der verfassungs-

mässigen Garantie wohlerworbener Rechte nicht vereinbar; denn mit der Möglichkeit, ein in der Stadt gelegenes Grundstück zu überbauen, wird ihm der grösste Teil seines Wertes entzogen. Das Richtige ist vielmehr das, dass die Schätzung sich auf den Zeitpunkt zurückbeziehen muss, in dem die Baulinie normiert wurde. Mit der Genehmigung der Bau- und Niveaulinien erhält die Gemeinde ohne weiteres das Recht zur Expropriation, es bezeichnet also dieser Moment den eigentlichen Beginn des Expropriationsverfahrens.

Die Appellationskammer nahm demgemäß den 31. Dezember 1891 als den für die Ermittlung des Wertes des abzutretenden Grundstückes in Betracht kommenden Zeitpunkt an und gelangte zu einem Ansatze von 15 Fr. per m². Das Urteil steht in extenso in den Schweizer Blättern f. h.-r. Entsch. XVIII S. 128 ff. Die erste Instanz hatte 30 Fr. angenommen, weil sie als den entscheidenden Zeitpunkt den der Einleitung der förmlichen Expropriation angenommen und weiter ausgeführt hatte:

Bei der Ermittlung des Verkehrswertes darf der Einfluss, den das Werk, zu dessen Gunsten die Zwangsenteignung erfolgte, auf die Preisbewegung hatte, nicht berücksichtigt werden, weder der wertsteigernde noch — wie es bei Berücksichtigung der Baulinien der Fall sein würde — der wertmindernde; denn ohne die Baulinie würde das Grundstück an der allgemeinen Preisseigerung des dortigen Bodens teilgenommen haben. Es ist nun zu ermitteln, welchen Verkehrswert das exproprierte Grundstück bei Vornahme der Expropriation im Anfange des Jahres 1898 gehabt haben würde ohne das Hardstrassenprojekt.

Gegen das Urteil der Appellationskammer legten die Expropriaten Nichtigkeitsbeschwerde ein, weil es dem Gesetze widerspreche. Das Kassationsgericht hob das Urteil auf. Unter Billigung der erstinstanzlichen Argumentation führt es aus:

Die Ansetzung von Baulinien an einer schon bestehenden oder erst noch zu beschliessenden Strasse kann nicht als die Eröffnung des Abtretungsverfahrens betrachtet werden. Sie ist allerdings eine Beschränkung des Grundeigentümers in der Verfügung über sein Eigentum, aber nicht eine Abtretung, nicht eine zwangsweise und gegen einen Kaufpreis geschehende Uebertragung von Rechten von seiten des Privaten an die enteignende öffentlich-rechtliche Korporation, vielmehr eine Beschränkung, welche der Eigentümer nach gesetzlicher Vorschrift sich ohne Entschädigung gefallen lassen muss, weil er

ihr Aequivalent in den Vorteilen der Strasse findet, an die sein Grundstück stossen wird. Der Vorderrichter hat denn auch selbst die weitere Folgerung gezogen, welche die Unhaltbarkeit seines Standpunktes darthut, indem er sagt, dass das Grundstück eigentlich *gar* nicht als Bauland bezahlt werden müsste, während ja doch klar ist, dass gerade deswegen Baulinien gezogen wurden, weil das Land als Bauland erschien; und er hat eine Konsequenz nicht gezogen, welche sein Standpunkt haben müsste, nämlich die, dass dann auch die Verzinsung der Expropriationssumme von der Dekretierung der Baulinien an laufen müsste. Wenn es auch richtig ist, dass der Gemeinde mit der Genehmigung der Baulinie das Recht der Expropriation für den projektierten Strassenzug gegeben wurde, so liegt eben ein Anfang der Expropriation selbst darin noch nicht, so wenig, dass ja erst nach Jahren noch die Gemeinde sich darüber entscheiden kann, ob sie die Strasse wirklich ausführen wolle oder nicht.

In heutiger Sitzung wurde von dem Vertreter des Stadtrates der Standpunkt eingenommen, dass wenn auch nicht mit der Ziehung der Baulinien die Zwangsenteignung begonnen habe, doch von da an das innerhalb derselben gelegene Land nicht mehr an der allgemeinen Werterhöhung des Bodens jener Gegend habe teilnehmen können, weil man ja gewusst habe, dass nicht darauf gebaut werden dürfe, und dass das auch die eigentliche Meinung des Vorderrichters gewesen sei. Allein auch diese Behauptung erscheint nicht als richtig. Wenn auch das Land nicht überbaut werden durfte, und zwar nach § 12 der Bauordnung, ohne dass dafür Entschädigung zu leisten wäre, so nahm es doch an der Wertsteigerung des Bodens teil; denn es ist klar, dass es als Bauterrain zu dem dahinter auf der Baulinie zu errichtenden Hause für dieses Haus einen gesteigerten Wert hatte, ja für dasselbe kaum entbehrt werden konnte, wobei gleichgültig ist, ob es sich im Besitz des gleichen Eigentümers befindet oder nicht. Damit aber, dass für die Baubeschränkung keine Entschädigung zu leisten ist, ist keineswegs gesagt, dass auch diese Wertsteigerung vom Exproprianten nicht beachtet werden müsse; ja es würde dies in Widerspruch mit der Verfassung Art. 4 stehen, welche für Zwangsabtretungen gerechte Entschädigung verspricht, und welchem gegenüber selbst der entgegenstehende Wille des Gesetzes, wenn er wirklich vorhanden wäre, machtlos sein würde.

Der Vorderrichter hat somit dem Expropriaten nur denjenigen Kaufpreis zugesprochen, welcher dem Abtretungs-

objekte in einem geraume Zeit vor der Abtretung liegenden Zeitpunkte zukam. Er hat damit den § 11 des Gesetzes betr. die Abtretung von Privatrechten verletzt, welcher dem Abtretungspflichtigen den vollen Ersatz aller aus der Abtretung ihm erwachsenden Vermögensnachteile verspricht. Damit ist der Nichtigkeitsgrund des § 704 Ziff. 9 Priv.-Ges. gegeben. Nach Art. 712 das. hat daher diesseitige Instanz einen neuen Entscheid zu fällen. Es kann dies einfach durch Wiederherstellung des bezirksgerichtlichen Urteils geschehen, da dessen Begründung zutreffend erscheint.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVIII S. 283 ff.)

5. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 31. Mai 1899.

Brunnenrecht. Inhibition von Grabungen der Nachbarn auf ihren Grundstücken.

Die Wasserversorgungsgenossenschaft O.-M. hatte vom Kläger D. das Recht erworben, in dem bei seinem Heimwesen gelegenen untern Teil seiner Grundstücke nach Wasser zu graben, und hatte das vorgefundene auch gefasst. D. warf nun im oberhalb des belasteten Landes befindlichen freien Teil seiner Liegenschaft einen Graben auf, um aufgefundenes Wasser seinem beim Hause stehenden alten Brunnen zuzuleiten. Die Genossenschaft inhibierte gegen die Grabungen; einmal mit der Behauptung, dass durch die Thätigkeit des Gegners ihre Leitungen ungünstig beeinflusst würden, welche Darstellung durch eine Expertise teilweise bestätigt wurde, und sodann unter Hinweis darauf, dass ihr das zu technischen und Haushaltungszwecken nötige Wasser entzogen würde (§ 182 priv. G.-B.).

Dem Kläger wurde gestattet, nach Wasser zu graben, und seinem Brunnen das nötige Quantum zuzuleiten.

Gründe: 1. Nach den in der heutigen Verhandlung vom Kläger D. abgegebenen Erklärungen beansprucht derselbe lediglich noch das Recht, in dem oberhalb seines Wohnhauses gelegenen, ehemals Baumgartner'schen Grundstück insoweit nach Wasser graben zu dürfen, als erforderlich ist, um seinem unterhalb gelegenen Brunnen das nötige Wasser zuzuleiten. Der Kläger verzichtet also damit auf alle Grabungen in demjenigen Grundstück, in welchem er laut dem notarialischen Kauf- resp. Servitutvertrag vom 25. Februar 1897 der Beklagten das Recht eingeräumt hat, das im untern Teil des-

selben entspringende Quellwasser für ihre Zwecke zu fassen und abzuleiten. — Es steht nun fest, und ist von keiner Seite bestritten, dass das oberhalb gelegene Baumgartner'sche Grundstück, obschon der Kläger zur Zeit der Servitutbestellung schon Eigentümer desselben war, doch von letzterer nicht betroffen wird, also nicht zu Gunsten der Beklagten servitutbelastet ist. Daraus folgt aber mit Notwendigkeit, dass der Kläger auf Grund der Servitutbestellung nicht gehindert werden kann, seine Eigentumsbefugnisse in diesem obren Grundstück unbeschränkt auszuüben und somit das in demselben entspringende Wasser nach Belieben zu fassen und abzuleiten, soweit dem nicht die nachbarrechtlichen Gesetzesvorschriften (§ 182 P. G.-B.) entgegenstehen. Der Eigentümer eines servitutbelasteten Grundstückes ist gemäss § 255 P. G.-B. allerdings als solcher verpflichtet, nichts vorzunehmen, wodurch die Ausübung der Dienstbarkeit verhindert oder erschwert würde; allein es kann ihn dies nicht hindern, seine Eigentumsbefugnisse als Eigentümer eines andern, nicht servitutbelasteten Grundstückes unbeschränkt auszuüben, gleichwie dies ein dritter Eigentümer (der nicht mit dem Servitutbelasteten identisch ist) zu thun berechtigt wäre; m. a. W. die aus der Servitut folgende Verpflichtung des belasteten Eigentümers ist eine rein dingliche, keine obligatorische (persönliche).

2. Nach dem Gesagten kann sich die Einsprache der Beklagten gegen die Grabungen des Klägers im ehemals Baumgartner'schen Lande — die hier allein noch in Betracht kommen — lediglich auf die nachbarrechtliche Vorschrift des § 182 P. G.-B. stützen. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint sie aber nicht als begründet. Abgesehen davon, dass ein direkter Wasserentzug infolge der vom Kläger unternommenen Grabungen gegenüber den Fassungen der Beklagten nach der Expertise nicht als bewiesen anzusehen ist, mangelt es auch an einem Beweise dafür, dass der Beklagten durch die Grabungen des Klägers das nötige Wasser entzogen werde. Unter dem „nötigen Wasser“ im Sinne des § 182 kann nämlich nur solches Wasser verstanden werden, welches zu den Zwecken, denen ein Brunnen zu dienen bestimmt ist, Verwendung findet, also für den Gebrauch in Haus und Stall. Dies muss auch gegenüber einer für eine ganze Ortschaft resp. einen Teil derselben bestimmten Wasserversorgung gelten. Nun hat die Beklagte aber selber vortragen lassen, dass ein Teil des Wassers zu technischen Zwecken (für das Elektrizitätswerk) Verwendung finde; das

nämliche Wasser kann aber unmöglich auch zum Konsum (Trink- und Reinigungszwecken) gebraucht werden, so dass angenommen werden muss, es sei jedenfalls für letztere genügend Wasser vorhanden. — Dazu kommt, dass nach der Erklärung des Klägers, dass er nur soviel Wasser fassen werde, als für das Bedürfnis seines Brunnens notwendig sei, von einem erheblichen Wasserentzug im Verhältnis zu dem vorhandenen Wasserquantum jedenfalls nicht die Rede sein kann.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVIII S. 291 f.)

6. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 1. März 1899.

Nachbarrecht. Befugnis des höherliegenden Grundeigentümers zu Ableitung des Wassers durch künstliche Furchen und Rinnen (rigoles).

Il a toujours été admis en doctrine et par la jurisprudence que la règle de l'art. 640 Code civ. fr., d'après laquelle le propriétaire supérieur ne peut faire aucun ouvrage qui change l'état naturel des lieux, ne saurait être absolue et ne doit pas être appliquée avec trop de rigueur. C'est ainsi qu'il a été de tout temps reconnu que le propriétaire supérieur peut faire les ouvrages nécessaires ou même seulement utiles pour la culture de son héritage et qu'il a notamment le droit de pratiquer des sillons ou des rigoles pour faciliter l'écoulement des eaux, sans que le propriétaire inférieur puisse se plaindre sous prétexte qu'il en résulte pour lui une petite aggravation de la servitude. Plus spécialement, lorsque des sillons ou rigoles établis par le propriétaire supérieur existent depuis plus de trente ans, cet état de choses doit être considéré comme constituant la situation naturelle des lieux, d'où il suit que les propriétaires inférieurs ne seraient plus admis à établir que les eaux devraient avoir un autre cours que celui qu'elles ont depuis le laps de temps requis pour la prescription.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXV S. 622.)

7. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 22. März 1900.

Abbezahltter Schuldbrief im Besitz des Schuldners wiefern noch wirksam.

Der 1897 verstorbene A. Esslinger hatte seiner Ehefrau seine Liegenschaften vermacht. In seinem Nachlasse fand sich

ein Schulterschein von Fr. 10,000 zu Gunsten der Gewerbebank Zürich und haftend auf einer dieser Liegenschaften vor, der aber jedenfalls am Todestage schon abbezahlt war. Die Ehefrau beanspruchte diesen Schuldbrief für sich und klagte auf Herausgabe gegen die Erben, die ihn als ihnen gehörig geltend machten. Die erste Instanz wies die Klage ab, die zweite dagegen hiess sie gut.

