



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

# Zeitschrift des Bernischen Juristenverei...

Bernischer  
Juristenverein



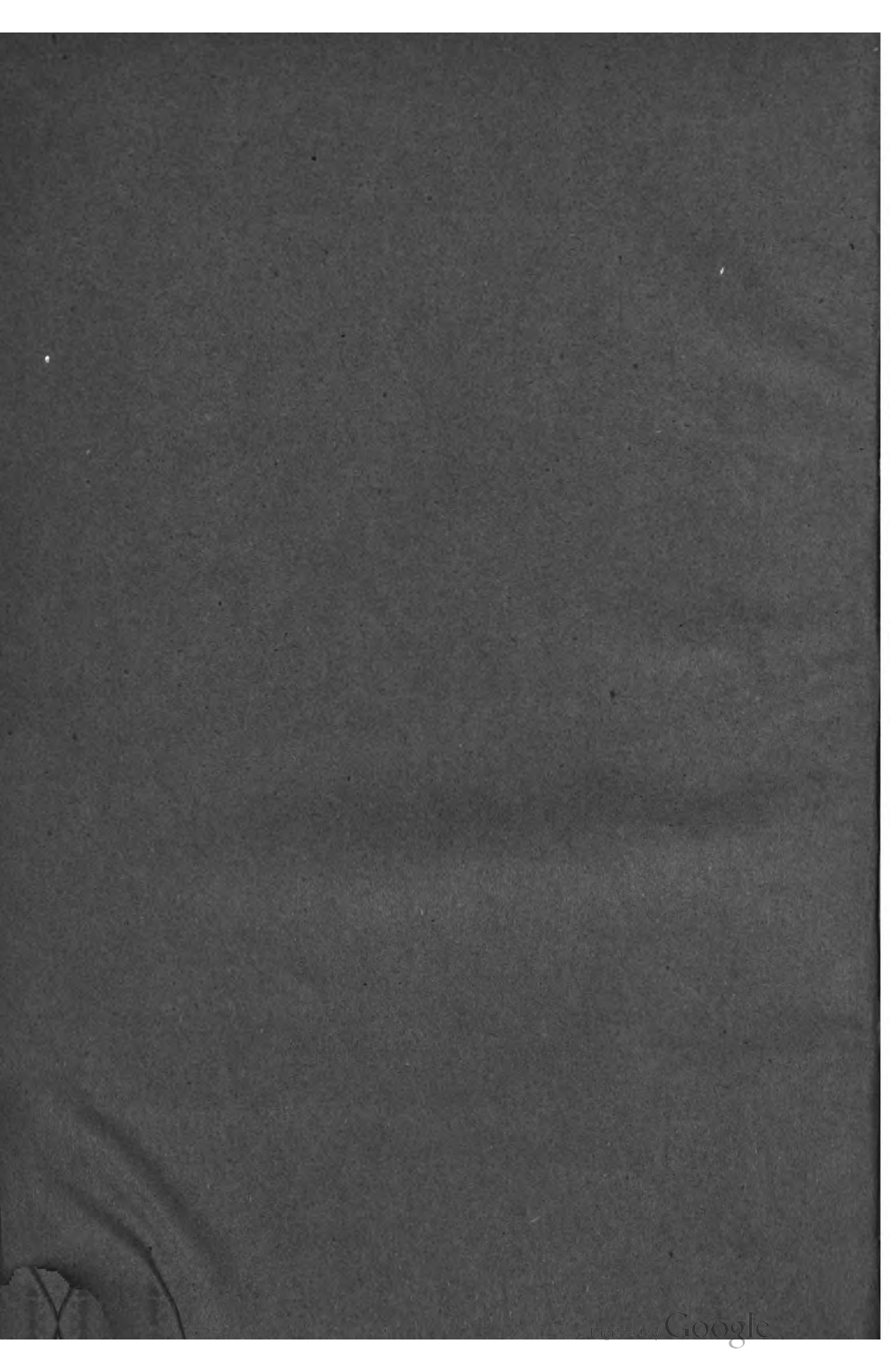
HARVARD LAW LIBRARY

---

Received FEB 15 1923

MAISON COURVOISIER  
Belle-Étoile - Arcueil  
BIEL-BIENNE





x

# Beitschrift

des

## Bernischen Juristenvereins.

c

---

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung  
der  
Kantone Bern, Nargau, Solothurn und Luzern.

---

Unter Mitwirkung mehrerer Schweizerischer Juristen  
herausgegeben  
von  
**R. G. König,**  
Professor des Rechts.

---

**Dehnter Band.**  
Jahrgang 1874/75.

---

Bern.  
Druck und Expedition der Stämpfischen Buchdruckerei.  
1875.

---

FEB 15 1923

# Inhaltsverzeichnis.

## I. Abhandlungen.

- Müller, Ed., Gerichtspräsident. Kann für das eingelehrte Gut gegenüber anderen als hypothekarischen Schulden des Ehemannes der Nachgang erklärt werden? S. 1 fl.
- König, R. G., Prof. Nochmals die Nachgangserklärung der Ehefrau. S. 33 fl.
- Huber, Dr., Eugen, P.-D. Die Säkungsbücher der Stadt Bern. S. 97 fl.
- Huber, Dr., Eugen, P.-D. Studien über das eheliche Güterrecht der Schweiz. S. 161 fl.
- Appleton, Charles, Prof. Coup d'œil biographique sur quelques jurisconsultes français du XVIIIe siècle, Dumoulin — Cujas. S. 225 fl.
- König, R. G., Prof. Reactivierung aufgehobener Verordnungen. S. 311 fl.
- Beerleber, Dr., Alb., Oberrichter. August Favrot, Nekrolog. S. 353 fl.

## II. Rechtsprechung des Kantons Bern.

### I. Alter Kantonsstheil.

#### A. Civilrecht.

##### 1. Personenrecht.

- Handlungsfähigkeit eines Minderjährigen bei stillschweigender Zustimmung des Vaters. S. 135.
- Vaterschaftsklage. Entschuldigung wegen verspäteter Anbringung. Bedingtes Versprechen Alimente zu leisten. S. 140.
- Vormundschaftsbehörde, Verurtheilung derselben zum Schadensersatz durch Entscheid des Regierungsrathes, wird von den Gerichten als verfassungswidrig nicht beachtet. S. 142.
- Beitragspflicht des geschiedenen Ehemannes für die Erziehung der Kinder erlischt mit seinem Tod und geht nicht auf seine Erben über. S. 147.
- Weibergutsempfangshein, Ausstellung durch den insolventen Ehemann. S. 208.
- Haftbarkeit des Ehemannes für Schulden seiner Ehefrau aus Handelsgeschäften, welche sie mit seiner Zustimmung betreibt. S. 341.
- Minderjähriger kann ohne Vogt eine Vaterschaftsanerkennung ausstellen, nicht aber sich zu Leistungen verpflichten. S. 334.
- Eheliches Güterrecht von Franzosen. Unveränderlichkeit desselben auch bei verändertem Domicil. S. 349.

## 2. Dingliches Sachenrecht.

Nachbarrecht. Zuleitung einer Quelle. S. 56.

Pfandrecht, an einer beweglichen Sache geht verloren durch Herausgabe derselben. S. 259.

Wege über das große Moos bleiben in ihrem Bestande. S. 334.

## 3. Erbrecht.

Vermächtniß eines Hauses „ununtersucht“. Forderungstitel nicht inbegriffen. S. 61.

Gewärtliche Vereinigung. Dem überlebenden Ehegatten sind die von der Pfändung befreiten Gegenstände zu belassen. Anspruch auf Unterhaltung aus der Raffe. S. 75.

Klage auf Herausgabe einer Erbschaft. Peremptorische Einrede. Gutgläubige Erben, gutgläubige Besitzer. S. 251.

Theilung einer Verlassenschaft nach den Bestimmungen der Landesatzung von Unterlaken. S. 265.

## 4. Obligationenrecht.

Versicherung von Gebäuden. Brandstiftung des Versicherten. Brandversicherungsanstalt nur insofern zur Auszahlung der Asscuranzsumme an die Hypothecargläubiger verpflichtet, wenn dieselben verlustig geworden sind. S. 13.

Solidarische Verpflichtung. Rückgriffsrecht des zahlenden Schuldners auf seine Mitschuldner. S. 15.

Unbedingte Bürgschaft und Selbstschuldnerschaft. Befreiung des Bürgen durch Nichteingabe des Gläubigers in dem Weltstage des Schuldners. S. 17.

Unterbrechung der Ersetzung durch Anerkennung einer Forderung. S. 62.

Nachlässigkeit eines Bauunternehmers. Haftbarkeit desselben. S. 63.

Vergleich. Auslegung desselben nach dem Wortsinne. S. 136.

Haftung der abliefernden Eisenbahn für Waaren, die sie beschädigt übernommen hat, nicht angenommen, wenn kein durchgehender Frachtbrief ausgestellt wurde. S. 139.

Forderungsrecht eines außerhalb des Kantons Wohnenden erlischt erst nach Ablauf der außerordentlichen Ersetzungsfrist von 20 Jahren. S. 207.

Währschaftsfreit. Hebung von Gewährsmängeln oder Schadensersatz wegen Entwährung. S. 255.

Schadlosbrief zu Gunsten eines Wechselgläubigers bleibt in Kraft, auch wenn der ursprüngliche Wechsel erneuert wird. S. 262.

Bestandzins, Herabsetzung desselben wegen mangelhafter Beschaffenheit der Bestandsache. S. 266.

Condictio causa data causa non secuta. S. 329.

Entschädigungsforderung wegen mangelhafter Unterhaltung des Bestandsgegenstandes. S. 331.

Actio Pauliana. S. 339.

Gewährsmangel, Concordat; Beweiskraft des Expertengutachtens. Gegenbeweis nicht zulässig. S. 342.

Credit, einem associé eröffnet und von der Firma benutzt. S. 346.

## 5. Wechselrecht.

Cassation eines Vollziehungsbefehles wegen Erfüllung des wechselrechtlichen Anspruches. S. 336.

## B. Ordentlicher Civilproceß.

Manifestation und Beweis zum ewigen Gedächtniß können nicht in einem Verfahren vorgenommen werden. S. 76.

Vorladung einer in Bern niedergelassenen Glarnerin vor ein glarnerisches Gericht. Schreiben des Appellations- und Cassationshofes an den Bundesrath. S. 77.

Provokation zur Klage. Wenn die Voraussetzungen fehlen, so ist Abweisungsschluß begründet, nicht dilatorische Einrede. S. 136.

Streitverkündigung, verspätete Erlassung derselben. S. 209.

Fortsetzung eines Rechtsstreites wird nicht gehindert durch Anrufung des Geldtages. S. 254.

Wiedereinsetzung einer Partei wegen Nachlässigkeiten ihres Anwaltes nicht zulässig, wenn die Unterlassung den Verlust des Rechtes zur Folge hatte. S. 259.

Provisorische Verfügung, Gesuch abgewiesen, weil keine Bedrohung eines Bestandes vorliegt. S. 325.

Rechtsversicherungsbegehren gegen eine Wittwe, aus Grund ihres vor ihrer Verheirathung erkannten Geldtages abgewiesen, weil die Schulden auf den Ehemann übergegangen sind. S. 334.

## C. Vollziehungsverfahren.

Cassation eines Eantverfahrens. Sofortige Production der Beweismittel. S. 59.

Anweisung eines Wechselgläubigers, obgleich er den Forderungstitel wegen richterlicher Beschlagnahme desselben weder im Original noch in beglaubigter Abschrift vorzulegen im Stande war. S. 65.

Oeffentliche Versteigerung. Zusicherung des Gerichtsschreibers, zuerst sämtliche Grundstücke stückweise und sodann sammtthast in Ausruf zu bringen, verbindlich. S. 73.

Peremptorische Einrede zugesprochen, weil nicht sämtliche Beteiligte vorgeladen wurden. S. 259.

Bestandverbot, Einsprache dagegen. S. 260.

Classifications- und Vertheilungsentwurf. Wer ist Beteiligter? S. 262.

Geldtag einer Weibsperson aufgehoben durch ihre Verheirathung. S. 334.

Vollziehungsbefehl, Cassation, weil der wechselrechtliche Anspruch erloschen ist. S. 336.

Cassation eines Abtretungsvertrages, wegen Benachtheiligung der Gläubiger. S. 339.

Viehwaare, welche dem Pächter eines Grundstückes zur Fütterung übergeben wurde, kann nicht für die Pachtzinsforderung des Verpächters mit Beschlag belegt werden. S. 345.

## II. Jura bernois.

1873.

*Mai.*

Désistement. Etendue, p. 19.

Réforme. Frais non payés. Déchéance, p. 20.

Sûreté. Bail. Exception dilatoire, p. 20.

*Juin.*

Assurance sur la vie. Fausses déclarations, p. 21.

Recours contre un caution. Tardivité. Restitution non recevable, p. 21.

Wagons empruntés. Retard. Indemnité, p. 21.

*Juillet.*

Fille mineure. Refus de payer, p. 22.

Police d'assurance sur la vie, p. 22.

Opposition à poursuites. Rabais promis, p. 22.

*Août.*

Témoignages admissibles pour des faits touchant la restitution d'objet remis en dépôt, p. 148.

Contrat de mariage par une fiancée sous tutelle. Nullité opposable aux créanciers du mari, p. 149.

Procédure commerciale. Changement de conclusions. Inadmissibilité, p. 149.

Dette envers une société. Exception de compensation. Demande en dissolution de la dite société, p. 150.

*Octobre.*

Mesures provisoires. Reconvention non recevable, p. 152.

Servitude de passage, p. 153.

Comptes entre négociants. Arbitrage réclamé. Incident, p. 154.

Vice rédhibitoire. Valeur légale du rapport d'experts, p. 155.

Superficie. Prescription, p. 156.

Opposition à liquidation, p. 156.

Substitution de la preuve littérale au serment déferé. Conséquences, p. 156.

*Novembre.*

Collocation. Recours contre un co-débiteur, p. 157.

Faillite. Droit de réméré, p. 158.

*Décembre.*

Créance cédée. Compensation, p. 158.

1874.

*Janvier.*

Femme séparée de biens. Revendication. Rejet, p. 212.

Divorce; preuves insuffisantes, p. 212.

*Février.*

Inobservation des formalités pour l'appel. Clôture du for, p. 212.

Mariage à l'étranger. Intervention de l'Etat pour sa reconnaissance, p. 213.

Assurance contre l'incendie, p. 213.

*Mars.*

Passage. Encombres. Mesure provisoire, p. 214.

Contrat d'ouvrage. Interprétation, p. 215.

Opposition à liquidation. Inobservation des délais. Exception péremptoire, p. 216.

*Avril. Mai. Juin. Juillet.*

Opposition à poursuites. Prise à partie, p. 217.

Legs. Etendue, p. 217.

Arrêt de la Cour d'assises. Cassation, p. 2

Vente forcée. Cahier des charges, p. 218.



Marché par un fils mineur. Validité d'après les circonstances, p. 218.  
 Demande en provocation, p. 218.  
 Marchandise avariée. Responsabilité, p. 218.  
 Dette commerciale. Cession de biens du débiteur, p. 219.  
 Tribunal consulaire. Exception fori-déclinatoire, p. 219.  
 Autorité tutelaire. Responsabilité, p. 220.

### III. Strafverfahren.

Cassation eines Urtheils der Kriminalkammer wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes. S. 66.

### IV. Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts des Kts. Aargau.

Zeugenbeweis. S. 23.  
 Scheidung, eigenmächtige, nicht gestattet. S. 24.  
 Testament, Absetzungsklage. S. 25.  
 Bürge und Mitschuldner, Verpflichtungen derselben. S. 27.  
 Erbschaftsklage. S. 28.  
 Beweis zum ewigen Gedächtniß. Einrede der Incompetenz des Gerichts. S. 30.  
 Schiedsgerichtliches Urtheil aus dem Kanton Aargau. S. 46.  
 Abtretung einer Forderung. Haftung des Cedenten. S. 237.  
 Schätzung von Liegenschaften, die zu einer Verlassenschaft gehören. S. 276.  
 Erbschaftsklage. S. 277.  
 Rückkehrung. Verpflichtung des Rückkehrers zur Cautionsleistung. S. 279.  
 Manifestation im Concourse. S. 280.  
 Währschaftsklage wegen Viehhauptmängeln. S. 281.  
 Wechselvollstreckung. S. 282.

### V. Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts des Kts. Solothurn.

1872 und 1873.

Conditio mixta; Erfüllung derselben. S. 220.  
 Geltstag; nur Forderungen, welche vor Erkennung desselben bestanden haben, können eingegeben werden. S. 222.  
 Kaufvertrag. Irrthum zum Nachtheil des Verkäufers. S. 223.  
 Conditio indebiti, kann nur gegen denjenigen gerichtet sein, an welchen ursprünglich bezahlt worden ist. S. 267.  
 Eideszuschreibung; Annahme des zugeschobenen Eides braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden. S. 269.  
 Mortis causa donatio. S. 269.  
 Vormundschaftsbehörde, Haftbarkeit derselben. S. 270.  
 Beweis wird nur zugelassen über erhebliche Thatfachen und es wird daher die Eideszuschreibung als unzulässig erklärt, wenn es sich nicht um solche handelt. S. 272.

### VI. Bundesrätliche Entscheidungen.

Zwei Kreis Schreiben desselben betreffend Abschluß und Wirkungen der Ehe. S. 82.  
 Kantonale Bestimmungen im Widerspruch mit der Bundesverfassung. S. 376.

### VII. Entscheidungen des Bundesgerichts.

Expropriation. S. 290.  
 Gerichtsstand bei Hypotheken. S. 290.

- Recht zur Ehe. S. 293. Realcaution. S. 309.  
 Gerichtsbarkeit, geistliche. S. 293. 296.  
 Kompetenz des Bundesgerichts, nicht begründet, wenn es sich nicht um Rechte handelt, welche den Privaten durch die Verfassung ihres Kantones gewährleistet sind. S. 293.  
 Kompetenz, nicht vorhanden zu materieller Prüfung von Strafurtheilen. S. 294.  
 Verfassung, Verletzung derselben wegen Umwandlung einer Buße in Gefängnisstrafe. S. 294.  
 Concordat vom 15. Juli 1822. S. 296.  
 Auslieferung von Verbrechern, Bundesgesetz vom 24. Juli 1852. S. 303.  
 Doppelbesteuerung. S. 307. 368.  
 Ausweisschriften, Verweigerung von solchen. S. 312.  
 Verweisung eines Schweizerbürgers aus einem Bezirk, verstößt gegen Art. 44 der B. V. S. 355.  
 Gerichtsstand für persönliche Ansprachen, auch der Nichtschweizer kann sich auf Art. 50 der Bundesverfassung berufen. S. 358.  
 christlichen Injurien. S. 362.  
 Mißthatsklage. S. 364.  
 von der Provocation zur Klage. S. 371.  
 Betreibung bei Wohnsitzwechsel des Schuldners. S. 372.

### VIII. Zürcherisches Obergericht.

- Gerichtsstand in Ehescheidungssachen. Ein Schweizer, welcher in Amerika eidlich auf das Schweiz. Bürgerrecht verzichtet hat, bleibt dessenungeachtet Schweizerbürger, so lange er nicht auch den schweizerischen Behörden gegenüber die Verzichtleistung ausgesprochen hat. S. 359.

### IX. Literarische Anzeigen.

- Wyß, v. Fr., Ueber das Rechtsstudium in der Schweiz und Studium des schweizerischen Rechts. S. 31. 91.  
 Reili, F., Dr., Die Lehre von den Prioritätsacten. S. 191.  
 Schröder, Richard, Prof., Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, Theil II., Abth. 3. S. 159.  
 Saunders, A treatise upon the law applicable to negligence. London. Butterworths 1871, p. 284.  
 Kerr, A treatise on the law of fraud and mistake, p. 288.  
 De Colyar, A treatise on the law of guarantees and of principal and surety. London 1874, p. 288.  
 Hunt, Arthur Joseph, The law relating to boundaries and fences. London 1870, p. 288.  
 Brunner, R., Gutachten über die Unzulässigkeit der Niveaukreuzungen der Schweiz. Centralbahn mit den bestehenden öffentlichen Straßen. S. 312.  
 Ebing, G., Die Rechtsverhältnisse des Waldes, Berlin 1874 und  
 Feiß, L., Der Wald und die Gesetzgebung. Berlin 1875. S. 351.  
 Gesellschaft für Verbesserung und Codification des Völkerrechts. S. 381.  
 Dr. Eugen Huber, Nachruf. S. 352.

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band X.

Nr. 1.

Juli 1874.

---

**Inhalt:** Kann für das eingekehrte Gut gegenüber andern als hypothekarischen Schulden des Ehemannes der Nachgang erklärt werden, S. 1. — Uebersicht der oberger. Rechtspredung des Rts. Bern, S. 13. — Aperçu des Arrêts de la Cour de Berne, pag. 19. — Obergerichtl. Rechtspredung des Rts. Aargau, S. 23. — Literarische Anzeige, S. 31.

---

### Kann für das eingekehrte Gut gegenüber andern als hypothekarischen Schulden des Ehemannes der Nachgang erklärt werden?

(Referat des Herrn Fürsprech Ed. Müller in Bern, gehalten an der Jahresversammlung des bern. Juristenvereins, den 30. Mai 1874.)

Die Untersuchung dieser Frage hat in doppelter Richtung zu geschehen, indem man zu unterscheiden hat:

1. Was hat der Gesetzgeber bei Einführung des Rechtes der Ehefrau, auf das Privilegium für die gefreite Hälfte ihres zugebrachten Gutes Verzicht zu leisten, beabsichtigt?

2. Was hat der Gesetzgeber in Wirklichkeit in dem Gesetze niedergelegt und durch dessen Bestimmungen möglich gemacht?

Diese beiden Fragen werden oft genug verschieden beantwortet werden müssen. Wo aber das im Gesetze niedergelegte einen bestimmten und klaren Charakter hat, der vielleicht gar noch jede Modifikation zur juristischen Unmög-

lichkeit macht, da muß der Inhalt des Gesetzes und nicht die Absicht des Gesetzgebers den Ausschlag geben.

**I. Was hat der Gesetzgeber mit Einführung des Verzichtleistungsrechtes beabsichtigt, welche Ausdehnung wollte er demselben geben?**

Die Antwort auf die Frage lautet: Der Gesetzgeber wollte offenbar ein materiell unbeschränktes Verzichtleistungsrecht allen auch den Currentgläubigern gegenüber constituiren.

1. Die Gerichtssatzung von 1761 kannte die Nachgangserklärung nicht, sie kannte aber an ihrer Stelle die Verbürgung der Frau zu Gunsten des Mannes unter gewissen sichernden Formalitäten und wenn dieses von der Frau „böser Unfälle und anderer Ursachen wegen, die nicht aus Muthwillen und Niederlichkeit herkommen,“ begehrt wurde. Auf diese Weise entstand dann eintretenden Falls ein doppelter Geltstag, indem zuerst der Mann als Schuldner ausgetrieben, in seinem Geltstage die Frau im Specialitätsrange angewiesen und dann selbst als Bürge des Mannes zum Geltstage getrieben wurde. Eine eventuelle Anweisung der Bürgschaftsansprachen fand hiebei unseres Wissens nicht statt. Die hiemit verbundenen Inconvenienzen und Härten, sowie der Umstand, daß die frühern Beschränkungen der Bürgschaft nicht mehr zeitgemäß erschienen, führten zur Einführung des Verzichtrechtes unter Zustimmung zweier Verwandten, resp. der Vormundschaftsbehörde. Die Verbürgung der Frau zu Gunsten des Ehemannes fand unter den angegebenen Voraussetzungen unter der Gerichtssatzung allen Forderungen, auch den sogenannten Currentforderungen gegenüber statt und es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber bei Einführung des Verzichtrechtes eine Beschränkung in dieser Hinsicht beabsichtigt habe, um so weniger als die Satz. 100 C., welche den Verzicht einführte, ganz allgemein lautet.

Die allgemeine Zulässigkeit der Verbürgung brachte eben früher keine Schwierigkeiten, denn die Frau blieb ja im Geltstage des Mannes an ihrem Plaze; an die Schwierigkeiten, welche eine solche allgemeine Einführung des Verzichtrechtes an der Hand der bestehenden Classifikationsordnung bereiten mußte, dachte man offenbar damals und selbst bei Einführung der spätern Geseze über das Vollziehungsverfahren nicht.

2. Zum nämlichen Resultate führt uns der Commentar des Gesezesredactors Schnell, welcher den Verzicht als ein Institut bezeichnet, welches zur Hebung des Creditcs des Mannes in Nothfällen an Stelle der frühern Verbürgung eingeführt worden sei, ohne daß er demselben irgendwie eine beschränkte Zulässigkeit beimißt.

3. Die hier einschlagenden Erörterungen von Herrn Prof. König, Zeitschrift VII., S. 275 scheinen uns nicht zuzutreffen.

a. Allerdings ist es Absicht des Gesezgebers, Weiber- und Muttergüter sicher zu stellen; allein diese Absicht hat er jedenfalls nicht bei Einführung des Rechts zur Verzichtleistung auf das Privilegium verfolgt, sondern hier war es einfach auf die Ermöglichung einer Crediterhöhung zu Gunsten des Mannes und im Nothfalle abgesehen. Der Schutz des Weibergutes wurde durch das Erforderniß der Mitwirkung zweier Verwandten resp. der Vormundschaftsbehörde, als der Höchstinteressirten, angestrebt, — Beschränkungen, die das Emancipationsgesez bekanntlich aufgehoben hat.

b. Die Satz. 100 C. bezieht sich keineswegs bloß auf die Form der Verzichtleistung, sondern constituirt neben der Form auch das Recht zur Verzichtleistung selbst und dies in ganz allgemeinen Ausdrücken und ohne Beschränkung auf bestimmte Forderungen. Wollte man dies läugnen, so müßte man annehmen, der Gesezgeber habe für ein ganz neues Rechtsinstitut die Form geschaffen, ohne das

Rechtseinstitut selbst in's Leben zu rufen, denn nirgends im ganzen Personenrecht, in welches diese Bestimmung unzweifelhaft gehört, ist des Verzichtes mit einem Worte gedacht, als eben in Satz. 100.

c. Daraus, daß der Gesetzgeber außer bei Satz. 100 nur noch in den Satz. 936 und 937 C. von dem Verzichtes spricht und dabei Verzichtleistung und Nachgangserklärung gleichbedeutend gebraucht werden, kann kein Schluß auf die Absicht des Gesetzgebers gezogen werden; denn einmal geht die allgemeine Satz. 100 den letztgenannten und den übrigen einschlägigen Gesetzen, namentlich dem Gesetze von 1864 zeitlich voran, dann aber ist es klar, daß der Nachgangserklärung in dieser speziell gedacht wird, weil die Deffentlichkeit des Hypothekarrechts es erheischte.

Demnach scheint es uns kaum zweifelhaft sein zu können, daß die Absicht des Gesetzgebers wirklich auf Einführung eines unbeschränkten Verzichtrechtes ging. Mit unumstößlicher Sicherheit können wir natürlich diese Frage nie beantworten, nicht einmal aus den einschlägigen Verhandlungen der gesetzgeberischen Behörden. Es bleibt die Frage zu erörtern:

## **II. Was hat der Gesetzgeber mit seinen gesetzlichen Bestimmungen in Wirklichkeit möglich gemacht, was hat er im Gesetze niedergelegt?**

Die Sache wäre einfach, wenn wir es nur mit der Satz. 100 zu thun hätten. Allein die von dem Privilegium der Ehefrau handelnde Satz. 99 verweist uns bezüglich der Natur dieses Privilegiums in's Vollziehungsverfahren und auch die allgemeine Zulässigkeit des Verzichtes auf das Privilegium gewinnt erst eine Bedeutung, wenn deren Durchführung in der Kollokationsordnung möglich ist. Für den Fall des Geltstages des Ehemannes allein besteht das Privilegium, für diesen Fall allein verzichtet die Frau auf dessen Geltendmachung. Die Concursordnung erst gibt dem

Verzichte Gestalt und Wirksamkeit. Leider stellt sich die Durchführung der allgemeinen Zulässigkeit des Verzichtes in der Collokationsordnung als eine juristische Unmöglichkeit dar.

1. Was ist der Verzicht der Ehefrau auf ihr Privilegium? Es ist ein Vertrag zwischen einem Gläubiger des Ehemannes und der Ehefrau, wonach sich diese verpflichtet, ihr Privilegium in einem allfälligen Geltstage des Mannes diesem Gläubiger gegenüber nicht geltend zu machen. Ein Vertrag zwischen diesen beiden Personen und zwischen diesen allein.

Auf die Anweisung verzichtet die Ehefrau nicht, denn ihr Verzicht geht nach dem regelmässigen Inhalte der dahingehenden Erklärungen und ebenso nach dem Wortlaute des Gesetzes (§. 100) auf das Vorrecht. Vorrecht und Anweisung sind aber zwei verschiedene Dinge und es wäre, wie Herr Prof. König richtig bemerkt, ein Verzicht auf die Anweisung regelmässig gleichbedeutend mit einem Verzicht auf die Forderung selbst. Jedenfalls würde eine derartige Interpretation des Verzichtes an der Sache selbst gar nichts ändern und die juristischen Inconsequenzen, zu der sie führt, sind genau die nämlichen, wie bei der einfachen Annahme eines Verzichtes auf das Vorrecht.

Es findet auch kein allgemeiner Verzicht der Ehefrau auf das Privilegium überhaupt statt. Das liegt nicht in der Intention der Contrahenten, namentlich nicht in derjenigen der Frau; das würde der Vertragsnatur des Verzichtes widersprechen, da die übrigen Gläubiger, denen derselbe dann auch zu Gute käme, dabei nicht mitgewirkt haben; das würde endlich dem Gesetze selbst widersprechen, welches in § 584 B.-B. *argumento e contrario* die Ehefrau nur insofern den ihr sonst nachgehenden Pfandgläubigern nicht vorgehen läßt, als sie auf das Vorrecht Verzicht geleistet hat. Damit wird offenbar die Wirkung des Verzichtes auf diejenigen Gläubiger beschränkt, denen gegenüber er erfolgt



ist. Endlich darf ein solcher allgemeiner Verzicht auch nicht ohne weitere Anhaltspunkte präsumirt werden.

Ebenso wenig wie als allgemeiner Verzicht auf das Privilegium kann die Nachgangserklärung als Cession aufgefaßt werden. Dem widerspricht wieder der offenbare Vertragswille des Contrahenten und der Wortlaut des Gesetzes. Es kommt aber noch dazu, daß eine solche Cession geradezu ein juristisches Unding wäre. Jedermann ist damit einverstanden, daß die Verzichtleistung mehreren Personen gegenüber nach einander stattfinden kann. Nun cedirt die Frau ihr Privilegium dem A, ihr steht es also nicht mehr zu; später cedirt sie es dem B, dem C und dem D und Jedermann nimmt an, es seien auch diese spätern Cessionen gültig und von Erfolg begleitet. Obschon die Frau längst nichts mehr zu cediren hatte, kommen nun im Geltstage des Mannes der A der B, C und D und endlich auch noch die Frau, alle mit dem nämlichen Rechtstitel, der doch nur einmal existiren kann, verlangen Antweisung und werden angewiesen! Das ist ein Unding! Ein Privilegium, das sich an eine Person knüpft, kann eben nicht cedirt werden. — Eine anderweitige Auffassung des Verzichtes der Ehefrau können wir uns nicht denken und es ist eine solche unfres Wissens auch bis dato noch nicht erdacht worden.

2. Wie gestaltet sich die Collokation im Geltstage des Ehemannes, wenn man die Verzichtleistung der Ehefrau auch gegenüber andern als hypothekarischen Gläubigern berücksichtigt? Die Schwierigkeit hat man überall eingesehen, man hat sich aber in der verschiedensten Weise darüber hinweg zu helfen gesucht.

Wir durchgehen kurz die verschiedenen Combinationen:

a. Der Gläubiger wird in der III. Classe der Frau vorgehend angewiesen, die Frau nachgehend, aber ebenfalls in der III. Classe. — In diesem Falle müssen wir als juristischen Grund einen Cessionsvertrag annehmen — die

Frau hat dem Gläubiger ihr Recht in der III. Classe angewiesen zu werden abgetreten —; wobei überdies der Frau das cedirte Recht bleibt. Daß dieß kein juristischer Grund sein kann, ist dargethan. Die Ungerechtigkeit gegenüber den übrigen Gläubigern und die für sie damit verbundenen Gefahren liegen auf der Hand. Daß in letzter Linie der Credit des Mannes dadurch geschwächt und dem Zwecke des Instituts des Verzichts auf das Privilegium geradezu entgegen gearbeitet würde, ebenfalls.

b. Der Gläubiger wird an Stelle der Frau in der III. Classe angewiesen, die Frau an seinem Platze in der IV., V. oder VI. Classe. — Wiederum eine Cession, nur dießmal eine gegenseitige, oder besser gesagt eigentlich zwei Cessionen, von denen die eine unmöglich ist, die andere nicht existirt.

c. Der Gläubiger wird in der III. Classe angewiesen, die Frau gar nicht oder allen Gläubigern nachgehend. Dann haben wir Cession und allgemeinen Verzicht zugleich; Cession gegenüber dem Gläubiger, der in die III. Classe kommt, weil ihm das Vorrecht abgetreten wurde; und allgemeinen Verzicht gegenüber sämmtlichen andern Gläubigern, indem die Frau dann auf ihr Vorrecht überhaupt verzichtet haben müßte; ja, wenn die Frau allen nachgehend angewiesen wird, so haben wir noch das Curiosum, daß die Frau eine Anweisung erhält, von der die ganze Concursordnung nichts weiß.

d. Der Gläubiger wird an dem Platze gelassen, der ihm nach seiner Forderung gebührt, die Frau wird ihm unmittelbar nachgehend angewiesen. — Zwei Gewaltthatigkeiten auf einen Schlag! Der Frau wird ein allgemeiner Verzicht aufgenöthigt, gegenüber allen denjenigen Gläubigern, die zwischen ihrem ursprünglichen Platze und dem ihr vorgehend angewiesenen Gläubiger liegen, und die Frau erhält eine Anweisung an einem Platze, wo sie das Gesetz nicht zuläßt.

e. Die sämmtlichen Gläubiger bleiben an ihrem Platze und die Frau wird für ihre bevorrechtigte Hälfte ganz eliminiert oder doch zuletzt angewiesen. — Hier haben wir den reinen allgemeinen Verzicht, welcher eben nicht existirt, wir haben eine ungerechtfertigte Bevorzugung aller derjenigen Gläubiger, welche sich den Nachgang nicht erklären ließen und wir haben endlich, wenn die Frau wirklich zuletzt angewiesen wird, wiederum eine Anweisung, welche das Gesetz nicht kennt; denn selbst in der VII. Classe ist kein Platz für die bevorrechtigte Weiberguthälfte und eine VIII. Classe giebt es nicht.

Dies sind unfres Wissens alle möglichen Combinationen, alle sind sie Angesichts der vorhergeschickten Erörterungen gleich unmöglich ohne juristische Gewaltthätigkeit. Wir wiederholen es, nicht blos um Schwierigkeiten handelt es sich; was würden diese uns hindern, wenn sie zu überwinden wären? Es handelt sich hier um eine juristische Unmöglichkeit. Ob man dabei nun den Verzicht als einen Verzicht auf das Privilegium oder auf die Anweisung auslege, ist, wie gesagt, gleichgültig. Die nämlichen Eventualitäten, die sich beim erstern zeigen, müssen auch beim letztern zu Tage treten und ebensowenig wie eine Cession oder ein allgemeiner Verzicht auf das Vorrecht, ebensowenig kann ein allgemeiner Verzicht oder eine eventuelle Cession der Anweisung möglich sein.

Da wir aber dasjenige, was nach dem Gesetze eine juristische Unmöglichkeit ist, nicht aus bloßen Utilitätsrücksichten oder mit Rücksicht auf die vermuthliche Absicht des Gesetzgebers dadurch möglich machen dürfen, daß wir dem Gesetze, den primitivsten Rechtsgrundsätzen, der juristischen Consequenz und selbst dem Willen der Contrahenten Gewalt anthun; so müssen wir nothwendig dazu kommen, auf die praktische Durchführung solcher Verzichtleistungen gegenüber andern als hypothekarischen Gläubigern des Ehemannes zu verzichten und da der Geltstag des Mannes der einzig mögliche Fall ist, in dem jene zur Bedeutung ge-

langen, so verlieren sie selbst damit Gehalt und Zweck. Der Gesetzgeber hat den Frauen ein Recht verliehen, dessen wirksame Ausübung er selbst nur in beschränktem Maße ermöglicht hat.

Zu erörtern bleibt nunmehr blos noch die Frage:

3. Wie verhält es sich mit der Verzichtleistung der Ehefrau den hypothekarischen Gläubigern des Ehemannes gegenüber? Soll man hier in der III. Classe der Concursordnung den Verzicht der Ehefrau ganz allgemein gelten lassen, oder bedarf derselbe nicht auch hier noch einer Beschränkung? Wollten wir das Erstere annehmen, so würde man uns gewiß mit vollem Rechte entgegenhalten, daß dann auch hier alles dasjenige gelten müßte, was oben von der Classification anderer als hypothekarischer Gläubiger gesagt wurde. Es liegt auf der Hand, daß wenn man den Verzicht der Ehefrau gegenüber hypothekarischen Gläubigern des Ehemannes ganz allgemein auffaßt, d. h. wenn man ihn neben dem bestimmten Pfandobjekte auch noch auf das gesammte übrige Vermögen des Ehemannes ausdehnt, dann wieder die Frau entweder in Folge Cession oder in Folge allgemeinen Verzichtes, in ähnlicher Weise wie oben angegeben, angewiesen werden müßte. Cession und allgemeiner Verzicht dürfen aber hier so wenig wie in den frühern Fällen als Rechtsgrund der Classification zur Grundlage genommen werden und wir sind daher genöthigt, auch in der III. Classe dem Verzicht der Ehefrau eine blos beschränkte Bedeutung beizulegen.

Den Maßstab zu dieser Beschränkung finden wir in der Natur des Pfandvertrages selbst. Es ist ein bestimmtes, genau begränktes und bezeichnetes Vermögensstück, welches der Schuldner seinem Gläubiger als spezielle Sicherheit bietet. Soweit der Werth dieser Pfandsache reicht, gelangt dadurch der Gläubiger in eine privilegierte Stellung. Er hat ein Privilegium auf den Werth der Pfandsache und nur auf diesen. Die Ehefrau concurrirt mit den während des Besitzstandes des Schuldners errichteten

Pfandrechten nach dem Datum ihres Weibergutsempfangscheines, aber ihr Vorrecht ist nicht wie dasjenige der mit ihr concurrirenden Hypothekargläubiger beschränkt auf ein bestimmtes Vermögensobjekt, sondern es erstreckt sich auf das ganze noch zur Anweisung disponible Vermögen des Mannes. Der Verzicht der Ehefrau auf die Geltendmachung ihres Vorrechtes gegenüber einem bestimmten Hypothekargläubiger giebt diesem kein Recht auf andere Vermögensobjekte, als die ihm speziell zum Pfande verschriebenen, sondern er giebt ihm bloß den Vortheil, auf diesen speziellen Pfandobjekten vor der Frau zur Anweisung gelangen zu können. Diese Beschränkung nöthigt uns das Gesetz auf, indem es in der ganzen Concursordnung des Verzichtes der Ehefrau nur mit Rücksicht auf die hypothekarischen Gläubiger gedenkt und hierin liegt denn auch der wahre Grund aller der einer Ausdehnung der Verzichtleistung entgegenstehenden Unmöglichkeiten. Aus der Einseitigkeit des Gesetzes folgt der Natur der Sache nach die Beschränkung auf bestimmte Pfandobjekte und hieraus der Ausschluß aller derjenigen Gläubiger, welche kein bestimmtes Objekt zur Sicherung ihrer Forderung in Anspruch nehmen können.

Nach dem Gesagten möge ein Beispiel erläutern, wie sich die Collocirung der mit der Ehefrau concurrirenden Hypothekargläubiger gestattet. Es stehen in Frage:

- a. Die Ehefrau mit einer privilegierten Weibergutsansprache von Fr. 15,000, datirt vom 1. Januar 1860.
- b. Der A als Pfandobligationsgläubiger ohne Nachgangserklärung für Fr. 10,000. Datum vom 1. Januar 1861.
- c. Der B als Pfandobligationsgläubiger mit Nachgangserklärung. Datum vom 1. Januar 1862. Für Fr. 10,000.
- d. Der C für Fr. Fr. 7000 ohne Nachgangserklärung nach dem Datum vom 1. Januar 1863.

Das Pfandobjekt, auf das alle gemeinsam Anspruch erheben, hat einen Schätzungswerth von Fr. 40,000.

Hiebei wird in Betracht zu ziehen sein: a. daß die Ehefrau in der III. Classe angewiesen werden muß; b. daß sie dem A, dem sie den Nachgang nicht erklärt hat, vorgeht; c. daß sie dem B gegenüber ihr Vorrecht nicht geltend machen darf; d. daß C nach allen Uebrigen angewiesen werden muß. Ich würde nun folgender Maßen anweisen:

1. Die Frau mit ihrer privilegirten Ansprache von  
Fr. 15,000

unter Vorbehalt der aus ihrer Nachgangserklärung sich ergebenden Rechte\*)  
des B

2. den A mit seinen . . . . . " 10,000

3. den B für seine . . . . . " 10,000  
unter Vorbehalt seiner Rechte aus der  
Nachgangserklärung.

4. den C für seine . . . . . " 7,000

Summa Fr. 42,000

In Folge ihrer Nachgangserklärung kann die Frau auf den Erlös aus dem Pfande gegenüber B und bis zu dessen Befriedigung keinen Anspruch erheben. B bezieht daher von diesem vortweg Fr. 10,000; die Frau bezieht den Rest ihrer Anweisung mit Fr. 5000, für das Uebrige muß sie in der III. Classe angewiesen werden. Dann kommt A mit seinen Fr. 10,000.

B ist befriedigt, C geht der Frau nach und hat keinen Anspruch auf die Anweisung von B sub 3, deren Nominalbetrag daher, wenn der Erlös des Pfandes dafür hinreicht, unter die verfügbare Baarschaft fällt und in dieser Weise der Frau zu Gute kommt. Erst nach Abzug dieses Betrages kommt dann C mit seinen Fr. 7000 und wenn der Erlös der Schätzungssumme entspricht, so fällt C mit seinen nichtgedeckten Fr. 2000 in eine spätere Classe zurück. Einfacher

\*) Eine solche Anweisung ist nicht möglich. Die Frau concurrirt mit den errichteten Pfandrechten nur insoferne sie auf ihr Vorrecht nicht Verzicht geleistet hat. Dieß ist geschehen gegenüber B und sie concurrirt daher mit ihm nicht, sondern erhält eine ihm nachgehende Anweisung,  
§ 584 B.-B. R.

und mit dem gleichen Resultate könnte man die Frau mit B für den Betrag seiner Forderung Platz wechseln lassen, allein dabei ist jedenfalls nie zu vergessen, daß sich grundsätzlich die Sache so nicht machen läßt und daß das Prinzip der Vertheilung immer aus dem Vorrechte der Frau und ihrem Spezialverzicht gefolgert werden muß. Dieses Prinzip wird bei obiger Classification in allen Punkten gewahrt. Hier ist consequente Durchführung der oben angegebenen Grundsätze möglich, anderswo nicht.

Hienach gelangen wir zu folgenden Resultaten:

1. Die Absicht des Gesetzgebers scheint wirklich auf Constituirung eines unbeschränkten Verzichtrechtes gegangen zu sein, er hat aber diese Absicht selbst unausführbar gemacht, denn

2. es ist in Folge der beschränkten Behandlung der Verzichtleistung im Vollziehungsverfahren nicht möglich, ohne Rechtsverletzung Verzichtleistungen gegenüber andern als hypothekarischen Gläubigern des Ehemannes zu berücksichtigen;

3. den hypothekarischen Gläubigern gegenüber ist diese Verzichtleistung auf die Geltendmachung des Vorrechts zu beschränken auf das betreffende Pfandobjekt.

Wenn unfre Beweisführung scheinbar mehr negativ war, so darf dieß nicht wundern, da es sich um den Nachweis einer Unmöglichkeit, einer Negation handelte; in Wirklichkeit ist deßhalb auch der vorwiegend negative Charakter dieser Beweisführung nur Schein. Ebensovienig darf man sich darüber wundern, daß das Resultat dieser Beweisführung uns zu einer indirekten Ausschließung des allgemeinen Verzichtrechtes führte; denn dieselbe greift nicht sowohl das Verzichtleistungsrecht selbst, als vielmehr die Wirksamkeit der Verzichtleistung an. Man wende auch nicht ein, die hierseitige Auffassung trage dem erklärten Parteinwillen keine Rechnung, denn die Concursordnung ist *publici juris* und die Rahmen ihrer Vorschriften dürfen durch Vertrag weder modificirt noch überschritten werden. Mit den von Herrn Prof. König geltend gemachten Motiven konnten wir uns



nicht einverstanden erklären, da wir in der Grundlage nicht einig gehen. Herr König stützt seine Schlüsse auf die Voraussetzung, daß in S. 100 C. kein allgemeines Verzichtrecht der Frau geschaffen werden solle und daß vom Verzichtrechte bloß beim Pfandvertrage die Rede sei. Diese Voraussetzung scheint uns nicht zuzutreffen und deßhalb auch nicht die daraus gezogenen Schlüsse. — Eine Calamität für die bernischen Creditverhältnisse entsteht aus den gewonnenen Resultaten allerdings, allein uns scheint diejenige Calamität noch größer, die daraus entsteht, wenn dem Geseze und der juristischen Consequenz Zwang angethan wird. \*)

---

## **Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Cassationshofes des Kantons Bern.**

**Februar 1874.**

(Fortsetzung.)

- 1) Wenn ein versichertes Gebäude durch Brandstiftung des Versicherten zu Grunde geht, so ist die Brandversicherungsanstalt nur dann und nur insoferne verpflichtet, den Hypothekargläubigern die Assuranzsumme auszufolgen, als dieselben verlustig geworden sind. Dieselben müssen daher Collocationen auf Vermögensgegenstände, die nicht Geld sind, selbst liquidiren und können ihre Forderung erst dann geltend machen, wenn ein Verlust nachgewiesen ist.

Erben des Karl Phil. Grosjean gegen Brandversicherungsanstalt des Kantons Bern.

(12. Februar 1874.)

### **M o t i v e :**

Daß bei der Beurtheilung der vorliegenden Streitfrage nicht die Vorschriften des § 595 B.-B., sondern einzig diejenigen des

---

\*) Die Bemerkungen der Redaktion folgen in der nächsten Nummer.  
R.

Gesetzes über die Brandversicherungsanstalt vom 21. März 1834 Anwendung finden.

daß nach Art. 40 dieses Gesetzes in einem Falle, wie der in Frage stehende, die Brandvergütung, wenn das Gebäude unterpfändlich verhaftet gewesen, dem verlustigen Unterpfandsgläubiger bis auf den Betrag seiner Ansprache zukommen soll.

daß nach Sinn und Geist dieser Bestimmung, sowie nach deren Wortlaute „verlustigen Unterpfandsgläubiger“ der Unterpfandsgläubiger die Pflicht hat, nachzuweisen, daß er wirklich einen Verlust erlitten habe;

daß nun bezüglich der aus der Geldtagsliquidation der Wittve Grosjean erhaltenen Collocation, wonach die Unterpfandsgläubiger theils liquid, theils auf unversteigertes Terrain und die Wirthschaftsconcession angewiesen worden:

- a. Weder die Behauptung der Beklagten, daß die Kläger resp. die Unterpfandsgläubiger durch diese Anweisung für den desfalligen Betrag befriedigt worden seien, richtig ist, indem diese, insoferne sie einen wirklichen Verlust nachweisen, zur Baarzahlung berechtigt sind, noch
- b. die Ansicht der Kläger, daß sie einfach gegen Anbieten der fraglichen Anweisung Baarzahlung verlangen können, gerechtfertigt erscheint, zumal sie dermal nicht nachgewiesen haben, daß sie trotz der erhaltenen Anweisung verlustig gemorden seien, resp. einen wirklichen Schaden erlitten haben;

daß ihnen aber unter den obwaltenden Umständen, wenn sie berechtigt sein sollen, die fragliche Brandvergütung zu fordern, die Pflicht obliegt, einen allfälligen Verlust zu constatiren, resp. die Anweisung selbst zu liquidiren.

Bemerkung. Der Begriff von Schaden oder Verlust scheint mir hier etwas zu eng gefaßt zu sein. Schaden ist immer vorhanden, wenn der Gläubiger das nicht erhält, worauf er ein Recht hat. Nun ist der Pfandgläubiger nicht verpflichtet, sich für seine Forderung mit etwas Anderem ausweisen zu lassen, als mit dem gesetzlichen Zahlungsmittel, d. h. mit Geld. Wenn man ihn daher auf eine Wirthschaftsconcession weist, so erhält er nicht nur etwas, was seinem Forderungstitel nicht entspricht, sondern es wird ihm noch zugemuthet, Zeit und Arbeit aufzuwenden und das ungeeignete Zahlungsmittel zu liquidiren. Hierzu hat er keine Verpflichtung und er leidet daher durch eine solche Zumuthung einen wirklichen Verlust. Es läßt sich daher vollkommen rechtfertigen, wenn jeder Gläubiger als verlustig im

Sinne des Gesetzes angesehen wird, welcher nicht auf Geld gewiesen worden ist. Angenommen der Pfandgläubiger schlägt eine Collocation auf Activen in Werth und Unwerth aus und verlangt eine Gebuldscollocation, darf ihm alsdann die schuldnereische Anstalt auch entgegenhalten, er sei nicht befugt gewesen, von diesem Rechte Gebrauch zu machen und er habe daher den Nachweis seines erlittenen Verlustes nicht erbracht? R.

**2) Solidarische Verpflichtung. Leistung durch einen der Verpflichteten. Regreß gegen die Anderen. Haftbarkeit derselben in solidum oder pro rata? Stützt sich der Regreß auf den Forderungstitel des Gläubigers oder auf die bloße Thatsache der Zahlung?**

Ruchti gegen Eheleute Bill.

(5. Februar 1873.)

Durch Strafurtheil vom 27. November 1872 wurden Niklaus Ruchti, die Eheleute Bill und sechszehn andere Personen dem Staate gegenüber zu sämtlichen Kosten unter solidarischer Haftbarkeit verurtheilt. In Folge dessen bezahlte Ruchti den ganzen Betrag an den fiscus und nahm nun für die bezahlte Summe nach Abzug seines Antheiles gegen die Eheleute Bill den Regreß in der Weise, daß er gestützt auf das Strafurtheil, in Folge welches er Zahlung hatte leisten müssen, gegen sie einen Vollziehungsbefehl auswirkte.

Gegen diesen Vollziehungsbefehl erhoben die Eheleute Bill nachträglich Widerspruch und luden den Ruchti zur Cassation desselben vor Richteramt Bern. Dabei bestritten sie namentlich, daß Ruchti an die Stelle des fiscus getreten sei, und daß die übrigen Verurtheilten diesem gegenüber solidarisch haften.

Der Gerichtspräsident von Bern sprach den Eheleuten Bill ihr Rechtsbegehren zu und cassirte den Vollziehungsbefehl in Anwendung der Art. 449, Ziff. 2 litt. a und Art. 450 B. B.

#### M o t i v e :

Daß die gesetzlichen Verbindungen zur Ertheilung eines Vollziehungsbefehls im vorliegenden Falle zur Zeit der Erlassung und Ankündigung desselben schon deshalb nicht vorhanden waren, weil ein zu Gunsten des Niklaus Ruchti lautender

executorischer Titel dem Richter nicht vorgelegt wurde, wozu — selbst wenn man annimmt, daß dem zahlenden Solidarschuldner das Recht zustehe, gegen die Mitschuldner auf dem Wege der Execution für die ganze Schuld vorzugehen — doch jedenfalls der Beweis der geleisteten Zahlung gehört haben würde (§ 444 B.-B.), welcher Beweis indeß erst lange nachher, nach Erhebung des Widerspruchs von Seiten des Schuldners beigebracht worden ist (siehe Bescheinigung des Regierungsstatthalteramtes vom 2. Oktober 1873), wie denn auch der Vollziehungsbefehl keinerlei Bescheinigung der geleisteten Zahlung anführt;

daß, auch wenn man über obigen Einwand hinweggehen und annehmen wollte, daß der Nachweis der geleisteten Zahlung später erbracht werden konnte, dennoch ein executorischer Titel zu Gunsten des Ruchti auch jetzt nicht vorliegt, indem die Forderung desselben gegen seine Mitschuldner nicht unmittelbar auf das Urtheil, welchem allein executorische Kraft zukommt, sich gründet, vielmehr die auf dem Urtheil beruhende Kostenforderung des fiscus durch die von einem Schuldner geleistete Zahlung getilgt ist, sondern auf das ihm durch S. 695 C. ertheilte, durchaus nicht in der Natur der Sache liegende Rückgriffsrecht, welches er durch die Zahlung des ganzen Betrages erworben hat, und welchem das Gesetz nirgends einen executorischen Character verleiht, der übrigens auch, weil eine außerordentliche Härte für den Schuldner enthaltend, niemals vermuthet werden darf.

Der Appellations- und Cassationshof hob dieses Urtheil auf und wies die Eheleute Bill mit ihrem Cassationsbegehren ab:

#### M o t i v e :

Daß im vorliegenden Falle der Beklagte die Gesamtkostenforderung des Staates an das Regierungsstatthalteramt Bern bezahlt hat;

daß durch diese Bezahlung die Solidarverpflichtung der übrigen Mitverurtheilten nicht aufgehoben worden ist;

daß vielmehr der Beklagte Ruchti, da er den ursprünglichen Gläubiger ganz befriedigt hat, an die Stelle desselben eintritt und auf ihn das Recht dieses Gläubigers nach Abzug seines Theiles, jeden der übrigen Solidarverpflichteten für das Ganze belangen zu können, übergeht (S. 695 C.);

daß eben deßhalb der Beklagte befugt war, seine Forderung durch Vollziehungsbefehl geltend zu machen.

**Bemerkung.** Prof. Leuenberger hat sich in seinen Vorlesungen mit aller Bestimmtheit gegen die obige Theorie ausgesprochen, ebenso Herr Oberrichter Gatschet in sehr wenig schmeichelhaften Ausdrücken; das erstinstanzliche Urtheil setzt ihr die einzig richtige Auffassung entgegen, und wo immer die Lehre von den Gesamtschuldverhältnissen bekannt ist und zur Anwendung kommt, geschieht es in einem von der Theorie des Appellations- und Cassationshofes abweichenden Sinne. Unter diesen Umständen darf man wohl verlangen, daß eine Theorie, welche als ein Unicum unserer Gerichtspraxis angesehen werden darf, durch Rechtsgründe unterstützt und nicht durch bloße Behauptungen hartnäckig festgehalten werde.

Die Redaction wird es sich zur besonderen Pflicht machen, den Nachweis zu leisten, daß sowohl das vorstehende als das nachstehende Urtheile beanstandet werden müssen, und dabei folgende Sätze zu begründen suchen:

Der unbedingte Bürge des bernischen Rechtes haftet gleich wie der Schuldner, und nicht nur subsidiarisch. Er garantirt die Schuld und nicht bloß die Zahlungsfähigkeit des Schuldners. Dem Gläubiger gegenüber ist daher der unbedingte Bürge als Mitschuldner zu behandeln.

Demjenigen von mehreren Mitbürgen oder Mitschuldnern, welcher die ganze Schuld abgeführt hat, steht gegenüber seinen Mitverpflichteten eine theilbare Forderung zu, und er kann daher jeden nur pro rata belangen.

Der Rechtstitel des zahlenden Bürgen liegt in der geleisteten Zahlung und nicht in dem executorischen Titel des befriedigten Gläubigers. Der Regreß kann daher nicht auf dem Vollziehungswege geltend gemacht werden. R.

### 3) Unbedingte Bürgschaft und Selbstschuldnerschaft. Befreiung des Bürgen durch Nichteingabe des Gläubigers in dem Geltstage des Schuldners. \*)

Geltstagsmasse Dähler gegen J. Dähler.  
(20. Februar 1874.)

Unterm 15. Wintermonat 1843 stellte Friedrich Dähler zu Gunsten des Friedrich Meyer von Nosten eine Obligation aus für einen Betrag von Fr. 2500. In der Theilung über den Nachlaß des Gläubigers übernahm dessen Tochter Rosina Baumgart geb. Meyer diese Obligation, und unterm 3. und 12. April 1855 verpflichteten sich die Brüder des Schuldners, Samuel und

\*) Siehe pag. 27.

Jakob Dähler für die noch schuldige Restanz als unbedingte Bürgen.

Im Jahr 1866 fiel der Schuldner Friedrich Dähler in Geltstag und es wurde in demselben die fragliche Obligationsforderung der Frau Baumgart geb. Meyer nicht geltend gemacht. Wäre eine Eingabe gemacht worden, so würde auch die Obligation vollständig auf Activen angewiesen worden sein. Infolge angehobener Betreibung bezahlte der eine Bürge Samuel Dähler unterm 18. Mai 1869 die noch ausstehende Capitalrestanz sammt Zinsen und Kosten im Gesamtbetrage von Fr. 750. 60. Im Jahr 1871 fiel Samuel Dähler in Geltstag und die Gläubiger beschloffen nun von dem anderen Bürgen Jakob Dähler die ihm beziehende Hälfte der eingelösten Obligation einzufordern. Der Beklagte verweigerte die Anerkennung der Schuld und machte namentlich geltend :

Da die Forderung seiner Zeit in dem Geltstag des Schuldners Friedrich Dähler nicht eingegeben worden sei, im Falle der Eingabe aber fruchtbar würde angewiesen worden sein, so seien die Bürgen von jeder weiteren Haftbarkeit befreit worden. Wenn daher der eine Bürge Samuel Dähler trotz der Befreiung bezahlt habe, so werde sowohl die Verbindlichkeit dieser Zahlung als auch die Rechtsförmigkeit und Verbindlichkeit der ausgestellten Quittung für den Beklagten bestritten. Wenn Samuel Dähler für sich habe Bezahlung leisten wollen, so könne daraus für den Beklagten noch kein Verzicht auf die ihm nach § 579 B. B. zustehende Einwendung hergeleitet werden.

Der Streitfall wurde mit Umgehung des Amtsgerichtes direkt vor den Appellations- und Cassationshof gebracht und von demselben das Begehren der klägerischen Geltstagsmasse abweisend beschieden, unter Annahme folgender

#### M o t i v e :

Daß durch die Nichteingabe der Forderung in den Geltstag des Schuldners Friedrich Dähler der Bürge Samuel Dähler mit seinem Anspruche auf die daherige Vermögensmasse abgeschlossen wurde;

daß Parteien darüber einverstanden sind, daß wenn der Bürge Samuel Dähler eine Ansprache in den gedachten Geltstag eingereicht hätte, er dafür vollständig auf Activen in Werth und Unwerth gewiesen worden wäre;

daß eine solche Anweisung als Bezahlung anzusehen ist, wenn sie nicht innerhalb der gesetzlichen Frist ausgeschlagen oder

dem Bürgen, auf den man den Rückgriff zu nehmen gedenkt, angeboten worden ist (Art. 594 und 595 B.-B.);

daß der Beklagte die Voraussetzungen des § 579 B.-B. vollständig bewiesen hat, derselbe in Folge der Säumnis des Gläubigers von seiner Verpflichtung befreit wurde und die nachherige Zahlung des Mitbürgen Samuel Dähler für ihn durchaus unverbindlich ist;

daß, abgesehen davon, ob die dem Samuel Dähler ausgestellte Quittung als Cession angesehen werden könne, der Beklagte nachgewiesen hat, daß die Forderung des Samuel Dähler im Falle der Eingabe im Geltstage des Friedrich Dähler fruchtbare Anweisung erhalten hätte.

**B e m e r k u n g.** In Motiv 2 ist aus Versehen von dem Bürgen Samuel Dähler die Rede statt von der Gläubigerin Frau Baumgart geb. Meyer resp. deren Chemann.

---

## APERÇU

### en langue française des Arrêts de la Cour de Berne.

NOTA. Les Arrêts précédés d'un astérisque \* sont particuliers au Jura bernois.

Mai 1873.

1. \* *Désistement.* — *Etendue.* — Une partie avait obtenu et notifié une ordonnance exécutoire; il y fut fait opposition. Dans le cours de l'instance liée ensuite de cette opposition, le défendeur fit signifier à son adversaire qu'il se désistait de l'ordonnance exécutoire qui lui avait été accordée et qu'il se soumettait aux frais que cette mesure avait occasionnés. Le demandeur en opposition prétendit que ce désistement n'était pas suffisant et que le défendeur devait acquiescer aux conclusions prises dans l'opposition à l'ordonnance. Le Juge de première instance, ainsi que la Cour reconnut que le désistement faisait tomber toute la poursuite, et qu'un acquiescement formel n'était pas nécessaire.



*Motifs :*

1. Que l'opposition des 2/4 Octobre 1871 ne serait pas intervenue sans l'ordonnance du 30 Septembre même année;

2. que cette ordonnance est la base de la poursuite entamée à l'occasion de l'acquiescement du 27 Juillet 1867;

3. que par leur signification des 12/15 Novembre 1872, les époux Bœschenstein déclarent expressément qu'ils se désistent de la dite ordonnance, tout en retirant comme nulles et de nul effet les mesures d'exécution prises à leur requête;

4. que du moment où la base des poursuites vient à être retirée par un désistement formel, l'opposition dont a été frappée l'ordonnance préfectorale n'a plus de raison d'être et tombe par le fait même.

(Hoirie Glatz contre époux Bœschenstein; 1<sup>er</sup> Mai.)

2.\* *Réforme. — Frais non payés. — Déchéance. —*

La partie qui après avoir déclaré la réforme de la procédure, néglige de payer ou de consigner les frais dûs à l'adversaire, dans le délai fatal, prévu par la loi, encourt les suites de la déchéance et sa négligence équivaut à un désistement formel de la question en litige, soit dans l'espèce à un acquiescement aux conclusions de la demande.

*Motifs :*

1. Que, de l'aveu même du défendeur, les frais de la procédure mise à néant n'ont pas été acquittés dans le délai de six semaines dès la déclaration de réforme (art. 70 C. pr. civ.);

2. que Chariatte n'invoque aucun moyen de preuve à l'appui du fait libératoire par lui allégué et qu'au surplus ce fait, fût-il établi, serait non-concluant puisque le défendeur, averti à temps, avait la faculté de consigner la somme due entre les mains du juge, ce qui n'a point eu lieu;

3. qu'il est reconnu en outre que la défense n'a pas été produite dans le délai fixé (art. 71 C. pr. civ.).

(F. Chariatte contre Th. Maitre; 8 Mai.)

3. *Sûretés. — Bail. — Exception dilatoire. —* Les conclusions dilatoires prises contre une demande en sûretés pour les frais, ne peuvent être accueillies, parce qu'elles n'ont pas de raison d'être. Le bailleur qui a un titre en dûe forme

est admissible à requérir contre le preneur des sûretés pour les frais du procès et les prétendues contre-réclamations du fermier doivent être examinées avec le litige au fond.

(Messerli contre Trachsel: 17 Mai.)

### Jun 1873.

4. *Assurance sur la vie. — Objections de fausses déclarations.* — Une société d'assurance sur la vie, de Berlin, recherchée en paiement d'une police d'assurance, par les héritiers de l'assuré, Nic. Hänni, prétendit que le contrat était nul, parce que dans le questionnaire préalable signé par l'assuré, celui-ci avait contrairement à la vérité déclaré qu'il n'avait jamais été malade, qu'il n'avait pas été soigné par un médecin et qu'il ne s'adonnait pas à la boisson. Il fut constaté à la procédure que dans ses déclarations mensongères Hänni avait été incité par l'agent de la société qui avait lui-même écrit les réponses contraires à la vérité. La Cour adjugea les conclusions de la demande, parce que d'une part, les déclarations mensongères étaient le fait de l'agent de la société et que d'autre part, il n'était nullement prouvé que l'assuré ait intentionnellement trompé la société défenderesse.

(Hoirie Hänni contre Deut. Lebensversicherungsbank de Berlin; 20 Juin.)

5. *Recours contre un caution. — Tardivité. — Restitution non recevable.* — Le créancier qui néglige d'offrir à la caution, dans les six mois fixés par l'art. 595 C. pr. civ., la collocation qu'il a obtenue dans la faillite du débiteur est censé avoir accepté cette collocation en paiement. — Ce créancier n'est pas admissible à se faire restituer du défaut en alléguant la négligence de son fondé de pouvoirs, parce que les règles de l'art. 96 C. pr. ne s'appliquent pas aux délais de droit matériel dont l'inobservation a pour conséquence la perte du droit lui-même.

(Gatschet contre Stämpfli; 21 Juin.)

6. *Wagons empruntés. — Retard. — Indemnité.* — En Mars 1871 le Sieur Stucki avait fait charger sur plusieurs wagons du foin et de la paille qu'il avait dans des hangars à Bienne. Ces wagons restèrent un certain nombre de jours en gare avant d'être expédiés vers leur destination, par la faute de l'expéditeur qui n'avait pas de suite donné la desti-

nation. La société du central suisse reclama alors de Stucki 5 francs par jour et par wagon comme indemnité lui revenant aux termes de son règlement et des conventions passées avec le Staatsbahn. La Cour confirmant le jugement de première instance adjugea au central ses conclusions par le motif que c'était à l'expéditeur à indiquer la destination des wagons et qu'étant en retard il devait payer le dommage occasionné par son fait et prévu au § 62 ou règlement des chemins de fer. (Stucki contre central suisse; 26 Juin.)

### Juillet 1873.

7. *Fille mineure. — Marchandise livrée. — Refus de payer.* — Louise Tanner s'était établie comme modiste au vu et su de son père. Lorsqu'on lui réclama le prix des marchandises à elle facturées et dont elle avait disposé, elle objecta son état de minorité et son père refusa de payer. La Cour reconnut que les termes de l'art. 164 C. c. b. doivent être interprétés dans un sens large, notamment eu égard à la position actuelle des filles dans la société et aux besoins du commerce, que l'exception qu'il prévoit s'applique aussi bien aux filles qu'aux garçons et que de lors les enfants de famille qui contractent des dettes pour un commerce exercé sous les yeux de leurs parents peuvent être indistinctement recherchés en justice.

(Speerli et Schalch contre Tanner; 3 Juillet.)

8. *Police d'assurance sur la vie.* — Lorsqu'il ressort, tant des déclarations préalables que de l'ensemble de la police d'assurance, que l'intention de l'assuré a été de procurer à ses héritiers personnellement le bénéfice de son contrat, c'est à eux et non aux créanciers du dit assuré que le montant de la police d'assurance doit être versé.

(Masse Wyss contre veuve Wyss; 4 Juillet.)

9. \* *Opposition à poursuites. — Rabais promis.* — Les juges apprécient d'après les circonstances quel peut être le montant d'un rabais promis par un créancier à son débiteur.

### Motifs :

- 1 à 4. . . . .
5. que si dans les lettres du 23 Décembre 1870 et du

21 Février 1871, invoquées par Grosjean, il est question d'un rabais *considérable*, le commandement de payer des 17—20 Mars 1871 dont le défendeur, comme cessionnaire du créancier primitif, fait dériver ses droits, ne parle que d'un rabais, sans autre qualification;

6. que ce commandement de payer et l'ordonnance exécutoire qui s'y rattache, régulièrement notifiés au demandeur, n'ont point été frappés d'opposition; qu'ils forment donc titre contre lui, sauf la réserve faite, et qu'on ne peut par voie d'interprétation étendre les termes de cette réserve.