Motive: 1. Die erste Instanz ging in ihren Erwägungen, welche sie zur Abweisung der Klage führten, von dem Satze aus, der Art. 144 O. R. finde auf den zürcherischen Schuldbrief keine Anwendung; das Priv. Ges. B. habe den Schuldbrief von seiner Verbindung mit der Person des Schuldners möglichst ablösen wollen, und wenn somit, wie im vorliegenden Falle, ein Grundeigentümer bei seinem Tode einen ungelöschten abbezahlt Schulterschein besitze, sei das Schicksal dieser hypothekarischen Forderung durchaus unabhängig von dem Schicksal des Grundstückes, auf welches sich der Titel beziehe.

Dass ein solcher Schuldbrief in der Hand des Schuldners nicht durch Konfusion untergehe, zeige deutlich der Umstand, dass die nachgehenden Hypothekargläubiger in diesem Falle in ihrer Pfandstellung nicht vorrücken.

2. So richtig diese Argumentation gestützt auf den Wortlaut der §§ 386 und 396 Priv. G. B. auf den ersten Blick erscheint, so hält sie doch einer näheren Prüfung nicht Stand.

Der Satz „niemand kann sein eigener Schuldner sein,“ ist ein Axiom, welches auch die neue Redaktion des zürch. Priv. G. B. nicht hat aus der Welt schaffen wollen.

Die bekannten Gründe, welche bei Anlass der Revision des Priv. G. B. zur Aufnahme der in den §§ 386, 396 und 398 niedergelegten Grundsätze geführt haben, zeigen deutlich, dass der Gesetzgeber sich dabei hat leiten lassen von den Rück-sichten auf die Bedürfnisse des Verkehrs und den Kredit des Briefschuldners; dass er dabei aber nur soweit hat gehen wollen, als zur Erreichung einer möglichst grossen Verkehrsfähigkeit des Schuldbriefes unbedingt notwendig war, ist ausgesprochen in § 391 Schlusssatz.

3. Die Thatsache, dass der spätere Gläubiger in seiner Pfandrechtstellung nicht vorrückt, bildet durchaus kein zwingendes Argument für die Auffassung des erstinstanzlichen Richters.

Die Möglichkeit der Weiterbegebung abbezahlt Hypothekarbriefe mit dem ursprünglichen Pfandrechtsrang seitens des Pfandeneigentümers hat sich ausgebildet durch die Ein-

richtung der Grundbücher und kehrt in vielen modernen Hypothekargesetzgebungen wieder. Die diesbezüglichen Bestimmungen tragen aber den Charakter von Ordnungsvorschriften, welche im übrigen die rechtliche Natur einer Schuldbriefforderung nicht ändern wollen.

Schon im römischen Recht wurde es unter gewissen Umständen als eine Unbilligkeit empfunden, dass der nachstehende Pfandgläubiger in den Fällen der Konfusion mit Rechtsnotwendigkeit vorrücken sollte, und man hat dadurch gesucht, dem bisherigen Pfandgläubiger die Vorteile seiner Rechtsstellung auch nach dem Eigentumserwerb zu erhalten, dass demselben, gestützt auf das ihm zugestandene bessere Pfandrecht, gegen die *actio hypothecaria* der nachstehenden Gläubiger eine Einrede gegeben wurde. (l. 12 pr. D. 20, 4.)

4. Es ist sodann gewiss davon auszugehen, dass, damit ein solcher im Besitze des Schuldners befindlicher Schuldbrief wieder zur Kraft gelange, eine daraufhin gerichtete Willenserklärung desselben notwendig ist. Diese Willenserklärung tritt dann eben zu Tage in der Weiterbegebung der Urkunde.

Wo aber dieser Wille fehlt, oder wo aus den Verhältnissen geschlossen werden muss, dass der Eigentümer des Grundstücks dieses nicht mehr mit der bisherigen Hypothek belastet wissen will, hat ein solcher in seinen Händen liegender Titel keine Wertpapierqualität. (Vergl. Minderheitsbegründung App.-K. 26. Januar 1892 H. E. Bd 11 S. 52.)

5. Im vorliegenden Falle kommt nun hinzu, dass es sich aus den begleitenden Umständen mit Sicherheit ergiebt, es habe der Erblasser nicht gewollt, dass seine Ehefrau als Vermächtnisnehmerin mit Bezug auf den streitigen Titel die Schuldnerin seiner Intestaterben werde.

Dies geht daraus hervor, dass er unmittelbar vor der Testamentserrichtung den Schuldbrief ablöste; dass er sich ferner nach den Aussagen eines Zeugen dahin äusserte, „seine Verwandten müssten nichts haben, sie hätten es ihm schlecht genug gemacht;“ und dass es endlich in dem Testament ausdrücklich heisst, die Klägerin soll das Eigentum an den betreffenden Gebäulichkeiten erhalten, ohne jede Gegenleistung.

Aus allen diesen Gründen ergiebt sich, dass die grundversicherte Forderung, welche durch den streitigen Schuldbrief verkörpert war, nicht wieder aufgelebt ist und ohne den Willen der jetzigen Eigentümerin des Pfandobjektes, der Klägerin, nicht wieder auflieben kann. Es ist letztere daher berechtigt, die Löschung des Titels oder dessen Herausgabe zu verlangen. (Schweiz. Blätter f. h.-r. Entsch., XIX S. 203 f.)

**8. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom
8. und 20. Februar 1899.**

Eigentümerhypothek.

Am 5. September 1878 errichtete A., Sohn, in St. Gallen, als Schuldner zu Gunsten seines Vaters A. einen Versicherungsbrief von Fr. 15,000, welcher von Vater A. am 19. Januar 1894 bei einer Bank für ein Darlehen von Fr. 12,000 als Faustpfand mit einer solidarischen Bürgschaft von X. und von A. Sohn hinterlegt wurde. Am 28. März 1896 starb Vater A., und es wurde über seinen Nachlass, da die Erben auf denselben verzichteten, die konkursrechtliche Liquidation eröffnet. Im Verlaufe der letztern wurde der Titel von Fr. 15,000 vom Titelschuldner A. Sohn am 24. September 1896 zum Preise von Fr. 50 ersteigert. Gestützt hierauf stellte das Konkursamt am 24. September 1896 zu Gunsten von A. Sohn einen Cessionsschein für den Titel aus und sandte am 11. Dezember 1896 diesen Titel an das Gemeindeamt St. Gallen, nebst zwei Verwahrungen des X., mit welchen dieser, in seiner Eigenschaft als Titelbürge, sowie als Mitbürge des A. Sohn für das von Vater A. bei der Bank erhobene Anleihen von Fr. 12,000, auf Grund des ihm zustehenden Miteigentums am Titel, gegen die Aushändigung des Titels an A. Sohn Protest einlegte. Am 12. Dezember 1896 stellte A. Sohn, hiervon in Kenntnis gesetzt, an die Gemeinderatskanzlei, wo der Titel lag, das Ansuchen, den Titel auf B. als neuen Gläubiger zu transfixieren, und am 15. Dezember 1896 schrieb auch B. selbst an die Gemeinderatskanzlei, dass er den Titel von Fr. 15,000 übernommen, und letzterer daher auf ihn zu transfixieren sei. Mit Hinweis auf die Protestation des X. wies jedoch die Gemeinderatskanzlei das Begehren um Transfixierung des Titels auf B. ab.

Die Streitsache wurde von X. beim Richter anhängig gemacht und das Kantonsgericht hat mit Urteil vom 8./20. Februar 1899 die Klage des X. abgewiesen, welche darauf gerichtet war,

A. Sohn und B. seien pflichtig, die vom Gemeinderat St. Gallen verlangte Kassation des Titels von Fr. 15,000 anzuerkennen.

Aus der Begründung: 1. Im Gesetz über das Hypothekarwesen vom 26. Januar 1832 ist die in anderen Gesetzgebungen ausdrücklich anerkannte sogenannte Eigentümerhypothek allerdings nicht vorgesehen, wonach ein Grundpfandeigentümer auf sein eigenes Grundpfand zu seinen eigenen Gunsten einen

Grundpfandtitel errichten und fortbestehen lassen kann. Das Gesetz verlangt vielmehr in Art. 6, 13 und 15 ausdrücklich, dass bei der Errichtung eines Grundpfandtitels nebst dem Gemeinderat zwei verschiedene Parteien, nämlich der die Barschaft darschiessende Gläubiger und der sie in Empfang nehmende Schuldner mitwirken. Daraus wurde abgeleitet, was im Gesetze ausdrücklich sich nirgends ausgesprochen findet, dass das st. gallische Recht eine Eigentümerhypothek nicht kenne, und diese Auffassung ist auch in administrativen, wie gerichtlichen Entscheidungen wiederholt zum Ausdruck gelangt.

2. Jedoch hat dieser Grundsatz seine Einschränkung und Modifikation erfahren sowohl durch die Gesetzgebung selbst, als durch die Praxis.

a) Durch die Gesetzgebung in Art. 92 zweiter Satz des früheren kantonalen Schuldentriebgesetzes vom 17. August 1854 und in Art. 57 zweiter Satz des früheren st. gallischen Konkursgesetzes vom 23. Januar 1845.¹⁾ — Der Umstand, dass das kantonale Einf.-Gesetz in Art. 37⁶ nur im Falle der „Betreibung auf Pfandverwertung“ — nicht aber im Konkursverfahren — bei Zahlung des vom Gläubiger gekündeten und daher zur Rückzahlung fälligen Pfandkapitals die Ablieferung des Titels zur Kassation verlangt, und dass Art. 37⁷ nur die bei betreibungs- und konkursrechtlicher Verwertung des Unterpfandes gänzlich zu Verlust gekommenen Pfandtitel als der Kassation verfallen erklärt, führt zur Annahme, dass der durch das frühere Betreibungs- und Konkursrecht geschützte Rechtsbestand solcher Titel auch jetzt nach der Uebernahme des Unterpfandes durch den Titelgläubiger fortdauern solle, um so mehr, als dies für die neuen Verkehrs- und Wirtschaftsverhältnisse und Bedürfnisse geradezu erforderlich erscheint. — Es liegt also auch im neuen Rechte eine Modifikation des eingangs erwähnten Grundsatzes.

b) In der Gerichtspraxis ist wiederholt anerkannt worden, dass, wenn auch in der Regel die Vereinigung der Eigenschaft eines Hypothekargläubigers und eines Hypothekarschuldners in einer Person an sich einen Grund zur Kassation des Hypothekartitels bildet, doch ein solcher Pfandtitel, der trotzdem nicht gesetzlich getilgt, nicht an den Gemeinderat abgeliefert, nicht kassiert und in den öffentlichen Protokollen nicht gelöscht worden ist, als solcher fortbesteht und dass er

¹⁾ Beide Artikel sagen, dass die Schuldtitle, deren Unterpfand im Ueberschlags- oder Gantverfahren dem Gläubiger anheimgefallen, dem Gläubiger, falls er binnen sechs Monaten das Pfand veräussert, wieder als rechtskräftig ausgehändigt werden sollen.

in den Händen des rechtmässigen und gutgläubigen Besitzers, z. B. Faustpfandgläubigers, Anspruch auf Gültigkeit machen kann (Kassations-Gericht 1898 Nr. 6 Seite 23 mit Citaten), und zwar rechtfertigt sich dies durch die Rechtssicherheit und mit Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehre. Darin liegt ohne weiteres auch die Anerkennung dafür, dass ein Pfandtitel trotz der Vereinigung der Eigenschaft eines Hypothekargläubigers und -Schuldnerns in einer Person vom Zeitpunkte dieser Vereinigung an bis zur wirklichen Kassation rechtlich gültig fortbesteht, dass also während dieser Zeit das Eigentum am Titel dem neuen Grundpfandeigentümer zugehört (Kassations-Gericht 1865, Seite 41 und 42). Diese Praxis hat sich gebildet als Bedürfnis, das einerseits mit den oft rasch und unversehens wechselnden wirtschaftlichen Verhältnissen des einzelnen und mit der gegenüber früher gesteigerten wirtschaftlichen Bedeutung solcher Effekten für die Jetztzeit in Zusammenhang steht.

Das Kassationsgericht hat die von X. wegen angeblicher Verletzung der Art. 6, 13, 15 und 28 des Hypothekargesetzes gegen dieses Urteil erhobene Nichtigkeitsbeschwerde abgewiesen, und hat dabei ein sehr beherzigenswertes Motiv folgenden Inhalts aufgestellt:

Das Kassationsgericht erkennt, dass ein Grundpfandtitel nicht auf den Namen des Unterpfandeigentümers errichtet werden und auch nicht in diesem Zusammenflusse fortbestehen könne; es hat aber konstatiert, dass durch die Gesetzgebung und Rechtsprechung Modifikationen an dieser prinzipiellen Regel nach dem fortschreitenden Bedürfnis des Rechtslebens und der Volkswirtschaft aufgestellt worden seien, nach welchen nicht unter allen Umständen der Zusammenfluss des Eigentums am Titel und am Unterpfand die Entkräftung des betreffenden Titels nach sich ziehen müsse. — Hierin kann eine Gesetzesverletzung deswegen nicht gefunden werden, weil eine gesetzliche ausdrückliche Bestimmung, dass unter allen Umständen der Zusammenfluss des Eigentums am Titel und am Grundpfand die Entkräftung des Titels nach sich ziehen müsse, überhaupt nicht besteht. — Der Satz, dass das st. gallische Gesetz die Inhaberhypothek nicht kenne, ist nur eine theoretische, juristische Schlussfolgerung; die Nichtanerkennung, die Abweisung einer solchen Schlussfolgerung ist kein Gesetzeinbruch; gegen die Nichtanerkennung eines Systems giebt es nach st. gallischem Gesetze keinen Kassationsrekurs.