(Henri Grosjean contre Blaser; 31 Juillet.)

10. \* *Saisie.* — *Irrégularité des poursuites.* — La saisie assise contre un débiteur qui n'a pas été régulièrement et nominativement l'objet de poursuites préalables, ne peut avoir aucun effet.

#### *Motifs:*

1. Qu'une saisie pour être valable doit avoir été précédée des poursuites prévues par la loi (art. 454 C. pr. civ. b.);

2. qu'au cas particulier la partie saisie n'a été recherchée personnellement ni par voie de commandement de payer ni par voie d'ordonnance exécutoire préalables;

3. qu'il importe de combiner l'art. 430 C. pr. civ. bern. avec l'art. 428 du dit Code et que ces dispositions pas plus que celles de la loi en général n'autorisent un créancier qui n'a pas nominativement poursuivi tous ses débiteurs solidaires, mais qui s'en est tenu à un seul, à laisser ce dernier de côté pour procéder à la saisie contre l'un de ceux qu'il n'a compris que sous la vague dénomination de « consorts »;

4. que dès lors l'acte attaqué est illégal et qu'il ne peut avoir d'effet.

(Blaser contre Ch. Aimé Grosjean; 31 Juillet.)

## **Obergerichtliche Rechtsprechung des Kantons Aargau.**

### **1) Zeugenbeweis.**

(Urtheil vom 14. Oktober 1873.)

Gegen die vom Beklagten zu Erhaltung einer Schutzbehauptung angerufenen Zeugen machte der Kläger fast alle

in § 173 der P.-O. angeführten Verwerfungsgründe geltend und anerbot deren Vorhandensein durch den negativen Haupteid des Beklagten zu beweisen. Der Kläger stellte diesen Beweis-antrag aus dem Grunde, damit er sich die Mühe, nachzuforschen, ob die fraglichen Zeugen in Wirklichkeit als verwerflich erscheinen, erspare.

Der diesfällige Beweis-antrag erzeigt sich jedoch als unerheblich. Es ist offenbar unstatthaft, Einwendungen gegen Zeugen in solcher Unbestimmtheit zu erheben und als geradezu frivol müßte es bezeichnet werden, wenn der Haupteid so angewendet werden sollte, wie es die Replik vorschlägt. Nur bestimmte Thatsachen können dem Beweise durch den gegnerischen negativen Haupteid unterstellt werden. Deshalb hätte der Kläger, wenn er gegen einzelne oder alle Zeugen gesetzliche Einwendungsgründe geltend machen wollte, dieses unter Anführung je des speziellen Einspruchsgrundes und unter Anrufung der erforderlichen Beweise für seine Einwendungen thun sollen. Anstatt so vorzugehen muthet er nun der Gegenpartei zu, diesbezügliche Erkundigungen einzuziehen, er verlangt, sie solle erforschen, ob vielleicht der eine oder andere der Zeugen bevormundet oder vergeltstagt sei, oder ob irgend etwas anderes vorliege, was als Verwerfungsgrund zu betrachten sei.

Dieses Verlangen ist nun aber nicht gerechtfertigt; offenbar ist es Sache des Gegners des Beweisführers, wenn er Verwerfungsgründe anbringen will, diese bestimmt zu behaupten und nachzuweisen.

## 2) Den Ehegatten ist nicht gestattet, die Ehe eigenmächtig zu lösen.

(Urtheil vom 15. Oktober 1873.)

Einer Ehescheidungsklage, welche die Ehefrau wegen Mißhandlungen, die sie vom Ehemann erlitten haben will, anhängig gemacht, wurde von letzterem unter Andern entgegnet: Es sei zwischen ihm und der Klägerin unlängst Folgendes verhandelt worden: Er, der Beklagte, habe sich bereit erklärt, für ein Jahr mit seiner Ehefrau die ortsbürgerliche Nutzung zu theilen und ihr überdieß noch den Betrag von Fr. 20 zu zahlen, wenn sie von ihrem Scheidungsbegehren abstrahire; die Klägerin habe erklärt, diesen Vorschlag anzunehmen, unter der Bedingung jedoch, daß sie factisch von ihrem Manne getrennt leben könne; der Beklagte habe entgegnet, daß er hiemit einverstanden

sei. — Es sei daher, so führte der Beklagte weiter an, ein Vergleich zwischen den Parteien, resp. eine Versöhnung derselben zu Stande gekommen, wodurch die Ehescheidungsklage ausgeschlossen werde.

Allein dieser Verhandlung kann, auch wenn sie wirklich stattfanden, keine rechtliche Bedeutung zuerkannt werden. Der Inhalt derselben geht nämlich dahin, daß die Ehe der Parteien auf die Dauer eines Jahres aufgehoben sein solle. Nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 119 des a. b. G. ist es nun aber den Ehegatten nicht gestattet, die eheliche Verbindung, obgleich sie darüber einig wären, eigenmächtig zu lösen, sie mögen die Ungültigkeit der Ehe behaupten, oder die Trennung der Ehe, oder auch nur eine Scheidung von Tisch und Bett vornehmen wollen.

Durch die behauptete Verhandlung ist sonach die Ehefrau des Rechts, eine Scheidungsklage anhängig zu machen, nicht verlorrtig geworden.

### 3) Testamentsföreitigkeit.

(Urtheil vom 17. Oktober 1873.)

Eine Klage, deren Schluß auf Aufhebung eines am 25. Juni 1871 errichteten Testaments geht, wurde in erster Linie mit der Behauptung zu begründen versucht, daß der Erblasser zur Zeit, als das Testament errichtet worden, außer Stand gewesen sei, überhaupt eine schriftliche Urkunde zu lesen.

Allein diese Behauptung ist, deren Wahrheit auch vorausgesetzt, keineswegs geeignet, das Testament als ein ungültiges erscheinen zu lassen. Dasselbe entspricht genau der Vorschrift des § 931 des a. b. G. und dem Richter steht es nicht zu, ein Mehreres zu fordern. Das Gesetz stellt mit minutiöser Genauigkeit die Bedingungen und Erfordernisse fest, an deren Vorhandensein sich die Gültigkeit einer letzten Willensverordnung knüpft. Sind die bezüglichen Vorschriften erfüllt — und dies wird nicht bestritten — so erhält die betreffende Urkunde den Charakter einer öffentlichen und liefert deßhalb für und gegen Jedermann auf so lange den vollen Beweis, daß sie den letzten Willen des Testators enthalte, als nicht auf dem Untersuchungswege das Gegentheil dargethan wird. — Uebrigens ist auch in materieller Beziehung nicht außer Acht zu lassen, daß die klägerische Behauptung im Falle ihrer Ermwahrung noch keineswegs die Ver-

muthung begründen könnte, daß das Testament dem letzten Willen des Erblassers nicht entspreche; denn dem letztern war wohl möglich, sich vom wirklichen Inhalte des Testamentes Kenntniß zu verschaffen, wenn er auch nicht lesen konnte und ist auch anzunehmen, daß er vor der Unterzeichnung die der Wichtigkeit entsprechende Vorsicht beobachtet habe.

Der Klageheil behauptete ferner, der Testator habe sich anfänglich geweigert, das ihm vom Schreiber vorgelegte Testament zu unterzeichnen und dies erst auf den energischen Befehl des letztern gethan.

Alein auch diese Behauptung ist unerheblich und kann dem Beweise nicht unterstellt werden. Abgesehen davon, daß sie im Falle ihrer Richtigkeit einen die Gültigkeit des Rechtsgeschäftes annullirenden Zwang noch nicht constatiren würde, so widerspricht sie dem Thatbestande, wie er durch das Testament dargestellt wird. Es geht nun aber nicht an, einen dieser Darstellung direkt zuwiderlaufenden civilprozeßualischen Gegenbeweis zu führen. Das von einem Notar nach gesetzlicher Vorschrift abgefaßte und unterzeichnete Testament muß als öffentliche Urkunde angesehen werden, welcher in Ansehung des Thatbestandes, worüber sie errichtet worden, voller Glauben beizumessen ist (§ 132 der P.-D.). Nach § 931 des a. b. G. muß nun aber ein in der daselbst vorgesehenen Form errichtetes Testament gerade darüber Auskunft geben, daß der Testator selbst und nicht etwa der Notar die von diesem verfaßte Urkunde den Zeugen mit der Erklärung vorgelegt habe, sie enthalte seinen letzten Willen und daß er dann auf diese förmliche Erklärung hin die Urkunde in Gegenwart der Zeugen unterzeichnet. Gerade dieses ist ein wesentlicher Theil des Thatbestandes, worüber das Testament errichtet wird und es muß daher auch die Vorschrift des § 132 des P.-D. darauf Anwendung finden, d. h. der bezügliche Inhalt des Testamentes schließt jeden civilprozeßualischen Gegenbeweis aus und gilt so lange als wahr, bis die Urkunde im Sinne des § 165 der P.-D. auf dem Untersuchungswege entkräftet worden.

Nun besagt das Testament des Erblassers, daß dieser selbst das Dokument den Zeugen vorgewießen und erklärt habe, es sei dieß sein vom Notar getreu nach seinem Willen und nach seiner Angabe verfaßtes Testament; er wünsche, daß nach seinem Hinscheide in allen Theilen getreu darnach gelebt und gehandelt werde, er, der Testator, habe sodann eigenhändig vor den Augen der Zeugen unterschrieben.

Mit dieser Darstellung ist diejenige der Klage unvereinbar; sie schließt den angeblichen Zwang Seitens des Notars entschieden

aus und läßt auch dem Gesagten zufolge angesichts des öffentlichen Charakters der Urkunde wenigstens auf dem Gebiete des Civilprozeßes einen Gegenbeweis nicht aufkommen.

#### 4) Erörterung der Verbindlichkeit desjenigen, der sich als Bürge und Mitschuldner verpflichtet.

(Urtheil vom 20. November 1873.)

Jakob Fischer von Stetten stellte der Hypothekar- und Leihkasse in Lenzburg am 13. März 1871 einen Schuldtitel für Fr. 500 aus, welchen Johann Kohler und Peter Fischer als Bürgen und Mitschuldner unterzeichneten. Die Hypothekar- und Leihkasse klagte nun gegen Johann Kohler und Peter Fischer auf Bezahlung der Fr. 500, indem sie geltend machte, daß sie nach §§ 778 und 683 des a. b. G. von mehreren Mitschuldnern nach Belieben jeden um das Ganze belangen könne.

Die Beklagten erwiderten: Der Hauptschuldner Jakob Fischer sei schon im Juni 1871 in den Geltstag gefallen, ohne daß in demselben von Seite der Hypothekar- und Leihkasse die fragliche Summe von Fr. 500 angemeldet worden sei; die Beklagten seien daher nur noch insoweit dem Gläubiger regreßpflichtig, als der Verlust gegangen wäre, wenn er die Eingabe im Geltstage rechtzeitig besorgt hätte.

In der Replik brachte die Klägerin an: Die Beklagten haften als Bürgen und Mitschuldner gemeinsam mit dem Hauptschuldner und sei es daher nach den oben citirten Gesetzesvorschriften ihr frei gestanden, im Geltstage des Hauptschuldners diesen für das Ganze oder bloß für seinen Drittheil zu belangen; die Beklagten haften daher von vornherein für zwei Drittheile und reducire sich nun die Forderung, da die Anmeldung im Geltstage unterlassen worden, bloß um diejenige Quote des Drittheils, welche bei erfolgter Anmeldung aus der Geltstagsmasse bezahlt worden wäre.

Diese Auffassung der Klägerin wurde jedoch nicht als eine richtige anerkannt.

Allerdings geht, so fand man, aus § 778 des a. b. G. hervor, daß wer sich als Bürge und Mitschuldner verpflichtet, mit dem Hauptschuldner gemeinsam hafte und daher auch vor dem Hauptschuldner belangt werden dürfe. Allein diese Vorschrift benimmt darum der Verpflichtung des Bürgen und Mitschuldners noch nicht den Charakter einer (accessorischen) Bürg-



schaftsverpflichtung. Der Bürge und Mitschuldner geht immerhin nicht eine ganz selbstständige Korrealobligation dem Gläubiger gegenüber ein, sondern tritt, wie der einfache Bürge, der Verbindlichkeit des Schuldners bloß accessorisch bei. Es ergibt sich dieß aus der einfachen Betrachtung, daß wenn der Bürge und Mitschuldner in den Fall kommt, für den Hauptschuldner bezahlen zu müssen, er für seine volle Leistung das Rückgriffsrecht auf den Schuldner hat, was nicht der Fall wäre, wenn der Bürge und Mitschuldner sich in gleicher Linie mit dem Hauptschuldner befände. Der Bürge und Mitschuldner genießt daher auch die Rechtswohlthaten, welche dem einfachen Bürgen zugesichert sind, mit der Ausnahme, daß für ihn die Rechtswohlthat des § 777 (der bestimmt, daß der Bürge erst dann belangt werden kann, wenn der Gläubiger beim Hauptschuldner keine Befriedigung findet) nicht besteht.

Es wurde demgemäß erkannt, daß die Beklagten nur denjenigen Betrag der Fr. 500 zu bezahlen haben, welcher bei geschehener Eingabe im Geltstage des Hauptschuldners verloren gegangen wäre.

### 5) Erbschaftsklage.

(Urtheil vom 20. November 1873.)

Im Jahre 1863 starb die unverheirathete Maria Anna Schneri von Koblenz, welche mit ihrem Bruder Kaver Schneri in gemeinschaftlicher Haushaltung und in Vermögensgemeinschaft zu gleichen Theilen gelebt hatte und hinterließ mehrere Geschwister und Geschwisterkinder als Intestaterben. Die Verlassenschaft, welche den fraglichen Erben hätte herausgegeben werden sollen, wurde von Kaver Schneri allein behändigt und ging bei dem im Jahre 1869 erfolgten Tode desselben auf seinen testamentarisch eingesetzten Erben Melchior Schneri über. Dem letztern gegenüber, der ebenfalls Erbe der M. A. Schneri ist, verlangten nun die übrigen Erben Theilung der Verlassenschaft der M. A. Schneri, indem sie die Quoten bestimmten, die den einzelnen Erbberechtigten zufallen sollen.

Der Beklagte widersetzte sich der Theilung nicht, wohl aber verlangte er, daß zwei Forderungen von dem zu theilenden Vermögen der Erblasserin abgezogen werden, nämlich a) ein Betrag von Fr. 1625 für sechsjährige Besorgung der Liegenschaften derselben, b) ein solcher von Fr. 1000 für den ihr während zehn Jahren gewährten Unterhalt; der Beklagte fügte bei, daß der Ertrag ihres Vermögens dazu nicht hingereicht habe.

Die Frage, ob dem Begehren des Beklagten zu entsprechen sei, wurde in verneinendem Sinne entschieden, d. h. es wurde erkannt, daß die fraglichen Forderungen nicht Gegenstand dieses Prozesses sein können und zwar an der Hand nachstehender Erwägung.

Der Klagschluß geht auf Anerkennung der Kläger als Erben der M. A. Schveri und auf Theilung der Erbschaft nach bestimmten Quoten; die Kläger stellen das Begehren dem Grundsatze nach und wird der Betrag und Bestand der zur Theilung kommenden Hinterlassenschaft nicht näher beziffert. Die Klage trägt daher allerdings theils die Eigenschaft einer Erbschaftsklage, theils diejenige einer Theilungsklage an sich, bei welcher letzterer nach constanter Praxis jeder Beteiligte, sei er Kläger oder Beklagter, seine persönlichen Anforderungen an der Masse geltend zu machen befugt ist, ohne daß ihm, wenn er in der Stellung des Beklagten ist, mit Grund eingewendet werden kann, daß sein Begehren als unzulässige Widerklage erscheine. Der Beklagte hat jedoch diese Befugniß nur dann, wenn es sich im Prozesse nicht nur um die grundsätzliche Frage der Erbberechtigungsfrage, sondern zugleich um Feststellung der Erbschaftsmasse handelt, wenn also der Kläger eine dem Gegenstande und Werthe nach bestimmte Erbschaft herausverlangt. Im gegebenen Falle liegt aber ein solches Verhältniß nicht vor, indem die Kläger nur im Allgemeinen sagen, daß das Vermögen der Erblasserin in Liegenschaften, Fahrhabe und Activen bestehe und wenigstens einen Werth von Fr. 5000 habe.

Freilich wäre es zweckmäßiger gewesen, wenn die Kläger auch angegeben hätten, welche Liegenschaften, Fahrhabe und Activen zur Theilung zu bringen seien und welchen Werth die einzelnen Vermögensstücke haben, damit in einem und demselben Verfahren der ganze Streit hätte ausgetragen werden können. Allein einer Partei darf man nicht vorschreiben, welche Verhältnisse und Fragen sie der richterlichen Beurtheilung zu unterstellen hat und wenn nun die Kläger es vorgezogen, die Frage der Erbberechtigungsfrage austragen zu lassen und über die Feststellung der Theilungsmasse erst eine gütliche Verständigung zu versuchen, und nur, wenn eine solche unmöglich, die Hülfe des Richters in Anspruch zu nehmen, so kann es dem Beklagten nicht zustehen, in den lediglich die Erbberechtigungsfrage betreffenden Streit Verhältnisse hereinzuziehen, welche nur bei der Ausmittlung des zu theilenden Vermögens in Frage kommen können.

## 6) Beweisführung zum ewigen Gedächtniß. Einrede der Nichtzuständigkeit des Gerichts.

(Urtheil vom 20. Dezember 1873.)

Die Herren Widmer und Wild, Baumeister in Zürich, die den Kurhausbau in Baden übernommen und sich verbindlich gemacht hatten, die Bauten in bestimmten Fristen auszuführen, schlossen am 11. Dezember 1872 mit Herrn Mühlethaler, Steinhauer in Möschiwil bei Dittsch, Kts. Bern, einen Vertrag ab, wonach der letztere sämtliche Steinhauerarbeiten von Berner Steinen zum benannten Kurhausbau zu liefern hatte und sich auch verpflichtete, die Steine immer so rechtzeitig herzuschaffen, daß die Unternehmer in ihrer Arbeit nicht aufgehalten werden. Der Vertrag setzt für Mühlethaler unter Anderm folgendes fest: „Er liefert die Arbeit fehlerfrei Bahnhof Baden, d. h. er übernimmt allen Risiko während der Fahrt bis nach Baden; schlecht gearbeitete oder fehlerhafte Stücke, die von der Bauverwaltung ausgeschlossen werden, werden Herrn Mühlethaler nicht bezahlt; er verpflichtet sich, sofort nach Erhalt der Pläne mit der Arbeit zu beginnen und dieselbe schnellstens zu betreiben.“

Die Herren Widmer und Wild behaupteten nun, daß Mühlethaler seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen und daß ihnen dadurch ein bedeutender Schaden entstanden sei, für welchen er einzustehen habe; sie fügten bei: den Beweis der vertragswidrigen Verzögerung der Steinlieferungen können sie durch die beim Kurhausbau beschäftigten Arbeiter liefern; da aber diese sich nächstens von Baden wegbegeben werden, so sei deren sofortige Einvernahme nothwendig; würde diese nicht erfolgen, so würde ihnen der Beweis bedeutend erschwert oder gar unmöglich gemacht und stellen sie daher das Gesuch an das Bezirksgericht von Baden: es sei eine Beweisführung zum ewigen Gedächtniß anzuordnen und seien die erwähnten Arbeiter von dieser Behörde darüber, daß die Steinhauerarbeiten zu spät und zugleich mangelhaft geliefert worden, einzuvernehmen.

Der Beklagte machte unter Anderm geltend, daß er sein Domizil im Kanton Bern habe und deswegen das Bezirksgericht von Baden zur Behandlung der Sache nicht competent sei.

Hinsichtlich dieser Einwendung des Mühlethaler war folgende Betrachtung maßgebend:

Zunächst kommt § 6 des zwischen den Litiganten abgeschlossenen Vertrages in Erwägung, welcher lautet:

„Bei Streitigkeiten entscheidet ein inappellables Schieds-

„gericht, zu dem jede Partei einen Richter wählt, die sich dann „unter sich über einen Obmann einigen.“ Wenn nun Mühlethaler sagt, die Beweisaufnahme müsse vor dem competenten Richter stattfinden, so kann darunter keineswegs derjenige des Wohnortes des Beklagten verstanden werden, eben weil die Parteien zur Austragung ihrer Streitigkeiten einen gewillkürten Gerichtsstand aufgestellt haben. Ein Schiedsgericht existirt nun aber zur Zeit noch nicht, und wollte mit der Beweisaufnahme so lange zugewartet werden, bis das Schiedsgericht von den Parteien geschaffen worden, so wäre Gefahr vorhanden, daß der Beweis deshalb, weil die Zeugen nicht mehr zu finden sind, gar nicht ausführbar ist. Den Herren Widmer und Wild muß es aber, damit sie durch längern Zeitablauf ihre Beweismittel nicht verlieren, doch möglich sein, einen Gerichtsstand anzurufen und dieser kann der Natur der Sache nach kein anderer sein, als derjenige von Baden, wo der Vertrag zu erfüllen war und der Streitgegenstand sich befindet. Dem Begehren der Kläger ist daher Folge geben, das sich im Weiteren auch noch rechtfertigt aus der bloß vorsorglichen Natur der in Rede stehenden Beweisführung.

---

### Literarische Anzeige.

**Ueber das Rechtsstudium in der Schweiz und Studium des schweizerischen Rechtes.** Akademische Antrittsrede von Dr. P. Fr. v. Wyß, Professor der Rechte in Basel. 1874.

Es ist eine löbliche Sitte, daß neu ernannte Professoren durch eine akademische Antrittsrede bei ihren Collegen und zukünftigen Schülern sich einführen, die Gesichtspunkte aufstellen, von denen sie ausgehen und die Grundsätze auseinandersetzen, nach welchen sie ihr Fach zu lehren gedenken. In Bern ist von dieser Sitte abgegangen worden. Keine Feierlichkeit führt den neuen Dozenten in seine neue Wirksamkeit ein, sondern man überläßt es ihm, seinen Weg selber zu finden. Will er eine Antrittsrede halten, so thut er es in der Regel nur seinen Zuhörern gegenüber, selten öffentlich; oft zu seinem Heil, die Enttäuschung tritt dann später ein. Auch die Rectoratsreden, welche doch auf Staatskosten gedruckt werden sollen, veröffentlicht jeder wie er will, der eine in Jena, der andere in Berlin, als ob er in einem wissenschaftlichen oder unwissenschaftlichen Club gesprochen hätte. In Basel herrscht noch die gute alte Sitte und das dortige

wissenschaftlich gebildete Publikum würde sich dieselbe kaum nehmen lassen. Herr v. Wyß benutzte den Anlaß, um über das Rechtsstudium in der Schweiz und das Studium des schw. Rechts in beachtenswerthester Weise zu sprechen.

Er führt uns zurück in die Zeiten, wo Keller die Resultate seiner gemeinrechtlichen Studien für die heimische Rechtspflege zu verwerthen begann und sich deßhalb gegen die öffentliche Meinung wehren mußte, welche dadurch die einfache Urwüchsigkeit des heimischen Rechtslebens bedroht glaubte. Seither sind auch die Bedürfnisse andere geworden und mit Genugthuung kann Wyß constatiren, daß die Jugend jetzt freudig aus den geläuterten Quellen schöpfe und sich mit regem Eifer bemühe, die gewonnenen Schätze für die Heimat nutzbar zu machen. Er macht auch auf den Gewinn aufmerksam, welchen dieses Streben den Gesetzgebungen einzelner Kantone und der Rechtsprechung einzelner Obergerichte — leider nicht aller — brachte. Er geht sodann über auf die Angriffe, welchen der Juristenstand und ihr angebliches Monopol der Rechtskenntniß ausgesetzt ist und weist dieselben mit überlegenen Waffen zurück; allein gleichzeitig führt er auch dem Juristen zu Gemüthe, daß er nicht wenig selbst Schuld sei an dem herrschenden Mißtrauen: „Den Vorwurf allzuweit gehender Versenkung in abstracte Speculation, in abstruse Begriffspaltperei wird man einer Mehrzahl von Juristen aus der praktischen Schweiz nicht mit Grund machen können. Wohl aber begegnet uns im Kreise sog. Juristen häufig eine gewisse Oberflächlichkeit, welche mit den angeblich geringeren Anforderungen, die bei uns an juristische Bildung gestellt werden, gerne argumentirt, um den Mangel eigenen Könnens oder Willens zu verdecken. Ueber den Geschäften und vielfachen Zersplitterungen des öffentlichen Lebens wird die Wissenschaft hintangesetzt, ihre Zucht geschont und gering geschätzt. Der Mißgunst der öffentlichen Meinung wird gerne Gehör geschenkt und der Glaube an den leitenden Einfluß der als wahr erkannten Idee preisgegeben. Der Einzelne mag mit dem Abfalle vom Ideal seiner Jugend Anklang finden, bis eine allzu handgreifliche Blöße den Nimbus zerstört. Allein die Wissenschaft, die sich selbst mißachtet, die sich einen ernstern Beruf im Leben selbst nicht zutraut, die vielleicht noch als Titel für leere Präntensionen, als Aushängeschild für mechanisches Handwerk dienen muß, sie verliert als solche das Ansehen, das ihr nur gewissenhafte Träger wahren können u. s. w.

(Fortsetzung folgt.)

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band X.

Nr. 2 u. 3.

August und September 1874.

---

Inhalt: Nochmals die Nachgangserklärung der Ehefrau, S. 33. — Ein schiedsgerichtliches Urtheil aus dem Kanton Aargau, S. 46. — Uebersicht der oberger. Rechtsprechung des Rts. Bern, S. 56. — Zwei Kreis-schreiben des Bundesrathes betreffend Ausführung der Bundesverfassung, S. 81. — Literarische Anzeigen, S. 91.

---

### Nochmals die Nachgangserklärung der Ehefrau.

Das Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 25. November 1871, wonach den Ehefrauen das Recht zugestanden wird, jedem Currentgläubiger ihres Ehemannes gegenüber, auf ihr Vorrecht Verzicht zu leisten, hat mit Recht überall peinliches Aufsehen erregt. Sogleich nach seiner Ausfällung sprach sich die Redaction der Zeitschrift VII. pag. 272 fl. sehr entschieden dagegen aus und seither haben sich die mißbilligenden Stimmen gemehrt. Um jedoch wo möglich eine Uebereinstimmung der Ansichten über die nun streitig gewordene Frage herbeizuführen, beschloß der bernische Juristenverein, sie zum Gegenstand einläßlicher Berathung zu machen. Von den Referenten sprach sich Herr Alt für die unbeschränkte Befugniß der Ehefrau im Sinne des Appellations- und Cassationshofes aus, und glaubte versichern zu dürfen, daß je mehr man in den Geist der bernischen Gesetzgebung eindringe, desto mehr werde man sich von der

Richtigkeit seiner Anschauungsweise überzeugen müssen. Uns wollte es scheinen, Herr Alt verwechselte den Geist der Gesetzgebung mit seinem eigenen und gelange deshalb zu verkehrten Resultaten.

Der Correferent, Herr Fürsprech Ed. Müller, gelangte dagegen zu dem Schlusse, daß ein Verzicht der Ehefrau nur zu Gunsten des Hypothekargläubigers möglich sei. Allein die Art und Weise, wie er zu diesem Resultate gelangt, der offenbare Zwang, welchen er dem Gesetz anthut, und die wunderliche Geistesnacht, welche er bei dem Gesetzgeber voraussetzt, nöthigen uns, die Streitfrage auch von unserem Standpunkte aus zu beleuchten.

Herr Müller glaubt, die Absicht des Gesetzgebers sei zwar auf Constituirung eines unbeschränkten Verzichtrechtes gegangen, allein er selbst habe seine Absicht unausführbar gemacht. Deutlicher kann man dem Gesetzgeber nicht Gedankenlosigkeit vorwerfen. Nun gehört es aber zu den ersten Regeln der Auslegung, daß nicht von der Voraussetzung ausgegangen werden soll, der Gesetzgeber habe etwas anderes gewollt und etwas anderes gethan, sondern eher davon, Wille und Ausführung seien in Uebereinstimmung mit einander. Herr Müller läßt sich von der vorgefaßten Ansicht leiten, der Gesetzgeber habe der Ehefrau volle Freiheit geben wollen, während er sich gerade aus den Bestimmungen des Gesetzes über die Form und die Wirkung der Verzichtleistung davon hätte überzeugen müssen, daß der Gesetzgeber eine solche Absicht weder hatte noch haben konnte. Wenn wir die Geschichte des Vorrechts der einen Hälfte des Weibergutes verfolgen, so können wir zu keinem anderen Schlusse gelangen.

Wir finden zuerst in der Gerichtssatzung von 1614 Fol. 12 fl. Bestimmungen, wodurch das Weibergut gesetzlich geschützt werden sollte. Dieser Schutz bestund:

1. In der Freieung der Hälfte des zugebrachten Gutes. Von allem Gute, welches die Ehefrau bei Beginn oder während der Ehe dem Ehemanne zubrachte, sollte die Hälfte

in der Weise „gefristet und gesichert“ sein, daß weder der Ehemann noch dessen Gläubiger in der Regel befugt sein sollen, das Hauptgut anzugreifen. Ausnahmßweise konnte der Ehemann im Falle wirklicher Noth von dem Rathe die Erlaubniß auswirken, soweit nöthig das Hauptgut anzugreifen. Als solche Noth wurde angesehen, wenn er „durch böse unfäh, straff und gwalt Gottes, und nit uß mutwillen oder liederligkeit in verlorst synes guts, und uff sölche noht käme, daß unser Rath uß sölchen, und derglychen wichtigen ursachen erkennen möchte, das der Mann syner Frauen befrhet gut zu syner underhaltung oder zu bezalung syner gälten, anzugryffen bezwungen wäre.“ Dagegen konnten die Gläubiger stets Bezahlung aus dem Hauptgut der gefristeten Hälfte verlangen für Schulden, welche die Frau zu Lebzeiten ihres Ehemannes mit dessen „Gunst“ entweder selbst gemacht, oder wozu sie ihre Einwilligung gegeben hatte.

Die letztere Bestimmung schlug zum Nachtheil der Weiber aus, und die ihnen ertheilte Erlaubniß mit „Gunst“ ihres Ehemannes ihr gefristetes Gut zu verhaften, hatte in vielen Fällen ihre Verarmung zur Folge. Deshalb wurde ihre Freiheit durch die Ordnung vom 24. April 1696 eingeschränkt, und bestimmt, daß die Ehefrauen sich für ihre Ehemänner nicht anders sollten verbürgen oder verschreiben können, als wenn sie persönlich und im Beisein von zwei bis drei ihrer nächsten Verwandten vor Gericht erscheinen, und erzeigen können, daß solche höchste Noth in Wirklichkeit vorhanden wäre. Unter dieser Voraussetzung sollen Rath oder Gericht bestimmen, für wie viel die Ehefrau sich solle verbürgen oder verschreiben können. Jede andere Verschreibung oder Verbürgung der Ehefrauen sollte ungültig sein.

Für ihr gefreietes Gut erhielt die Ehefrau im Concourse des Mannes Anweisung vor allen anderen während der Ehe contrahirten Schulden, und ihre Forderung datirte vom Beginne der Ehe, auch wenn das Einbringen später stattgefunden hatte.



Die Gerichtszugung von 1761 erklärte dagegen das Datum der Einkehr für maßgebend, und es datirte daher das Privileg für jeden einzelnen Vermögenstheil von dem Tage an, wo er der Frau angefallen und dadurch in's Vermögen des Ehemannes gelangt war.

Bei unterpfändlichen Verschreibungen des Ehemannes endlich mußte die Ehefrau mit Verbeiständung zweier ihrer nächsten Verwandten vor Gericht erscheinen und den Belauf ihres verfallenen Weibergutes zu Kenntniß des Gläubigers zu Protokoll geben, „in guten Treuen bekennen und offenbaren.“ Fand eine solche Angabe nicht statt, so konnte die Ehefrau auch nicht eine dem Gült- oder Schadlosbriefe vorgehende Anweisung verlangen. In der Nichtangabe lag der Verzicht auf das Vorrecht.

2. Das zweite Rechtsmittel zum Schutze der gefreiten Hälfte des Weibergutes bestund in dem Rechte der Ehefrau, die Versicherung derselben zu verlangen. Um hievon Gebrauch machen zu können, wurde der Nachweis erfordert, „daß der Ehemann übel haushalte“, und dieß war dann der Fall, wenn er nicht bloß Schulden machte, sondern durch Angriff des Hauptgutes die Sicherheit der Ehefrau verminderte. Konnte die Sicherheit nicht geleistet werden, so konnte der Ehemann zu Herausgabe der gefreiten Hälfte angehalten werden, welche sodann von einem Curator verwaltet wurde, welcher den Ertrag dem Ehemanne abzuliefern hatte.

Auf diesen Grundlagen ruht das eheliche Güterrecht des jetzt geltenden Civilgesetzbuches. Die allgemeinen Grundsätze wurden nicht wesentlich geändert, dagegen der Zweck theilweise auf etwas anderem Wege zu erreichen gesucht.

Das Vorrecht wurde beibehalten, allein nicht mehr durch den bloßen Nachweis des Einbringens begründet, sondern von der Ausstellung eines gesetzlichen Empfangscheines abhängig gemacht. Die Eingehung einer Bürgschaft zu Gunsten des Ehemannes wird der Ehefrau unbedingt verboten, und ebenso wenig ist ihr gestattet, für ihn Schulden zu contrahiren, sich für ihn zu verschreiben. Dagegen darf sie nun zu Gunsten

des Ehemannes auf ihr Vorrecht Verzicht leisten; mit Zustimmung der Verwandten nach §. 100 C., ohne dieselbe einholen zu müssen seit Einführung des Emancipationsgesetzes de ruina feminarum promovenda.