(Entsch. des Kantonsger. St. Gallen i. J. 1899, S. 37 ff.)

**9. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und
Kassationshofes vom 3. Mai 1899.**

Unzulässigkeit der Ausdehnung einer Realservitut durch neue, das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks erheblich steigernde Einrichtungen.

Bei Abtretung eines Waldstückes im Jahre 1856 hatten sich die Abtreter vorbehalten, dass, wenn in den ihnen verbleibenden acht Jucharten Wald der zu ihrer Lehmbrunnerei taugliche Lehm ausgehen sollte, man dann den tauglichen Lehm in dem abgetretenen Wald unentgeltlich aufstechen und wegnehmen dürfe. Im Jahre 1896 erwarb E. v. G. das herrschende Grundstück und wandelte die Lehmbrunnerei in eine Ziegelfabrik neuen Systems um; hiefür wurde ein viel grösserer Bedarf an Lehm erforderlich, den der Eigentümer auf dem dienenden Grundstück entnehmen wollte. Darüber kam es zum Prozess und das Gericht erklärte ihn hiezu nicht berechtigt.

Motive: In dem Vertrage von 1856 ist den Eigentümern des herrschenden Grundstückes nicht allgemein das Recht eingeräumt, aus den abgetretenen Waldungen Lehm zum Brennen unentgeltlich zu nehmen, sondern nur das Recht, den nötigen Lehm wegzunehmen, und das Wort „nötig“ ist in Beziehung gesetzt zu „ihrer Lehmbrunnerei.“ Damit haben die Parteien das Mass der Ausübung der Dienstbarkeit in bestimmter oder wenigstens bestimmbarer Weise angegeben, sie haben es beschränkt auf das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks, aber auch dies nicht allgemein, sondern speziell auf das Bedürfnis der auf diesem Grundstücke befindlichen Lehmbrunnerei. Und weiter ist anzunehmen, dass die Parteien das Mass der Ausübung beschränken wollten auf das Quantum, das im Zeitpunkt der Errichtung der Dienstbarkeit für den Betrieb der damals auf dem herrschenden Grundstücke bestehenden Lehmbrunnerei nötig war. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass bei Abschluss des Vertrages im Jahre 1856 die Parteien daran gedacht haben, dass die Technik in der Ziegelbrunnerei sich so sehr vervollkommen und infolgedessen der Lehmverbrauch eines solchen Etablissements sich in Zukunft so sehr steigern werde, wie dies tatsächlich der Fall gewesen ist.

(Zeitschr. des Bern. Jur.-Ver., XXXVI S. 54 ff.)

10. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 17. März 1900.

Annulierung eines Liegenschaftskaufes wegen Betrugs zieht die Nichthaftbarkeit des Käufers für die ihm überbundenen Hypothekarschulden nach sich.

Sch. verkaufte an G. ein Haus, der Kauf wurde im Sommer 1899 gefertigt mit Antritt auf 1. Oktober. Vorher ergab sich, dass der Verkäufer dem Käufer wichtige Umstände, namentlich den, dass Hypotheken schon vor dem Kaufe gekündigt worden seien, verschwiegen hatte. Der Käufer klagte daher nach Art. 24 O. R. auf Ungültigerklärung des Kaufes. Der Verkäufer liess es nicht zum Prozesse kommen und erkannte die Annulierung des Kaufes an. Jetzt erhob aber die Aktienbrauerei Zürich als Gläubigerin einer Hypothekarschuld von 10,000 Fr., die bei der Fertigung dem Käufer zur Verzinsung und Bezahlung angewiesen worden war, gegen denselben Klage auf Zahlung des Zinses vom 1. Oktober 1898 bis 1. Oktober 1899. Die erste Instanz erachtete diesen Anspruch für begründet, die zweite dagegen erkannte, dass der Käufer die Schulpflicht gegenüber den Hypothekargläubigern ablehnen könne.

Motive: Zunächst ist zu betonen, dass nach der Betrugstheorie, die das Obligationenrecht (in Abweichung von den beiden ersten Entwürfen) aufgestellt hat, der betrogene Kontrahent, welcher den Betrug rechtzeitig geltend macht, von Anfang an vertraglich nicht gebunden ist. Es liegt also nicht eine blosse Aufhebungsmöglichkeit gegenüber einem an sich gültig abgeschlossenen Geschäfte, sondern eine von Anfang an vorhandene, wenn auch nur einseitig anrufbare wirkliche Nichtigkeit vor. Vergl. bundesgerichtl. Entsch. Bd XXIII S. 713: „Anders verhält es sich dagegen mit der Einrede aus Betrug, denn hier handelt es sich nicht um eine eigentliche Einrede gegen eine an und für sich bestehende Verbindlichkeit, sondern um den Einwand, dass keine für den Beklagten verbindliche Obligation zu stande gekommen sei.“ Vergl. ferner v. Wyss, Bemerkungen zum Kommissionsentwurf erster Lesung S. 65 und v. Tuhr in der Zeitschrift für Schweiz. Recht, neue Folge Bd XVII S. 45. Darauf, ob man diese Wirkung des Betruges (des Irrtums und der Furcht) als „Anfechtbarkeit“ (wie es das deutsche bürgerl. Gesetzbuch thut, s. §§ 123 und 142) oder als „relative Nichtigkeit“ (vergl. Schulin, i. d. Zeitschrift für Schweiz. Recht, N. F. Bd IX S. 81 f.) bezeichne, kommt selbstverständlich nichts an; ausschlaggebend ist der

in Art. 24 O. R. aufgestellte Satz, dass der Vertrag für den betrogenen Teil nicht verbindlich ist.

Die Ungültigkeit des streitigen Liegenschaftskaufes hat nun nach § 118 litt. c des Priv. G. B. ohne weiteres auch die Ungültigkeit des nur scheinbar durch die kanzleiische Fertigung erfolgten Eigentumsüberganges zur Folge. Der den Eigentumsübergang beurkundende Eintrag im Grundprotokoll ist einfach zu löschen; einer Rückfertigung bedarf es nicht.

Würde man nun weiter die von Bluntschli und nach ihm von Schneider im Kommentare zum Priv. G. B. verfochtene Auslegung des § 361 Priv. G. B., nach welcher der Uebergang des Eigentums am Grundpfande ipso jure den Uebergang der Hypothekarschulden auf den Erwerber bewirkt, auf den vorliegenden Streit anwenden, so würde sich aus der Nichtigkeit des Eigentumsüberganges ohne weiteres auch die Nichtigkeit des Schuldüberganges als der Folgewirkung ergeben; denn der Käufer hat sich nicht etwa ausdrücklich oder durch schlüssige Handlungen, (also durch selbständigen Vertrag) der Gläubigerin gegenüber als Schuldner verpflichtet. Jene Auslegung dürfte indessen doch zu weit gehen, da § 361 litt. c nur die obligatorische Verpflichtung des neuen Erwerbers zur Schuldübernahme aufstellt. Gleichwohl ist die Schuldübernahme des Käufers als ungültig zu erklären; da sie zum Zwecke der Tilgung des vereinbarten Kaufpreises erfolgte, bildet sie, wenn sie auch durch einen rechtlich selbständigen Vertrag, den Schuldübernahmevertrag, zu stande kam, doch einen Bestandteil des ungültigen Kaufvertrages und teilt daher des letztern Schicksal. Fasst man den Uebernahmevertrag für sich allein ins Auge, so macht der Käufer mit Recht geltend, dass er auch zum Abschluss dieses Vertrages nur durch den Betrug des Verkäufers verleitet worden sei: Hätte Sch. die Kündigung der Schuldbriefe nicht verschwiegen, so hätte der Käufer den Schuldübernahmevertrag so wenig als den Kaufvertrag abgeschlossen. Der Umstand, dass der Käufer bei diesem Uebernahmevertrag durch den Verkäufer Sch. nur in einen Irrtum im Motive versetzt worden ist, hat nach Art. 24 O. R. keine Bedeutung.

Der Käufer ist also nie Schuldner der auf dem Kaufobjekte haftenden Hypotheken geworden und deshalb kann die Gläubigerin nicht auf ihn greifen. Vor dem Zeitpunkte, da der Käufer den Art. 24 O. R. geltend machte, war nämlich noch kein Vertragsverhältnis zwischen ihm und der Gläubigerin entstanden. Ein Vertragsverhältnis zwischen Hypothekargläubiger und Schuldübernehmer entsteht doch

wohl erst in dem Momente, da der Hypothekargläubiger dem Schuldübernahmevertrage der Kaufkontrahenten beitritt. Sobald der Gläubiger die Erklärung des Schuldübernehmers acceptiert, wird er sich allerdings auf Art. 25 O. R. stützen können, wonach ihm der vom Verkäufer des Grundpfandes dem Schuldübernehmer gegenüber verübte Betrug nur unter der Voraussetzung, dass er selber zur Zeit des Vertragsabschlusses jenen Betrug gekannt habe oder hätte kennen sollen, entgegengehalten werden kann. Es liegt nun nichts dafür vor, dass die Gläubigerin vor der Anhebung des Rechtstriebes gegen den Käufer (24. Oktober 1899) ihren Willen, den letztern als Schuldner anzunehmen, erklärt habe, während G. schon am 19. September gleichen Jahres gegen Sch. aus dem Betruge klagte. Die Ueberbundsanzeige wurde der Gläubigerin allerdings schon am 19. August 1899 zugestellt, allein hierin kann nicht etwa die Uebermittlung einer für den Käufer verbindlichen Schuldübernahms-Offerte erblickt werden, denn einmal hat der Käufer dabei nicht mitgewirkt und sodann kann jener Anzeige überhaupt nicht der Charakter einer Willenserklärung zugeschrieben werden, vielmehr handelte es sich nur um die amtliche Mitteilung einer Thatsache. Die Berufung auf Art. 25 O. R. steht danach der Gläubigerin nicht zu. Ebensowenig kann natürlich davon die Rede sein, dass die Hypothekarschuld schon durch den Schuldübernahmevertrag noviert worden sei, wie die Vorinstanz annimmt; denn die Novation setzt die Befreiung des alten Schuldners voraus und diese tritt erst ein, wenn der Gläubiger einmal den neuen Erwerber angenommen hat.

Mit Unrecht haben sich die Gläubigerin und die Vorinstanz auf § 390 priv. G. B. berufen, denn diese Bestimmung behandelt die Wirkungen des gutgläubigen Erwerbes von Schuldbriefen, setzt also einen Wechsel der Gläubiger voraus und geht dabei von einer an sich gültigen Schuldübernahme aus, ohne sich auf die heute streitige Frage, ob überhaupt eine wirksame Singularsuccession in die Briefschuld stattgefunden habe, zu beziehen.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XIX S. 197 ff.)

11. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom 29. Juni 1899.

Unfallversicherung durch Zeitungsabonnement.

Die „Schweiz. Allg. Volkszeitung“, die bei Franke & Cie in Zofingen erscheint, hat an der Spalte des Blattes die Notiz:

„Jeder Abonnent der Schweiz. Allg. Volkszeitung ist durch die Expedition bei der Unfallversicherungsgesellschaft „Zürich“ gemäss den allgemeinen Versicherungsbedingungen kostenlos mit 600 Franken gegen Unfälle versichert, von denen er . . . betroffen wird und die seinen Tod oder seine gänzliche Invalidität im Gefolge haben, welche Summe ihm, bezw. seinen Hinterlassenen nach Feststellung des Thatbestandes sofort ausbezahlt wird.“

Abonnent war auch der epileptische G. Bär, der am 17. Mai 1898 infolge eines epileptischen Anfalles ins Wasser fiel und ertrank. Sein Vater als sein Rechtsnachfolger klagte gegen den Verleger des Blattes die Versicherungssumme ein. Der Beklagte antwortete: 1. Er sei nicht der richtige Beklagte, sondern die Gesellschaft „Zürich“ sei zu belangen. 2. Die Forderung sei auch materiell unbegründet, weil die allgemeinen Versicherungsbedingungen, nach denen die Versicherung stattgefunden, Epileptiker von denselben ausschliessen.

Das Obergericht hat diese beiden Einreden verworfen. Es sagt zu 1.: Aus dem Versicherungsvertrage ergiebt sich nicht deutlich, ob es die Willensmeinung der Kontrahenten war, es hätten die Versicherten oder ihre Rechtsnachfolger die Erfüllung (von der Versicherungsgesellschaft) selbstständig zu fordern. Auch sonst wurde den Abonnenten eine solche Willensmeinung der Kontrahenten nie geoffenbart. Diese selbst hatten von dem Inhalte des Versicherungsvertrages keine Kenntnis. Die Form, in der ihnen ihre Versicherung zur Kenntnis gebracht wird, ist geeignet, bei ihnen die Ansicht zu begründen, die Expedition des Blattes werde die Versicherung selbst ausrichten.

Zu 2.: Die Publikation in der Volkszeitung garantiert ausnahmslos jedem Abonnenten die Versicherung gegen Unfälle, allerdings nur „gemäss den allgemeinen Versicherungsbedingungen.“ Darunter können nur diejenigen allgemeinen Bedingungen verstanden sein, die tatsächlich Versicherten gegenüber gelten, nicht auch diejenigen, welche gewisse Kategorien von Personen von der Unfallversicherung überhaupt ausschliessen. Auf diese Ausschliessung hat der Versicherer verzichtet, indem er jedem Abonnenten zusichert, dass er gegen Unfall versichert sei.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXVI S. 162 ff.)