Es wird nun nirgendwo ausdrücklich bestimmt, in welchem Umfange und zu Gunsten welcher Gläubiger ein Verzicht geleistet werden könne, namentlich hat es der Gesetzgeber nicht für nothwendig erachtet, hervorzuheben, daß dieß nur gegenüber Hypothekarforderungen geschehen könne.

Aus dieser Auslassung unseres oft etwas wortfargen Gesetzgebers wird nun geschlossen, das Recht der Verzichtleistung sei unbeschränkt eingeführt worden. Zu Begründung wird angeführt:

Der Gesetzgeber habe allerdings das Weibergut sicher stellen wollen, und dieß sei dadurch geschehen, daß die Verzichtleistung der Ehefrau von der Mitwirkung zweier Verwandten abhängig gemacht worden sei.

Die §. 100 C. beziehe sich nicht nur auf die Form der Verzichtleistung, sondern auch auf das Recht selbst, und zwar in allgemeinen Ausdrücken und ohne Beschränkung. Herr Müller fügt bei: Wollte man dieß läugnen, so müßte man annehmen, der Gesetzgeber habe für ein ganz neues Rechtsinstitut die Form geschaffen, ohne das Rechtsinstitut selbst in's Leben zu rufen, denn nirgends im ganzen Personenrecht, in welches diese Bestimmung unzweifelhaft gehört, ist des Verzichtes mit einem Worte gedacht, als eben in §. 100 C.

Diese Argumentation kann ich nun in keiner Weise gelten lassen.

Vorerst ist es nicht richtig, daß der Schutz des Weibergutes in der Mitwirkung der Verwandten oder der Vormundschaftsbehörde zu suchen sei; vielmehr ist er in der Anweisung zu suchen, auf welche die Ehefrau im Concurse des Mannes Anspruch hat, und auf welche sie nicht verzichten kann. Sodann ist es nicht richtig, daß die §. 100 C. das Recht der Verzichtleistung selbst in materieller Beziehung

constituire, und nicht bloß eine Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau mit Bezug auf die Ausübung dieses Rechtes enthalte. Endlich liegt auch eine *petitio principii* in der Behauptung, die Bestimmungen über den Inhalt des Vorrechtes und den Verzicht auf dasselbe gehören in das Personenrecht. Dorthin gehören sie gerade nicht, sondern theils in das B.-B., theils in die Vertragslehre, und dort sind sie auch zu finden.

Auch der Appellations- und Cassationshof argumentirt so: die S. 100 C. enthält keine Einschränkung, also ist das Recht der Verzichtleistung unbeschränkt.

Lassen wir die mißhandelte Satzung selber reden:

Die Frau kann auf das Vorrecht für die Hälfte des Zugebrachten nicht anders Verzicht thun, als mit Ermächtigung zweier Verwandten, und in Ermanglung von solchen der Vormundschaftsbehörde.

Durch diese Satzung wird kein Recht geschaffen, sondern nur die Ehefrau in Ausübung eines solchen beschränkt. Worin das Recht bestehe, sagt diese Satzung nicht, und hat es an dieser Stelle gar nicht zu sagen. Nun wird aber in folgender eigenthümlicher Weise interpretirt: Die Ehefrau darf nicht Verzicht leisten ohne Einwilligung der Verwandten, also darf sie mit Einwilligung derselben unbedingt und uneingeschränkt Verzicht leisten. Oder mit andern Worten: An einem Offiziersball darf man nur in Uniform erscheinen, also darf jeder an demselben Theil nehmen, der eine Uniform trägt, abgesehen von seiner sonstigen Berechtigung. Oder: ein bevogteter Ehemann kann nur unter Mitwirkung eines außerordentlichen Beistandes testiren, arg. e contrario kann er unter Mitwirkung eines solchen unbeschränkt über sein ganzes Vermögen verfügen; oder: ein Minderjähriger bedarf zu seiner Verheirathung der Einwilligung seiner Eltern, mit ihrer Einwilligung also kann er seine Schwester heirathen.

Ob die übrigen Bedingungen und Voraussetzungen vorhanden seien, unter welchen allein von dem Rechte Gebrauch gemacht werden kann, darum kümmert man sich nicht, ob schon gerade hier der Hauptpunkt liegt. Auch wenn die materiellen Voraussetzungen vorhanden sind, so kann die Frau von ihrem Rechte doch nur mit Ermächtigung der Verwandten Gebrauch machen; und um an einem Offiziersball theilnehmen zu dürfen, muß der Theilnehmer, unter Voraussetzung, daß seine Berechtigung im Uebrigen festgestellt ist, in Uniform erscheinen. Mehr oder Anderes enthält die §. 100 C. nicht.

Herr Müller glaubt nun, diese Behauptung sei deshalb eine unrichtige, weil sonst der Gesetzgeber eine Form gegeben hätte, ohne das entsprechende Rechtsinstitut in's Leben zu rufen. Allein nichts kann unrichtiger sein. Von der Form ist in §. 100 C. gar nicht die Rede, sondern nur von der Handlungsfähigkeit der Frau im speziellen Falle. Die Form, in welcher der Verzicht auszusprechen ist, kann daher nicht in dieser Sazung gefunden, sondern muß anderswo gesucht werden. Sie richtet sich nach dem Inhalte des Vorrechtes, und von demselben hängt auch die Tragweite des Verzichtes ab. Kennen wir daher den materiellen Inhalt des Vorrechtes, so wissen wir auch gegenüber welchen Gläubigern der Verzicht möglich ist, und welche Formen dabei nothwendig zur Anwendung kommen müssen.

Nun verweist uns die Saz. 99 C. mit Rücksicht auf den Inhalt des Vorrechtes auf die Concursordnung, und diese verweist die privilegierte Hälfte des Weibergutes in Classe III, wo sie mit den errichteten Pfandrechten nach dem Datum concurrirt, „insoferne als sie nicht auf dieses Vorrecht Verzicht geleistet hat“ (Art. 485 B.-B.). Darin also besteht ihr Vorrecht, daß sie, obgleich nicht Pfandgläubigerin, doch mit Pfandgläubigern concurrirt. Ein Verzicht auf das Vorrecht ist somit ein Verzicht auf die Concurrenz mit den betreffenden Pfandgläubigern, nicht aber ein Verzicht auf Anweisung in Classe III.

Diese Anweisung ist *publici juris*, gegeben im Interesse der Frau und der Kinder und als Garantie für die Erhaltung eines Theiles ihres Vermögens. Eine Abänderung dieser Anweisung ist daher nur insoweit möglich als das Gesetz sie vorsieht und zuläßt. Dieß geschieht nun allerdings und zwar in sehr zweckentsprechender, wenn auch beschränkter Weise.

Dem Pfandgläubiger steht das Recht zu, auf Befriedigung aus dem Erlös seines Pfandobjectes. Ist das Datum des Empfangsscheines der Ehefrau älter, als dasjenige des errichteten Pfandrechtes, so geht das Weibergut der Pfandschuld vor, sonst geht es ihr nach; sie hat alsdann dieser Pfandsforderung gegenüber kein Vorrecht. Bei Errichtung neuer hypothecarischer Forderungen hat sie daher zu erklären, ob sie auf dasselbe verzichten wolle oder nicht. Im bejahenden Falle verzichtet sie auf das Vorrecht auf vorausgehende Befriedigung aus dem Erlös des Pfandobjectes. Verzicht ist daher gleichbedeutend mit Nachgangserklärung. Die Ehefrau verzichtet keineswegs auf ihre Anweisung in Classe III, und behält auch ihr Vorrecht gegenüber allen andern Pfandgläubigern; sie behält es sogar gegenüber demjenigen, zu dessen Gunsten sie den Nachgang erklärt hat, mit Bezug auf alle andern Vermögensobjecte.

Angenommen z. B. die Ehefrau besitzt einen Empfangsschein vom 1. Juli 1866 für Fr. 60,000 und erklärt einem Unterpfandgläubiger gegenüber für seine Forderung von Fr. 6000 den Nachgang, so giebt sie zu, daß der Erlös des Unterpfandes in erster Linie zu Tilgung dieser Fr. 6000 dienen solle und sie erst auf den Rest Anspruch erheben könne. Wenn aber der Erlös nicht hinreicht zu Befriedigung dieses Gläubigers, so hat derselbe durchaus kein Recht, auch auf den Erlös anderer Objecte der Ehefrau vorgehend Anweisung zu verlangen.

Hiermit vollkommen übereinstimmend, sind die Ausführungen des Hrn. Gerichtspräsidenten Zeerleder in Bd. IX, pag. 257 der Zeitschrift.

Sobald man sich nur klar macht, was unter dem Rechte der Ehefrau und ihrem Vorrecht zu verstehen sei, wird man auch darüber vollkommen im Reinen sein, was eine Nachgangserklärung bedeute und weshalb eine solche nur bei errichteten Pfandrechten vorkommen kann.

Mit in Uebereinstimmung sind auch die sämtlichen Bestimmungen des Gesetzes betreffend Nachgangserklärungen.

Da der Ehefrau eine Anweisung in Classe III in Concurrency mit errichteten Pfandrechten zugesichert ist, so muß das Princip der Oeffentlichkeit gewahrt werden, sowohl mit Bezug auf die Begründung als auf die Erlöschung des Rechtes.

Unter der Gerichtssatzung war kein förmlicher Empfangschein nothwendig, dagegen bei jeder Errichtung eines Pfandrechtes die Angabe des Betrages des Weibergutes.

Unter der gegenwärtigen Gesetzgebung wird das Vorrecht nicht begründet durch bloße das Einbringen, sondern durch Ausstellung eines förmlichen Empfangs Scheines, und für die Oeffentlichkeit wird dadurch gesorgt, daß ein solcher Empfangschein von dem Amtschreiber in ein „eigends hiezu bestimmtes Buch“ eingeschrieben werden soll. S. 97 C. u. Gef. v. 26. Mai 1848. — Jeder kann sich daher aus den öffentlichen Büchern überzeugen, ob die Ehefrau ihrem Ehemann Vermögen zugebracht habe, wofür das Vorrecht gewahrt worden sei, und es ist nicht mehr nöthig, den Verlauf in dem Pfandtitel anzugeben.

Dagegen wird der Verzicht auf das Vorrecht, d. h. auf vorgehende Anweisung einem bestimmten Pfandgläubiger gegenüber abgegeben, und muß deshalb auch in den Titel eingetragen werden.

So wird die Oeffentlichkeit gewahrt sowohl für das Vorrecht als für den Verzicht auf dasselbe. Die Natur des Vorrechtes ist auch bestimmend für die Form des Verzichtes, und gerade deshalb konnte sie nur bei den Pfandverträgen zur Sprache gebracht werden, und sonst nirgends.

Das Gesetz vom 22. Juni 1864 nennt denn auch diese Verzichtleistungen ganz allgemein „Nachgangserklärungen“ und führt eine bei allen Pfandverträgen anwendbare, gemeinsame Form ein.

Wenn wir diese gesetzlichen Bestimmungen überblicken, so wird darüber kein Zweifel möglich sein, daß die der Frau gegebene Garantie nicht in der Mitwirkung der Verwandten bestand, welche S. 100 C. vorschrieb, sondern darin, daß die Anweisung in Classe III erfolgen soll, und daß der Ehefrau nur die Möglichkeit gegeben wird, ohne ihre eigene Sicherheit zu gefährden, dem Credit ihres Mannes dadurch zu Hülfe zu kommen, daß sie einem einzelnen Gläubiger gegenüber für den Betrag der Forderung desselben auf vorgehende Befriedigung aus dem Erlös des Pfandobjectes verzichtet, und sich mit nachgehender begnügt.

Wir wollen jetzt noch untersuchen, weshalb eine weitergehende Verzichtleistung nicht möglich ist und gar nicht in der Intention des Gesetzgebers gelegen haben kann. Daraus ergibt sich dann von selbst, daß die Unterlassung Formen für einen allgemeinen Verzicht aufzustellen eine ganz absichtliche war, da ein solcher mit der übrigen Gesetzgebung in unlöslichen Widerspruch gerathen wäre.

Eine Nachgangserklärung zu Gunsten eines Nichtpfandgläubigers ist mehr als ein Verzicht auf ein Vorrecht, sie ist ein Verzicht auf eine Anweisung in Classe III, und deshalb rechtlich unzulässig.

Die privilegirte Hälfte des Weibergutes concurrirt mit keiner Current- oder Obligationsforderung, denn beide werden in verschiedenen Classen angewiesen. Der Currentgläubiger kann nicht an Stelle der Ehefrau in Classe III, und sie nicht in Classe VI an Stelle des Currentgläubigers Anweisung erhalten, sondern beide bleiben in ihrer Classe. Während die Ehefrau dem Pfandgläubiger in der nämlichen Classe vorgehend angewiesen wird, wenn sie nicht auf ihr Vorrecht verzichtet hat, dagegen nachgehend, wenn dieß geschehen ist, mithin im einen Falle eine andere Anweisung erhält

als im anderen, muß dagegen die Anweisung vollkommen die gleiche bleiben, wenn einem Currentgläubiger gegenüber verzichtet worden ist. Dem Pfandgläubiger gegenüber muß sie nachgehend angewiesen werden, dem Currentgläubiger gegenüber aber kann eine nachgehende Anweisung gar nicht erfolgen, da eine Aenderung der Classe nicht stattfinden kann. Ihm gegenüber ist daher eine Nachgangserklärung gar nicht möglich und deßhalb rechtlich ohne alle Bedeutung.

Um wirksam zu sein, müßte die Ehefrau zu Gunsten des Currentgläubigers nicht auf ihr Vorrecht, sondern auf ihre Anweisung in Classe III verzichten, oder ihm ihre Forderung soweit nöthig abtreten und dafür die seine erwerben. Hierzu aber reicht ihre Handlungsfähigkeit nicht aus.

Angenommen aber auch eine so ausgedehnte Verzichtleistung wäre nach der bernischen Gesetzgebung zulässig, so müßte sie ganz andere Wirkungen erzeugen, je nachdem sie einem Pfand- oder einem Currentgläubiger gegenüber abgegeben worden wäre.

Im ersteren Falle hat sie die Wirkung, daß der Pfandgläubiger auf den Erlös eines Pfandobjectes der Ehefrau vorgehend angewiesen wird; wenn aber derselbe nicht hinreichend zu eigener Deckung, so wird er verlustig und hat kein Recht, auch mit Bezug auf andere Vermögensobjekte ihr vorgehend angewiesen zu werden. Er kann daher verlustig werden, obgleich die Ehefrau vollständig ausgewiesen wird.

Im letzteren Falle aber würde die Ehefrau so lange keine Anweisung erhalten, als der Currentgläubiger nicht gedeckt ist. Sie müßte daher ihre ganze Anweisung verlieren, bevor er für eines Rappens Werth verlustig werden könnte.

Wenn das Gesetz solche verschiedene Wirkungen gewollt hätte, so hätte es sie ausdrücklich anerkannt und ausgesprochen, und da dieß weder im Civilgesetzbuch noch im Vollziehungsverfahren geschehen ist, so ist der Schluß erlaubt, es habe sie nicht gewollt.



Eine weitere Verschiedenheit liegt darin, daß bei einer Nachgangserklärung gegenüber einem Pfandgläubiger das Princip der Oeffentlichkeit gewahrt ist; sie muß in den Titel eingetragen und in den Grundbüchern angemerkt werden. Jeder Gläubiger des Mannes kann sich daher über die dahergigen rechtlichen Verhältnisse die ausreichendste Kenntniß verschaffen. Eine Nachgangserklärung aber gegenüber einem Currentgläubiger würde sich der Kenntniß jedes Dritten entziehen und könnte daher jedem Dritten verheimlicht werden. Was für eine Meinung aber muß man von dem Gesetzgeber haben, wenn man ihm zutrauen kann, er wolle in dem einen Falle das Princip der Oeffentlichkeit wahren, in dem andern aber preisgeben.

Nach der hier vorgetragenen Ansicht kann die Ehefrau jedem einzelnen Pfandgläubiger gegenüber Verzicht leisten, weil jeder nur das Recht auf den Erlös eines bestimmten Pfandobjectes hat, und die Ehefrau somit in jedem einzelnen Fall eine nachgehende Anweisung zugestehen kann. Wenn sie dagegen einem bedeutenden Currentgläubiger gegenüber auf ihre Anweisung verzichten dürfte, so könnte sie nachträglich keinem andern Gläubiger mehr auf ihr Vorrecht verzichten. Angenommen die privilegirte Hälfte Weibergut beträgt Fr. 10,000 und ebenso viel eine Currentforderung, zu deren Gunsten sie auf ihr Vorrecht verzichtet hat, so würde nach der Ansicht der Gegner — es sind aber *rari nantes* — ein einfacher Austausch der Anweisungen stattfinden; die Ehefrau hätte zu Gunsten eines Dritten auf ihre Anweisung verzichtet und könnte somit keinem späteren Pfandgläubiger gegenüber eine Nachgangserklärung ausstellen, denn sie hätte auf kein Vorrecht mehr zu verzichten.

Während die Möglichkeit einer Nachgangserklärung zu Gunsten eines Pfandgläubigers und mit Rücksicht auf ein spezielles Object den Credit des Mannes hebt, müßte dagegen ein unbeschränktes, alle Vermögensgegenstände auf einmal ergreifendes Verzichtrecht denselben ruiniren. Kein Darlehner könnte sich mehr den ersten Rang sichern, immer

müßte er Gefahr laufen, daß ein Currentgläubiger ihm denselben schon abgelaufen hätte, ohne daß ihm die Möglichkeit gegeben wäre, sich hierüber Gewißheit zu verschaffen.

Endlich ist auch der Fall denkbar, daß eine Ehefrau, nachdem sie bereits einem Currentgläubiger gegenüber den Nachgang erklärt hatte, es nun auch noch einem Pfandgläubiger gegenüber thun würde. Welcher müßte dem andern weichen? Könnte sich der Pfandgläubiger der öffentlichen Bücher getrösten oder könnte der Currentgläubiger trotz der Heimlichkeit die Rechte der Ehefrau in Anspruch nehmen? Wir überlassen die Entscheidung denjenigen, welche altklug genug sind, um dem Gesetzgeber das Widersinnigste zuzutrauen.

Gerade die gegnerische Theorie, und nicht die unsrige, würde mit dem Geist der Gesetzgebung, mit den vom Gesetzgeber aufgestellten Grundsätzen des Rechts mit Bezug auf Sicherung des Weiberguts in unlöslichen Widerspruch gerathen. Einer Penelope gleich würde er Nachts wieder zerstören, was er Tags gewoben hätte.

Er sichert die eine Hälfte des Weiberguts gegen die Gläubiger des Mannes durch Anweisung in Classe III; er verbietet ihr jede Verbürgung und jede Verschreibung zu seinen Gunsten und verlangt für jede Verhandlung mit ihm die Mitwirkung eines außerordentlichen Beistandes. Er behandelt diese Anweisung in Classe III als einen Bestandtheil des öffentlichen Rechts und entzieht sie der Privatwillkür. Nur zu Gunsten eines bestimmten Gläubigers und mit Rücksicht auf ein bestimmtes Vermögensobjekt gestattet er eine Nachgangserklärung und zwar unter Beobachtung aller Garantien, welche die Deffentlichkeit zu bieten vermag. Dadurch entsteht für das privilegirte Vermögen im Ganzen und im Besonderen in der Regel keine Gefahr, sondern es bleibt der Familie und insbesondere der Frau und den Kindern gesichert.

Diese Sicherheits- und Schutzmaßnahmen würde der Gesetzgeber vollständig wirkungslos und illusorisch machen,

wenn er eine Verzichtleistung der Ehefrau auf ihre Anweisung in Classe III zu Gunsten eines Currentgläubigers zulassen würde. Er würde es ihr dadurch ermöglichen, auf Begehren ihres Mannes zum Nachtheil der Kinder und der ganzen Familie über ihr ganzes Vermögen leichtfertig zu verfügen.

Im Gegensatz zu der Ansicht des Herrn Müller, der Gesetzgeber habe offenbar ein materiell unbeschränktes Verzichtleistungsrecht allen, auch den Currentgläubigern gegenüber constituiren wollen, allein diese Absicht selbst unausführbar gemacht, müssen wir daher an dem Satz festhalten:

Der Gesetzgeber hat der Ehefrau nur das Recht eingeräumt, gegenüber neu constituirten, grundpfändrechtlich versicherten Forderungen auf vorgehende Befriedigung aus dem Erlös eines bestimmten Pfandobjectes Verzicht zu leisten und sich mit einer nachgehenden Befriedigung aus dem nämlichen Erlös zu begnügen.

Prof. R. G. König.

---

## Ein schiedsgerichtliches Urtheil aus dem Kanton Aargau.

(Eingefandt.)

Zwischen Eugen Veron, Bierbrauer in Zofingen, als Verdingsübergeber, und Schäfer und Suter, Baumeister in Zofingen, als Verdingsübernehmer wurde den 5. Juni 1872 ein Verdingsvertrag abgeschlossen: Das Verding betraf die Ausführung eines neuen Wohnhauses in Verbindung mit einem Bierbrauereigebäude und einem Wirthschaftslokale; wir heben als Vertragsbestimmung, die hier in Berücksichtigung kömmt, den Art. 1 hervor:

„Die Arbeit ist sofort nach Vertragsabschluss zu beginnen und so zu betreiben, daß bis längstens Ende September l. J. 1872 der Dachstuhl aufgerichtet und der Bau eingedeckt

„werden kann; die übrigen Arbeiten sich jedoch successive der „Art folgen, daß bis längstens Ende Mai 1873 der Bau „für und fertig bezogen werden kann. Das Bierbrauerei- „gebäude muß schon im Laufe des Herbstes, jedenfalls vor „Anfang Winter 1872 fertig werden.“

Das Bierbrauereigebäude wurde erst Ende April 1873 vollendet und war selbst in diesem Zeitpunkte noch nicht benutzbar, da mehrere den Verdingübernehmern obliegende Arbeiten theils gar nicht, theils nicht genügend erstellt waren.

Sowohl diese Beziehung als eine Menge anderer Streitpunkte führten zu einem Rechtsstreite zwischen den Parteien; der Verdingvertrag bestimmte schiedsgerichtliche Austragung desselben, das Schiedsgericht bestand aus einem Obmann und zwei Beisitzern.

Die Verdingübernehmer traten in die Rolle der Kläger und klagten einen restanzlichen Verdingbetrag von Fr. 6300 nebst Verzugszins und Fr. 235. 10 für Außeraccordarbeiten ein. (U. R. F.)

In seiner Antwort erhob der Beklagte unter anderem auch verschiedene Compensationseinreden; vorzugsweise leitete er aus der verspäteten Erstellung der Bierbrauerei und den baulichen Mängeln derselben eine Ersatzforderung her, welche er auf Fr. 5000 bezifferte und zur Abrechnung brachte; er begründete diese Gegenforderung durch die in der Klage theilweise anerkannte, im Uebrigen mit Beweisansprüchen verbundene Behauptung der verspäteten Erstellung der Bierbrauerei und baulicher Mängel, welche letztere darbot, wies die grundsätzliche Beschädigung nach und rechtfertigte den geforderten Ersatzbetrag durch eine eingehende Berechnung über den Schaden, inbegriffen entgangenen Gewinn, der ihm aus der gegnerischen bezüglichen Verschuldung erwachsen sei; zum Beweise des Schadens berief sich der Beklagte in erster Linie auf seinen Schätzungseid, in zweiter Linie auf ein Gutachten von Sachverständigen.

Wir beschränken uns in gegenwärtiger Darstellung auf diese Compensationseinrede des Beklagten, da die Maße der übrigen Streitpunkte kein wissenschaftliches Interesse darbietet.

Der Beklagte stellte das Rechtsbegehren: „In erster Linie: Die Klage sei als eine voreilige zu verwerfen; in zweiter Linie: sie sei des gänzlichen, eventuell angebrachter Maßnahmen abzuweisen;

„Unter Folge sämtlicher Kosten v. R. w.

„Eventuell, d. h. für den Fall, daß der Richter finden sollte, soweit der Bau nicht vollendet sei, habe das Begehren des Beklagten nicht auf Entschädigung, sondern Vollendung des Baues durch die Kläger zu gehen und für den Fall, daß die Gegenforderung des Beklagten den von den Klägern eingeklagten Betrag übersteigen würde, erhebe der Beklagte eine Widerklage, worin er das ersterwähnte Begehren stelle und verlange, daß ihm ein sich allfällig ergebender Mehrbetrag seiner Compensationsforderung als selbstständige Forderung zugesprochen werde, alles unter Kostenfolge v. R. w.“

Die Kläger begegneten der erwähnten Compensationseinrede vorerst mit der Behauptung, der Beklagte habe ihnen zu Vollenbung der Bierbrauerei eine Fristverlängerung eingeräumt, innert welcher der bezügliche Bau seine Vollenbung erhalten habe; im Weiteren wurde klägerisch die bezügliche beklagte Gegenforderung grundsätzlich wie quantitativ bestritten; es wurde namentlich hervorgehoben, daß der Beklagte gar nicht im Stande gewesen wäre, schon im Winter 1872/1873 Bier zu brauen, da er weder die erforderlichen Brauereieinrichtungen, noch Hopfen, noch Malz, noch die nöthigen Arbeiter gehabt habe und überhaupt den Beweis schuldig geblieben sei, daß er in der Voraussetzung, die Brauerei würde ihm zur vertragsgemäßen Zeit übergeben worden sein, wirklichen Nutzen daraus hätte ziehen können.

In der Duplik verneinte der Beklagte die replikantisch behauptete Fristerweiterung betreffend die Vollenbung der

Bierbrauerei und persiflirte die Beweisstheorie des Klägers, indem er neben anderem auch bemerkte, nach dieser Theorie wäre es auch Aufgabe des Beklagten gewesen, nachzuweisen, daß er das erzeugte Bier nicht selbst getrunken, sondern noch etwas zum Verkaufe übrig gelassen haben würde. Eventuell wurde, wenn wider alles Erwarten dem Beklagten ein bezüglicher Beweis obliegen sollte, solcher in der Richtung beantragt, daß er in der Verfassung gewesen wäre, die Bierbrauerei wirklich zu benutzen.

In Beurtheilung der Streitfrage sprach sich die Mehrheit des Schiedsgerichtes bezüglich der in Frage stehenden Compensationseinrede wörtlich so aus:

„Was nun zunächst die Frage anbelange, ober der Bau „nicht rechtzeitig, sondern verspätet geliefert worden sei, so „beschränke sich die bezügliche Ausstellung des Beklagten auf „das Bierbrauerei-Gebäude. Dieses hätte nach Maßgabe „des Bauvertrags (Art. 1) schon im Laufe des Herbst, „wenigstens vor Anfang Winter 1872 fertig werden sollen. „Der Beklagte behaupte nun, es sei die Vollendung des „Brauerei-Gebäudes erst Ende April 1873 erfolgt und ba- „sire hierauf seine bezügliche Ersatzforderung. — Die Kläger „gestehen ihrerseits zu, daß die Brauerei erst im Frühjahr „1873 fertig geworden sei und behaupten lediglich, es sei „dieß Ende März genannten Jahres geschehen. Sie stellen „aber die Sache so dar, als habe der Beklagte seinen con- „sens zu dieser späteren Vollendung gegeben; er habe sie „nämlich im Herbst 1872 aufgefordert, vor Allem aus das „Wirthschaftslokal zu erstellen, und ihnen als Aequivalent „Frist zum Bau der Bierbrauerei bis Frühjahr 1873 ein- „geräumt. Es sei also im Sinne des § 2 des Bauvertrags „durch besondere Convention von dem ursprünglich fixirten „Termin abgegangen worden. Für diese bestrittene Behauptung berufen sich die Kläger auf den gegnerischen negativen „Haupteid und es wäre daher vorerst auf diesen Beweis zu „erkennen, falls die beklagliche Schadensersatzforderung, „soweit sie sich auf die verspätete Erstellung der Brauerei

„bezieht, grundsätzlich für begründet erklärt und zum Gegenstand eines Beweisverfahrens gemacht werden wollte. Allein das Schiedsgericht finde in seiner Mehrheit, die Schadensersatzforderung, welche die Antwort auf die Thatsache der verspäteten Vollendung des Bierbrauerei-Gebäudes basire, schwebende in der Luft und es dürfte auf einen bezüglichen Beweis nicht erkannt werden. Betrachte man die maßgebenden Behauptungen der Antwort genauer, so werde zunächst gesagt, die Brauerei sei erst Ende April 1873 fertig geworden, auch damals aber noch nicht zum Betriebe brauchbar gewesen, indem der Boden des Gebäudes, der darunter befindliche Keller und der Malzboden nicht gehörig qualificirt gewesen seien. Nichtsdestoweniger wolle der Beklagte die Zeit, während welcher es ihm unmöglich gewesen sei, Bier zu brauen, auf die Dauer eines Jahres beschränken. Nachdem dann auf den Umstand hingewiesen worden, daß der Beklagte seit Dezember 1873 — sollte heißen 1862! — eine Wirthechaft betreibe und auf den Großverkauf von Bier angewiesen sei, werde ohne Weiteres folgende Berechnung aufgestellt: innert Jahresfrist hätte der Beklagte 800 Saum Bier erzeugen und wenigstens 8 Rp. per Maas daran gewinnen können. Sein Schaden betrage daher Fr. 6000, welche Summe aber auf Fr. 5000 beschränkt werde. — Es handle sich demnach in concreto um Berechnung entgangenen Gewinnes. Wenn aber entgangener Gewinn eingeklagt werden wolle, so müsse selbstverständlich das Vorhandensein der nothwendigsten Bedingungen und Prämissen behauptet sein und eventuell bewiesen werden können, unter denen allein der fragliche Gewinn zu erzielen gewesen wäre. Es müsse mit andern Worten die Berechnung entgangenen Gewinnes auf eine bestimmte thatsächliche Grundlage gestützt, es müsse dargethan werden, daß die thatsächlichen Voraussetzungen vorlagen, unter denen der Geschädigte den eingeklagten Gewinn wirklich oder wenigstens mit höchster Wahrscheinlichkeit erzielt hätte.

„Nun ermangle aber die Berechnung entgangenen Gewinnes,  
„wie sie die Antwort aufstelle, durchaus jener absolut noth-  
„wendigen thatsächlichen Angaben, jener positiven Anhalts-  
„punkte, ohne welche eine Beweisführung, insbesondere eine  
„richtige Expertise Sache der Unmöglichkeit sei. Der Be-  
„klagte hätte nämlich, wenn er überhaupt vom November  
„1872 hinweg Bier brauen und einen Gewinn damit er-  
„zielen wollte, jedenfalls auf jenen Zeitpunkt auch die ganze  
„Bierbrauerei-Einrichtung, welche nach Art. 5 des Bauver-  
„trags die Kläger nichts anging, bereit und fertig haben  
„müssen; er wäre genöthigt gewesen, die erforderlichen  
„Brauofen, Maischmaschinen, Krähnen u. s. w. auf den  
„genannten Zeitpunkt zu beschaffen; er hätte das erforder-  
„liche Quantum Malz und Hopfen vorräthig haben, er hätte  
„die erforderlichen Arbeiter engagiren müssen u. s. w. u. s. w.  
„— Daß all' dieß rechtzeitig geschehen, davon sage die Ant-  
„wort keine Silbe. Die Duplik hole dann allerdings in  
„dieser Beziehung Einiges nach und gestehe damit still-  
„schweigend zu, daß die Antwort versäumt habe, das Vor-  
„handensein der thatsächlichen Bedingungen, unter denen der  
„Beklagte überhaupt nur einen Gewinn hätte erzielen können,  
„zu behaupten und Beweise dafür zu beantragen. Es dürfe  
„aber der Richter auf duplikantische Neuerungen keine Rück-  
„sicht nehmen und fallen demnach alle bezüglichen Behaup-  
„tungen und Beweisangebote der Duplik außer Betracht. —  
„Aus all' diesen Gründen könne auf den in der Antwort  
„beantragten Beweis für die Größe des dem Beklagten  
„wegen nicht rechtzeitiger Erstellung der Bierbrauerei ent-  
„gangenen Gewinnes nicht erkannt werden. Es falle dem-  
„nach auch der Beweis, daß der Beklagte mit der spätern  
„Vollendung der Brauerei einverstanden gewesen sei, als  
„überflüssig dahin.“

Die Minderheit des Schiedsgerichtes wollte in erster  
Linie auf den Beweis erkennen, welchen die Kläger über  
die von ihnen behauptete Fristerweiterung beantragen, falls  
den Klägern dieser Beweis mißlinge, habe der Beklagte



den ihm erwachsenen Schaden durch Sachverständige zu ersetzen.

Durch die Mehrheit des Schiedsgerichtes ist so der Beklagte mit allen Ersatzansprüchen für die verspätete Uebergabe der Bierbrauerei aus dem Grunde abgewiesen worden, weil er nicht Beweise dafür geleistet, beziehungsweise beantragt hat, daß er in der Verfassung gewesen sei, die Bierbrauerei, wofern sie ihm rechtzeitig übergeben worden wäre, zu betreiben.

Unterstellen wir nun dieses Urtheil einer Kritik, so spricht sich schon das Rechtsgefühl dahin aus, daß es ein irriges sei, kömmt es ja mit dem gesunden Menschenverstande in unauflösliehen Widerspruch.

Wird die Sache wissenschaftlich betrachtet, so möchten die nachfolgenden Standpunkte maßgebend sein.

1. Daß die Bierbrauerei geraume Zeit nach dem vertragsgemäß festgesetzten Zeitpunkte übergeben worden, haben die Kläger eingestanden, freilich indem sie die vom Beklagten bestrittene Einrede vorschückten, der letztere habe ihnen die Vollendungsfrist erweitert.

2. Die §§ 715 und 716 des B.-O.-B. des Kantons Aargau, welches in Anwendung kömmt, sprechen sich also aus:

„§ 715. Ist die Verfertigung eines Werkes bedungen worden, so haftet derjenige, der sie übernommen, sowohl für die vertragsmäßige Ausführung als für den Schaden, der aus seinem Verschulden in der Ausführung entsteht.“

„§ 716. Ist die Zeit, zu welcher das Werk vollendet sein soll, zur Vertragsbedingung gemacht worden, oder ergiebt sich die Zeit aus dem Zwecke des Werkes, so hat der Besteller das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, wenn ihm das Werk nicht zu der bestimmten Zeit abgeliefert wird, und er kann den Uebernehmer zu dem Ersatze des Schadens anhalten, der ihm aus der Säumniß entsteht.“

3. Rein Zweifel also, daß, wofern dem Beklagten aus der verspäteten Uebergabe der Bierbrauerei Schaden erwachsen ist, die Kläger dafür ersatzpflichtig sind.

4. Die Mehrheit des Schiedsgerichtes irrt schon darin, daß sie die zur Compensation angemeldete Gegenforderung für erlittenen Schaden ausschließlich als entgangenen Gewinn auffaßt; zum größten Theile führt sie sich allerdings auf entgangenen Gewinn zurück, allein es liegt ihr auch positiver Schaden mit zu Grunde, da der Beklagte beispielsweise an die Verdingsumme bedeutende Abschlagszahlungen gemacht und zu diesem Behufe ein Darleihen aufgenommen hat; insofern und insoweit dieses Darleihen auf Abschlagszahlungen an den Verdingbetrag, welcher auf die Bierbrauerei fällt, verwendet worden ist, gestaltet sich der Zins, der von fraglichem Darlehensbetrag vom Beklagten von dem Zeitpunkte der vertragsmäßig festgestellten Vollendung bis zur wirklichen Vollendung und möglichen Benützung zu entrichten ist, offenbar als positiver Schaden.

5. Immerhin liegt es in der Natur der Sache, daß der Eintritt von negativem Schaden nicht haarscharf bewiesen werden kann, sondern daß der Beweis des wahrscheinlichen Eintrittes genügt; wäre es anders, so würde der Beweis eine Unmöglichkeit in sich schließen, zumal der Nichteintritt einer Masse von Eventualitäten nachgewiesen werden müßte, deren Eintritt nachtheilig auf die Erzielung eines Gewinnes eingewirkt haben würde; um uns auf den heute vorliegenden Fall zu beschränken, hätte der Beklagte beispielsweise auch beweislich erstellen müssen, daß er die Bierbrauerei verstehe, daß ihm alle und jede zur Brauerei erforderlichen Substanzen bis zur verspäteten Uebergabe des Werkes und bis zu dessen Benutzbarkeit zu Gebote standen, daß kein Zufall eingetreten sein würde, welcher die Erzielung eines Gewinnes verunmöglicht hätte. Kurz, es hätten Beweisätze aufgestellt werden müssen, bezüglich deren nur etwelchermaßen vollständigen Fassung eine reine Unmöglichkeit bestanden hätte; man würde durch einen solchen Beweisversuch sich ganz eigentlich lächerlich gemacht haben.

6. Es begnügen sich denn auch die ausgezeichnetsten Rechtslehrer, was den Beweis des entgangenen Gewinnes

betrifft, mit dem Nachweise der Wahrscheinlichkeit eines solchen; wir verweisen beispielsweise auf Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Processes 2. Band, Abschnitt XXXVII. §§ 24 und 25. — Wangerow Lehrbuch der Pandekten III. § 571, Anmerkung 3, 1 spricht sich hierüber also aus:

„Auf der andern Seite kann aber freilich auch keine „absolute Gewißheit verlangt werden, sondern es muß genügen, daß der Gewinn in hohem Grade wahrscheinlich „und die Aussicht dazu so begründet war, daß außerordentliche Ereignisse sich hätten ereignen müssen, um sie zu vereiteln, und dahin allein führen auch die gesetzlichen Weispieler von solchem *lucrum interceptum*, vgl. § 10 J. de „*lege Aquilia* (4, 31), l. 3. *si quadrup. pauper. fec. dic.* „(9, 1), l. 23. *pr. ad leg. Aquil.* (9, 2), l. ult. *de his qui „dejec.* (9, 3) l. 11. *ad exhib.* (10, 4), l. 3. *de cond. furt.* „(13, 1.) l. 19. *de usur.* (22, 1), l. 35. *pr. de legat.* III., „Gesterding, Nachforsch. I. Nr. 1.“

7. Wenn nun im vorwürfigen Falle der Beklagte neben der Thatfache, daß ihm die Bierbrauerei verspätet übergeben worden, des weiteren nachgewiesen hat, daß er Bierbrauer ist, eine eigene Wirthschaft führt, das erzeugte Bier zu verzapfen im Stande ist, infolge der durch verspätete Bauübergabe eingetretenen Unmöglichkeit, es selbst zu erzeugen, daselbe auswärts beziehen mußte und auch verhindert war, solches zum Großverkauf, zu dem er sich eingerichtet hatte, zu erzeugen, so hat er den Beweis der Wahrscheinlichkeit des entgangenen Gewinnes grundsätzlich in mehr als genügendem Grade geleistet und wenn der Beklagte zugleich sich für die grundsätzliche Beschädigung und die Größe derselben unter Anderem auch auf Sachverständige berufen hat, so fehlt seinem Beweisangebote gewiß kein Erforderniß und es erscheint das Urtheil der Mehrheit des Schiedsgerichtes, welches diesen Beweisangebot als unvollständig, man beliebt zu sagen, als in der Luft schwebend, erklärt, wir sprechen objectiv, als ein eigentlich abentheuerliches. Wenn ein

Bierbrauer eine Bierbrauerei erbauen läßt, so spricht doch gewiß die höchste Wahrscheinlichkeit dafür, daß er sie betreiben könne und selbst wenn er dieses nicht thun wollte, so würde ihm die Möglichkeit offen stehen, sie zu verpachten; immerhin liegt in der verspäteten Erstellung und Uebergabe die Schadenszufügung mit höchster Wahrscheinlichkeit vor. Wenn man in concreto für die Kläger auf das weiteste gehen wollte, so würde man dahin gelangen, ihnen als eigentliche Replik den Beweis zu gestatten, daß der Beklagte selbst bei rechtzeitiger Uebergabe der Bierbrauerei außer Verfassung gewesen sein würde, einen Nutzen daraus zu ziehen, sei es durch Selbstbetreibung oder durch Verpachtung; aus guten Gründen haben aber die Kläger einen solchen Beweis nicht einmal beantragt und es hat daher das Schiedsgericht den Mangel eines Beweisanspruches auf der unrichtigen Seite gefunden.

8. Die Mehrheit des Schiedsgerichtes hat nicht bedacht, welche Haltung sie dem Beklagten anwies; als die vertragsgemäße Frist zu Uebergabe der Bierbrauerei abgelaufen war, so war sicher vorauszusehen, daß bis zur wirklichen Uebergabe noch längere Zeit verstreichen und die Benutzbarkeit der Brauerei in einem Zeitpunkte eintreten werde, da es der Jahreszeit wegen nicht mehr möglich sei, Bier zu brauen, die wirkliche Benutzbarkeit der Brauerei sich also auf ein volles Jahr hinausrücken werde. Der Beklagte hätte nun nach dem implicirten Inhalt des Mehrheitsurtheiles gleichwohl die Substanzen zu Erzeugung von Bier, Malz und Hopfen zc. die nöthigen Geräthschaften anschaffen, das nöthige Gefinde anstellen und es zum Nichtsthun ein volles Jahr besolden und ernähren und durch alles dieses in Gestalt von positivem Schaden den Ersatz, der den Klägern obliegt, um ein höchst bedeutendes vermehren sollen; hätte er so sich benommen, so würde ihm wahrscheinlich das Schiedsgericht und zwar mit Grund muthwillige Schadensvergrößerung vorgeworfen und das bezügliche Betreffniß gestrichen haben!

Es kann daher wohl kein Zweifel bestehen, daß die Minderheit des Schiedsgerichtes die obschwebende Frage richtig gelöst und daß der Mehrheitsentscheid dem Beklagten ein colossales Unrecht zugefügt hat; glücklicher Weise gewährt das aargauische Recht gegen Schiedsprüche unter Anderem auch die Nichtigkeitsklage, wenn in den Fällen, wo die Schiedsrichter wie hier ihren Ausspruch nach den bestehenden Gesetzen zu geben haben, eine offenbare Form- oder Gesetzesverletzung stattgefunden; zu diesem Rechtsmittel wird nun der Beklagte schreiten.

Anmerkung. Da der Streit noch nicht ausgetragen ist, so würde es den Anschein beabsichtigter Beeinflussung gewinnen, wenn die Redaction schon jetzt sich eine Meinungsäußerung über den Entscheid des Schiedsgerichtes erlauben wollte.

R.

---

## **Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Cassationshofes des Kantons Bern.**

**April 1874.**

### **1) Zuleitung einer Quelle durch das Nachbargrundstück.**

Ueberfeld gegen Obrist.

(4. April 1874.)

Herr G. Obrist in Höchstetten wünschte eine von ihm erworbene Quelle zu seinem Hause zu leiten; da er sich aber mit einem der dazwischen liegenden Grundbesitzer über den Durchpaß nicht verständigen konnte, so lud er sämtliche Beteiligte in die richterliche Audienz zu Beurtheilung des Gesuches: „Es möchte der Richter nach S. 382 und 383 C. das vorgeschriebene weitere Verfahren einleiten, die Richtung der Leitung bestimmen und die vom Impetranten zu leistende Entschädigung festsetzen.“

Von den erschienenen Impetraten gab nun Franz Uebersold folgende Erklärung ab: Er mache Anspruch auf dasjenige Wasser, welches Herr Obrist als Brunnen ableiten wolle, und verwahre sich deshalb alle Rechte. Da es sich heute aber nicht gerade um das Eigenthumsrecht handle, sondern bloß darum, die Richtung der Leitung und die Entschädigung zu bestimmen, so wolle er sich diesem Verfahren nicht gerade widersetzen, sondern dasselbe in das Ermessen des Richters stellen.

Nach Anhörung des Berichtes der Sachverständigen fällt der Richter seinen Entscheid aus, bestimmte darin die Richtung der Brunnleitung sowie die zu bezahlende Entschädigung und verfügte im ferneren, es sei zwischen dem Impetranten und dem Impetraten auf Grundlage dieser Dispositive ein Dienstbarkeitsvertrag abzuschließen und zur Fertigung und nachherigen Einschreibung zu bringen.

Gegen dieses Erkenntniß notificirte Uebersold die Beschwerdeführung und stellte sodann an den Appellations- und Cassationshof die Rechtsbegehren:

1. Es solle dieses Erkenntniß, soweit es ihn betreffe, namentlich das Dispositiv 3, welches ihn zur vorbehaltlosen Abschließung eines Dienstbarkeitsvertrages verpflichte, aufgehoben werden. Eventuell:

2. Es solle diese Angelegenheit, soweit sie ihn betreffe, in der Weise ad melius agendum an den Richter von Ronolfingen zurückgewiesen werden, daß derselbe angewiesen werde, dem Rechtsvorbehalt des Franz Uebersold betreffend seinen Eigenthumsanspruch an dem fraglichen Brunnen, nach Mitgabe seiner Titel und des erlassenen Verbotes zc. in geeigneter Weise Rechnung zu tragen.

Zu Begründung machte er namentlich geltend, es stehe ihm das Recht zu auf das Abwasser desjenigen Brunnens, welchen Herr Obrist gekauft habe, und er habe dasselbe stets benutzt, um sein unterhalb gelegenes Land zu bewässern. Durch die Veränderungen, welche Herr Obrist vorgenommen habe, laufe er Gefahr, die Benutzung nicht länger fortsetzen zu können. Er habe daher ein Verbot erlassen, gegen welches aber Herr Obrist sofort Recht dargeschlagen habe. In Folge dessen habe er bei der Erscheinung vom 25. November 1875 alle Rechte vorbehalten, und da der Richter hierauf keine Rücksicht genommen, sondern ihn vorbehaltlos zum Abschluß eines Dienstbarkeitsvertrages verurtheilt habe, so habe sich derselbe der Verweigerung einer gesetzlichen Rechtshülfe, einer ungebührlichen Behandlung

und der Gestattung einer unzulässigen Rechtshilfe zu Gunsten des Herrn Obrist schuldig gemacht, weßhalb nach § 366 P. die Beschwerdeführung gerechtfertigt sei.

In der Beantwortung machte Herr Obrist darauf aufmerksam, daß ihm nicht das geringste Recht mehr eingeräumt worden, als ihm durch Einräumung des Rechts der Brunneleitung an und für sich schon zugestanden worden sei. Es liege nämlich auf der Hand, daß durch die Einräumung des Rechtes der Brunneleitung für diejenigen Grundstücke, durch welche sich die Leitung ziehe, eine Servitut begründet werde zu Gunsten des Eigenthümers der Quelle. Da nun für die Begründung dinglicher Rechte auf Immobilien ein förmlicher Vertrag, Fertigung und Einschreibung in die Grundbücher nothwendig seien, so verstehe es sich von selbst, daß derjenige, welcher kraft Gesetzes und Urtheils verpflichtet sei, die fragliche Servitut zu übernehmen, auch gezwungen werden könne, zu den daherigen Formalitäten Hand zu bieten.

Der Appellations- und Cassationshof wies die Beschwerde als unbegründet ab.

#### M o t i v e :

Daß G. Obrist das Wasser, welches ihm Peter Lehmann laut Kaufvertrag vom 13. October 1873 verkauft hat, als Brunnenquelle zu seinem Hause in Bäjwyl zu leiten beabsichtigt;

daß zu diesem Zwecke Obrist ein Ansuchen d. d. 19. November 1873 an den Gerichtspräsidenten von Ronolfingen stellte: er möchte nach S. 382 und 383 C. das vorgeschriebene Verfahren einleiten, die Richtung der Leitung bestimmen und die von ihm zu leistende Entschädigung festsetzen;

daß auf erlassene Ladung an die Eigenthümer des zwischen der fraglichen Brunnenquelle und dem bemeldten Hause liegenden Landes der miterstienene Beschwerdeführer Mebersold in dem daherigen Termine vom 25. November anbrachte: — folgt obige Erklärung —;

daß auch die übrigen miterstienenen Grundeigenthümer erklärten, sich dem Gesuche des Obrist nicht zu widersetzen;

daß hierauf der Gerichtspräsident auf Ort und Stelle die Sache untersuchte und nach Anhörung der Interessenten und des beigezogenen Sachverständigen die Leitung bezeichnete und die von Obrist zu bezahlende Entschädigung bestimmte;

daß mit Rücksicht auf obige von Mebersold abgegebene Erklärung der Richter durch diese Verfügung sich keiner Handlung

schuldig gemacht hat, welche nach § 366 B. jenen zur Beschwerdeführung berechnigen;

daß der Richter ebensowenig einer solchen Handlung durch das Dispositiv Nr. 3 sich schuldig gemacht hat, indem darin nichts anderes enthalten ist, als die gesetzliche Consequenz der dem Obrist eingeräumten Wasserleitungs-Servitut, und dieser immerhin gesetzlich berechnigt wäre, das zu verlangen, was der Richter durch dieses Dispositiv ausgesprochen hat;

daß in dem Erkenntniß des Richters ein Präjudiz bezüglich des von Uebersold beanspruchten Eigenthumsrechtes auf die fragliche Brunnquelle nicht erblickt werden kann, indem der Richter diese Frage intakt gelassen hat und dieselbe noch als eine offene anzusehen ist.

## 2) Cassation eines Gantverfahrens. Sofortige Production der als Beweismittel dienenden Urkunden.

Magdal. Gasser geb. Stern gegen B. Bachmann.

(4. April 1874.)

Unterm 20. November 1873 erschienen die obigen Parteien vor Richteramt Seftigen zu Beurtheilung folgender Rechtsabgehren:

1. Es solle das von Wittve Gasser gegen Bachmann in Folge Publikation vom 29. October 1873 für eine angebliche Forderung von Fr. 76. 91 und Folgen eingeleitete Gantverfahren kassirt werden, unter R. F.

2. Frau Gasser sei schuldig, dem Bachmann das in diesem Geschäfte zu viel Bezahlte mit Fr. 40 zurückzuvorgüten, unter R. F. Bis zu Beurtheilung dieser Begehren wurde der Richter ersucht, die angeordnete Gantsteigerung zu verschieben. Als Beweismittel rief Bachmann die hinter dem gewesenen Vogte Schmid liegenden Quittungen an, welche auf dem Editionswege oder sonst zur Stelle zu bringen er sich anheischig machte.

Frau Gasser protestirte gegen diese nachträgliche Production von Beweismitteln, sowie gegen die Einstellung des Gantverfahrens.

Der Richter hob jedoch die von Bachmann behaupteten Thatfachen zum Beweise aus und verschob einstweilen die Abhaltung der Steigerung.

Frau Gasser führte hiegegen Beschwerde und stellte an den Appellations- und Cassationshof den Antrag: Es sei der Beweis-



entscheid insofern zu kassiren, als dadurch noch andere Beweismittel als die wirklich vorgelegten, zugelassen werden.

Zu Begründung berief sie sich namentlich darauf, Bachmann berufe sich auf einen angeblichen Nachlaßvertrag, allein er sei nicht im Stande gewesen, den Beweis sofort durch Urkunden zu leisten. Auf diesen Fall nun finde der § 453 B.-B. Anwendung, wonach absolut nur solche Beweisurkunden zu berücksichtigen seien, welche sofort vorgelegt werden können; der Richter habe sich sofort durch Zulassung von ferneren Beweismitteln einer gesetzwidrigen Rechtshülfe und einer Formverletzung im Sinne des § 366 P. schuldig gemacht.

In seiner Antwort machte Bachmann geltend, sein Vogt habe das Original der fraglichen Quittung mit Nachlaß in Händen behalten und ihm zu seinem Rechtsbehelfe bloß eine vidimirte Abschrift davon zugestellt. Diese habe er bei der fraglichen Erscheinung vorgelegt und sich das Recht vorbehalten, nöthigenfalls die Originalquittung zu produciren. Der gegnerische Bevollmächtigte habe zugegeben, daß die vorgelegte Copie getreu sei, dieselbe aber aus formellen Gründen nicht anerkennen wollen, und dieß habe den Richter veranlaßt, einen neuen Termin einzuräumen, um dem Bachmann Gelegenheit zu geben, das Original der fraglichen Quittung mit Nachlaß zur Stelle zu bringen. Es seien also hier wirklich unvorhergesehene Umstände vorhanden (§ 408 B.-B.), wonach ein zweiter Termin in Sachen anberaumt werden könne.

Der Appellations- und Cassationshof wies die Beschwerde ab unter Annahme folgender

#### M o t i v e :

Daß allerdings nach § 453 B.-B. der Schuldner die Fortsetzung der Betreibung nach stattgefundener rechtsverbindlicher Ankündigung des Vollziehungsbefehls nur in dem Falle hindern kann, wenn er sofort durch Urkunden den Beweis leistet, daß er seither bezahlt oder daß der Gläubiger ihm die Verbindlichkeit erlassen oder eine weitere Zahlungsfrist gestattet habe und daß rücksichtlich des dahierigen Verfahrens die Vorschriften der §§ 407 und 408 zur Anwendung kommen.

daß nach § 408 die Entscheidung des Richters in dergleichen Fällen gleich in dem ersten Termin erfolgen soll, wenn nicht unvorhergesehene Umstände dieses unmöglich machen;

daß es in dem Ermessen des Richters liegen muß, zu prüfen und zu entscheiden, ob solche unvorhergesehene Umstände vorhanden und ein zweiter Termin zu gestatten sei oder nicht;

daß in der Verfügung des Richters vom 30. Nov. 1873, wodurch dem Bachmann die Leistung des ihm auferlegten Beweises in einem neuen Termine zugestanden wird, keine gesetzwidrige Rechtshülfe oder eine Formverletzung im Sinne des § 366 B. liegt, indem der in § 453 B. B. stehende Ausdruck „sofort“ nicht unbedingt und ausschließlich nur auf den ersten Termin vom 20. November, sondern auch auf den zweiten — Beweisführungstermin, resp. auf die Instanz zu beziehen ist.

**3) Wenn ein Haus legirt wird „ununtersucht“, so sind die in demselben aufbewahrten Forderungstitel nicht inbegriffen.**

Dan. Tchantre gegen Joh. Tchantre und Witt.  
(17 April 1874.)

In einer vom 17. November 1868 datirten letzten Willensverordnung traf Jak. Tchantre zu Gunsten seines Neffen Daniel Tchantre folgende Verfügung:

1. Aus meiner dereinstigen Verlassenschaft soll zum Voraus zufallen:

a. meinem Brudersohn Daniel Tchantre, der gegenwärtig bei mir im Dienste steht, als Dienstlohn sowohl wie als Belohnung dafür, daß er während 20 Jahren viel zu Vergrößerung meines Vermögens beigetragen, mein Wohnhaus zu Alferme, mit allem, was darin sich befindet, ununtersucht, mit Hausplatz, Garten und Umschwung, und eine Hebe zu Wingreis, Rothstückli genannt, circa zwei Mannwerk groß.

Der Bedachte hat dann aber seinem Bruder Jakob Tchantre eine Summe von fünfhundert Franken auszubezahlen.

In der Verlassenschaft befanden sich nun außer den Hausgeräthschaften auch eine Anzahl von Forderungstiteln, Gutscheinen, Obligationen, Hausbuchausständen und Gültbriefen im Betrage von zusammen Fr. 12,633. 75. Auf diese machte der Vermächtnißnehmer Anspruch, weil sich die dahेरigen Urkunden in dem Hause befänden, welches ihm „ununtersucht“ zufallen solle. Von Seiten der übrigen Erben wurde dagegen dieser Anspruch bestritten und der Appellations- und Cassationshof wies denselben als nicht gerechtfertigt ab.

Motive:

Daß der Wortlaut der letzten Willensverordnung des Sak. Tschantre sel. die Frage nicht deutlich entscheidet, ob die Forderungsrechte des Erblassers in dem Wohnhause begriffen sein sollen, welches er: „mit allem was darin sich befindet ununtersucht“ dem Beklagten Daniel Tschantre als Vermächtniß hinterlassen hat;

daß nämlich die Forderungsrechte des Erblassers nicht gleichbedeutend sind mit den Beweisurkunden für dieselben, welche sich im fraglichen Hause zur Zeit des Absterbens des Testators vorgefunden haben;

daß vielmehr Beweisurkunde und Forderungsrecht getrennt gedacht werden können und von einem Forderungsrecht, als einer unkörperlichen Sache nicht gesagt werden kann, es befinde sich an einem bestimmten Orte;

daß die Beweisführung auch keine Thatfachen ergeben hat, die einen bestimmten Aufschluß über die Absichten des Testators hinsichtlich der bestrittenen Auslegung zu geben vermöchten;

daß die Bestimmungen einer letzten Willensverordnung nicht weiter auszudehnen sind, als der deutliche Wortlaut derselben und die bewiesene Absicht des Testators gestatten.

Wegen des verwandtschaftlichen Verhältnisses, in welchem mehrere der Kläger zu dem Beklagten standen, wurden die Kosten wettgeschlagen.

**4) Erfüllung einer Forderung unterbrochen durch Anerkennung der letzteren während der Erfüllungsfrist.**

Pauli und Nith. gegen U. Binggeli.

(18. April 1874.)

Von einem Capital wurden während mehr als 10 Jahren die Zinsen nicht bezahlt und daher nach dem Tode des Schuldners vorerst in dem vormundschaftlichen Güterverzeichnisse, und sodann rechtlich eingefordert. Die Erben des Schuldners erhoben eine peremptorische Einrede gestützt auf die Thatfache, daß während mehr als 10 Jahren keine Zinsen eingefordert oder bezahlt worden seien. Der Gläubiger berief sich dagegen auf Unterbrechung der Erfüllung in Folge Anerkennung der Schuld durch den verstorbenen Schuldner. Zum Beweis dieser letzteren Thatfachen wurde einem der Erben des Schuldners, der Schwieger-tochter Wittwe Anna Pauli geb. Binggeli der Haupteid zuge-

schoben, dessen Ableistung aber von ihr verweigert. In Folge dessen wurde die peremptorische Einrede der Beklagten in beiden Instanzen verworfen.

**M o t i v e :**

Daß allerdings von den eingeklagten Forderungen seit ihrer Entstehung bis zum Todestage des Schuldners Christian Pauli keine Zinszahlungen stattgefunden haben, indem Herr Dr. von Grünigen als Bevollmächtigter des Klägers Binggeli eine Eingabe von zwölf und dreizehn Capitalzinsen in dem vormundtschaftlichen Güterverzeichnisse des Schuldners besorgte;

daß aber Wittve Pauli über die Thatsache, daß die beiden in Frage stehenden Capitalien während der Verjährungsfrist vom Schuldner oder dessen Rechtsnachfolger anerkannt worden seien, die Ableistung des ihr hierüber zugeschnobenen Eides verweigerte;

daß in Folge dieser Eidverweigerung die klägerischen Behauptungen betreffend die Unterbrechung der Verjährung durch die Anerkennung der Schuld als bewiesen angesehen werden müssen (§ 265 B.);

daß die Beklagten im Stadium der Prozeßinstruktion und des Beweisenscheides keine Beweiseinrede gegen die Eideszuschreibung an Wittve Anna Pauli in Betreff der Verbindlichkeit ihrer Aussagen für den Beklagten angebracht haben;

daß eine spätere Einwendung der Beklagten gegen diese Eideszuschreibung im Hinblick auf die §§ 150, 262, 3 und 266 B. nicht mehr zulässig ist.

**B e m e r k u n g.** Nach der Terminologie des bernischen Rechts S. 1029 C. sollte in dem Urtheile nicht von Verjährung, sondern von Ersizung gesprochen werden, dann durch Verjährung können Rechte erworben werden, durch Ersizung aber verloren gehen. R.

- 5) Ein Bauunternehmer ist zum Schadenersatz verpflichtet, wenn in Folge nachlässiger oder unterlassener Beleuchtung oder Absperrung eines Grabens Jemand verletzt wird. Für die Civilklage aus einem Vergehen ist die ordentliche Ersizungsfrist maßgebend.

Straub gegen Müller.

(23. April 1874.)

Bei Erstellung eines Röhrennetzes für die Wasserversorgung von Interlaken wurde von dem Unternehmer Straub ein Wasser-

graben aufgeworfen, welcher jedoch in der Nacht vom 27/28. April 1870 nicht beleuchtet und nicht abgesperrt wurde. In Folge dessen stürzte Friedr. Müller, Mineralwasserfabrikant, in denselben und verletzte sich so erheblich am Knie, daß er längere Zeit bettlägerig und arbeitsunfähig war. Nachdem er zuerst ohne Erfolg eine Strafflage gegen Straub eingereicht hatte, spielte er am 14. März 1873 eine Civilklage auf Entschädigung gegen denselben aus. Dieser setzte Straub eine peremptorische Einrede entgegen, weil seit dem Unfall mehr als zwei Jahre verflossen seien und daher nach Art. 9 Strafverf. die Ersetzung eingetreten sei. Müller bestritt die Richtigkeit dieser Behauptung und gab nur zu, daß die öffentliche Klage aus einem Vergehen erloschen sei, nicht aber die Civilklage.

Der Appellations- und Cassationshof wies die peremptorische Einrede ab.

#### M o t i v e :

Daß der Kläger allerdings vorerst eine Strafanzeige gegen den Beklagten beim Regierungsstatthalteramt Interlaken eingereicht hat;

daß jedoch dieser Anzeige, nachdem solche dem Untersuchungsrichter überwiesen worden, keine Folge gegeben wurde, da keine Polizeiübertretung stattgefunden habe;

daß in Folge dessen der Kläger mit seinen allfällig gegenüber dem Beklagten geltend zu machenden Ansprüchen an den Civilrichter verwiesen wurde;

daß die Civilklage aus einer strafbaren Handlung mit der öffentlichen Klage angebracht werden kann (Art. 3 St.-B.);

daß dieß im vorliegenden Falle nicht geschehen ist;

daß demnach der Kläger seine Schadenersatzklage innerhalb der gewöhnlichen zehnjährigen Verjährungsfrist anbringen konnte.

Mit Bezug auf die Hauptsache wurde dem Kläger seine Entschädigungsforderung zugesprochen.

#### M o t i v e :

Daß der dem Kläger entstandene Nachtheil nicht aus einer Polizeiübertretung hergeleitet werden kann;

daß dem Beklagten aber ein Verschulden zur Last fällt, das darin seinen Grund (!) hat, daß derselbe auf seine Handlungsweise nicht denjenigen Fleiß verwendet hat, den eine Person

von gewöhnlichen Fähigkeiten auf ihre Handlungen verwenden soll (S. 963 C.) indem er :

- a. den zu Erstellung des Röhrennetzes für die Wasserversorgung von Interlaken beim Hause des Kutschers Bosß in Arnmühle aufgeworfenen Graben bei'r Nachtzeit nicht gehörig beleuchtete und absperrete oder zudeckte, obßchon er dazu verpflichtet war,
- b. trotzdem er auf seine Nachlässigkeit aufmerksam gemacht wurde, seiner Verpflichtung nicht nachkam;

daß die Herren Gruner und Ott als Unternehmer mit Einwilligung des Verwaltungsrathes der Wasserversorgung von Interlaken dem Beklagten die Grabarbeiten in Unterakford gaben;

daß demnach letzterer für Handlungen oder Unterlassungen, welche mit der Ausführung dieser Akfordarbeiten in Verbindung stehen und wodurch Jemand geschädigt wurde, direkt verantwortlich ist.

**6) Anweisung eines Wechselgläubigers im Geltstage des Schuldners, obßchon er wegen richterlicher Beschlagnahme des Forderungstitels nicht im Stande war, denselben im Original oder in beglaubigter Abschrift vorzulegen.**

Berner Handelsbank gegen Herold und Mith.

(24. April 1874).

**M o t i v e :**

Daß allerdings nach § 577 B. B. der Eingabe der Forderungstitel in Original oder in beglaubigter Abschrift beigelegt werden soll;

daß aber die Berner Handelsbank ihrer Eingabe in den Geltstag der Firma C. Hüni, Müller zur Neumühle, den fraglichen als Forderungstitel dienenden Wechsel weder in Original noch in beglaubigter Abschrift beilegen konnte, weil derselbe laut Beschluß des Untersuchungsrichters von Thun zu den Untersuchungsakten erkannt worden war, welche auf Anzeige des vorgelieblichen Wechßelschuldners Joh. Jenni in Thun wegen Wechßelsfälschung gegen den Trassanten C. Hüni aufgenommen wurden;

daß der gleiche Untersuchungsrichter von dieser Beschlagnahme des Wechßels der Berner Handelsbank amtliche Kenntniß gegeben;

daß derselbe unterm 26. Hornung 1872 die dahерigen Untersuchungsakten in Folge Erkenntnisses der Anklagekammer dem Untersuchungsrichter von Konolfingen zusandte, ohne daß der Berner Handelsbank Kenntniß gegeben worden wäre;

daß, da diese unter Beilegung der richterlich erlassenen Wechselaufforderung in ihrer Eingabe als Beweismittel sich ausdrücklich auf den fraglichen Wechsel und Protest berufen — die Amtsgerichtsschreiberei Konolfingen als Liquidationsbehörde in bemeldtem Geltstage in der Möglichkeit stand, von dem Vorhandensein jener Beweismittel vollständige Kenntniß zu nehmen;

daß unter diesen Umständen mit Grund angenommen werden darf, es habe die Berner Handelsbank nach Möglichkeit und in der Art ihre Anforderung bescheinigt, daß deren Abweisung in dem Geltstage als nicht gerechtfertigt erscheint;

daß auch bei einer allfälligen gegentheiligen Auffassung — die Berner Handelsbank in dem obwaltenden Einspruchsprozesse jedenfalls ihre Anforderung hinlänglich bewiesen hat und ihr Klagsbegehren als gerechtfertigt erscheint;

daß auf den Protest des Wechsels die Berner Handelsbank zum Rückgriff gegen die Firma C. Hüni, Müller (zur Neumühle), als Indossantin berechtigt war, und die Folgen der Fälschung des Wechsels auf diese und nicht auf jene fallen.

## Maі 1874.

### 7) Cassation eines Urtheils der Kriminalkammer wegen unrichtiger Anwendung des Gesetzes. — Urtheil des Appellations- und Cassationshofes gestützt auf den Wahrspruch der Geschwornen.

In Sachen des Sam. Messerli und Joh. Graf.

(1. Maі 1874.)

In der Untersuchungssache gegen Joh. Schüpbach, Samuel Messerli, Sohn, Joh. Graf und Samuel Messerli, Vater, gaben die Geschwornen des II. Geschwornenbezirkes auf die an sie gestellten Fragen folgendes Verdikt ab:

1. Frage: Hat sich der Angeklagte Samuel Messerli, Sohn, des betrügerischen Geltstages dadurch schuldig gemacht, daß er nicht lange vor der gegen ihn erfolgten Geltstagserkennung, in betrügerischer Absicht:

- a. am 31. Januar 1872 seine Wirthschaftsbesitzung bei der Station zu Uttigen nebst Zugaben seinem Vater Samuel Messerli unter dem wahren Werthe verkauft und dadurch das in diesem Kaufsobjekte vorhandene und den Gläubigern verfangene Vermögen bei Seite geschafft oder der Geltstagsmasse entzogen hat?

Antwort: Nein.

- b. am gleichen Tage und in dem nämlichen Kaufe eine unrichtige Quittung für Fr. 808. 73 zum Vortheile des Käufers und zum Nachtheile der übrigen Gläubiger ausgestellt hat?

Antwort: Nein.

- c. zu einer Zeit, wo ihm seine Zahlungsunfähigkeit bekannt war, unter falschen Vorpiegelungen über den Stand seines Vermögens eine neue Weinschuld eingegangen hat, zu deren Erfüllung er keine gegründete Hoffnung haben konnte?