**12. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts
vom 14. April 1899.**

**Recht des Ortes der Schwangerung massgebend
für die Frist von Alimentationsklagen.**

Die Klägerin wurde in Basel ausserehelich geschwängert und kam am 30. Mai 1898 mit einem Kinde nieder, als dessen Vater sie den Beklagten bezeichnete. Der letztere verliess Basel kurze Zeit nachdem ihm die Klägerin mitgeteilt hatte, dass sie sich „in andern Umständen“ befindet. Am 22. August erfuhr die Klägerin, dass sich der Beklagte in Schaffhausen aufhalte, worauf sie ohne Verzug beim Civilstandamt Schaffhausen gegen den letzteren Klage auf Vaterschaft anhob. Vor Kantsgericht, welches die am 23. August 1898 angehobene Klage erstinstanzlich zu beurteilen hatte, machte der Beklagte geltend, dass dieselbe, weil nicht während der Schwangerschaft der Klägerin erhoben, verspätet sei und deshalb nach § 255 P.-R. aus diesem formellen Grunde abgewiesen werden müsse. Dem entgegen wurde für die Klägerin die Anwendung des in Basel geltenden Rechts in Anspruch genommen und unter Hinweis auf § 190 der baslerischen Civilprozessordnung, nach welcher die Vaterschaftsklage noch während dreier Monate nach erfolgter Niederkunft erhoben werden kann, verlangt, dass die Klage hierorts an die Hand genommen werde.

Die erste Instanz schützte die Einrede des Beklagten und wies mit Urteil vom 22. September 1898 die Klage als eine verspätete von der Hand, im wesentlichen mit folgender, den Standpunkt des Beklagten deckenden Begründung: § 255 P.-R. schreibe vor, dass eine Vaterschaftsklage nur während der Schwangerschaft der Mutter, eventuell, wenn ein Eheverlöbnis oder eine Anerkennung der Vaterschaft seitens des Beklagten vorliege, noch während sechs Wochen nach erfolgter Niederkunft anhängig gemacht werden könne. Die Vorschrift des § 255 P.-O. sei nun aber eine zwingende, die durch sie festgesetzte Frist für die Klaganhebung eine unerstreckbare, so dass eine Verlängerung derselben aus Billigkeitsrücksichten nicht denkbar sei. Von der Anwendung des in Basel geltenden Rechts könne keine Rede sein, der Umstand, dass die Klägerin in Basel geschwängert worden sei, habe die letztere nur berechtigen können, ihre Klage binnen nützlicher Frist in Basel anhängig zu machen; sie hätte das auch thun können, trotzdem der Beklagte von Basel weggezogen sei; es hätte eben in diesem Falle ein

Ediktalverfahren stattfinden müssen. Weil die Klägerin diesen Weg nicht eingeschlagen habe, so habe sie sich es selber zuzuschreiben, wenn sie ihres Klagerechts verlustig gegangen sei.

Dieser Auffassung entgegen stellte sich das Obergericht, das im übrigen auch die Kompetenzfrage prüfte und dabei zu dem Schlusse gelangte, dass im vorliegenden Falle der Gerichtsstand des Wohnortes des Beklagten ein zwingender sei und dass die Klägerin, sobald ihr der Wohnort des Beklagten bekannt geworden, den letzteren in Basel nicht mehr habe belangen können, auf den von der Klägerin eingetnommenen Standpunkt, dass die Frage, ob am 23. August 1898 noch geklagt werden konnte, nach Basler Recht zu beurteilen sei. Folgerichtig musste es in Gemässheit des § 190 der Basler Civilprozessordnung, nach welcher am 28. August 1898 die Klage noch zulässig war, auf Rückweisung des Falles behufs materieller Beurteilung an die erste Instanz erkennen.

Diese Entscheidung stützt sich auf den in der Theorie des internationalen Privatrechts allgemein anerkannten Grundsatz, dass die Frage, ob eine Thatsache oder ein Komplex von Thatsachen gewisse rechtliche Wirkungen habe und welche, sich nach dem Rechte des Ortes beurteilt, an welchem die betreffenden Thatsachen existent geworden sind.

Nach diesem Grundsatze muss auch die Feststellung der materiell-rechtlichen Folgen einer in Basel erfolgten Schwangerung nach Massgabe des Basler Rechtes geschehen, mit andern Worten, das aus der Schwangerung in Basel hervorgegangene, zwischen den Beteiligten bestehende materielle Rechtsverhältnis muss nach Basler Recht beurteilt werden. Sofern nun dieses Rechtsverhältnis unter anderem im wesentlichen mitbestimmt wird durch die gesetzlichen Bestimmungen über die Klagbarkeit des der Geschwängerten zustehenden Anspruches und deren zeitliche Beschränkungen, so ist zweifellos auch die Frage, ob in casu am 23. August 1898 noch geklagt werden konnte, nach Basler Recht zu beantworten. Dass für die Beurteilung der Klagverjährung speziell das örtliche Recht massgebend ist, dem die Obligation ihrer Wirkung nach untersteht, ist von der Theorie des internationalen Privatrechts überall anerkannt. (S. Gierke, D. P.-R. § 26, S. 247; Stobbe, D. P.-R., Bd 1 S. 234; Seuffert, Archiv, Bd XXXIII, S. 95, XXV, S. 2, 114, XXX, S. 221.)

Es könnte sich höchstens fragen, ob die Bestimmung, dass die Vaterschaftsklage nur während einer bestimmten Frist anhängig gemacht werden kann, wirklich unter dem

Gesichtspunkte der Klagverjährung zu betrachten sei, oder ob es sich hier nicht eher um eine Bestimmung über eine prozessuale Verwirkung, also um eine Bestimmung des Prozessrechtes handle, in welchem Falle die *lex fori* zur Geltung kommen müsste. Man kann über die auf diese Frage zu erzielende Antwort nicht im Zweifel sein: Offenbar hat man es hier mit der Frage der Klagverjährung zu thun. Verwirkung in prozessualischem Sinne käme nur da in Frage, wo die Nichtweiterverfolgung eines bereits gerichtlich geltend gemachten Anspruches mit einer rechtsvernichtenden Wirkung bedroht ist.

(Amtsbericht des Obergerichts an den Gr. Rat des K. Schaffhausen v. J. 1899, S. 45 ff.)

13. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts vom 20. Juni 1899.

Sicherstellung des Frauenguts in fraudem creditorum.

Die Schaffhauser Kantonalbank war mit einer Forderung von Fr. 3150 sowohl bei dem Hauptschuldner als bei dem Bürgen zu Verlust gekommen. Sie brachte einige Zeit darauf in Erfahrung, dass die Ehefrau des Bürgen kurz nach dem Ausbruche des Konkurses über den Hauptschuldner ihr Frauengut hatte sicherstellen lassen, und zwar in der Weise, dass sie sich das gesamte in Liegenschaften bestehende Aktivvermögen des Mannes als Frauengut zuscheiden liess. Die Kantonalbank erhob daraufhin Klage gegen die Ehefrau auf Ungültigerklärung dieser vom Waisengericht verfügten Sicherstellung, gestützt auf Art. 287³ und 288 des eidgen. Betreibungsgesetzes. Die Beklagte wandte ein, der § 151 des Priv. G. B. gebe der Ehefrau das Recht, jederzeit Sicherstellung des Frauenguts zu verlangen, dieses Recht sei ein unbedingtes und könne daher nicht zu den Rechtshandlungen gezählt werden, die nach Art. 287 f. des Betreibungsgesetzes anfechtbar seien. Das Obergericht verwarf diese Einrede und hiess die Klage gut.

Motive: § 151 Priv. R. bestimmt, dass die Frau berechtigt sei, von ihrem Manne jederzeit Sicherstellung ihres Frauengutes zu verlangen. Aus dieser Bestimmung erwächst dem Manne die Verpflichtung, der Frau auf ihren Wunsch hin jederzeit das Frauengut sicher zu stellen, weiter nichts. Die Bestimmung bezieht sich somit lediglich auf das Verhältnis zwischen Mann und Frau; sie enthält nichts, wodurch der

letzteren ein absolutes Recht auf Sicherstellung garantiert wäre. Die Möglichkeit ist nach § 151 Pr.-R. nicht ausgeschlossen, dass Umstände eintreten, durch welche die etwa von der Frau angestrebte Sicherstellung rechtlich gehindert wird. Diese Umstände sind vorhanden, wenn sich die Sicherstellung als Rechtshandlung im Sinne von § 287 und 288 des Betreibungsgegesetzes darstellt. — Es handelt sich im vorliegenden Falle nicht um die Frage, ob und in wie weit Bundesrecht in das Kantonsrecht eingreifen kann. Die Bestimmung des § 151 Pr.-R. wäre auch dann nicht anders aufzufassen, wenn ihr noch die frühere kantonalrechtliche Anfechtungsklage gegenüberstände.

Im übrigen nahm das Obergericht auf Grund der Akten an, dass die Voraussetzungen von § 288 Betr.-G. erfüllt seien, weshalb es die Klage im ganzen Umfange schützte.

(Amtsbericht des Obergerichts an den Grossen Rat des Kantons Schaffhausen vom Jahre 1899, S. 48 ff.)

14. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 24 février 1900.

Poursuite dirigée sur les biens constitués en dot par la femme pour une dette antérieure au mariage.

La dame Revilliod, mariée en 1896, s'est constitué en dot tous ses biens et avoirs. La dame Lacroix, créancière de la dame R. d'une somme de 300 frs. pour argent prêté à un sieur Durand, décédé en 1892, dont la dame R. est l'héritière, a procédé, en vertu de poursuites dirigées contre elle, en mains du mari G. Revilliod à la saisie des sommes que celui-ci pouvait avoir ou devoir à la débitrice sa femme. Revilliod s'est opposé à cette saisie en prétendant qu'il n'est pas débiteur de sa femme, mais qu'il est propriétaire et usufruitier de la dot apportée par celle ci et consistant dans l'universalité de ses biens, et qu'il n'aura donc à en opérer la restitution qu'après la dissolution du mariage. Le Tribunal de 1^{re} instance a débouté la dame Lacroix de sa demande. Il a admis que le mari, ayant, pendant la durée du mariage, l'usufruit de la dot, n'est tenu à restitution qu'à la dissolution du mariage. La Cour a réformé ce jugement et dit que la prétention de Revilliod de faire considérer les biens constitués en dot par sa femme comme grevés d'un droit de jouissance primant l'action appartenant à dame Lacroix sur les dits biens n'est pas fondée.

Motifs: La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour dire, en application des principes posés aux articles 1558 et 2092 du Code civil, que les dettes, même chirographaires, de la femme, qui ont une date certaine, antérieure au contrat de mariage, peuvent être poursuivies sur les biens qu'elle s'est constitué, et même sur l'immeuble dotal, si la constitution de dot, comme c'est le cas en l'espèce, porte sur l'universalité des biens, car tout ensemble de biens, toute universalité, restant tenus de son passif, il n'y a dans cet ensemble de vraiment dotal et d'inalienable que ce qui restera après l'extinction des dettes (Marcadé art. 1158, III. Aubry et Rau § 538 N° 1. Odier III 1294).

Admettre une interprétation contraire à celle-ci aurait pour conséquence de permettre à la femme de soustraire, pour un temps indéfini, tous ses biens à l'action de ses créanciers, en les frappant de dotalité et en ne permettant à ceux-ci d'exercer leur action que sur la nue propriété des dits biens.

(La Semaine judiciaire, XXII p. 310 ss.)

15. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 7 novembre 1899.

Mariage d'une femme interdite. Libération du tuteur de ses fonctions.

Bertha née Knuty, femme divorcée de Ch. Crausaz, a été interdite pour cause de prodigalité, et H. Cornamusaz lui a été nommé tuteur. Elle s'est remariée avec J. Chatelanat; les époux ne sont pas séparés de biens. Le tuteur a prié la Justice de paix de lui accorder sa démission, vu le second mariage et l'absence de séparation de biens, le second mari étant de droit usufruitier et administrateur des biens de sa femme et l'ordre public s'opposant à ce qu'une femme mariée ait deux tuteurs.

La Justice de paix a refusé d'accepter la démission, parce que dame Ch. était sous le poids de l'interdiction tant qu'un jugement de mainlevée ne serait pas intervenu (art. 309 C. c.). Elle ajoutait que le second mari avait évidemment seul l'administration et la jouissance des biens de sa femme, mais que le tuteur devait surveiller cette administration dans l'intérêt de sa pupille.

Cornamusaz a recouru contre cette décision au Tribunal cantonal qui a admis le recours.

Motifs: Considérant que l'interdiction du prodigue et la nomination de tuteur ont pour seul but d'empêcher l'interdit

d'agir par lui-même dans l'administration et la disposition de ses biens.

Que, d'autre part, durant le mariage la femme non séparée de biens n'a la disposition ni des revenus, ni des capitaux de sa fortune, le mari seul ayant, de droit, la jouissance et l'administration exclusives de tous les biens de sa femme.

Que ces dispositions d'ordre public doivent l'emporter sur celle de l'art. 309 C. c.

Qu'aucun texte de loi ne permet de soumettre à la surveillance d'un tiers l'administration et la jouissance des biens de la femme par le mari, ni n'autorise l'intervention d'un tiers, en outre de celle du mari, dans les actes concernant les biens de la femme.

Que dès lors, tant que durera le mariage, et que les époux Ch. ne seront d'ailleurs pas séparés de biens, aucune tutelle ne saurait être exercée envers dame Ch., autre que celle résultant en faveur du mari des prescriptions légales.

(Journal des Tribunaux, Droit cantonal, XLVIII p. 123 ss.)

16. Kanton Thurgau. Urteil des Obergerichts vom 27. Oktober 1899.

Einsprache eines Bevormundeten gegen ein Testament ohne obervormundschaftliche Genehmigung binnen gesetzlicher Frist.

A. v. M. hatte persönlich beim Notariat Arbon Einsprache gegen das von seinem verstorbenen Vater hinterlassene Testament erhoben. Er stand damals noch unter Vormundschaft, und zwar als Oesterreicher unter den Vormundschaftsorganen von Wien. Die nachträgliche Genehmigung dieser Einsprache erfolgte von den zuständigen Vormundschaftsorganen erst nach Ablauf der hiefür gesetzlich bestehenden Frist. Die erste Instanz erklärte aus diesem Grunde die Einsprache als ungültig, das Obergericht dagegen erkannte auf Gültigkeit. Es sagt:

Auch einem Bevormundeten steht die Befugnis zu, derartige Einsprachen zu erheben, ohne dass es überhaupt der vormundschaftlichen Genehmigung bedarf. § 273 des thurgauischen privatrechtlichen Gesetz-Buches, in Uebereinstimmung mit den Bestimmungen des § 244 österreich. Civilgesetz-Buches, sagt, dass wenn ein Rechtsgeschäft von dem Vögtling selbst ohne Zustimmung des Vormundes abgeschlossen

worden, oder durch den letztern im Namen des erstern, aber ohne Zustimmung des Waisenamtes, dasselbe zwar für den Vögtling unverbindlich sei, nicht aber für die andern Kontrahenten, es wäre denn, dass im Namen des Vögtlings darauf verzichtet würde. Ein Bevormundeter kann also nach diesen Gesetzesstellen in gültiger Weise andere onerieren, er kann in rechtsverbindlicher Form derartige Einspracheerklärungen von sich aus geben, ohne dass es irgend welcher Amtshandlungen der Vormundschaftsorgane bedarf. Es ist somit auch irrelevant, ob und wann eine Ratifikation erteilt worden sei. Nur wenn es in der Folge zu einem Prozesse kommt, bedarf es einer vormundschaftsbehördlichen Prozessvollmacht. Eine solche rechtsgültige Vollmacht liegt hier vor. Auch wurde die Einsprache nachträglich durch die zuständigen Vormundschaftsbehörden noch in aller Form genehmigt. Es kann deshalb von einer Verwirkung der Einsprache zufolge Verspätung, resp. verspäteter Genehmigung nicht gesprochen werden.

(Direkte Mitteilung.)

17. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom 11. November 1898.

Bürge- und Selbstzahlerverpflichtung, ob als Bürgschaft in Bürgschaftsrüfen anzumelden?

Gemeindeschreiber Sch. stellte 1892 beim Bezirksgericht L. das Gesuch, über ihn den Bürgschaftsruf ergehen zu lassen. Dies geschah. In der Auskündigung meldete die Beklagte verschiedene Bürgschaftsverpflichtungen des Sch. an, nicht aber eine Bürg- und Selbstzahlerverpflichtung desselben. Der Hauptschuldner dieser letzteren geriet im Jahre 1897 in Konkurs und die Forderung ging zum Teil verloren. Für den Verlust wurden die Erben des inzwischen verstorbenen Sch. belangt. Sie erhoben Rechtsvorschlag, die Gläubigerin erlangte Rechtsöffnung und die Erben stellten nun die Aberkennungsklage gegen die Betreibende, gestützt darauf, dass die Bürgschaft durch Unterlassung der Eingabe im Bürgschaftsrufe untergegangen sei. Die Beklagte wandte unter anderm ein, es handle sich nicht um Bürgschaft, sondern um eine Verpflichtung als Selbstschuldner, wofür die Anmeldung im Bürgschaftsrufe nicht erforderlich gewesen sei. Das Obergericht hiess die Aberkennungsklage gut.

Gründe: Der Umstand, dass es sich nicht um eine einfache Bürgschaft, sondern um eine Solidarbürgschaft, um ein Selbstschuldnerverhältnis handelt, ist nicht vermögend, die

Säumnis der Beklagten gut zu machen, denn Wissenschaft und Gesetzgebung rubrizieren auch die Solidarbürgschaft unter den Begriff der Bürgschaft, und es ist nicht anzunehmen, dass der auf gleichem Boden stehende aargauische Gesetzgeber habe statuieren wollen, dass die Pflicht zur Anmeldung in Bürgschaftsrüfen wegfalle, wenn es sich nicht um eine einfache, sondern um eine solidarische Bürgschaftsverpflichtung handle.

(Bericht des Aarg. Oberger. für die Jahre 1897 und 1898 an den Grossen Rat, S. 57 ff.)

**18. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer
des Obergerichts vom 21. April 1900.**

Unzulässigkeit der Anfechtung einer exheredatio bona mente durch den Gläubiger des Enterbten.

Ueber einen gewissen Frei war der Konkurs ausgebrochen. Sein Oheim enterbte ihn deshalb zu Gunsten seiner Kinder. Nach des Erblassers Tode focht ein im Konkurs des Frei zu Verlust gekommener Gläubiger diese testamentarische Enterbung an, und zwar durch Klage gegen Frei, von dem er Bezahlung seiner Schuld verlangte, weil er durch den Tod seines Oheims, dessen Testament wegen Pflichtteilsverletzung ungültig sei, neues Vermögen erlangt habe. Frei bestritt, neues Vermögen erworben zu haben, da er die Enterbung nicht anfechte. Die Appellationskammer wies die Klage ab.

Motive: Es handelt sich im vorliegenden Falle um eine Frage des Pflichtteilsrechtes. Soweit nun die Ausführungen des Rekurrenten (Gläubigers und Klägers) darauf gerichtet sind, die Nichtigkeit des pflichtwidrigen Testamento darzuthun, schiessen sie über das Ziel hinaus. Das inoffiziöse Testament ist nach § 969 priv. G. B. nur anfechtbar, und zwar nur soweit es den Pflichtteil verletzt. Es kann also keine Rede davon sein, dass jeder Dritte befugt sei, die Ungültigkeit einer pflichtwidrigen Enterbung für sich geltend zu machen. Die Verfolgung des Pflichtteils-Anspruches steht dem benachteiligten Intestaterben zu, denn es handelt sich um ein aus der Verwandtschaft entspringendes Recht, um einen rein erbrechtlichen Anspruch. Zwar wird man kaum soweit gehen können, diesen Anspruch in Anlehnung an die römisch-rechtliche Auffassung über die Natur der querela inofficiosi testamenti als einen höchst persönlichen, nicht übertragbaren zu bezeichnen, wie dies in einem Entscheide der Appellationskammer vom 31. August 1875 (R.-B. 1875 No. 18)

geschehen ist, sondern es wird zuzugeben sein, dass der Anspruch als auf eine Vermögensleistung und nicht auf Genugthuung gerichtet, auf Dritte übertragen werden kann (vergl. Dernburg, preuss. Privatrecht Bd III § 207 zu Note 5, ferner § 2317 Abs. 2 D. B. G. B.; vergl. auch R.B. 1892 Nr. 139 bez. der Frage der Vererblichkeit). Dagegen hängt die Geltendmachung des Pflichtteils-Anspruches durchaus vom Willen des Intestaterben ab. Verzichtet dieser auf die Anfechtung des pflichtwidrigen Testamentes, so existiert auch kein vermögensrechtlicher Anspruch, der Gegenstand der Exekution sein könnte. Die Gläubiger des benachteiligten Erben können also auf den Pflichtteils-Anspruch nur greifen, wenn der Erbe seinen auf die Anfechtung des Testamentes gerichteten Willen unwiderruflich erklärt hat.

Da nun im vorliegenden Falle der Beklagte von der Anfechtung des ihn enterbenden Testamentes nichts wissen will, so liegt kein Vermögensobjekt vor, auf das der Rekurrent greifen könnte.

In dem Verzichte des Beklagten kann auch nicht eine paullianisch anfechtbare Handlung erblickt werden. Der benachteiligte Intestaterbe wird sich stets darauf berufen dürfen, dass er aus Achtung vor dem Willen des ihn enterbenden Testators auf die Anfechtung verzichte. Eine Analogie zu dem Falle des (durch das Einführungsgesetz ebenfalls aufgehobenen) § 931 priv. G. B. kann nicht gezogen werden. In der Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft kann sehr wohl eine nach Art. 288 B. G. ü. Sch. u. K. anfechtbare Rechtshandlung liegen; wo es sich aber um die Anfechtbarkeit einer letztwilligen Verfügung handelt, da steht nicht ein Verzicht auf einen Vermögenserwerb, sondern der Verzicht auf die Geltendmachung eines gesetzlichen Rechtsmittels in Frage, ein Verzicht, der höchstens in dem Falle als anfechtbar behandelt werden könnte, da der Testator und der Intestaterbe in fraufulöser Weise zusammengewirkt hätten, die Enterbung selbst also mit der Absicht, die Gläubiger des Enterbten zu schädigen, vorgenommen worden wäre. In diesem Falle wäre der Verzicht eben nichts anderes als die Fortsetzung und der Abschluss der schon früher (bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung) inszenierten anfechtbaren Rechtshandlung. Da aber der Rekurrent selbst nicht behauptet, dass der Testator K. s. Zt. eine dem Beklagten erkennbare Benachteiligungsabsicht gehegt habe, so ist die Anfechtbarkeit des Verzichtes F. gänzlich ausgeschlossen.

(Schweizer Blätter für h.-r. Entsch., XIX S. 172 ff.)

**19. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom
28. April 1900.**

Noterbrecht. Unzulässigkeit von dessen Geltendmachung durch die Gläubiger eines konkursiten enterbten Noterben.

Die Mutter S. hatte in ihrer letzten Willensverordnung ihren Sohn wegen schwerer Misshandlung, die sie von ihm erlitten, enterbt. Der Sohn, der Konkursit ist, focht das Testament nicht an. An seinem Platze verlangten aber seine zu Verlust gekommenen Gläubiger die Aufhebung des Testaments, indem sie geltend machten, die Mutter habe dem Sohn die erlittene Misshandlung wieder verziehen, und die Enterbung sei nur eine Machenschaft zum Nachteil der Gläubiger des Enterbten.

Die erste Instanz wies die Klage ab. Das Obergericht bestätigte diesen Entscheid. Es fand den im Testament angerufenen gesetzlichen Enterbungsgrund begründet, benützte aber den Anlass, sich auch grundsätzlich dahin auszusprechen, dass die Gläubiger eines konkursiten bzw. ausgepfändeten Noterben überhaupt nicht berechtigt seien, an seiner Stelle dessen verletztes Pflichtteilsrecht einzuklagen. Das Noterbrecht sei ein höchst persönliches Recht, auf dem Familienverband und der Blutsverwandtschaft beruhend, das nicht wie ein blosses Vermögensrecht auf die Gläubiger eines Konkursiten übergehen, sondern nur vom Berechtigten persönlich geltend gemacht werden könne.

Anmerkung. Mit diesem Entscheid hat das aargauische Obergericht mit einer langjährigen gegenteiligen Praxis gebrochen, wovon ein Entscheid in Schneiders Sammlung, S. 366, abgedruckt ist. Damals huldigte das Obergericht der Ansicht, das Noterbrecht sei ein Vermögensrecht des Schuldners, welches gestützt auf § 31 der Geldstagsordnung von den Geldstagsgläubigern des Enterbten geltend gemacht werden könne. Der Entscheid wurde jedoch nur mit Mehrheit gefällt; eine Minderheit betrachtete „ein solches Beginnen als einen Eingriff in das persönliche Rechtsgebiet des Schuldners,“ wozu § 31 nicht ermächtige. Das letzte Mal hat das Obergericht — auch damals nur mit Mehrheit — an seiner Praxis festgehalten in seinem Entscheid vom 20. Januar 1898 i. S. Wohler c. Meier (s. Bundesgerichtl. Entsch. Bd 24, II. Teil, S. 367). In seinem Urteil vom 28. April d. J. hat nun das Obergericht einstimmig die bisherige Praxis aufgegeben. (Direkte Mitteilung.)

20. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 29. Juni 1899.

Testament. Erbeinsetzung zu bestimmten oder zu unbestimmten Teilen?

Joh. Ulrich Witwer war in erster Ehe verheiratet mit der Witwe des Christian Witwer, und Stiefvater eines Sohnes derselben, Namens Johannes. Aus zweiter Ehe hatte er vier eigene Söhne. Seine dritte Ehe mit Anna Rumpf war kinderlos. In seinem Testamente verfügte er, dass seine vier Söhne zweiter Ehe und seine Ehefrau dritter Ehe, sowie der Sohn seiner ersten Ehefrau sel. sein hinterlassenes Vermögen „in sechs gleiche Teile teilen“ sollen. Bei seinem Tode lebten von diesen sechs Personen nur noch zwei Söhne aus seiner zweiten Ehe und sein Stiefsohn. Dieser beanspruchte nun den dritten Teil der Verlassenschaft, weil der Wille des Testators offenbar dahin gegangen sei, dass sein Stiefsohn mit seinen Noterben gleichen Anteil an der Verlassenschaft haben solle. Seine diesbezügliche Klage wurde aber abgewiesen.