Antwort: Ja.

2. Frage: Uebersteigt der hiedurch für die Gläubiger entstandene Nachtheil den Betrag von Fr. 300?

Antwort: Nein.

3. Frage: Hat sich der Angeklagte Samuel Messerli, Vater, der Hülfeleistung schuldig gemacht:

- a. bei dem sub Ziff. 1 a genannten Vergehen?

Antwort: Ja.

- b. bei dem sub Ziff. 1 b genannten Vergehen?

Antwort: Ja.

- c. bei dem sub Ziff. 1 c genannten Vergehen?

Antwort: Nein.

4. Frage: Hat sich der Angeklagte Johann Schüpbach des betrügerischen Geltstages dadurch schuldig gemacht, daß er, um seine übrigen Gläubiger zu benachtheiligen, nicht lange vor der Geltstagserkennung, d. h. am 18. Januar 1872 den Rest — eine Summe von circa Fr. 1500 — der auf der Kaufbeile vom 6. April 1871 noch ausstehenden Kaufrestanz, welche er damals nach dem Inhalte dieses Kauftitels am Sohne Samuel Messerli noch zu fordern gehabt hätte, dem Vater Messerli und dem Johannes Graf zur theilweisen Deckung der Wechselschuld abgetreten hat, welche diese kurz vorher im Betrage von Fr. 200 nebst Kosten, als Bürgen für den Wechselschuldner Samuel Messerli, Sohn, bezahlt hatten?

Antwort: Nein.



5. Frage: Uebersteigt der hieraus der Weltstagsmasse des Johann Schüpbach entstandene Nachtheil den Betrag von Fr. 300?

6. Frage: Hat sich Samuel Messerli, Sohn, der Hülfeleistung bei dem in Frage 4 erwähnten Vergehen schuldig gemacht?

7. Frage: Hat sich Samuel Messerli, Vater, der Hülfeleistung bei dem in Frage 4 erwähnten Vergehen schuldig gemacht?

8. Frage: Hat sich Johann Graf der Hülfeleistung bei dem in Frage 4 erwähnten Vergehen schuldig gemacht? (Eventuell d. h. wenn die 4. Frage verneint wird.)

9. Frage: Hat sich der Angeklagte Johannes Schüpbach der Pfandverschleppung zum Nachtheile der Herren Rüfenacht-Moser, Weinnegotiant in Bern, durch die in Frage 4 erwähnte Abtretung schuldig gemacht?

Antwort: Ja.

10. Frage: Uebersteigt der hiedurch verursachte Schaden den Betrag von Fr. 300?

Antwort: Nein.

11. Frage: Haben sich die hienach benannten Angeklagten der Hülfeleistung bei dem in Frage 9 erwähnten Vergehen, wissend, daß die fragliche Kaufbeile oder Kaufrestanz von Herrn Rüfenacht-Moser gepfändet war, schuldig gemacht, nämlich:

a. Johann Graf?

Antwort: Nein.

b. Samuel Messerli, Vater?

Antwort: Nein.

c. Samuel Messerli, Sohn?

Antwort: Nein.

12. Frage: Sind mildernde Umstände vorhanden zu Gunsten:

a. des Johann Schüpbach?

Antwort: Ja.

b. des Samuel Messerli, Vater?

Antwort: Ja.

c. des Samuel Messerli, Sohn?

Antwort: Ja.

d. des Johann Graf?

Gestützt auf diesen Wahrspruch der Geschwornen fällt es sodann der Affisenhof folgendes Dispositiv aus:

I. Es sind verurtheilt :

1. Samuel Messerli, Sohn, zu drei Monaten Korrekthaus, wovon vierzig Tage Untersuchungshaft abgezogen werden; die restirenden fünfzig Tage sind in Gefangenschaft umgewandelt.
2. Samuel Messerli, Vater, zu sechszig Tagen Gefangenschaft.
3. Johann Schüpbach ebenfalls zu sechszig Tagen Gefangenschaft.
4. Alle drei solidarisch zu Bezahlung der Kosten an den Staat, bestimmt auf Fr. 480.
5. Ebenfalls alle drei zu Bezahlung der Kosten gegenüber der Civilpartei (Getstagsmasse des Johann Schüpbach), welche bestimmt sind auf Fr. 120.

II. Der zwischen Samuel Messerli, Sohn, und Samuel Messerli, Vater, abgeschlossene Kaufvertrag vom 13. Januar 1872 ist cassirt.

III. Ebenso ist die zwischen Johann Schüpbach einerseits und Samuel Messerli, Vater, und Johann Graf andererseits errichtete Abtretung für eine Summe von Fr. 1510, d. d. 18. Januar 1872, cassirt.

Gegen dieses Urtheil reichten Samuel Messerli, Vater, Schreiner in Uetendorf und Johannes Graf, Schuhmacher daselbst unterm 21. Juli 1872 zc. ein Cassationsgesuch ein, in welchem sie die Anträge stellten :

Es möchte der Appellations- und Cassationshof das Erkenntniß des Kriminalkammer vom 19. Juni 1873 wegen falscher Anwendung des Straf- und des Civilgesetzes cassiren, und an dessen Stelle selbst ein auf den Wahrspruch der Geschwornen gestütztes Endurtheil aussprechen, daß er :

- a. den Samuel Messerli, Vater, von Schuld und Strafe befreie;
- b. die Cassation des Kaufvertrages zwischen Sohn Messerli und Vater Messerli aufhebe und
- c. ebenso die Cassation der Abtretung des Johann Schüpbach an Vater Messerli und Johann Graf aufhebe, Alles unter Kostenfolge gegen wen Rechtens.

Zu Begründung der obigen Schlüsse brachten die Cassationskläger im Wesentlichen an :

1. Vater Messerli allein beschwert sich vorerst wegen falscher Anwendung des Strafgesetzes und machte geltend: Er sei zu Strafe verurtheilt worden, obschon nach dem Verdikte der Ge-

schwornen anzunehmen sei, es liege hinsichtlich seiner keine durch das Gesetz mit Strafe bedrohte Handlung vor. Die Geschwornen hätten ausgesprochen, es liege hinsichtlich des Wirthschaftsverkaufes und der Duittingausstellung (Fragen 1 a und b) der Fall eines betrügerischen Geltstages nicht vor und es beruhe deßhalb ihre Annahme, daß sich nichts destoweniger Vater Messerli bezüglich dieser beiden Fragen der Gehülfschaft schuldig gemacht habe, auf einem offenbaren Rechtsirrhume, der von der Kriminalkammer als der rechtsprechenden Behörde im Sinne der Freisprechung zu rectificiren gewesen. Wo kein Thäter, da auch kein Gehülfe.

2. Vater Messerli wieder allein beschwerte sich wegen falscher Anwendung des Civilgesetzes und beklagte sich darüber, daß der Kauf zwischen ihm und dem Sohn cassirt worden, obschon die Geschwornen das Vorhandensein eines betrügerischen Geltstages verneint und diese Cassation von keiner Civilpartei verlangt worden sei. Letzteres sei dahin zu erläutern, daß der einzig als Civilkläger auftretende Abraham Stettler vor der Hauptverhandlung sich mit den Angeschuldigten verständigt und sich deßhalb bei'r Hauptverhandlung nicht mehr als Civilpartei gestellt habe und daß überdieß die Geltstagsmasse nicht nur nicht als Civilpartei aufgetreten, sondern gegentheils an einer gesetzlich einberufenen Gläubigerversammlung den förmlichen Beschluß gefaßt habe, den Kauf nicht anfechten zu wollen.

3. Vater Messerli und Johannes Graf vereint beschwerten sich ebenfalls wegen falscher Anwendung des Civilgesetzes, durch welche die Session der Jr. 1510 an sie cassirt worden sei.

Messerli und Graf seien von der Anklage auf Gehülfschaft bei Pfandverschleppungen freigesprochen worden; sie hätten überdieß von keiner Seite Vorladungen als allfällig civilistisch verantwortliche Parteien erhalten und es sei demzufolge die Stellung der bezüglichen Cassationsanträge ihnen gegenüber nicht statthaft. Eventuell behaupteten die Cassationskläger im ferneren, daß jedenfalls nur soweit hätte cassirt werden können, als das Verdict der Geschwornen hinsichtlich des entstandenen Schadens, d. h. nicht über einen Betrag von Fr. 300 hinaus, gegangen sei.

Der Seitens der Kriminalkammer eingeholte Bericht, d. d. 6. Dezember 1873 suchte sowohl den Wahrspruch der Geschwornen als das Erkenntniß des Assisenhofes in allen Theilen zu rechtfertigen.

Hierauf gestützt fällt der Appellations- und Cassationshof in Anwendung der Satz. 479 Nr. 4 und 5 C. und 491 St. B., und unter Annahme der

Motive:

Daß die Geschwornen die Frage, ob Samuel Messerli, Sohn, sich: a. durch den am 31. Januar 1872 bemerkten Verkauf seiner Wirthschaftsbesitzung bei der Station zu Uttigen an seinen Vater Samuel Messerli, b. durch die seinem Vater in diesem Kaufe ausgestellte Quittung für Fr. 808. 73 des betrügerischen Geltstages schuldig gemacht haben, betreffs beider Punkte verneint, dagegen die weitere Frage, ob Samuel Messerli, Vater, sich der Hülfeleistung schuldig gemacht habe: 1. bei dem sub litt. a genannten Vergehen; 2. bei dem sub litt. b genannten Vergehen betreffs beider Punkte bejaht haben, insofern dessen der Wiffenhof gegen Vater Messerli eine Strafe ausgesprochen und den Kaufvertrag vom 31. Januar 1872 cassirt hat;

daß die Bejahung der letzten Frage in direktem und unlösbarem Widerspruch mit der Verneinung der ersten Frage steht, da nicht einerseits der Sohn Messerli betreffs gewisser ihm zur Last gelegten genau bestimmten Handlungen des betrügerischen Geltstages nicht schuldig, der Vater Messerli aber wegen Mitwirkung bei den nämlichen Handlungen der Hülfeleistung bei einem betrügerischen Geltstage schuldig sein kann, indem:

- a. in einem Falle, wo, wie im vorliegenden, es sich einzig und allein fragt, ob gewisse unzweifelhafter Weise von dem als Urheber eines Betruges, hier des betrügerischen Geltstages, Angeschuldigten, vorgenommene Rechtsgeschäfte den Charakter betrügerischer Handlungen an sich tragen, die Schuld eines Mitwirkenden ungeachtet der Nichtschuld des Hauptangeschuldigten einzig und allein möglich ist, wenn letzterer nicht zurechnungsfähig ist, wogegen wenn der Hauptangeschuldigte zurechnungsfähig ist, ein dessen Nichtschuld aussprechender Wahrspruch keinen andern Sinn haben kann, als den, daß die in Frage liegenden Rechtsgeschäfte keinen betrügerischen Charakter haben; in welchem Falle aber von einer strafbaren Hülfeleistung desjenigen, der bei Vornahme der als nicht strafbar erklärten Rechtsgeschäfte mitgewirkt hat, keine Rede sein kann,
- b. der den Sohn Messerli betreffs der Rechtsgeschäfte, bei denen sein Vater mitgewirkt hat, freisprechende Wahrspruch wirklich nur die Bedeutung haben kann, daß die fraglichen Rechtsgeschäfte keinen strafbaren Charakter haben, da er augenscheinlicher Weise nicht auf der Annahme der Unzurechnungsfähigkeit des Sohnes Messerli beruht, indem weder den Geschwornen eine bezügliche Frage vor-

gelegt wurde, noch in den Akten der leiseste Anhaltspunkt für Annahme der Unzurechnungsfähigkeit enthalten ist und da, was entscheidend ist, der Sohn Messerli wegen einer andern Handlung, bei welcher sein Vater nicht mitgewirkt hat, des betrügerischen Geltstags schuldig erklärt worden ist,

- e. demzufolge der Vater Messerli durch seine Mitwirkung bei den durch seinen Sohn vorgenommenen, durch den Wahrspruch als straflos erklärten Rechtsgeschäften sich keiner strafbaren Handlung schuldig gemacht haben kann;

daß aus diesen Gründen einerseits Vater Messerli nicht mit Strafe belegt werden kann (Satz. 446 St. B.) und andererseits der Kaufvertrag zwischen Sohn und Vater Messerli aufrecht zu erhalten, respektive die durch den Affisenhof ausgesprochene Cassation desselben aufzuheben ist, da nach Art. 228 St. G. nur die betrügerischer Weise abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nichtig erklärt werden sollen und überdies bei der Verhandlung vor den Affisen weder von der Geltstagsmasse des Sohnes Messerli, noch von dem ursprünglich als Civilpartei aufgetretenen Abraham Stettler, welcher letzterer sich mit den Angeschuldigten verglichen hat, noch von irgend einer andern Partei Anträge auf Nichtigklärung des Kaufsvertrages gestellt worden sind;

daß die Geschwornen die Frage, ob sich Johann Schüpbach durch die am 18. Januar 1872 bewerkstelligte Abtretung einer von Samuel Messerli, Sohn, schuldigen Kaufrestanz von ungefähr Fr. 1500 einer Pfandverschleppung zum Nachtheil des Herrn Rüfenacht-Moser schuldig gemacht habe, bejaht haben, weshalb die Cassation der erwähnten Abtretung gemäß dem Antrag des Beschädigten, des Herrn Rüfenacht-Moser, d. h. insoweit in derselben über die für dessen Forderung gepfändete Summe verfügt wurde, vollkommen gerechtfertigt gewesen wäre;

daß aber der Affisenhof die Cassation der fraglichen Abtretung nicht hierauf beschränkt, sondern dieselbe betreffs der ganzen abgetretenen Summe ausgesprochen hat, welche Ausdehnung unzulässig ist, indem durch diejenige Handlung, deren einzig Schüpbach schuldig erklärt worden ist, nämlich die Verschleppung gepfändeter Gegenstände, der einzige Gläubiger, welcher hat pfänden lassen, benachtheiligt worden ist, mithin selbst, wenn man annimmt, daß die Strafgerichte befugt seien, auch zu Gunsten derjenigen durch strafbare Handlungen benachtheiligten, die keine Anträge stellen, Verfügungen zu treffen, die Cassation, insoweit sie über die zur Deckung der Forderung des Herrn Rüfenacht-

Moser erforderliche Summe hinausgeht, nicht ausgesprochen werden konnte,

folgendes Urtheil:

1. Samuel Messerli, Vater, ist von Strafe befreit.
2. Die Cassation des zwischen Samuel Messerli, Sohn, und Samuel Messerli, Vater, abgeschlossenen Kaufvertrags vom 31. Januar 1872 ist aufgehoben.
3. Die Cassation des zwischen Johann Schüpbach einerseits und Samuel Messerli, Vater, und Johannes Graf andererseits errichteten Abtretung für eine Summe von Fr. 1510 vom 18. Januar 1872 ist insoweit aufgehoben, als sich diese Cassation auf mehr als die Summe erstreckt, welche zur Deckung der Forderung des Rüfenacht-Moser sammt Folgen erforderlich ist. Im Uebrigen sind die Cassationskläger mit ihrem diesen Punkt betreffenden Begehren abgewiesen.
4. Die Gerichtskosten sind dem Staate auferlegt.
5. Die Kosten zwischen den Parteien sind wettgeschlagen.

8) Wenn bei einer öffentlichen Versteigerung vom Gerichtsschreiber die Zusicherung ertheilt wird, zuerst sämtliche Grundstücke stückweise und am Schlusse der Steigerung dieselben auch sammethaft in Ausruf zu bringen, so kann er nachher hievon nicht wieder abgehen, sondern muß ein Angebot, welches für die sämtlichen Liegenschaften gemacht worden ist, annehmen. Der Zuschlag eines einzelnen Stückes an einen anderen Ersteigerer wird daher cassirt und eine Nachsteigerung angeordnet.

Scherrer und Ruf gegen Amtsgerichtsschreiberei Laufen.

(9. Mai 1874.)

M o t i v e :

Daß in der Steigerungsöffnung vom 2. Dezember 1873 festgesetzt ist, daß die Immobilien stückweise und nachher auf Begehren sammtthast (en bloc) zur Steigerung gebracht werden sollen;

daß dieser Klausel gemäß die Hingabe en bloc für eine Gesamtsumme von Fr. 2380 erfolgt ist;

daß im Nachsteigerungsprotokoll vom 5. Februar 1874 steht, daß die Hingabe bei der Nachsteigerung unter den gesetz-

lichen Bedingungen, enthalten in der bezüglichen Vorsteigerung vom 2. Dezember 1873, geschehen soll;

daß vor der Steigerung diese Bedingungen öffentlich bekannt gemacht worden sind, dieselben daher für alle Parteien Regel machten;

daß, da die Hingabe en bloc in Art. 515 B.-B. vorgeschrieben ist, wenn die Immobilien ein landwirthschaftliches Ganzes bilden, das Gesetz es keineswegs im entgegengesetzten Falle verbietet, daher die vorangeführte Klausel keine ungesetzliche war, und die die Steigerung leitenden Beamten dieselbe beobachten mußten;

daß Martin Ruf, wie er auch in der Beschwerde erklärt, für die Immobilien en bloc ein Uebergebot von Fr. 100 gemacht hat, daß es daher im wohlverstandenen Interesse sowohl der Gläubiger als des Schuldners lag, zu der verlangten Hingabe zu schreiten;

daß der Art. 426 B.-B., welcher die Richtigkeit nur solcher Stipulationen im Auge hat, welche dem Schuldner zum Nachtheil gereichen könnten, im gegenwärtigen Falle keine Anwendung findet.

**9) Die Frage, ob eine Zahlungsaufforderung und der Vollziehungsbefehl dahinfalle, wenn nicht binnen Jahresfrist gepfändet wird, kann nicht auf dem Beschwerdeweg erörtert werden, sondern nur auf demjenigen des Einspruchs. (§§ 418 und 453 B.-B.)**

Der Bevollmächtigte des Gläubigers steht zu dem Schuldner in keinem Vertragsverhältnisse und es ist daher eine Beschwerdeführung gegen denselben unstatthaft. (Judicate vom 1. Sept. 1851 und 5. März 1855.)

Der Weibel, welcher die Pfändung ausführt, hat keine Pflicht zu prüfen und zu beurtheilen, inwieweit die ihm übergebenen Betreibungsacten Grund zu Streitigkeiten geben können und namentlich ist er nicht im Falle, sich nach der Thatsache zu erkundigen, ob in Wirklichkeit der Fall der Erstföhung vorhanden sei, oder ob diese nicht etwa durch irgend einen spätern Act unterbrochen worden sei.

Entscheide vom 9. und 29. Mai 1874 in Sachen Studer gegen Rechts-agent Surber und Unterweibel Wenger.

**10) In einer gerichtlichen Vereinigung sind dem überlebenden Ehegatten diejenigen Gegenstände zu belassen, welche von der Pfändung befreit sind, und es hat derselbe überdies Anspruch auf Unterhaltung aus der Masse.**

Rosina Arn geb. Fink gegen Massaverwalter in der gerichtlichen Vereinigung ihre Ehemannes sel.

(9. Mai 1874.)

Nach dem Tode ihres Ehemannes schlug Wittve Rosina Arn geb. Fink im Sinne des Art. 605 B. v. B. die Erbschaft aus und verlangte die gerichtliche Vereinigung. Mit Vorwissen des Massaverwalters erhob sie sodann aus der Verlassenschaft ein vollständiges Bett, 1 Tisch, 2 Sessel, 1 Nachtsch, ihr Tröglein und einen Spiegel. Als nun später die Geldtagsbehörde beschloß, diese Gegenstände zur Masse zu ziehen und zu versteigern, ergriff Wittve Arn gegen diesen Beschluß das Rechtsmittel der Beschwerdeführung.

Wie im Geldtagsverfahren, so habe die Familie auch in gerichtlichen Vereinigungen das Recht vom Massavermögen die in Art. 471 und 563 B. v. B. beschriebenen Gegenstände zc. abzusondern. Sie dürfe somit verlangen, daß ihr dieselben zum Eigenthum überlassen werden, sowie daß die Art. 471 und 563 B. v. B. zu ihren Gunsten zur Anwendung kommen. Sie stellte daher die Begehren:

1. Es seien ihr die aus der Masse erhobenen hievor bezeichneten Gegenstände als von der Pfändung befreit zum Eigenthum zu überlassen und es sei die Liquidationsbehörde in der gerichtlichen Vereinigung gegen ihren Ehemann sel. nicht berechtigt, diese Gegenstände zur Masse zu ziehen und zu versteigern.
2. Es sei ihr außer obigem das fernere nöthige Koch- und Tischgeschirr aus der Masse zu verabsolgen, ferner ein Bett für die Kinder.
3. Es sei ihr aus der Masse vom Erlös der verkauften Kuh ein Betrag von Fr. 72. 46 auszuhändigen.
4. Es seien ihr vom Richter zu ihrem und zum Unterhalte ihrer Kinder Alimente zu bestimmen, die der Massaverwalter ihr sodann aus dem Massavermögen zu berichtigen habe.

Die Liquidationsbehörde schloß auf Abweisung der Beschwerde und der gestellten Rechtsbegehren.



Der Appellations- und Cassationshof sprach die Beschwerde zu nach Maßgabe der §§ 471 und 563 B.-B.:

1. a. soweit es die nöthigen Betten für sie und ihre Kinder betrifft und  
b. soweit es das nöthige Koch- und Tischgeschirr betrifft.
2. Der Massaverwalter wurde angewiesen, der Wittwe Arn und ihren Kindern bis zum Ablauf der Eingabefrist die erforderliche Unterstützung und wenn nöthig die erforderliche Unterhaltung aus der Masse verabfolgen zu lassen.

Mit ihren weitergehenden Begehren wurde die Beschwerdeführerin dagegen abgewiesen.

#### M o t i v e :

Daß nach § 607 B.-B. bei der Vereinigung einer erblosen Verlassenschaft in Rücksicht auf die Obliegenheiten des Massaverwalters u. s. w. dieselben Vorschriften gelten wie beim Geltstag und daß dieses Gesetz namentlich hinweist auf §§ 558 B.-B. fl. also auch auf § 563 B.-B.;

daß in Gemäßheit dieser letztern Vorschrift die von der Pfändung befreiten Gegenstände nicht zur Masse zu ziehen sind, und die Familie des verstorbenen Fr. Arn Anspruch hat auf Unterstützung und nöthigen Falls auf Unterhaltung aus der Masse bis zum Auslauf der Eingabefrist;

daß aber diese Ausnahmen nicht weiter auszudehnen sind als der Wortlaut des Gesetzes gestattet.

#### **11) Es ist nicht zulässig, eine Manifestation und einen Beweis zum ewigen Gedächtniß in einem und demselben Verfahren vorzunehmen.**

Jacob Schär gegen Frau Anna Barbara Schär geb. Grädel.

(29. Mai 1874.)

#### M o t i v e :

Daß die Beschwerdeführer die Frau A. B. Schär vor den Richter geladen, um sie sowohl manifestationsweise als auch durch Beweisführung zum ewigen Gedächtniß einvernehmen und gutfindend beeidigen zu lassen, und in beiden Beziehungen nur einen Beweisatz aufgestellt und der Impetratin Schär mitgetheilt haben;

daß die Vorlader in dem dahерigen Termine daran festhielten, daß sie berechtigt seien, den Manifestationseid zu verlangen und im gleichen Verfahren auch im Weitern eine Beweisführung zum ewigen Gedächtniß vornehmen zu lassen, während dagegen Frau Schär dieses durch ein gestelltes Rechtsbegehren bestritten hat;

daß diese Controverse durch keine bestimmte gesetzliche Vorschrift gelöst ist;

daß aber nach der Natur dem Zwecke und der Behandlungsweise dieser beiden Rechtsmittel deren Anwendung in einem und demselben Verfahren als unzulässig und zu Verwirrung führend erscheint.

**Schreiben des Appellations- und Cassationshofes an den schweizerischen Bundesrath betreffend Verweigerung der Bewilligung einer Vorladung einer im Kanton Bern niedergelassenen Glarnerin vor die Glarnerischen Gerichte behufs Cassation eines im Kanton Bern abgeschlossenen Abtretungsvertrages über ebendasselbst gelegene Immobilien.**

In der Rekursangelegenheit des Johannes Herrenschwand zu Herrenschwanden als Vormund der Kinder Maria Katharina, Sophie Katharina Ida und Wilhelm Rudolf Heller von Kirchlinbach gegen unsern Entscheid vom 22. November 1873 betreffend die nicht bewilligte Vorladung des Vermittleramts Schwanden (Glarus) schließen wir uns im Allgemeinen den thatsächlichen und rechtlichen Anbringen der Jungfrau Maria Elisabeth Zoppi vom 16. März 1864 an und beschränken uns darauf, bloß folgende Punkte besonders hervorzuheben.

In thatsächlicher Beziehung ergibt sich aus den Schriften beider Parteien folgendes:

1. Der im Jahr 1873 verstorbene Erblasser Isaaß Zoppi war zwar gebürtig von Schwanden, Kanton Glarus;
2. er hatte aber seinen Wohnsitz seit vielen Jahren in Bern;
3. dasselbe ist der Fall mit der vorgeladenen Jungfrau Maria Elisabeth Zoppi, einer Tochter des Isaaß Zoppi;
4. Dagegen sind die Rekurrenten, drei Kinder Heller, Großkinder des Isaaß Zoppi, als Bürger von Herrenschwand Angehörige des Kantons Bern und haben auch, gleich wie ihr Vormund Johann Herrenschwand stets daselbst gewohnt;

5. das minderjährige, unter der Vormundschaft des Herrn Handelsmand Streiff in Bern stehende uneheliche Kind einer verstorbenen Schwester, der Maria Elisabeth Zoppi, von Schwanden (Glarus) gebürtig, hat gegen unsern Entscheid nicht recurriert;

6. der Erblasser Jsaak Zoppi ist in Bern verstorben und seine Erbschaft wurde in Bern eröffnet;

7. seine ganze Verlassenschaft befand und befindet sich im Gebiete des Kantons Bern;

8. der angefochtene Abtretungsvertrag vom 23. Mai 1872 wurde in Bern abgeschlossen.

Nun verlangten die Kläger in der Ladung vom 11. November 1873, daß die Gerichte des Kantons Glarus den zwischen Jsaak Zoppi und seiner Tochter Maria Elisabeth Zoppi am 23. Mai 1872 abgeschlossenen Abtretungsvertrag annulliren und die sämmtlichen betreffenden Objekte — die in Bern gelegenen Immobilien — zu dem Nachlasse des Erblassers Jsaak Zoppi gehörig erklären sollen, „unter Vorbehalt weiterer Rechte der Klägerschaft“.

Einer solchen Vorladung konnten wir die Bewilligung zur Insinuation an die hier niedergelassene Maria Elisabeth Zoppi nicht ertheilen, denn vorerst wissen wir nicht, was unter jenem „Vorbehalte weiterer Rechte“ zu verstehen ist. Der Gedanke liegt nahe, daß die Gerichte des Kantons Glarus ihre Kompetenz auch auf die Frage des Eigenthums der von Maria Elisabeth Zoppi angesprochenen Mobilien, auf ihre Forderungen für Verwendungen auf den Abtretungsgegenstand, sowie für ihre mehrlährigen Dienstleistungen ausdehnen würden, obschon diese angeblichen Forderungen in Bern zur Existenz gelangten und obschon die Jgfr. Zoppi ihren natürlichen Wohnsitz in Bern hat.

Schon aus diesem Grunde und in dieser unbestimmten Fassung konnte der Klagsvorladung die Insinuationsbewilligung nicht ertheilt werden.

Sodann erlauben wir uns die Frage: Wie kommen die Rekurrenten als Bürger des Kantons Bern und daselbst wohnhaft dazu, einen in Bern abgeschlossenen Vertrag über daselbst gelegene Immobilien vor den Gerichten des Kantons Glarus anzufechten?

Mag man den Ort des Vertragsabschlusses, den Ort der Erfüllung des Vertrages oder den Ort des Wohnsitzes der Beklagten als für die Beurtheilung dieses Abtretungsvertrages zuständig halten, so ist in allen drei Fällen einzig das Gericht von Bern competent.

Faßt man die Klage als eine vindikationsklage auf, was sie ihrem Wesen und ihren Wirkungen nach auch wirklich ist, so ist offenbar das Gericht der gelegenen Sache, nämlich wieder dasjenige von Bern zuständig. Denn die Sachen sind der Jurisdiktion desjenigen Gerichts unterworfen, in dessen Bezirk sie liegen. (Siehe Art. 4 des bernischen Civilgesetzbuches und § 14 des bernischen Civilprozesses.)

Entweder ist die Klage der Kinder Heller eine persönliche, in diesem Falle ist die Jgfr. Zoppi an ihrem Wohnorte — Bern — zu belangen (§ 50 der Bundesverfassung von 1848, constant. Praxis der Bundesbehörden, Art. 46 der neuen Bundesverfassung von 1874), oder sie ist eine dingliche Klage; in diesem Falle gilt hier wie überall das Forum der gelegenen Sache. Oder jene Klage ist endlich eine sogenannte Erbschaftsklage, welche, obschon persönlicher Natur, den Vorschriften des § 50 der Bundesverfassung von 1848 nicht unterliegt; in diesem Falle ist wieder der Wohnort des Erblassers und der Ort der Eröffnung der Erbschaft, — nämlich Bern für die Bestimmung des Gerichtsstandes maßgebend und zwar sowohl nach der constanten Praxis der Bundesbehörden, als auch nach den speciellen Vorschriften des § 15 des bernischen Prozeßgesetzes, welchem die Rekurrenten als Bürger und Niedergelassene des Kantons Bern unterworfen sind. Nach jener Bestimmung gehören die „Streitigkeiten in Betreff unvertheilter Erbschaften vor den Gerichtsstand des Wohnsitzes des Erblassers“.

Die Rekurrenten berufen sich auf das Concordat vom 15. Juli 1822, auf die Gesetzgebung des Kantons Glarus und auf eine Reihe von Entschieden der schweizer. Bundesbehörden.

Was nun vorerst das Concordat betrifft, so findet dasselbe auf den vorliegenden Fall gar keine Anwendung; denn die Fähigkeit zu testiren oder der Inhalt eines Testaments sind gar nicht in Frage, weil kein Testament vorliegt; ebensowenig bieten Eheverträge oder Erbtheilungen als solche Stoff zu Streitigkeiten dar. Dergleichen Concordate, durch welche der Beklagte dem natürlichen Richter seines Wohnsitzes entzogen wird, sind jedenfalls nicht ausdehnend zu interpretiren, zumal der Art. 46 der neuen Bundesverfassung für die civilrechtlichen Verhältnisse das Recht und die Gesetzgebung des Wohnsitzes als Regel aufstellt und die Aufhebung der mit solchen Grundsätzen im Widerspruch stehenden Concordate principiell ausspricht (Art. 2 der Uebergangsbestimmungen).

Was sodann die Praxis der schweizer. Bundesbehörden betrifft, so bilden die angerufenen Entschiede kein Präjudiz für den

vorliegenden Refursfall; denn keinem einzigen dieser Entscheide wurde das erwähnte Concordat vom 15. Juli 1822 als zutreffend und maßgebend zu Grunde gelegt; vielmehr wurde im Falle Cottier (Ulmer, Staatsrechtspraxis II. S. 186 und 187) dem Wohnsitz des Erblassers der Vorzug gegeben und wenn die Refurrenten am Schlusse ihrer Beschwerde sich auf die Motive der ständeräthlichen Commission berufen, so können wir uns damit ganz einverstanden erklären, weil auch in diesem Falle das fragliche Concordat nicht für anwendbar erachtet wurde und weil es sich in unserm Falle nicht um eine Verlassenschaft, sondern um einen Immobiliarkauf, oder was ganz dasselbe ist, um einen Abtretungsvertrag handelt.

Wenn wir auch die Competenz der Gerichte des Kantons Glarus aus den erwähnten Gründen auf das Entschiedenste bestreiten, so soll doch damit keineswegs gesagt sein, daß die hiesigen Gerichte bei der materiellen Prüfung der Sache nicht die Gesetze des Kantons Glarus zur Anwendung bringen würden.

Uebrigens enthalten auch die bernischen Gesetze schützende Bestimmungen gegen Pflichttheilsverletzungen. Während indessen die Gesetze des Kantons Glarus dem Vater jede Begünstigung eines Kindes durch Verträge unter Lebenden bei Folge der Ungünstigkeit dieser Verträge verbieten, räumen die Gesetze des Kts. Bern dem Vater eine Dispositionsbefugniß über den Drittheil seines freien Vermögens, d. h. nach Abzug der Schulden und und des Weiberguts auch zu Gunsten dritter ein, wobei diese Gesetze aber bei Ueberschreitung jenes Drittels nicht die Cassation solcher Verträge oder letztwilliger Verfügungen, sondern bloß die Klage auf Ergänzung der Pflichttheile bis zum Belaufe von zwei Dritteln des Vermögens oder der Verlassenschaft zulassen; nach den Gesetzen beider Kantone wird der Pflichttheil oder dessen Verletzung durch eine gerichtliche Schätzung ausgemittelt; nach den Gesetzen des Kantons Glarus ist ein solcher Vertrag zwei, resp. vier Monate nach dessen Abschlusse anzufechten, nach bernischen Gesetze kann dagegen die Pflichttheilsergänzung erst nach dem Tode des Erblassers und muß bei der Theilung verlangt werden (Satz. 722, 724, 726 des bern. Civilgesetzbuches).

Zum Schlusse müssen wir noch auf die Consequenzen aufmerksam machen, welche sich an die Zuständigkeitsklärung der glarnerischen Gerichte knüpfen würden.

Vater Isaaß Zoppi hat seiner Tochter Maria Elisabeth Zoppi die in Bern liegenden Immobilien auf eine förmliche Weise verkauft, dieselben sind der letzteren gerichtlich zugefertigt worden, überdieß wurde der Vertrag in die Grundbücher der Gemeinde

Bern eingetragen; die M. C. Zoppi befindet sich somit seit dem Jahre 1872 im öffentlichen und unangefochtenen Eigenthumsbesitze der fraglichen Immobilien und war berechtigt, dieselben ganz oder theilweise zu veräußern, mit Hypotheken oder andern dinglichen Lasten zu beschweren u. s. w.

Und nun soll dieser Vertrag durch die Gerichte des Kantons Glarus cassirt, die Liegenschaften zu Handen der Erbschaftsmasse vindicirt und dadurch das Eigenthum der Erwerberin, sowie allfällig seither erworbene dingliche Rechte Dritter aufgehoben werden und zwar dieses Alles auf das Verlangen von hier wohnenden Bürgern des Kantons Bern, welche sich nicht etwa auf die Verletzung verfassungsmäßig zugesicherter Rechte, sondern einzig und allein auf das damit im Widerspruche stehende Concordat berufen, — ein Concordat aber, welches, wie oben nachgewiesen wurde, auf den vorliegenden Fall gar nicht anwendbar ist!

Indem wir im Interesse der Sicherheit des hiesigen Immobilienverkehrs und des Hypothekencredits, welchen selbst das von den Rekurrenten angerufene Concordat im Schlußsaze des Art. 3 schützen will, gegen eine solche Justiz nachdrücklichst Verwahrung einlegen, schließen wir auf Abweisung der Rekursbeschwerde und zeichnen zc.

---

## **Zwei Kreis Schreiben des Bundesrathes betreffend Ausführung der Bundesverfassung.**

Der Bundesrath hat in zwei Kreis Schreiben den Regierungen seine Ansichten über die Tragweite und die Auslegung der Art. 46 und 54 der neuen Bundesverfassung mitgetheilt. Hätte er sich hierauf beschränkt, so würde man dieselben in ihrem Werth und Unwerth aufgenommen haben, ohne ihnen besonderes Gewicht oder gar verbindliche Kraft beizulegen. Allein der Bundesrath ging über eine bloße Auslegung hinaus, indem er sich bemühte, seinen Kreis Schreiben den Charakter von authentischen Interpretationen zu geben. Hierzu ist er aber nicht befugt. Eine authentische Auslegung ist ein gesetzgeberischer Akt und muß daher von dem Gesetzgeber ausgehen; dieß ist um so mehr der Fall, wenn die Verfassung nur einen Grundsatz als Regel aufstellt und über die Anwendung desselben die Bundesgesetzgebung vorbehält — Art. 46

B. V. — Kein Richter wird daher diesen Kreissschreiben irgend welche verbindliche Kraft beilegen und in jeder Beziehung thut er wohl daran. Vorerst hat der Bundesrath selbst anerkannt, daß die Interpretation des Art. 54 nicht seine Sache sei, sondern diejenige des Gerichts, und der Richter nimmt daher durch Vermerkung der Kreissschreiben nur diejenige Stellung ein, welche der Bundesrath selbst in seiner Botschaft an die Bundesversammlung betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege vom 23. Mai 1874 eingenommen hat: „Mit dem Art. 54 der B. V., lesen wir dort, beginnt die hauptsächlichste Wirksamkeit des Bundesgerichtes. Die Fragen, ob eine Ehe als gültig anzuerkennen sei, ob eine Frau das Heimatrecht des Mannes erworben habe, ob voreheliche Kinder als legitimirt zu betrachten seien, gehören allenthalben die gerichtliche Competenz, aber auch die ferneren Fragen, ob eine Ehe zu gestatten sei oder nicht, ob gewisse von dem Bräutigam zu bezahlende Gebühren zulässig seien oder nicht, eignen sich besser für die gerichtliche Cognition, als für diejenige einer politischen Behörde.“ Daß der h. Bundesrath trotz dieser richtigen Absicht auf die Abwege seiner Kreissschreiben gelangen und dadurch einzelnen kantonalen Regierungen ein sehr schlimmes Beispiel geben konnte, ist zu beklagen, vermag aber den Rechtsstandpunkt nicht zu verrücken. Der Richter thut aber nicht nur aus formellen, sondern auch aus materiellen Gründen wohl, diese unglücklichen Kreissschreiben auf der Seite zu lassen. Ihr Inhalt ist weder mit dem positiven Rechte vereinbar, noch als künftiges wünschbar, und hat schon jetzt eine Verwirrung angerichtet, welche ein schleuniges Einschreiten der gesetzgebenden Behörde fordert. Bevor wir dieses Urtheil zu begründen suchen, wollen wir dem Leser den Text dieser Kreissschreiben vor Augen legen.

### **1. Kreissschreiben über der Abschluß und die Wirkungen der Ehe, d. d. 3. Juli 1874.**

„Die neue Bundesversammlung enthält über den Abschluß und die Wirkungen der Ehe im Artikel 54 folgende Bestimmungen:

„Das Recht zur Ehe steht unter dem Schutze des Bundes. Dieses Recht darf weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten, noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus andern polizeilichen Gründen beschränkt werden.

„Die in einem Kantone oder im Auslande nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe soll im Gebiete der Eidgenossenschaft als Ehe anerkannt werden.

„Durch den Abschluß der Ehe erwirbt die Frau das Heimatrecht des Mannes.

„Durch die nachfolgende Ehe der Eltern werden vorehelich geborne Kinder derselben legitimirt.

„Jede Erhebung von Brauteinzugsgebühren oder andern ähnlichen Abgaben ist unzulässig.“

„Die Wichtigkeit, welche dieser Artikel nicht nur für eine große Anzahl außer ihrer Heimat lebender Schweizer, sondern auch für die Kantons- und Gemeindebehörden hat, veranlaßt uns, die Kantonsregierungen, sowie sämtliche schweizerische Gesandtschaften und Konsulate im Auslande auf diesen Artikel besonders aufmerksam zu machen und zugleich einige Bemerkungen beizufügen, welche für die praktische Anwendung dieser neuen Vorschriften nützlich sein werden. Wir sind um so mehr hiezu genöthigt, als schon verschiedene bezügliche Einfragen und Beschwerden an uns gekommen sind, die uns belehrt haben, daß zur Erzielung einer gleichmäßigen Praxis und ohne daß den Fragen vorgegriffen wird, welche die Bundesversammlung bei der Ausarbeitung des Gesetzes über den Civilstand (Art. 53 der Bundesverfassung) zu lösen in den Fall kommen mag, der Erlass eines Kreis Schreibens unerlässlich ist.

„Wir müssen zunächst darauf aufmerksam machen, daß der Art. 54 sogleich mit dem 29. Mai 1874 in Kraft getreten ist. Die einzelnen Sätze desselben sind daher mit diesem Tage einziges und einheitliches Gesetz im Innern der Schweiz und für die Schweizer im Auslande geworden, und die damit im Widerspruch stehenden Vorschriften kantonaler Verfassungen und Gesetze sind nach Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zu der neuen Bundesverfassung mit dem gleichen 29. Mai außer Kraft getreten. In Folgen dessen ist jede Ehe eines Schweizer, die nach dem 29. Mai im In- oder Auslande eingegangen wurde, gültig und muß von den Behörden des Heimatkantons des Mannes als solche anerkannt werden, sobald sie nach der am Orte der Eingehung geltenden Gesetzgebung abgeschlossen worden ist. Hieraus folgt auf der einen Seite, daß die Behörden dieses Ortes verpflichtet sind, die Angehörigen anderer Kantone in Allem, was zu der gültigen Eingehung einer Ehe erforderlich ist, auf dem gleichen Fuße zu behandeln, wie ihre eigenen Bürger, und andererseits, daß die Behörden des Heimatkantons des Bräutigams oder der Braut nicht mehr die Beobachtung anderer Formen verlangen können als jener, die am Orte des Eheabschlusses gesetzlich vorgeschrieben sind.



„Es sind daher auch jene kantonalen Vorschriften aufgehoben, wonach eine auswärts geschlossene Ehe erst dann in die Civilstandsregister der Heimat eingetragen und anerkannt werden durfte, nachdem sie in Folge einer gerichtlichen oder administrativen Prüfung als gültig erklärt worden war.

„Im Weitern enthält der erwähnte Art. 54 in Lemma 2 einige Bestimmungen, welche für die Eingehung der Ehe bestimmte Direktionen geben und daher ebenfalls die kantonalen Gesetze modifiziren.

„In erster Linie darf dem Abschlusse einer Ehe aus kirchlichen Gründen kein Hinderniß mehr bereitet werden. Es versteht sich daher von selbst, daß auch aus solchen Gründen die Anerkennung einer auswärts geschlossenen Ehe nicht mehr verweigert werden darf. Die gemischten Ehen und die Civilehen müssen am Heimatsorte des Mannes anerkannt und ohne Weiteres eingeschrieben werden. Die Forderung von Confirmations-scheinen und anderen ähnlichen kirchlichen Akten ist künftig unstatthaft.

„Ebenso darf das Recht zur Ehe aus ökonomischen Rücksichten nicht beschränkt werden, und es ist ausdrücklich jede Erhebung von Brauteinzugsgeldern oder anderen ähnlichen Abgaben als unzulässig erklärt. Alle Fragen dieser Art müssen im weitesten Sinne dieser Art gelöst werden. Wir gehen insbesondere von der Ansicht aus, daß auch die Einheirathsgebühren von Ausländerinnen wegfallen und die früher geleisteten Rationen zurückgegeben werden müssen. Wenn seit dem 29. Mai Jemand materielle Leistungen irgend welcher Art behufs Eingehung der Ehe gemacht hätte, so könnte er sie ohne Zweifel wieder zurückfordern. Dabei versteht es sich übrigens von selbst, daß für die wirklich nöthigen Papiere eine geringe Tare für Expedition und Stempel gefordert werden mag.

„Endlich sind überhaupt alle Beschränkungen weggefallen, die früher aus dem Verhalten der Brautleute oder aus polizeilichen Gründen abgeleitet worden sind. Mit der Kontrolle über das moralische Verhalten des Bürgers ist auch die Forderung weggefallen, daß er zuerst die Bewilligung seiner heimatlichen Regierung beibringen müsse, bevor er sich verhehelichen dürfe. Der Wegfall dieser Bewilligung folgt nothwendig auch aus dem Umstande, daß nach Art. 54 nicht mehr das Gesetz der Heimat, sondern dasjenige des Wohnortes, beziehungsweise des Ortes der Eingehung der Ehe, maßgebend ist. Ebenso sind die Bürgerrechtszusicherungen und Entlassungsurkunden für

schweizerische Bräute weggefallen. Die Strafen sind aufgehoben, welche gegen solche Bürger angedroht waren, die sich auswärts verehelichten, ohne die Gesetze des Heimatkantons zu beobachten.

„Zum Schlusse glauben wir noch die Bemerkung beifügen zu sollen, daß wir uns überzeugt haben, daß sowohl die Grundsätze der neuen Bundesverfassung, welche sich direkt auf die Ehe beziehen, als auch andere, welche indirekt mit ihr in Verbindung stehen, z. B. die Beurkundung des Civilstandes (Art. 53), nur an der Hand eines besondern Gesetzes übereinstimmend durchgeführt werden können. Wir werden daher nicht säumen, eine bezügliche Vorlage an die Bundesversammlung zu bringen.

„Inzwischen würden die vorstehenden Bemerkungen den Uebergang zu einheitlich geordneten Zuständen vermitteln und Anständen vorbeugen, welche während der Uebergangszeit bis zum Inkrafttreten des diese Verhältnisse abschließlich regelnden Gesetzes entstehen möchten.“

## 2. Kreisschreiben vom 5. August 1874.

„Verschiedene kantonale Behörden, und namentlich die Regierungen der hohen Stände Baselstadt und Freiburg, sowie das Justiz- und Polizeidepartement des Kantons Waadt, haben uns seit unserem Kreisschreiben vom 3. Juli 1874, betreffend die Eheschließung und den Art. 54 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 besondere Fragen gestellt, welche wir mit dem gegenwärtigen Kreisschreiben erachten beantworten zu sollen.

„I. Frage. Hat die Bestimmung des Art. 54, wonach die in einem Kantone oder im Auslande nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe im Gebiet der Eidgenossenschaft als Ehe anerkannt werden soll, die Bedeutung, daß die Gesetzgebung des Kantons, in welchem die Ehe eingegangen wird, hinsichtlich der Fähigkeit und der Bedingungen für die Eheschließung allein maßgebend sei?

„Die eben angeführte Bestimmung des Art. 54 muß in Verbindung gebracht werden mit der Vorschrift von Art. 46, daß in Beziehung auf die civilrechtlichen Verhältnisse die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes stehen.

„Hält man den Wortlaut beider Artikel zusammen, so ergibt sich als durch die Bundesverfassung beabsichtigt, daß die

Gesetzgebung des Wohnsitzes maßgebend sein und nicht nur in Bezug auf die Formen, sondern auch hinsichtlich der innern Bedingungen des Ehevertrages Anwendung finden soll.

„Die Kantone sind demnach gehalten, alle Ehen ihrer Angehörigen anzuerkennen, welche in einem andern Kanton und nach der Gesetzgebung desselben abgeschlossen worden sind. Der Kanton aber, in welchem eine Ehe geschlossen wird, kann gutfindend für den niedergelassenen Schweizer hinsichtlich der Fähigkeit und der übrigen wesentlichen, mit dem persönlichen Status zusammenhängenden Bedingungen der Eheschließung die Gesetze des Heimatkantons maßgebend erklären.

„Er wird dies z. B. thun, wenn das Gesetz des Heimatkantons in Betreff des Eintritts der Volljährigkeit und der Berechtigung zur Eheschließung günstiger sein sollte, als dasjenige des Niederlassungskantons. Der Bund beabsichtigt in diesen verschiedenen Richtungen nicht, die Freiheit der Kantone zu beschränken; er hat nur den Zweck im Auge, daß wenn schweizerische Brautleute sich in einem Kantone gesetzmäßig geehelicht und der Gesetzgebung wie den Verordnungen desselben Genüge gethan haben, ihre Ehe im Heimatkanton nicht in Frage gestellt noch als nichtig betrachtet werden dürfe, sondern in der ganzen Schweiz als gültig anerkannt werde.

„II. Frage. Welche Stellung weist der 3. Absatz des Art. 54 der Bundesverfassung den in der Schweiz niedergelassenen Ausländern an, welche sich hier verheirathen, insbesondere, wenn sie Staaten angehören, die mit der Schweiz in Vertragsverhältnissen stehen, welche ihren Angehörigen die Gleichbehandlung mit den Einheimischen zusichern?

„In dieser Beziehung ist zu beachten, daß, wenn der Art. 54 der Bundesverfassung für alle schweizerischen Kantone verbindlich ist, er es nicht sein kann für auswärtige Staaten, selbst wenn solche zu der Schweiz in Vertragsverhältnissen stehen. Diese Staaten können sonach die Anerkennung einer übrigens vorschriftsgemäß in der Schweiz abgeschlossenen Ehe verweigern, wenn dieselbe nicht unter Beobachtung der vom Gesetze des betreffenden Staates z. B. für die Fähigkeiten aufgestellten Bedingungen eingeseget worden ist. Da also die Kantone innerhalb gewisser Schranken für die Folgen einer auf ihrem Gebiete abgeschlossenen unregelmäßigen Ehe verantwortlich werden könnten,

so sind sie auch berechtigt, die ihnen nothwendig erscheinenden Maßnahmen zu treffen oder aufrecht zu halten, um ihre Verantwortlichkeit zu decken und den Abschluß von Ehen Fremder auf ihrem Gebiet zu verhüten, welche im Heimatlande der Eheleute nicht anerkannt würden.

„Wir gedenken nicht, nach dieser Richtung die zu erfüllenden Formalitäten vorzuschreiben und überlassen den Kantonen, hierin fürzusorgen. Wir erinnern lediglich, daß behufs Verhütung einer Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Schweizerbürgern und von Ausländern, die unter dem Schutze der Niederlassungsverträge stehen, Alles vermieden werden soll, was solche Förmlichkeiten drückend oder kostspielig machen könnte. Die Gebühren namentlich sollen auf das unbedingt Nothwendige beschränkt bleiben.

„III. Frage. Haben die Kantone noch das Recht, für Heirathen, welche zwischen Schweizern auf dem Gebiete der Eidgenossenschaft geschlossen werden, den Vorweis von Heirathsbewilligungen der heimatlichen Gemeinde, unter Kantonsbehörden zu fordern? Haben sie das Recht zu verlangen, daß die Schweizer, welche sich im Auslande verehelichen, sich vorerst eine Heirathsbewilligung der Gemeinde- oder Kantonsbehörde verschaffen?

„Wir können diesfalls nur das im Kreis Schreiben vom 3. Juli 1874 Gesagte bestätigen. \*) Diese Bewilligungen dürfen nicht mehr gefordert werden. Das Recht zur Ehe ist durch die Bundesverfassung gewährleistet, und es bedarf zu seiner Ausübung keiner besondern Bewilligung. Indem die Eheverkündung nicht nur am Wohnorte, sondern auch am Heimort der Brautleute stattzufinden hat und die Einsegnung der Ehe erst erfolgen darf, wenn die Eheverkündung, ohne Einspruch zu veranlassen, vor sich gegangen ist, erhärten die Kantone in ausreichender Weise, daß die Brauleute frei sind, in die Ehe zu treten, und daß vom Standpunkte des Gesetzes aus kein Hinderniß entgegensteht.“

Durch diese Circulare des Bundesrathes wird von vornherein angenommen, daß in Zukunft für die Handlungsfähigkeit eines Individuums nicht das heimatliche Recht Regel machen soll, sondern dasjenige des Niederlassungskantons. In solchem Umfange aber ist dieser Grundsatz in der Bundesverfassung nicht ausgesprochen, und namentlich hat sich die Bundesgesetzgebung die

---

\*) Siehe Seite 82 hievor.

Anwendung dieser Regel ausdrücklich vorbehalten. Wir können daher füglich warten, bis diese in Wirksamkeit getreten ist. Gemeinrechtlich wird für die Handlungsfähigkeit die Gesetzgebung des Domicils angenommen, mit diesem Ausdruck aber ein bestimmter und anerkannter Begriff verbunden. Hiemit stimmt auch das englische Recht überein. Die neueren Gesetzgebungen dagegen setzen überall an die Stelle des Domicils die Staatsangehörigkeit, mithin das heimatliche Recht auch für den im Ausland Wohnenden. So Oesterreich, Frankreich, Italien, Baden, Sachsen, ferner die meisten schweizerischen Gesetzgebungen. Der nämliche Grundsatz ist auch anerkannt nicht nur in den Concordaten, welche einzelne Kantone unter sich abgeschlossen haben, sondern auch in den Staatsverträgen der Schweiz mit anderen Staaten, z. B. Frankreich und Italien. Demgemäß gilt für Minderjährige und Bevormundete überall das Recht des Staates oder Kantones, dem der Einzelne angehört. Aus öffentlich rechtlichen Gründen steht auch das Recht der Eingehung der Ehe unter den nämlichen Gesetzgebung. Jeder Staat hat das Recht, die Bedingungen festzusetzen, an welche er die Aufnahme eines neuen Staatsbürgers knüpfen will, ebenso ob er eine Entlassung zugeben will und unter welchen Voraussetzungen und Formen. Kein bernisches Gericht kann eine Ehe von Ausländern gültig anerkennen, welche von demjenigen Staate, dem sie angehören, nicht anerkannt wird, und ebenso wenig dürfte es eine solche Ehe gültig trennen.

Wenn nun der Bundesrath gestützt auf die Bundesverfassung der Gesetzgebung des Heimatkantons diejenige der Niederlassung substituiren will, so sollte man doch vor Allem darüber im Reinen sein, was unter Niederlassung und Niederlassungsdomicil zu verstehen sei. Hierüber sind wir aber noch so entfernt zu einer allgemein anerkannten Auffassung gelangt zu sein, daß die Bundesverfassung selbst in Art. 47 sich vorbehielt, durch Bundesgesetz den Unterschied zwischen Niederlassung und Aufenthalt zu bestimmen. So lange dieß nicht geschehen ist, kann auch von einer Anwendung der Niederlassungsgesetzgebung nicht die Rede sein. Was ist zu Annahme eines Domiciles erforderlich, eine bestimmte Zeit oder nur eine bestimmte Absicht verbunden mit der Thatsache der Niederlassung? muß der Aufenthalt ein dauernder oder nur als solcher beabsichtigt sein? Genügt eine polizeiliche Niederlassungsbewilligung auch wenn die Absicht der dauernden Ansiedlung nicht vorhanden ist zc.?

Das politische Domicil und das civilrechtliche müssen scharf auseinander gehalten werden; für das erstere können die poli-

tischen Behörden Bestimmungen nach Willkür treffen, für das letztere aber sind die Grundsätze gegeben, sie liegen in der Natur der Sache und sind von allen civilisirten Völkern anerkannt. Hier ist somit keine Willkür zulässig, nur Anerkennung und Festsetzung geltender Grundsätze, nicht aber Aufstellung von neuen. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Nichtkantonbürger in seinem Niederlassungskanton Steuern zahlen muß und politische Rechte ausüben kann, wird nach anderen Grundsätzen beurtheilt, als diejenige seiner bürgerlichen Handlungsfähigkeit.

Die Vorschriften der bundesrätlichen Kreisschreiben sind daher unter allen Umständen verfrüht, allein sie sind auch verwirrend. Der im Kanton Neuenburg niedergelassene Berner soll mit zurückgelegtem 19. Altersjahre mehrjährig sein, wenn er aber nach erlangter neuenburgischer Mehrjährigkeit in Frankreich oder Italien ein Geschäft beginnt, so wird seine Handlungsfähigkeit nach der Gesetzgebung seines Heimatkantons beurtheilt. Er steht somit unter anderem Recht, je nachdem er in einem schweizerischen Kanton oder im Auslande niedergelassen ist. Unsere Gesetzgebung ist schon mannigfaltig genug, ohne daß sich die Regierungen noch Mühe geben sollten, dieselbe noch mannigfaltiger zu machen.

Mit Bezug auf die Ehe ist der Bundesrath namentlich unglücklich gewesen und das betreffende Departement muß in einer sonderbaren Geistesstimmung sein Projectcircular ausgearbeitet haben.

Die materiellen Bedingungen der Ehe richten sich entweder nach der Gesetzgebung des Domicils, wenn ein solches vorhanden ist, wie nach gemeinem und englischem Recht, oder sie richten sich nach der Gesetzgebung desjenigen Staates, welchem der Betreffende angehört, wie dieß in den meisten Staaten des Continentes anerkannt ist.

Mit Bezug auf die Form dagegen wird allgemein anerkannt, daß eine nach den Formen des Abschließungsortes eingegangene Ehe auch an dem Heimort anzuerkennen sei, unter Voraussetzung, daß keine materiellen Einwendungen geltend gemacht werden. Dagegen herrscht kein Einverständnis darüber, was alles zur Form gehöre, namentlich gehen die Ansichten über die Frage auseinander, ob die kirchliche Trauung zu den äußeren Formen gehöre, oder ob sie ein inneres Erforderniß des Actes selbst ausmache. Für die letztere Auffassung spricht sich die herrschende Meinung aus, weßhalb das Gegentheil öfters durch die Gesetzgebung ausdrücklich bestimmt wird. Jedenfalls aber kann nur die gesetzgebende Behörde bestimmen, was zu den

Formen und was zu den inneren Erfordernissen gehöre, oder im Spezialfall können die Gerichte darüber entscheiden, niemals aber der Bundesrath oder eine kantonale Regierung.

Nach dem ersten Circular des h. Bundesrathes konnte es nun zweifelhaft sein, ob nach seiner Ansicht der Art. 54 B.-V. sich nur auf die Formen oder ob er sich auch auf die Fähigkeit und die Bedingungen für die Eheschließung beziehe, in seinem zweiten Circular erklärte er sich daher ausdrücklich für die letztere Auffassung. Es sollen somit für die Gültigkeit einer im Ausland geschlossenen Ehe die Bestimmungen der auswärtigen Gesetzgebung in formeller und materieller Beziehung maßgebend sein. Auch hier würde somit eine in Frankreich abgeschlossene Ehe eines Berners nach der heimatlichen Gesetzgebung beurtheilt werden, dagegen nach der genferischen, wenn der Abschluß in Genf erfolgt wäre. Ob hierin ein Fortschritt liege, vermögen wir nicht zu beurtheilen. Demgemäß wäre eine Ehe als gültig anzuerkennen, auch wenn sie nach der heimatlichen Gesetzgebung nicht hätte abgeschlossen werden können. Ein Berner kann seine vollbürtige Niece nicht heirathen, also geht er nach Genf und heirathet sie; die kantonale Gesetzgebung verbietet die Ehe des Schwiegervaters mit der Schwiegertochter, also geht er dahin, wo man weniger streng ist und die nämliche Person, welche ihn zum Großvater gemacht hatte, macht ihn nun auch noch zum Vater!

Unsere modernen Gesetzgebungen anerkennen nur die Monogamie, allein der Fall des Landgrafen Philipp von Hessen kann sich erneuern, und was hindert dann einen wackeren Waadtländer, seinem Bundespräsidenten eine weiße, eine schwarze und eine braune Frau zu gleicher Zeit vorzustellen und die verschiedenfarbigen Sprößlinge zu geneigter Berücksichtigung zu empfehlen. Die kantonale Behörde muß diese sämtlichen Ehen anerkennen, denn nach den Gesetzen des Königs der Achanti's und des türkischen Reiches sind sie vollgültig. Ob der Bundesrath diese Konsequenz gewollt habe oder nicht, kommt nicht in Betracht; sie liegt in seinen Circularen, und um ja seinem Princip bis in die äußersten Konsequenzen Anerkennung zu verschaffen, erklärt er gleichzeitig „jene kantonalen Vorschriften für aufgehoben, wonach eine auswärts geschlossene Ehe erst dann in die Civilstandsregister der Heimat eingetragen und anerkannt werden durfte, nachdem sie in Folge einer gerichtlichen oder administrativen Prüfung als gültig erklärt worden war.“

Wenn eine im Auslande abgeschlossene Ehe in die hiesigen Register eingetragen werden soll, so muß doch Jemand da sein,

der prüft, ob diese Ehe wirklich abgeschlossen worden sei, ob wenigstens die Formen des Abschlußortes beobachtet worden seien, und diese Prüfung wird am besten einem Gerichte übertragen. Der Bundesrath aber will keine Prüfung, namentlich nicht durch eine competente Behörde, sondern der Civilstandsbeamte soll ohne Prüfung eintragen, was man ihm als Copulationschein vorlegt. Auch hier sind wir nicht im Stande einen Fortschritt zu entdecken, sondern nur eine Quelle von Unordnung.

Endlich stellt der Bundesrath noch ein Princip auf, welches seiner Neuheit wegen Aufmerksamkeit erregen muß. Nicht das Domicil ist maßgebend, auch nicht die Gesetzgebung des Heimatkantons, sondern die Gesetzgebung des Ortes, wo die Ehe abgeschlossen worden ist. Abschlossen aber ist sie da, wo sie zum Abschluß gekommen ist, mithin wo die Copulation, sei es vor dem Gemeindepräsidenten oder in der Kirche stattgefunden hat. Demgemäß sind die Kantone durch den h. Bundesrath angewiesen, „alle Ehen ihrer Angehörigen anzuerkennen, welche in einem andern Kantone und nach der Gesetzgebung desselben abgeschlossen worden ist.“

Dieses Forum der Copulation ist uns noch zu neu, als daß wir uns mit Leichtigkeit in dasselbe finden könnten, warten wir daher ab, wie es Anderen ergeht. R.

---

## Literarische Anzeigen.

### Ueber das Rechtsstudium in der Schweiz und Studium des schweizerischen Rechtes.

(Fortsetzung.)

Herr v. Wyß kommt sodann auf die Aufgaben zu sprechen, deren Erfüllung dem schweizerischen Juristen obliegt. Einen Berufsstand findet er nicht nur nicht nothwendig, sondern betrachtet ein Patent nur als ein Hilfsmittel für Kräfte, welche der freien Concurrrenz nicht gewachsen sind. Durch wissenschaftlichen Gehalt müsse der Anwaltsstand seine innere und äußere Ehre zu befestigen trachten, und die Erfahrung lehre zur Genüge, daß kein flüchtiges Talent der Gegnerschaft gründlichen Wissens auf die Dauer Stand halte.

Einem juristisch gebildeten und juristisch gesinnten Anwaltsstande gegenüber, fährt Wyß fort, darf es auch nicht fehlen an Ge-



richten, welche, bei aller Aufmerksamkeit auf die lebendige Natur der Sache, doch die vor ihren Schranken geführte Sprache verstehen und den formell technischen Mitteln zu begegnen wissen, mit denen ihre Ueberzeugung bearbeitet wird. Diese Ueberzeugung aber kann sich, bei dem heutigen vielverzweigten und aus juristischer Reflexion erwachsenen Zustande unserer Gesetzgebung mit der erforderlichen Klarheit und Sicherheit unmöglich bilden, ohne den maßgebenden Einfluß rechtskundiger Einsicht. Der bloße Praktiker, welcher den innern Zusammenhang der einzelnen Rechtsätze mit dem geschichtlichen und dogmatischen Bau des gesammten Rechtsorganismus nicht zu erkennen vermag, wird ohne die Mitwirkung des Juristen leichter geneigt sein, entweder ängstlich an den Buchstaben des Gesetzes sich anzuklammern oder in subjektiver Willkür, vermeintlichen Bedürfnissen des Augenblickes zu liebe, über diesen nämlich, nun plötzlich verpönten Buchstaben sich sprungweise hinwegzusetzen. Die Kunst dagegen, in freier und doch dem wahren Gehalte des Gesetzes treuer Weise dasselbe auf jeden einzelnen Fall anzuwenden und auf diesem Wege, bei aller Rücksicht auf die mannigfach wechselnden Bedürfnisse des Lebens, eine gleichmäßig gerechte, weil in den wesentlichen Grundlagen konsequente und scharf durchdachte Rechtsprechung zu erzielen, setzt ernstes und selbstständiges Eindringen in den Zusammenhang der Rechtsinstitute, des gesammten geltenden Rechtssystemes voraus, wie es von demjenigen zu erwarten ist, welcher den besten Theil seiner geistigen Jugendkraft solcher Geistesbildung gewidmet hat. In der Diagnose geübt am Studium klassischer Vorbilder, wird der Jurist den Brennpunkt der ihm zur Entscheidung vorgelegten Fälle, sowie die Mittel der Abwicklung rascher und sicherer herauszufinden wissen, als selbst derjenige Praktiker, welcher lange Jahre den gleichmäßigen Fluß des täglichen Lebens mitangesehen.

Zur Mitwirkung bei der Gesetzgebung berufen, wobei wir vorzugsweise an die Codification bürgerlichen Rechtes denken, wird allerdings der Jurist nicht eben geneigt sein, jede Neuerung der bestehenden Rechtsnormen als solche schon zu begrüßen und zu unterstützen. Er ist sich klar darüber, daß zu häufiges Mitteln an der geltenden gesetzlichen Ordnung das allgemeine Rechtsbewußtsein untergräbt und die Verbreitung von Rechtskenntniß und Rechtssicherheit im Volke erschwert. Im Gesetze, dessen gewissenhafte Anwendung und konsequente Interpretation sein Beruf ist, kann er nicht das willkürliche und leicht ergriffene Auskunftsmittel für jedes momentan auftauchende Bedürfniß erblicken, sondern umgekehrt den festen Damm gegen die Willkür, an welchem

der dem Gesetze unterliegenden Idee zu lieb, also im allgemeinen Interesse, ein vorübergehendes Interesse Einzelner nicht selten anstoßen mag. Wo nun aber wohl erwogene Bedürfnisse, deren Erkenntniß dem Juristen sein praktischer Beruf in der Regel besonders nahe legt, legislatorischen Fortschritt erheischen, da wird er vornemlich wieder im Stande sein, den wahren Inhalt und die Tragweite des Bedürfnisses zu ermessen, sowie die Mittel zur Abhülfe ausfindig zu machen. Noch weit mehr als die Beurtheilung eines einzelnen Rechtsfalles erfordert die Arbeit des Gesetzgebers, die von vornherein für das Rechtsleben bestimmend ist, den Einblick in's organische Gefüge des bestehenden Rechtes, in welches neue Zweige eingepropft werden sollen, sowie den Ausblick auf die positiven Gestaltungen, welche analoge Ideen zu andern Zeiten und an andern Orten gefunden. Wenn auch der Stoff des Gesetzes, der ethische, wirtschaftliche und soziale Gehalt desselben, aus dem Gewissen und allgemeinen Denken des Volkes geschöpft werden muß, nicht bloß aus dem Kopfe des Juristen, so ist doch des Juristen Mitarbeit unentbehrlich, wenn es sich um den formellen Ausbau, um die Einkleidung in harmonische und anwendbare Normen handelt. Niemand wie er wird die Spitzen überschauen, in welche der einzelne Rechtsatz nothwendig ausläuft, welche beim Gefüge des Ganzen zu berücksichtigen sind, um nicht bei der Kreuzung sich zu verletzen oder abzuschwächen. Seine Mitarbeit soll zu Gesetzen verhelfen, welche um des in ihnen niedergelegten konsequenten Denkens willen es werth sind, selbst wieder Gegenstand des Denkens und feste, dauernde Anhaltspunkte für die Rechtsordnung zu werden. Wir brauchen nicht besonders zu betonen, wie wichtig gerade für unser Vaterland, wo die Anwendung der Gesetze so oft in ungetübten Händen liegt, gewissenhafte und kundige Arbeit am soliden und zugleich durchsichtigen Ausbau derselben ist; sie ist um so nothwendiger, je rascher der unersättliche Trieb nach stetem Wechsel der Gesetze Collisionen und Mißverständnisse herbeiführt.

Diese Auszüge mögen genügen, um den schweizerischen Juristen auf die treffliche Schrift ihres Collegen aufmerksam zu machen. R.