Gründe: Aus den in Satz. 574 C. angezogenen Beispielen ergiebt sich, dass der Gesetzgeber unter einer Anweisung zu bestimmten Teilen jede solche verstanden wissen wollte, wo die Einsetzung des Erben auf eine arithmetisch bestimmte Quote der Verlassenschaft lautet. Eine Einsetzung zu unbestimmten Teilen liegt nur dann vor, wenn der Erblasser mehrere Personen entweder schlechthin oder zu gleichen Teilen, ohne nähere Bezeichnung, als Erben einsetzt, nicht aber dann, wenn er sie zu einer arithmetisch fixierten Quote seiner Verlassenschaft, bezw. zu bestimmten gleichen Teilen beruft. Wenn daher auch J. U. Witwer von einer Teilung seines Nachlasses in sechs gleiche Teile sprach, so ist hierin doch keineswegs eine Einsetzung zu unbestimmten Teilen zu erblicken, sondern es hat dabei sein Bewenden, dass jeder Erbe zu $\frac{1}{6}$ eingesetzt sein sollte, und die Bezeichnung der betreffenden Teile als gleiche Teile stellt sich neben ihrer arithmetischen Begrenzung als reiner Pleonasmus dar. Für eine über den Wortlaut hinausgehende Interpretation des Willens des Testators bleibt mithin kein Raum. Auch angenommen übrigens — wofür aber der Nachweis fehlt — es wäre der Wille des J. U. Witwer dahin gegangen, dass der heutige Kläger unter allen Umständen gleichviel erhalten solle als die Noterben des Testators, so könnte dieser Wille, weil im Testamente nicht deutlich ausgesprochen, nicht beachtet und dem Kläger nicht mehr als $\frac{1}{6}$ der Verlassenschaft zuerkannt werden. Zu-

dem hat man einen Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser den Johann Witwer bloss rebus sic stantibus mit seinen Noterben auf gleiche Linie stellen wollte. Gemäss Satz. 553 C. durfte er zu Gunsten des Klägers nur über den freien Drittteil seines Vermögens verfügen, und wenn daher alle Noterben bis auf einen verstorben wären, so hätte trotzdem Johann Witwer nicht mehr als $\frac{1}{3}$ der Verlassenschaft beanspruchen können. Nun ist einerseits zu präsumieren, dass der Testator seine Verfügungsbefugnis nicht zu überschreiten beabsichtigte, andererseits kann ihm auch nicht der Wille untergeschoben werden, dass zwar Johann Witwer je nach Umständen $\frac{1}{6}$, $\frac{1}{5}$, $\frac{1}{4}$, aber niemals mehr als $\frac{1}{3}$ seines Nachlasses erhalten sollte, und auch diese Erwägung bildet mithin eine Bestätigung dafür, dass der Testator keinen andern Willen hatte, als dass der Kläger nicht mehr und nicht weniger als $\frac{1}{6}$ erhalten solle. (Zeitschr. d. Bern. Jur.-Vereins, XXXVI S. 264 ff.)

21. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 29 septembre 1899.

Legs à un descendant d'une somme représentant sa légitime; descendant réputé héritier et non légataire.

Par testament notarié la testatrice Suzette veuve de L. Cosandey, décédée le 6 juillet 1899, a disposé de ses biens comme suit:

Je lègue à mon fils Jaques, pour sa part dans ma succession, une somme représentant sa légitime, en expliquant que cette somme lui a été livrée et au-delà en 1883, au moyen d'un emprunt de 3000 frs. . . . Mon fils Jaques ne pourra ainsi rien réclamer de plus pour sa part dans ma succession.

J'institue pour héritiers du surplus de mes biens mes enfants F., J., D., E. . . .

Par acte du 10 août 1899, Jaques Cosandey „en sa qualité d'héritier légitimaire de sa mère déclare accepter, pour ce qui le concerne, la dite succession, conjointement avec ses frères et sœurs qui ont déjà été envoyés en possession.“ Il ajoute qu'il renonce expressément au legs qui lui est fait, mais qu'il réclame, en vertu de la loi, sa qualité d'héritier légitimaire de sa mère. Il conteste, en outre, que sa mère, de son vivant, lui ait fait une avance quelconque.

Le Juge de paix a écarté la réquisition de J. Cosandey, considérant qu'aucune disposition de la loi n'autorise un

descendant à renoncer à sa qualité de légataire pour prendre celle d'héritier, et que le légataire n'a que le droit de revendiquer sa légitime en espèces et de faire déterminer le montant de cette légitime par voie légale.

Le Tribunal cantonal a admis le recours de J. Cosandey contre cette décision.

Motifs: Considérant que „sont réputés héritiers, quelle que soit la dénomination sous laquelle ils sont appelés, ceux en faveur desquels le testateur dispose... d'une quote-part dans l'universalité de ses biens“ (art. 618 C. c.).

Que, réciproquement, sont réputés simplement légataires ceux qui sont appelés pour un objet spécial, de quelque manière que le testateur les ait désignés (art. 619 C. c.).

Considérant qu'en l'espèce la testatrice a évidemment voulu non pas instituer le recourant simple légataire, mais bien le renvoyer à sa légitime.

Qu'en disant qu'elle lui lègue „pour sa part dans la succession une somme représentant sa légitime,“ elle l'institue en réalité non pour une somme déterminée, mais pour une quote-part de sa succession, le montant de cette part devant être déterminé lors du partage d'après l'actif net de la succession.

Considérant, dès lors, que le testament appelle en réalité le recourant comme héritier, mais pour sa légitime seulement.

Considérant qu'à teneur de l'art. 620 C. c. „le descendant renvoyé à sa légitime est réputé héritier.“

Que, dès lors, le recourant était fondé à demander d'être envoyé en possession de la succession maternelle, pour sa part et portion.

Considérant, au surplus, que si d'après notre C. c. l'enfant ne doit pas nécessairement être héritier de ses parents, en ce sens que le père (ou la mère) peut ne l'appeler que comme légataire (art. 529 C. c.), en revanche il dépend uniquement de l'enfant d'accepter le legs et la position de simple légataire, ou, au contraire, de réclamer sa légitime, en renonçant au legs, ce qui entraîne alors nécessairement l'attribution de la qualité d'héritier.

(Journal des Tribunaux, Droit cantonal, XLVIII p. 32 ss.)

**22. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal
du 7 mars 1899.**

Action en nullité d'un testament pour cause de captation fondée sur la preuve par témoins que la volonté du testateur était autre que celle exprimée au testament. Inadmissibilité.

Par testament du 16 mai 1892, homologué le 19 février 1898, L. F. Vannod, décédé le 12 février 1898, a légué à sa femme Susette née Gauthey tout ce qu'il possède. Ses neveux et nièce Marc et Louis Dajoz et Louise Rochat ont demandé que ce testament soit déclaré nul et de nul effet et que la succession doive s'ouvrir selon les règles de la succession ab intestat. A l'appui de leurs conclusions, ils allèguent, entr'autres, les faits suivants :

Nr. 8. L. F. Vannod a exprimé à diverses reprises son intention d'instituer héritiers ses neveux et nièce.

Nr. 20. Antérieurement à l'acte du 16 mai 1892, L. F. Vannod a déclaré à diverses personnes qu'il avait fait un testament instituant héritiers ses neveux et nièce, demandeurs au procès.

Nr. 21. L. F. Vannod a montré à diverses personnes la pièce qu'il leur déclarait être le testament, en vertu duquel il instituait pour héritiers les dits demandeurs.

Ils déclarent vouloir prouver par témoins ces allégués, toutefois sans en déduire telle ou telle institution d'héritiers, mais seulement pour en déduire que l'acte homologué est nul, parce qu'il serait le résultat d'une captation exercée sur l'esprit de L. F. Vannod.

Le tribunal de première instance et le Tribunal cantonal ont rejeté la demande. Le Tribunal cantonal a motivé :

Considérant que les art. 616 ss. C. c. prescrivent, à l'exclusion de toute autre forme, la forme écrite en ce qui concerne les dispositions à cause de mort.

Que les allégués 8, 20 et 21 ont certainement cette portée que le testateur aurait déclaré verbalement qu'il entendait disposer de ses biens, pour cause de mort, dans des conditions différentes de celles contenues dans le testament de 1892.

Que cela étant, la preuve testimoniale de ces allégués ne saurait être autorisée, car elle irait à l'encontre des textes précis de la loi, en permettant d'établir l'existence d'un testament verbal.

Considérant que l'intention d'un testateur ne peut se retrouver que dans l'acte écrit qui constate la mise à exécution

de cette intention de tester en faveur de tel héritier déterminé, et non dans des conversations que pourrait avoir tenuées ce même testateur, conversations qui ne sauraient avoir de portée au regard des dispositions de la loi réglant la dévolution des successions testamentaires.

Que, dès lors, les allégés 8, 20 et 21, loin de tendre à établir les éléments de la captation dont le testateur aurait été l'objet au moment de la confection de l'acte du 16 mai 1892, ont, au contraire, pour but de faire intervenir cette constatation au procès, que L. F. Vannod voulait écrire un autre testament.

Que cette preuve ne saurait, en aucun cas, avoir d'influence sur le fond, puisqu'elle ne permettrait aux demandeurs aucune déduction juridique de nature à changer l'ordre de dévolution de la succession de L. F. Vannod.

(Journal des Tribunaux, Droit cantonal, XLVII p. 165 ss.)

23. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichtes vom 2. Mai 1899.

Testamentsanfechtung wegen unvollständiger Zeugenformel und ungenauer Bezeichnung der vermachten Sache.

I. In dem von Vater A. zu Gunsten seiner Haushälterin X. und anderer besonderer Vermächtnisnehmer seinem Rechtskonsulenten diktierten Testament vom 16. April 1898 hat die nicht im unmittelbaren Anschlusse an die Verfügungen, sondern auf der Rückseite des Blattes angebrachte Zeugenformel gelautet:

„Wir, die von Vater A., Witwer, dahier erbetenen Vermächtniszugen bescheinigen hiemit bei unsren Pflichten, dass Vater A. uns am sechzehnten April des Jahres eintausendacht-hundertneunzig und acht gegenwärtiges Papier, als seine Willensmeinung enthaltend, vorgewiesen habe, und erklären, dass wir den Vater A. bei völligem gutem Verstand gefunden haben.“

R., den 16. April 1898.

Die Zeugen: N. N. — N. N. — N. N.“

Diese Zeugenformel entsprach dem im Art. 70 Erbges. hiefür vorgeschriebenen Wortlaut, mit der einzigen Abweichung, dass zwischen den (hier gesperrten) Worten „seine“ und „Willensmeinung“ das im Art. 70 vorgeschriebene Wort „letzte“ weggelassen war.

Die zwei Kinder des Vater A. klagten auf Nichtigkeitsklärung des Testaments wegen dieser Abweichung vom gesetzlich vorgeschriebenen Wortlaut, aber auch wegen der Anbringung der Zeugenformel auf der Rückseite des Blattes, anstatt im unmittelbaren Anschlusse an die Verfügungen des Testamentes. Das lasse die Möglichkeit offen, dass die Zeugen die Vorderseite und ihren Inhalt gar nicht gesehen haben.

Das Kantonsgericht hat die so substanzierte Klage auf Nichtigkeitsklärung abgewiesen.

Begründung: Die Absicht des Erblassers, dass das, was er dem Vermächtnisschreiber diktierte und den Zeugen vorwies, wirklich seine „letzte“ Willensmeinung enthalten solle, mussten an Hand des übrigen Inhaltes der Zeugenformel selbst auch die Vermächtniszeugen kennen und als solche auffassen, da sonst die von ihnen unterzeichnete Formel nach ihrem ganzen Inhalte keinen Sinn und Zweck gehabt hätte. Ebensowenig kann in dem Umstande, dass die Zeugenformel auf der Rückseite des die Vermächtnisverfügungen enthaltenden Papiers angebracht ist, ein gesetzlicher Mangel erblickt werden, da eine Gefährde im Sinne des Art. 72 unter den hier waltenden Umständen nicht vorlag.

II. Im Testament war auch die Bestimmung enthalten:

„1. . . 2. Meiner Haushälterin X. sollen Fr. 30,000 für getreue Verpflegung zum voraus zufallen, ebenso mein gesamtes Mobiliar, darunter speziell mein Sekretär, der zur Zeit in der Stube steht, mit allem, was sich im Moment meines Ablebens darin befindet, was es auch sein möge — Geld oder Wertpapiere.“

3. . . 4. . . 5. . . (Spezielle Vergabungen.)

Die Kinder A. haben für den Fall, dass das Testament nicht schon aus formellen Gründen nichtig erklärt werde, diese Verfügung über den Sekretär mit Inhalt speziell angefochten, und das Kantonsgericht hat der Haushälterin X. nur die Fr. 30,000 und das Mobiliar als gültig vermacht zuerkannt, vorbehältlich der Pflichtteilsberichtigung.

Begründung: Die Verfügung „über den Sekretär, der zur Zeit in der Stube steht, mit allem, was sich im Moment meines Ablebens darin befindet, was es auch sein möge — Geld oder Wertpapiere,“ entspricht dem gesetzlichen Erfordernis des Art. 57 nicht, wonach dem besondern Vermächtnisnehmer — und als solche ist die X. nach dem Inhalten und Wortlaute des Vermächtnisses zu betrachten — eine „gewisse“ Sache oder ein „gewisser“ Betrag zu kommen solle.

Es kann daher der Inhalt des Sekretärs, der ganz unbestimmt geblieben und unter Umständen durch Dritte oder durch die Vermächtnisnehmerin selbst ohne Hinzuthun und Wissen oder gegen den Willen des Testators in seinem Umfange verändert werden konnte, nicht als Vermächtnisgegenstand zu Gunsten der X. in Betracht fallen; vielmehr kann als vermacht nur die Summe von Fr. 30,000 und das Mobiliar des Testators A. betrachtet werden.

(Entsch. des Kantonsgerichts St. Gallen i. J. 1899, S. 58 ff.)

B. Civilprozess.

24. Kanton Graubünden. Entscheid des Kleinen Rats vom 31. März 1900.

Prüfung der Vollstreckbarkeit eines Gerichtsurteils durch die administrative Vollziehungsbehörde.

Die Geschwister Schlegel klagten gegen ihre Nachbarn, die Familie des Andreas Keller in Klosters, vor Kreisgericht Klosters auf „Oeffnung und Freigabe der bestandenen Zufahrt zur Strasse und Bahnhof, eventuell wird Notwegrecht nach gesetzlicher Bestimmung verlangt.“ Das Kreisgericht wies die Klage ab, die Kläger appellierte hiegegen an das Bezirksgericht Oberlandquart, das aber die Appellation „im Sinne der Erwägungen“ ebenfalls abwies. Diese Erwägungen gründen sich darauf, dass die klägerischerseits behauptete Ersitzung nicht bewiesen worden; wohl sei festgestellt, dass man während der sogen. „offenen Zeit,“ d. h. im Spätherbst, Winter und Frühling, über das Keller'sche Grundstück ging und mit Schlitten fuhr. Dieses beschränkte Recht basiere aber nicht auf erworbenen Privatberechtigungen, sondern sei ein allgemeines, durch die Flurpolizeiordnung geregeltes Recht, das die Kläger in den Schranken der flurpolizeilichen Vorschriften für sich nach wie vor beanspruchen dürfen, demgemäß auch die Abzäunung einzurichten und fortzuerhalten sei. — Daraufhin stellten die Geschwister Schlegel beim Kreisamt Klosters das Gesuch, die Familie Keller sei anzuhalten, auf der Nordseite ihres Heimwesens im Zaune eine Legi oder ein Thürli ungesäumt zu erstellen. Das Kreisamt wies das Gesuch ab, weil es nicht in seiner Kompetenz liege, eine Erläuterung des bezirksgerichtlichen Urteils zu geben, noch

über die Meinungsverschiedenheit zwischen den Parteien über den Inhalt desselben zu entscheiden; übrigens, da die Gerichte den Klägern eine Privatberechtigung abgesprochen und nur ein Recht derselben in den Schranken der flurpolizeilichen Bestimmungen der Gemeinde Klosters anerkannt hätten, so wäre § 29 des zitierten Gesetzes massgebend, wonach von dem Begehen der Privatgüter in der offenen Zeit Gärten und Bündten ausgenommen seien; das Keller'sche Grundstück sei ringsum abgezäunt und habe den Charakter eines Baumgartens, befindet sich also in dieser Ausnahmsstellung, und das Gesuch habe auch materiell keinen Anspruch auf Rechtschutz.

Gegen diesen Entscheid rekurrierten die Kläger an den Kleinen Rat wegen Rechtsverweigerung: Das Bezirksgericht habe ihnen das Durchgangs- und Durchfahrtsrecht zugesprochen und die Familie Keller verpflichtet, den Zaun so zu erstellen, dass dieses Recht ausgeübt werden könne. Das Kreisamt habe dieses Urteil in abänderndem Sinne interpretiert und den Vollzug desselben mit Unrecht abgelehnt.

Der Kleine Rat hat die Beschwerde mit folgender Begründung abgewiesen:

Art. 307 C.-P.-O. schreibt vor: „Beschwerden, die sich auf die Nichtvollziehung oder auf die Vollziehbarkeit von Urteilen beziehen, erledigt der Kleine Rat.“ Da nun hier die Vollziehung eines bezirksgerichtlichen Urteils in Frage liegt, so ist es Sache des Kleinen Rates, die Frage zu prüfen, ob die gegen den kreisamtlichen Entscheid vom 28. Januar a. c. gerichtete Beschwerde der Geschwister Schlegel materiell begründet sei. Es fällt in dieser Beziehung folgendes in Betracht.

Wird ein Kreisamt um die Vollziehung eines Urteils angegangen, so sind zwei Fälle möglich. Entweder erhebt die Partei, gegen welche das Vollziehungsbegehren gerichtet ist, mit Bezug auf den Inhalt des Urteils keine Einreden; dann stehen der Urteilstvollziehung keine Hindernisse im Wege. Oder aber sie behauptet, dass das Vollziehungsbegehren dem Inhalt des Urteils nicht entspreche.

In diesem Falle genügt der Umstand an sich, dass das Vollziehungsbegehren aus dem angegebenen Grunde beanstandet wird, nicht, um die Urteilstvollziehung zu hemmen. Es läge sonst vollkommen in der Hand der unterlegenen Partei, sich den Wirkungen des gegen sie ergangenen Urteils zu entziehen oder doch die instanzierende Partei zu nötigen, ein grundloses Erläuterungsbegehren zu stellen.

Es muss daher dem angerufenen Kreisamt das Recht zustehen, zu prüfen, ob die im Vollstreckungsverfahren zu Tage tretende Verschiedenheit der Auffassung des Urteilsinhaltes berechtigt oder offenbar unbegründet sei.

Nun kann im vorliegenden Falle kein Zweifel darüber bestehen, dass ein Weg- und Zufahrtsrecht im Sinne des von den Geschwistern Schlegel gestellten Prozessbegehrens, d. h. ein ihnen zustehendes privates Servitutrecht vom Bezirksgericht nicht anerkannt worden ist. In dieser Beziehung ist das Urteil vollkommen klar.

Weniger klar ist, was das Gericht mit der auf das Flurpolizeirecht sich beziehenden Erwägung sagen wollte. Das Gericht spricht von einem durch die Flurpolizeiordnung geregelten Rechte. Da nun die Ordnung der Flurpolizei Sache der Gemeinden ist, so konnte das Gericht wohl nur die Flurpolizeiordnung von Klosters im Auge haben. Dass den Klägern auf Grund dieser Flurpolizeiordnung ein Weg oder Zufahrtsrecht zustehe, konnte aber das Bezirksgericht doch kaum feststellen wollen, indem diese Frage nicht Gegenstand des Prozesses war und das Gericht auch schwerlich kompetent gewesen wäre, über diese administrativrechtliche Materie zu entscheiden. Man darf daher mit Grund annehmen, das Gericht habe mit der fraglichen Erwägung nichts anderes sagen wollen als, dass durch die Abweisung des früher erwähnten Prozessbegehrens der Kläger die denselben zustehenden flurpolizeilichen Wegrechte nicht berührt werden sollen.

In diesem Falle hat das Bezirksgericht über die Frage, ob der Familie Keller ein flurpolizeiliches Weg- oder Zufahrtsrecht zustehe, nicht entschieden, sondern diese Frage lediglich unpräjudiziert gelassen.

Wenn das Kreisamt Klosters diese Auffassung des bezirksgerichtlichen Urteils für berechtigt erklärte und demzufolge es ablehnte, dasselbe in dem von den Geschwistern Schlegel verlangten Sinne zu vollziehen, so ist dagegen nichts einzuwenden. Halten die Geschwister Schlegel dafür, ihre Auffassung des Urteils sei richtig, so steht ihnen, um der selben Anerkennung zu verschaffen, das Rechtsmittel der Erläuterung zu Gebote.

(Amtsblatt des Kantons Graubünden von 1900, Nr. 22 S. 261 ff.)

25. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 11 novembre 1899.

Incompétence du tribunal des prud'hommes de connaître sur une clause contenant l'engagement de ne pas se livrer à un certain commerce, insérée dans un contrat de louage de services.

A. van Zbinden a été engagé par la veuve Cointin comme commis dans son commerce d'épicerie. La convention rédigée en écrit contient la clause que, si van Zbinden venait à quitter la maison de Mme veuve Cointin, il s'engage à ne pas visiter la même clientèle pendant deux années à dater de son départ, sous peine de payer une indemnité de 2000 frs. Après avoir quitté le service, van Zbinden a été actionné par dame Cointin devant le Tribunal de 1^{re} instance en paiement de ces 2000 frs. pour cause de violation du dit engagement, et a opposé une fin de non recevoir tirée de ce que la clause du contrat invoquée par la demanderesse se rattachant directement au contrat de louage de services, le Tribunal était incompétent pour en connaître. Le Tribunal a admis cette exception, estimant que c'était le Tribunal des prud'hommes qui seul était compétent, la dite stipulation faisant partie intégrante du contrat de louage. La Cour a réformé ce jugement et admis la compétence du tribunal ordinaire.

Motifs: Il est exact que la clause dont la veuve Cointin réclame l'exécution fait partie d'un contrat dont l'objet principal était de régler les conditions dans lesquelles van Zbinden devait travailler pour le compte de cette dernière; mais, il n'en résulte pas que, parce que cette clause a été conclue à propos d'un louage de services, la juridiction des prud'hommes soit compétente pour connaître, à l'exclusion de la juridiction ordinaire, des contestations auxquelles cette clause peut donner lieu;

Le contrat de louage de services proprement dit qui liait les parties a, comme tel, pris fin, et ce n'est pas une contestation entre patron et employé, relative à ce louage de services ou à l'exécution du travail de l'employé, qui donne ouverture à l'action, c'est une demande d'indemnité basée sur des faits postérieurs à la sortie de van Zbinden du service de la veuve Cointin, action qui a sa base, non dans les articles du Code des Obligations qui règlent le louage de services, mais dans ceux qui règlent l'inexécution des obligations et la clause pénale (art. 110 ss., 179, 180).

Dans ces conditions, la juridiction des tribunaux ordinaires est compétente pour connaître de la demande, la compétence des prud'hommes devant être limitée strictement aux cas prévus à l'art. 1 de la loi constitutionnelle du 25 novembre 1888.

(La Semaine judiciaire, XXII p. 38 ss.)

26. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 8. Juni 1899.

Gerichtsstand für Klagen aus Versicherungsverträgen gegen Feuerschaden.

Ein Brandbeschädigter erhob vor dem Richteramt Biel, wo die betreffenden Mobilien im Zeitpunkt des Brandfalles sich befunden hatten, gegen die Versicherungsgesellschaft „Urbaine“ in Paris Klage auf Mitwirkung zu einem Schatzungsverfahren gemäss Art. 19 der Police. Den Gerichtsstand in Biel begründete er mit Art. 2 Ziffer 4 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1885 betr. Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens.¹⁾ Die Beklagte bestritt diesen Gerichtsstand, weil sie das Rechtsdomizil in Bern (Stadt) erwählt habe. Diese Einwendung wiesen die Gerichte mit der Begründung zurück, dass das erwähnte Bundesgesetz einen erwählten Gerichtsstand geradezu ausschliesse, indem es in zwingender Weise die Gerichtstände normiere und für einen gewählten Gerichtsstand daneben keinen Raum lasse. Die Beklagte war gesetzlich zur Verzeigung eines Rechtsdomizils im Kanton Bern verpflichtet. Höchstens könnte sich fragen, ob die Beklagte nicht unter Berufung auf Art. 1 des Staatsvertrags zwischen der Schweiz und Frankreich vom 15. Juni 1889 den Gerichtsstand der gelegenen Sache ablehnen dürfe. Aber auch das sei zu verneinen, weil die Einholung der Bewilligung zum Geschäftsbetriebe in der Schweiz seitens einer Versicherungsgesellschaft die Unterwerfung derselben unter die inländische Gesetzgebung, speziell das genannte Bundesgesetz, involviere.

Weiter wandte die Beklagte ein, die Voraussetzungen des *forum rei sitae* seien gar nicht gegeben. Dagegen bemerkt die zweite Instanz:

¹⁾ Die bezügliche Gesetzesstelle lautet: „Für Ansprüche aus Versicherungsverträgen gegen Feuerschaden steht es dem Kläger frei, den Gerichtsstand der gelegenen Sache anzurufen.“

Richtig ist, dass man es hier mit einem rein persönlichen Anspruche zu thun hat, mit Bezug auf welchen nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilprozesses der Gerichtsstand der gelegenen Sache nicht begründet wäre. Allein es darf an die betreffende Vorschrift des Bundesgesetzes nicht der strenge Massstab ihrer Uebereinstimmung mit den grundlegenden Normen des Prozessrechtes angelegt werden. . . . Die Tendenz der fraglichen Bestimmung geht offenbar dahin, zu Gunsten desjenigen, der einen Anspruch aus Feuerver sicherung geltend machen will, eine Erleichterung in dem Sinne zu schaffen, dass ihm freigestellt wird, die Gesellschaft statt vor den Gerichten ihres schweizerischen Hauptdomizils oder ihres kantonalen Rechtsdomizils vor denjenigen des Ortes, wo die betreffenden Objekte im Zeitpunkt des Brandes sich befanden, zu belangen. Dafür giebt auch die Entstehungs geschichte dieser Vorschrift einen zuverlässigen Beleg (wie des Nähern ausgeführt wird).

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXVI S. 236 ff.)

27. Kanton Basel-Stadt. Urteil des Appellationsgerichts vom 19. Juni 1899.

Gerichtsstand des aus vorehelicher Schuldver pflichtung der Ehefrau verklagten Ehemannes.

G. Sch., in Arlesheim wohnhaft, wurde für eine Schuld, die seine Ehefrau vor ihrer Verheiratung eingegangen und wofür sie sich damals zum Voraus dem Urteil des hiesigen Civilgerichtspräsidenten zu unterziehen versprochen hatte, von dem Gläubiger vor Präsidentenverhör geladen, erschien aber nicht, sondern protestierte schriftlich gegen die Kompetenz des Basler Richters. Der Civilgerichtspräsident erklärte sich inkompetent, weil der Ehemann nicht als Rechtsnachfolger oder Vertreter seiner Ehefrau belangt worden sei, sondern als der für die Schulden der Ehefrau haftbare Ehemann, hiefür aber keine Unterwerfung unter den hiesigen Richter vorliege. Das Appellationsgericht hat auf erhobene Beschwerde des Gläubigers die Kompetenz des hiesigen Richters aus gesprochen.

Gründe: Wie aus der Vernehmlassung des Civilgerichtspräsidenten hervorgeht, wurde die vor ihm erhobene Klage damit begründet, dass es sich um eine voreheliche Schuld der Ehefrau handle, für die der Ehemann nun in Folge der ein

getretenen Gütergemeinschaft aufkommen müsse. Diese zwei Thatsachen (voreheliche Schuld und eheliche Gütergemeinschaft) scheinen nicht bestritten zu sein. Sie wurden auch, aus der Vernehmllassung zu schliessen, vom urteilenden Richter als vorhanden vorausgesetzt. Dann aber war der von ihm daraus auf seine Inkompotenz gezogene Schluss nicht richtig, vielmehr folgt daraus, dass der Beklagte vor hiesigem Richter Rede und Antwort zu geben habe. Denn der vorehelichen Schuldverpflichtung der Ehefrau haftet notwendigerweise als davon unzertrennlicher Teil auch die für Streitigkeiten darüber von ihr vereinbarte Unterwerfung unter den hiesigen Richter an und der Ehemann muss die voreheliche Schuld auch mit dieser ihr anhängenden Pflicht übernehmen.

(Direkte Mitteilung.)

28. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 1^{er} novembre 1899.

Créance divisible entre les héritiers; poursuite de ceux-ci agissant conjointement et indivisément.
Admission.

Le 25 septembre 1899, la veuve Journel, le sieur Louis-Eugène Journel et la dame Louise-Adèle Journel, femme Chevallay, seuls ayants droit à la succession d'Auguste Journel, ont fait conjointement et indivisément à Emile Brugo commandement de payer fr. 307.50 pour capital et frais de protêt à un billet de change souscrit par le dit Brugo à l'ordre d'un sieur J. Vincent et endossé par celui-ci à Auguste Journel, qui en était porteur à son décès. Brugo a fait opposition à ce commandement. Les hoirs Journel, conjointement et indivisément, en ont demandé la mainlevée. Le Tribunal de 1^{re} instance a repoussé la mainlevée par le motif que la créance est divisible entre les héritiers et que chacun d'eux n'est recevable à en poursuivre le recouvrement que pour sa part et portion. Appel a été interjeté contre ce jugement. La Cour l'a réformé et prononcé que les héritiers J. sont en droit de poursuivre conjointement et indivisément, contre Brugo, le recouvrement de la créance.

Motifs: La division de la créance entre les héritiers du créancier ne résulte pas d'une cause intrinsèque à la créance, elle résulte d'une cause extrinsèque et accidentelle, la mort du créancier. Elle a pour cause, non pas la nature de la créance, indivisible originairement, mais un fait nouveau, le

fait que les héritiers du créancier peuvent avoir des droits à faire valoir entre eux, et le fait que le débiteur doit pouvoir opposer à chacun d'eux les exceptions spéciales qu'il peut avoir à lui opposer. Mais, si les héritiers unanimes agissent conjointement et indivisément pour le recouvrement de la créance de leur auteur; si, d'autre part, le débiteur ne soulève aucune exception spéciale à tel ou tel des héritiers, l'unité de la créance n'est pas rompue, aucune cause de division de la créance ne prend naissance, et la divisibilité prévue par l'art. 1220 du Code civil et par l'art 80 du Code des Obligations reste sans application, faute de raison de l'appliquer. Il importe peu que la créance soit théoriquement divisible entre les héritiers; en fait, elle ne se divise pas lorsque ceux-ci agissent conjointement, et, s'il est vrai que chaque héritier isolément ne pourrait agir que pour sa part et portion, il n'est pas moins vrai que tous les héritiers réunis peuvent agir ensemble pour le tout. *Und so geht es weiter, es ist etwas bemühend, dass man so selbstverständliche Dinge so schwerfällig und weitläufig noch erklären muss.*

(La Semaine judiciaire, XXI p. 783 ss.)

29. Canton de Neuchâtel. Jugements du Tribunal cantonal du 16 octobre et du 8 décembre 1899.

Objet de l'expertise.

a) S. Kellert, négociant en horlogerie, a commandé à A. Butikofer, fabricant d'horlogerie, une quantité de cartons de montres. Une partie de cette commande est conçue en ces termes:

6 grosses sav. 18 $\frac{1}{2}$ lig. (un mot illisible) 44,
mouv. dorés à 38,
pend^t doré cyl,
1 grosse poli doré,
1 " coquille doré,
1 " guilloché doré,
1 " varié doré,
2 " argenté $\frac{1}{3}$ poli, $\frac{1}{3}$ guill. et $\frac{1}{3}$ gravé varié.

C'est sur cette partie de la commande que s'est élevé le différend à savoir si elle est relative à 12 grosses, ce que prétend Kellert, ou à 6 seulement, desquelles l'une devra présenter telles particularités, l'autre telles autres particularités, ce que soutient Butikofer. Un autre différend concerne

le bénéfice qui pourrait être réalisé en revendant ces montres. Butikofer a sollicité une expertise sur ces deux questions. Kellert s'oppose à une expertise en alléguant que la commande sus-mentionnée ne soulève pas de question dont la solution exige des connaissances spéciales et techniques, mais bien une simple opération de calcul; qu'en ce qui concerne le bénéfice, l'expertise est inadmissible, parce qu'elle ne peut être ordonnée que s'il existe un objet matériel à examiner, ce qui n'est plus le cas en l'espèce.

Le Tribunal cantonal a admis l'expertise des deux faits.

Motifs: Première question (12 ou 6 grosses commandées). Attendu que, pour résoudre cette question de fait, il faut avoir les connaissances d'un négociant en horlogerie, être au courant des habitudes de ce commerce et connaître la terminologie et les abréviations qui y sont en usage;

Qu'il n'y a pas de raison pour qu'on ne demande pas à des experts leur avis sur la signification du susdit passage, cela d'autant plus qu'à teneur de l'art. 259 C. P. C. cet avis ne liera pas le tribunal.

Seconde question (bénéfice).

Attendu que l'art. 246 C. P. C. dispose: „Le Président ordonne une expertise pour être renseigné sur les questions dont la solution exige des connaissances spéciales et techniques. Le jugement désigne les objets sur lesquels l'avis des experts doit être donné.“

Qu'en droit commun, en droit français et en droit allemand l'expertise n'est pas restreinte au cas seulement où un objet matériel peut être soumis à l'examen des experts;

Que la disposition „le jugement désigne les objets....“ paraît signifier simplement que le jugement détermine les points sur lesquels l'avis des experts est demandé;

Qu'il y a de nombreux procès où on ne rencontre pas d'objet à examiner, mais où cependant des questions se soulèvent dont la solution exige des connaissances spéciales; que si on n'a pas recours à l'expertise, qui paraît le moyen tout indiqué, on arrive à faire usage, soit du témoignage, et alors on pose à des témoins de véritables questions d'experts, soit de moyens de preuve inconnus de notre code de procédure civile (tels que paraire, consultation d'usage etc.) et dont l'administration pour ce motif se heurte à des difficultés théoriques et pratiques considérables;

Qu'en l'espèce, les renseignements fournis par la procédure paraissent suffisants pour que des experts puissent déterminer d'une façon assez précise le genre de montres

livrées par Butikofer et dire quel peut être le bénéfice moyen du négociant qui achète ces montres dans le but de les revendre;

Que l'appréciation des experts ne liera pas le tribunal et qu'en particulier il sera loisible à Kellert d'établir, par les moyens de preuve qu'il peut avoir à sa disposition, que son bénéfice était supérieur.

(Jugements du Tribunal cantonal de Neuchâtel, V p. 360 ss.)

b) Georges Favre-Jacot & Cie avaient commandé à E. Jacot-Guillarmod sept étampes destinées à la frappe de divers sujets sur les cuvettes et les boîtes de montres; ce travail consistait d'abord à graver en creux un bloc d'acier, appelé coin d'origine ou matrice, lequel sert à frapper l'empreinte en relief sur un autre bloc d'acier; ce dernier, soit le „coin“ proprement dit, est destiné à la frappe des sujets sur boîtes et cuvettes de montres. E. Jacot a livré les coins destinés à la frappe des cuvettes, mais il refuse de remettre les coins d'origine ou matrices qui permettent de refaire aisément les coins servant à la frappe, lesquels sont sujets à se détériorer facilement par l'usage. Dans le procès intenté par G. Favre-Jacot & Cie, ceux-ci ont sollicité une expertise en preuve du fait que „il est constant par l'usage en la matière que les origines, coins ou mâles, sont propriété du maître et lui appartiennent.“ E. Jacot s'est opposé à cette expertise en alléguant qu'une expertise ne peut être ordonnée que s'il y a un objet matériel à expertiser, et que les usages commerciaux doivent être prouvés par le moyen du témoignage. Le Tribunal cantonal a écarté cette opposition à l'expertise.

Motifs: Attendu qu'aux termes de l'art. 246 C. P. C., l'expertise a pour but de renseigner le tribunal sur les questions litigieuses dont la solution exige des connaissances spéciales; que le témoin, par contre, rapporte ce qu'il a perçu au moyen de ses sens;

Qu'en posant la question formulée par les demandeurs aux personnes qui auraient à y répondre, on ne leur demande pas d'indiquer tel ou tel fait particulier, qu'elles ont perçu par leurs sens, mais on a recours d'une façon plus générale aux connaissances spéciales qu'elles possèdent en cette matière;

Qu'ainsi, l'expertise est bien le moyen de preuve qui paraît être indiqué en première ligne pour renseigner le tribunal sur les usages commerciaux;

Que si les experts ont à se prononcer sur l'existence de tel ou tel usage commercial, cela ne veut pas dire, comme le défendeur le prétend, qu'ils se trouveront par cela même nantis du fonds de la cause; que le tribunal, au contraire, aura à examiner quelles conséquences juridiques découleront de l'existence de tel ou tel usage. (Ibid. p. 401 ss.)

30. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 9 janvier 1900.

Preuve testimoniale visant une appréciation juridique.

H. Vidoudez a revendiqué une boîte à musique qui avait été saisie par veuve Michel et A. Nicollier au préjudice de dame Louise Pache. A l'appui de sa demande, il a allégué le fait suivant:

No. 9. Il avait été entendu entre le demandeur et dame Pache que le défaut de paiement par celle-ci équivaudrait à une rupture immédiate du contrat, la boîte à musique en question ne restant dès lors en mains de dame Pache qu'à titre de dépôt.

Le demandeur ayant indiqué vouloir prouver ce fait par témoins, les défendeurs s'opposent à ce genre de preuves en invoquant, entre autres, 1. qu'en alléguant que la boîte à musique est restée en mains de dame Pache à titre de dépôt, le demandeur cherche à faire trancher une question de droit et non un point de fait; 2. que l'allégué 9 va à l'encontre d'un titre, savoir du contrat du 21 novembre 1897. Le vice-président du Tribunal de Nyon a admis la preuve testimoniale, par les motifs ci-après: s'il n'est pas permis d'employer la preuve testimoniale lorsque la preuve littérale résulte d'un acte valable, cette règle n'est pas applicable quand il s'agit uniquement de prouver qu'il a été dérogé à l'acte, ou d'expliquer l'acte sans en détruire la lettre. Pour apprécier la forme et les clauses d'un contrat, il faut rechercher la commune intention des parties, et le but du demandeur, en voulant prouver le fait No. 9 par témoins est justement d'éclairer le Juge sur la commune intention des contractants.

Les défendeurs ont recouru de cette décision au Tribunal cantonal, qui a admis le recours et rejeté la preuve testimoniale.

Motifs: Considérant que la preuve testimoniale ne saurait porter sur la circonstance alléguée dans le fait 9, que la boîte à musique ne restait dès lors en mains de dame Pache qu'à titre de dépôt.

Qu'en effet, un tel allégué ne se rapporte pas à un fait concret, mais à une appréciation juridique portant sur l'existence d'un contrat de dépôt.

Qu'en admettant une telle preuve, ce serait permettre une solution testimoniale qui trancherait la question de l'essence juridique du contrat intervenu entre dame Pache et Vidoudez.

Que l'examen de cette question compétant au juge seul et non aux témoins, ce moyen d'opposition des défendeurs doit être accueilli.

Considérant qu'il n'est pas permis d'employer la preuve testimoniale, lorsque la preuve littérale résulte d'un acte valable, sauf, lorsqu'il s'agit uniquement de prouver qu'il a été dérogé à l'acte ou d'expliquer l'acte sans en détruire la lettre.

Qu'en l'espèce, le but de l'allégué 9 n'est point d'établir qu'il aurait été dérogé à l'acte du 21 novembre 1897, mais, en réalité, que les parties avaient entendu conclure soit une vente d'une nature toute particulière, différente de celle qui est nettement définie dans cet acte, soit un dépôt qui aurait été substitué à la vente invoquée par le demandeur lui-même.

Qu'une telle preuve irait à l'encontre d'un acte valable, et ne saurait être autorisée, en raison des prescriptions des art. 974 s. C. c. vaudois.

Considérant, enfin, que l'article 16 C. O. est sans application au point de vue de la preuve entreprise, car la commune intention des parties au contrat du 21 novembre 1897 résulte de l'acte lui-même, contre lequel il n'a été invoqué aucune exception tirée soit de la simulation, de l'erreur ou du dol. (Journal des Tribunaux, Droit cantonal, XLVIII p. 178 ss.)