**Meili, Dr., F.,** Advocat in Zürich. **Die Lehre der Prioritätsactien.** Zürich. Commissionsverlag von Drell, Füssli & Comp. 1874. 191 Seiten.

Mit dem vorstehenden Werke liefert der Verfasser, welcher sich durch eine Abhandlung über „das Telegraphenrecht“ in der

juristischen Literatur weithin einen guten Namen erworben hat, wiederum einen Beitrag zur Bearbeitung eines (abgesehen von den unten erwähnten Gutachten) fast gänzlich brach liegenden Theiles unserer Wissenschaft. Es ist nämlich eine bemerkenswerthe, aber bedauerliche Thatsache, daß Rechtsgeschäfte, in denen heut zu Tage Millionen umgesetzt werden und das Privatvermögen zahlreicher Capitalisten und auch Staatsfinanzen auf dem Spiele stehen, die Geschäfte des Bank- und des Börsenverkehrs, in der Gesetzgebung sowohl als in der Rechtsliteratur wenn nicht ganz ignorirt, so doch nur sehr nebenbei und oberflächlich behandelt werden. So kommt es, daß, wenn größere Finanzoperationen zu Prozessen führen, die Richter größtentheils ohne positive Anhaltspunkte sind und sich ausschließlich auf „die Natur der Sache“, Analogien und etwa einige Usancen angewiesen sehen. Angesichts dessen ist jede Veröffentlichung derartiger Prozesse schon von bedeutendem Werthe; nur dadurch und durch eine daran gereichte monographische Erörterung der streitigen Rechtsfragen kann der Gesetzgebung vorgearbeitet und allmählig Rechtsicherheit angebahnt werden. Darum muß die genannte Arbeit Meili's als in hohem Grade verdienstvoll begrüßt werden. Sie ist wie die Gutachten Munzingers\*) und Bluntzschli's\*\*) veranlaßt durch den Prozeß, welcher im Jahre 1872 im Schooße der Gesellschaft der Vereinigten Schweizerbahnen (Union Suisse) in Betreff des Umfangs der Dividendenberechtigung der Prioritätsactien entstand und in welchem die Kläger (J. Reinach und Consorten) vertreten waren durch Hrn. Fürsprech Morel in St. Gallen und den Verfasser, jedoch laut Urtheil des Bezirksgerichts St. Gallen vom 7./10. Mai 1873 und des Kantonsgerichts St. Gallen vom 19./21. Juni 1873 unterlagen. Man würde sich irren, wollte man aus letzterem Umstande darauf schließen, daß die Schrift Meili's eine feindselige Polemik oder auch nur herbe Kritik der richterlichen Entscheide enthielte; — sie ist in maßvollster Darstellung gehalten und macht durch ihre ruhige

\*) „Die Ansprüche der Prioritätsactien der Gesellschaft der Vereinigten Schweizerbahnen auf Dividenden- und Nachzahlungen.“ Ein Rechtsgutachten von Dr. Munzinger, Prof. Bern. Jent & Reinert. 1873. (62 Seiten.)

\*\*) „Rechtsgutachten über die Ansprüche der Prioritätsactien der Gesellschaft der Vereinigten Schweizerbahnen gegenüber den Stammactien derselben.“ Von Prof. Dr. Bluntzschli, Geheimerath. Brugg. Fisch, Wild & Comp. 1873. 48 Seiten. Dann: Erwiderung auf das Rechtsgutachten des Prof. Dr. Munzinger in Sachen der Ansprüche zc. Von Prof. Dr. Bluntzschli, Geheimerath. Brugg. Fisch, Wild & Comp. 1873. 24 Seiten.

Objectivität einen geradezu wohlthuenden Eindruck. Der erste Theil der Arbeit (S. 1—84), theoretisch das wichtigere Glied derselben, behandelt die Rechtsfragen nach der Natur der Prioritätsactien und der Dividendenzahlungspflicht, und abstrahirt vollkommen von dem Prozesse der Union Suisse, welcher im zweiten Theile (S. 85—149) actengemäß in seinen factischen Verhältnissen, Parteibeductionen und Urtheilen dargestellt ist. Beigegeben sind (S. 150—191) ein schweizerischer Schiedspruch und zwei sehr interessante englische Erkenntnisse.

Vor Allem sind es die Unterscheidungen von Stammactien, Prioritätsactien und Obligationen, womit sich der Verfasser beschäftigt. Man muß sich meines Erachtens diesen Unterscheidungen, so wie Meili sie trifft, im Resultate anschließen, wenn ich auch nicht alle einzelnen Bemerkungen Meili's unterschreiben möchte. So vermag ich z. B. die Berechtigung der von Meili gewählten Aufstellung einer Zwitterfigur (S. 20—22) nicht einzusehen; eine (Prioritäts-) Obligation wird dadurch noch nicht zu etwas Anderem, daß das Recht auf einen Ertrag nur so oder so bedingt zusteht; die Interpretation, welche von der Direction der Rheinischen Eisenbahngesellschaft ausgeht, kann hieran Nichts ändern; es ist eine *petitio principii*, zu sagen: „eine Obligation hat nur Anspruch auf ein Firmum“ — vorausgesetzt, daß man „Obligation“ in börsengängigem Sinne faßt (unter einer andern Voraussetzung wäre der Satz geradezu falsch). An den Schlussergebnissen ändert diese Auffassung Nichts; wohl aber wäre in principieller Hinsicht eine schärfere Betonung der Natur des Rechts auf die Dividende wünschenswerth: Dieses Recht ist nämlich, man mag die Natur der Actie characterisiren wie man will, unzweifelhaft obligatorisch, eine Obligation im Sinne des Civilrechts, nicht der Börse. Grünhut hat diesen Satz neuerlich (in seiner Zeitschrift für das Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart I. Bd. 2. Heft, Wien, 1874. S. 375 ff.) mit großer Schärfe entwickelt. Auch das Recht auf Zinsen der „Obligationen“ (der Börsensprache) ist natürlich obligatorisch, beide können verschieden bedingt oder befristet sein, die Natur der (civilrechtlichen) Obligation ist ja hinreichend elastisch gegenüber den Verkehrsbedürfnissen. Verschieden ist aber begreiflicherweise der Rang dieser Forderungen und verschieden ihre Quelle: die Actie und die „Obligation“; die Actie begründet (beziehungsweise ist) Theilnehmerschaft an der Gesellschaft mit oder ohne Stimmrecht, die Obligation natürlich nicht. Zur Unterscheidung ist daher stets auf den Inhalt der Statuten oder gleichstehenden Generalversammlungsbeschlüsse Rücksicht zu nehmen.

Ist das Recht auf die Dividende, was außer Zweifel steht, ein Recht auf Antheil am Reingewinn, so ist dieses Recht principiell und präsumptive eine permanente Last des Reingewinns; die Restriction auf einen periodischen Reingewinn versteht sich so wenig als Restrictionen überhaupt von selbst. Die in den Gutachten von Jäger, Finsler und Seiler adoptirte Ansicht: die Dividende schließt sich alle Jahre ab und ist daher nie auf ein kommendes Jahr übertragbar, übersieht den Satz, daß, was ohne Beschränkung ausgesprochen ist, auch ohne solche gilt und durchzuführen ist. Es ist hier nicht der Ort, ausführlich auf die Streitfrage zurückzukommen. Abgesehen von den erörterten Gründen spricht für die Verpflichtung zur Dividendennachzahlung auch die Erwägung der Geschäftslage, in welcher regelmäßig die privilegirten Actien emittirt werden: sie würden schwerlich Abnehmer finden, wenn diese nicht darauf rechneten, auch für die ersten mageren Jahre durch ihr Dividendenrecht dereinst entschädigt zu werden, sobald es überhaupt zu einem Reingewinne kommt. — Wenn ich demnach zu einem andern Resultate gelange, als die beiden St. Galler Gerichte und im Principe den Klägern Recht geben muß, so verkenne ich die relative Beweiskraft der gegnerischen Gründe keineswegs; nur aus jenen allgemeinen Erwägungen verdient die Ansicht der Kläger den Vorzug, wie dieß die englischen Erkenntnisse und das Gutachten Bluntschli's meines Erachtens überzeugend darthun. Doch liegt nicht gerade darin das Verdienst der Arbeit. Jedenfalls ist durch sie die schwierige Theorie der Prioritätsactien wesentlich gefördert worden; man gewinnt daraus mindestens die Ueberzeugung, daß es sich empfehlen dürfte, in die zu erwartende Gesetzgebung des Verkehrsrecht einen Rechtsatz darüber aufzunehmen, ob beim Schweigen der Statuten die Verpflichtung aus dem Reingewinn zuerst die ältern Coupons der privilegirten Actien einzulösen anzunehmen sei oder nicht.

Prof. Dr. Carl Gareis.

Die diesjährige **Versammlung des schweizerischen Juristenvereins** findet statt Mittwoch den 23. Sept. 1874 in Schwyz und es werden die Verhandlungen Morgens halb 9 Uhr im großen Rathssaale beginnen. Hauptbetrathungsgegenstand ist das Referat des Hrn. Prof. Dr. Friedrich von Wyß in Basel über das Hypothekewesen der schweizerischen Kantone. Ferner wird auch die Herausgabe schweizerischer Rechtsquellen durch den Verein in Aussicht genommen werden. Prof. R. G. König.

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

**Band X.**

**Nr. 4.**

Oktober 1874.

---

**Inhalt:** Die Satzungsbücher der Stadt Bern, S. 97.

---

### Die Satzungsbücher der Stadt Bern.

Seitdem mit der „Uebersicht der älteren Rechtsquellen des Kantons Bern“, bearbeitet durch die H. N. v. Stürler, Staatschreiber in Bern, und J. Schnell, Professor in Basel, eine treffliche Einleitung zu einer beabsichtigten Herausgabe dieser Rechtsquellen publizirt worden ist (1871), hat das Unternehmen dieser Herausgabe selber keine weitere Förderung erfahren. Fußend auf einen vor Jahren gefaßten Beschluß des schweizerischen Juristenvereins waren im Staatsarchiv zu Bern umfassende Vorarbeiten getroffen worden, damit, sobald dem ausgesprochenen Willen, nach gepflogenen Berathungen einer damals niedergesetzten Kommission, die emsige That folgen würde, mit den bernischen Rechtsquellen sofort ein Anfang gemacht werden könne, dem alsdann in ununterbrochener Folge die Herausgabe der Rechtsquellen anderer Kantone hätte folgen sollen. Aber die Manuscripte im bernischen Archiv und die zum Theil vollständig druckfertigen Abschriften harrten umsonst ihrer Erlösung. Während der inhaltsreichen Jahre der Revisionskämpfe und der damit verbundenen Bestrebungen, Hoffnungen und Befürchtungen der schweizerischen Juristenwelt sank das Interesse an jener

wissenschaftlich = patriotischen Publikation in Vergessenheit zurück, da in der Zeit voll praktischen Ringens auf keine Muße zur Erforschung des von den früheren Geschlechtern aufgehäuften juristischen Materials zu rechnen war. — Zur Zeit hat nun aber das Saatsfeld der schweizerischen Rechtsbestrebungen die Periode des unter der Erde verdeckten Keimens überschritten. Die Ideen treten in konkreten Gestaltungen an die freie Luft und wachsen der Blüthe entgegen. Unter diesem Reichthum der aufsprossenden Rechtsbestrebungen darf nun wohl auch die Wissenschaft nicht fehlen, und die Hoffnung ist berechtigt, daß jener alte Plan der Herausgabe der älteren schweizerischen Rechtsdenkmäler nunmehr wieder neu aufleben wird, damit bei dem Guten der Leistungen unserer Generation auch das Schöne nicht fehle.

So will ich denken, jene Vorarbeiten im bernischen Staatsarchiv werden baldig zu energisch geförderten Unternehmungen in die längst gewünschte Beziehung treten, will denken, der Stoff, der in jenen Rechtsquellen gleich reich für patriotische wie für allgemein wissenschaftliche Interessen verborgen liegt, werde binnen Kurzem in seinem ganzen Umfange dem Freunde der schweizerischen Geschichte und der Rechtswissenschaft im Druck allgemein bekannt gemacht werden. Ueber den Inhalt jener Dokumente gedenke ich daher in diesem Aufsatze nicht zu sprechen. Wohl aber möchte ich die Aufmerksamkeit des Lesers auf eine andere Seite derselben hinlenken, um, wenigstens an dieser, ein Beispiel zu geben von dem Interesse, das ein Studium der bernischen Rechtsdenkmäler für die Gegenwart besitzt. Ich setze mir vor, den legislatorischen Charakter der alten Rechtsaufzeichnungen Berns an sich und in Beziehung unter einander näher zu untersuchen, eine Forschung, die ich mir selber beim Studium der betreffenden Handschriften als meine erste Aufgabe bezeichnen mußte, und die auch für andere das nächstliegende Interesse und die beste Orientirung über den Charakter der alten Rechtsaufzeichnungen bilden wird.

## I.

Die älteste Rechtsaufzeichnung der Stadt Bern „in Burgunden“ reicht nicht weit in das 13. Jahrhundert zurück und ist unter dem Namen „Handveste“ bekannt. Sie datirt sich selbst als vom 15. April 1218, während neueste Forschungen zur Evidenz nachgewiesen haben, daß sie, wenigstens in der Form, in welcher sie als Pergament mit der goldenen Bulle im bernischen Stadtarchiv liegt, zwischen dem 29. September 1273 und dem 15. Januar 1274 abgefaßt worden ist. \*) Sie wurde schon mehrmals publizirt, unter anderem auch in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, neue Folge, I. Heft, woselbst sich auch die näheren Nachweise über das Document und seine Literatur vorfinden, weshalb wir dasselbe als bekannt voraussetzen wollen. — Wie die Mehrzahl der älteren Handvesten muß sie als ein politisches Aktenstück aufgefaßt werden. Sie hatte in dieser Beziehung nach zwei Richtungen hin eine Aufgabe zu erfüllen, welche beide in dem Namen, den sie sich selber beilegt, mit *« iura et libertates »* (Art. 54) angedeutet werden. Die Freiheiten, *« libertates »*, sind aufgezeichnete — geschenkte, ertrotzte, erkämpfte — Vergünstigungen der Stadt, womit sie einerseits sich gegen landesübliche Hörigkeitsverpflichtungen, grundherrliche Belastungen und landesherrliche Zumuthungen zu schützen und für ihre Bürger die Gleichberechtigung mit den Besitzern der Herrenburgen zu erringen versuchte, anderseits aber sich von den Reichspflichten und Reichsbanden so viel als möglich loszumachen bestrebt war. Die Rechte dagegen, *« iura »*, sind Satzungen, welche theils veranlaßt durch das neue soziale Leben der Städte, wo manche Bestimmungen der auf bäuerlichen Verhältnissen emporgewachsenen Gewohnheit ihre nothwendige Abänderung erfahren mußten, theils hervorgerufen durch den Umstand, daß die Stadt mit dem ihr verliehenen Freiburger, d. h. Kölner, d. h. fränkischem

\*) cf. von Wattenwyl, Geschichte der Stadt Bern, I., p. 353 ff.



Rechte mit der in ihrer Umgegend sonst geltenden burgundischen oder allemannischen Gewohnheit nothwendig in Conflict kommen mußte, zur größeren Sicherheit des Rechtes aufgezeichnet worden waren. Somit haben wir unter den Bestimmungen der Handveste vier Gruppen zu unterscheiden, welche sich mit einiger Wahrscheinlichkeit im Allgemeinen zeitlich folgendermaßen folgten:

1. Von den libertates diejenigen Bestimmungen, welche der Gründer der Stadt aufstellte, um dem städtischen Gemeinwesen eine Stellung zu verschaffen, die dasselbe über das offene Land erheben und den Wohnsitz daselbst als wünschenswerth erscheinen lassen sollte, also Vergünstigungen und klare Fixirung der zu leistenden Dienste. Dahin gehören vermuthlich die Privilegien Berns als eines Marktplazes (Art. 3 und 5) mit der Verpflichtung des Herrn, für gehörige Sicherheit der Straßen zu sorgen (Art. 4), die Befreiung von Frohnden, die Verkaufsfreiheit, Ehefreiheit (Art. 11, Art. 40), die Bestimmungen über Maß und Gewicht (Art. 12), die Bußbestimmungen bei allerlei Verbrechen (Art. 26 ff.). Der Tradition zu Folge, die aber durch keine urkundenmäßigen Beweise unterstützt wird, ist diese Gruppe von Bestimmungen der Stadt bei ihrer Gründung durch Herzog Berchtold V. in einem eigenen Freiheitsbrief zugesichert worden. \*) Aus der Fassung, in welcher sie in der von kaiserlicher Gnade und zwar „der Reichsstadt“ verliehenen Handveste aufgenommen wurden, läßt sich nur noch zum Theil auf jenen ihren Ursprung zurückschließen. So haben die Bußbestimmungen z. B. ihren direkten Bezug zur Regulirung der Abgaben an den Herrn verloren, und nur die Form der Abfassung mit augenscheinlicher Hervorhebung der Bußansätze ist hiervon übrig geblieben. Dagegen ist jener Schluß wohl sicher mit Bezug auf jene Artikel, in welchen der Verleiher in der ersten Person Einzahl spricht (Art. 4, 5, 6 Marktrecht und 10 Verkaufsfreiheit), da König und Kaiser sonst immer in

\*) cf. von Wattenwyl, L. c. I., p. 126.

der Mehrzahl sprechen, was auch sonst in der Handveste mit Einsicht durchgeführt ist. Die große Mehrzahl der hier einschlagenden Bestimmungen ist übrigens unpersönlich gehalten.

2. Von den *libertates* diejenigen Bestimmungen, welche die Regulirung der Reichspflichten und die vom Reiche zugestandenen Privilegien enthalten, so die Reichssteuer (Art. 1), die Zusicherung der Unveräußerlichkeit der Stadt (Art. 2), die Amnestie wegen Zerstörung des Vogteischlosses (Art. 8), Verleihung des Münzrechtes (Art. 3) und andere. Sie führen, wie bereits erwähnt, den königlich-kaiserlichen Verleiher in der ersten Person Mehrzahl ein, und sind vielleicht gesammelt aus den von verschiedenen Herrschern zu zu verschiedenen Zeiten eingelaufenen, in der Handveste selber genannten *«rescriptis vestris»* (Art. 54).

3. Von den *iura* diejenigen Bestimmungen, deren Aufzeichnung die durch das städtische Leben herbeigeführte Modification der Landeshgewohnheit nothwendig machte und

4. diejenigen, welche, aus dem stammesfremden fränkischen Rechte geschöpft, nur in verbrieftester Gestalt sich, eben jener Gewohnheit gegenüber, halten konnten. — Je nach ihrem Charakter sind die einzelnen dieser *iura* unter die eine oder die andere der beiden eben genannten Klassen einzureihen. Ihnen gehört die Mehrzahl der Artikel der Handveste an, und wir finden hier ausführliche Sätze über das Erbrecht, Sätze über die väterliche Gewalt, die Verjährung, den Zweikampf, die Vindication gestohlener Sachen und andere mehr. In einigen derselben findet sich noch eine Hinweisung auf den Ursprung der Satzung und das Motiv ihrer Erlassung, so in Art. 21, wo die Einhaltung der von Burgern außer der Stadt eingegangenen Verpflichtungen *extra villam* gefordert wird, *«quod civitas inde non gravetur»* oder Art. 38, wo die Aufstellung der Vindication der gestohlenen Sache damit begründet wird, *«ne per unius delictum civitas patiatur infamiam et detrimentum.»* Diese Satzungen haben alle unpersönliche Form, ja nehmen die Gestalt belehrender Auseinandersetzung an, wie wir z. B. in

Art. 48 sogar einem « Ponatur quod aliquis » u. s. w. „nehmen wir an, es habe einer“ — begegnen.

Die Bestimmungen, welche mithin auf einem der genannten vier Wegen in der Stadt Bern Rechtens geworden waren und sich schriftlich abgefaßt vorkanden, wurden nicht vom bloßen Zufall in die Handveste zusammen getragen. Währendem die ebenfalls auf zähringischen Rechtsverleihungen beruhenden sogenannten Handvesten von Freiburg im Breisgau und Freiburg im Uechtland ein vollständig regellofes Durcheinander bieten, so kann man augenscheinlich an der Berner Handveste eine gewisse Sichtung und Gruppierung des Stoffes bemerken, welche Fälle, wie sie in der Handveste von Freiburg im Breisgau z. B. vorkommen, daß dieselbe Bestimmung sich zweimal vorfindet, vermieden hat. Wir begegnen zuerst der Verleihung der Stadt mit Reichsunmittelbarkeit, dann der Verleihung mit Markt- und Verkehrsfreiheiten, sowie den Pflichten gegen den dominus. Alsdann der Stellung des Bürgers, der Angesehenen und der Eigenleute. Zoll, Maß und Gewicht. Bußen für verschiedene regellos an einander gereichte Vergehen, Ehe und Erbrecht, Bürgereid, Schluß. Ja wo an einigen Stellen diese Ordnung plötzlich mit einem einzelnen Artikel unterbrochen wird, läßt sich wohl vermuthen, daß dies nur in Anlehnung an ein früheres Document, das man, ohne es auseinander zu reißen, in die Handveste einfügen wollte, geduldet worden sei. — Ferner gibt die Handveste offenbar auch nicht eine Sammlung aller vorhandenen geschriebenen Rechte, denn sie nimmt selber Bezug auf anderweitige Documente, und nennt z. B. den Rodel der Bürger, den Rodel der Freiburger und die Rescripte der Stadt (Art. 16 und 54).

Es liegt uns mithin in der Handveste ein Product vor, das aus einheitlicher, mit Auswahl erfolgter Redaction entsprungen ist, und wir sind gar wohl berechtigt, mit von Wattenwyl (Gesch. der Stadt Bern I. p. 300 ff.) anzunehmen, daß diese Redaction mit dem bestimmten politischen Zwecke

erfolgte, alle die nach und nach erworbenen, meist wohl errungenen Bestimmungen in einem Brief von König Rudolf bestätigen zu lassen, welche Bestätigung dann auch nach einem noch im Original erhaltenen Documente am 16. Januar 1274 erfolgte.

Einzig steht dieser Fall der Abfassung ältester Stadtrechte in der städtischen Rechtsgeschichte nicht da. So wird uns z. B. von Augsburg überliefert, daß König Rudolf 1276 dieser Stadt erlaubt hat, ihre alten Rechte und autonom aufgestellten Rechtsätze in ähnlicher Weise zu sammeln, um sie als Ganzes zu bestätigen.\*) Unklar freilich ist nur das eine, warum nun Bern dieser Redaction die Form einer von Kaiser Friedrich II. verliehenen Handveste gegeben habe. Ob der König damit getäuscht werden sollte, oder ob diese „Antidatirung“ — denn mit dem schärferen Ausdruck der Fälschung dürfen wir, wenn wir die damaligen Anschauungen über solche Dinge in Erwägung ziehen, dieses Vorgehen wohl kaum bezeichnen — mit seinem Einverständnisse erfolgte, ist noch nicht ermittelt. Vielleicht daß eine kritische Untersuchung der übrigen zähringischen „Handvesten“ hierüber dereinst, vermittelst Aufstellung von Analogien, einiges Licht verbreiten kann.

Der Umstand, daß die in der Handveste niedergeschriebenen Bestimmungen fast ausschließlich das Produkt der damaligen Städtepolitik waren und daß das Document selber aus einem politischen Gedanken heraus seine Abfassung gefunden hatte, erklärt uns nun auch genügend seine eigenthümliche Färbung, worin es sich so gründlich von den Rechtsaufzeichnungen nicht nur der Gegenwart, sondern auch der unmittelbar folgenden Periode der bernischen Geschichte unterscheidet. Alle Rechtsnormen sind darin dargestellt als eingeräumte Privilegien oder als normirte Pflichten, und kaum machen hievon diejenigen Satzungen eine Ausnahme, welche wir oben unter den iura der Hand-

---

\*) cf. Gengler, Stadtrechte p. 1, 5.

veste angetroffen haben. — In dem Kampfe, den die Stadt für ihre Reichsunmittelbarkeit, ja für ihre Existenz zu bestehen gehabt hatte, spielte die Handveste eine hauptsächlich Rolle, sie war der langsam errungene und jetzt fest gegründete Rechtsboden, auf welchem nunmehr die Stadt frei der Zukunft entgegenblühen konnte. Es entspricht vollständig diesem ihrem politisch-rechtlichen Charakter, daß von den 54 Detailbestimmungen, die sie enthält, nur 24 späterhin in der Rechtsgeschichte eine Fortsetzung erfahren konnten, der Rest aber in Vergessenheit fiel, als Schild und Waffen, die man gegen einen Feind geschmiedet, der damals drohte, in der Zukunft aber längst vorübergezogen war. Es entspricht auch ferner diesem Charakter, daß wir in ihrem Texte, in den deutschen Uebersetzungen, nach Sprache und Inhalt einen ganz anderen Ton antreffen, als in den unmittelbar folgenden Rechtsdenkmälern, daß wir die aus der Gewohnheit herausgewachsenen acht landesüblichen Institute, wie Trostung, Einung, Telle, nicht finden, ja kaum einem dieser Worte begegnen.\*) Eben deshalb sind wir aber auch genöthigt, sie als ein Document aufzufassen, das mehr der allgemeinen mittelalterlichen Städteentwicklung angehört und von dieser Zeugniß giebt, als daß es den Forscher speziell im bernischen Recht in umfangreichem Maß belehren kann, und das, während es nur mit wenigen seiner Artikel als das Fundament der bernischen Rechtsentwicklung angesehen werden kann, freilich in seiner gesammten Erscheinung eine reiche Zierde bildet in der Mauerkrone der gewaltig strebenden Städte des deutschen und welschen Mittelalters.

Bis in's siebzehnte Jahrhundert hinein pflegte bei allen größeren Rechtsaufzeichnungen die Handveste der Stadt

---

\*) Die älteste der Uebersetzungen bringt das Wort „Telle“ einmal, indem sie Art. 25 „qui iura implet civitatis“ mit „Wer giebt Wacht vnd Telle“ übersetzt. Spätere führen auch „Einung“ einmal an, nämlich Art. 10 für „sine omni gravamine et banno“ „ohne Beschwerde vnd Einung“, wo die älteste Uebersetzung noch sagt: „ohne Kummer vnd Buße.“

Bern („dis ist die Handvesti der Statt Bern“) vorangestellt zu werden, in alter Sprache, mit ihren vielen obsoleten und wenigen noch geltenden Bestimmungen, ein Zeichen der Pietät, welche die damalige Zeit für ihr historisches Werden im patriotischen Herzen trug. Ursprünglich lateinisch abgefaßt finden sich somit eine ganze Reihe von Uebersetzungen, die nirgends sich vollständig gleich lauten. Die älteste derselben, welche bis jetzt bekannt geworden, wurde vor Kurzem in Schloß Spiez gefunden, auf einer Pergamentrolle von 5 Blättern. Sie fällt nach dem 25. Dezember 1280, welches Datum auf dem 4. Blatt in einem Verzeichniß von Lehensgütern eines gewissen Cuno Münzer angegeben ist. Jedemfalls aber ist sie aus nicht viel späterer Zeit, dies verräth vor Allem die alte Sprache, in welcher z. B. noch „elliu“ u. A. m. zu finden ist. Im Ganzen ist sie bedeutend ungenauer als die späteren, obgleich auch diese oft sehr mangelhaft sind; sie verstellt an einer Stelle zwei Artikel, wiederholt an einer andern einen bereits vorher geschriebenen Passus, gibt am Ende die Zeugen unvollständig und setzt als Datum 1200, statt 1218. Die nächstfolgenden Uebersetzungen stammen alsdann aus dem 15. Jahrhundert.

## II.

Als die Stadt Bern sich am Ende der ersten Periode ihrer ruhmreichen Laufbahn die iura et libertates der Handveste von König Rudolf bestätigen ließ, flocht sie zugleich in diese Bestätigung eine *«confirmatio iuris universi»* ein, welche als letzter Artikel der Handveste beigelegt ist und als Rechtsquellen neben der Handveste für das damalige Bern ausdrücklich nennt: Die Rechte, welche der Zähringer Conrad der Stadt Freiburg i. B. bei der Gründung verliehen, ferner diejenigen, welche Bern von seinem Gründer Berchtold erhalten, und endlich die Bestimmungen der Kodel der Städte Bern und Freiburg und der bernischen (wohl zähringischen und kaiserlichen) Rescripte (Art. 54). — Die

hauptsächliche Rechtsquelle wird hiebei nicht aufgeführt: Die Gewohnheit der Stadt bedurfte keiner königlichen Bestätigung. Die *conformatio iuris universi* erstreckte sich aber noch weiter; der Art. 54 schließt mit folgenden Worten: «vel illa (iura) que adhuc pro communi utilitate et honore civitatis, et honore imperii conservando et augmentando rescriptis et rodalibus vestris communi et sano consilio decreveritis apponenda, vobis et cunctis posteris vestris autoritate regia concedimus et confirmamus», in späterer Uebersetzung: „Darzu was ir von nuhin vmb gemeinen nuge vnd ere vwer stat vnd ere des riches ze behaltene vnd ze merende mit gemeinen vnd guttem ratte werdent schribende vn an vwer Rodel ze legende.“ Mit dieser „besten Freiheit“, wie die Uebersetzungen den Artikel überschreiben, war das Fundament gelegt zu einer selbstständigen Rechtsentwicklung Berns, sie bildete den gesetzlichen Boden, auf welchem in der Folgezeit die Hunderte von Satzungen emporwuchsen, die zur Weiterbildung oder Modification der Handveste oder der Gewohnheit geschaffen werden mußten.

Es wurde mit dem 14. Jahrhundert allgemein in den Städten Sitte, die auf Papier- oder Pergamentstücke niedergeschriebenen Beschlüsse der Behörden und Bürger, sowie andere wichtige Documente, in ein einziges Buch, das Stadtbuch, zusammen zu schreiben. Straßburg, 1322, gibt wohl richtig als Motiv hiezu an: „Und der Stette recht vnd gesezede worent geschriben an vielen brieven vnd cedelen, die man nit finden kunte, so man darnach sollte richten.“ Einzelne Fälle sind bekannt, wo sich eine Stadt förmlich vom König das Recht verleihen ließ, ein solches Stadtbuch anzulegen, so Hamburg 1292, Verden 1330\*) u. A. Meistens fanden diese Eintragungen regellos statt für alle wichtigeren Documente in ein einziges Buch. Seltener

\*) cf. Gengler, Stadtrechte, s. h. v. ähnliches geschah in Berlin: „dat schrive mau hiriu, bet vit bucheken vullenkome an guden rechte.“ Vergl. auch Frauenfeld, Stadtrecht von 1331, in Schauberg, Zeitschr. für ungedr. Rechtsquellen II., p. 117.

wurden diejenigen Verordnungen, welche sich auf das Recht oder auf Verfassung und Recht bezogen (die Satzungen), in einen eignen Band, als Fortsetzung des Stadtrechtes („der stette rechte vnd gefezede“, wie es oben im Straßburgerrecht heißt) zusammengetragen.

Sei es daß in Bern solche Maßnahmen später als in den größeren deutschen Städten eingeführt worden, oder daß der große Brand vom 14. Mai 1405 ältere Werke vernichtet hat, wir begegnen hier den Arbeiten genannter Art erst mit dem 15. Jahrhundert. Aus dieser Zeit liegt uns eine Sammlung vor aus dem städtischen Archiv, welche die verschiedensten Documente außer den Satzungen, nämlich Urkunden, Rathsbeschlüsse, Polizeiverordnungen, Wilttheilungen aus andern Städten (so z. B. eine Feuerordnung aus Zürich) u. dgl. aufgenommen hat. Von dieser Sammlung streng zu scheiden, existiren dann aber aus derselben Zeit fünf weitere Sammelwerke, welche nun umgekehrt einzig die Satzungen der Stadt Bern enthalten wollen. Während die erstgenannte Sammlung, die den Namen „Alt Polizei, Eid und Spruchbuch“ führte (in der Uebersicht der bern. R. q. Altes Eid- und Satzungsbuch genannt), im Wesentlichen gar keinen Beitrag zur Rechtsgeschichte der Stadt Bern liefert, so sind umgekehrt die letzteren als die eigenthümlichen codificatorischen Producte der zweiten Periode der bernischen Rechtsgeschichte zu betrachten, und mit ihnen haben wir uns deshalb hier ausschließlich und eingehend zu beschäftigen.

Von den Satzungen der Stadt Bern sind bis jetzt fünf Handschriften bekannt geworden.

1. Ein Exemplar, das früher im Besitze des Herrn Dr. Pellis in Lausanne war, nummehr Herrn Professor J. Schnell in Basel angehört, kl. Fol., Papier, 83 Blätter, mit starkem Holzdeckel, enthält 232 Satzungen, nach neuerer Nummerirung. 203 derselben sind von einer, der Haupthand eingetragen und auf den fortlaufenden Blättern so aneinander gereiht, daß zwischen den einzelnen Satzungen da



und dort ein leerer Raum bestund. In diese unbeschriebenen Stellen hat dann eine zweite spätere Hand eine Reihe von Satzungen nachgetragen. — Bis zur 46. Satzung sind alle mit Ueberschriften versehen, dann nur noch vereinzelt, so daß, mit Abrechnung der überschriebenen Satzungen zweiter Hand, nur 40 der alten Hand solche Ueberschriften besitzen, und auch bei diesen sind die Ueberschriften von der Satzung 43 an nicht mehr von der ersten Hand, rühren also offenbar von einer spätern Durchsicht der Sammlung her. Datirt sind von der ältern Hand nur 10 Satzungen, bei den übrigen scheint das Datum theilweise mit Absicht weggelassen worden zu sein, wie dies auch anderwärts bei Abfassung solcher Sammlungen gehalten wurde, z. B. bei der Redaction des Bamberger Stadtrechtes von 1303. Die 10 angegebenen Daten reichen von 1316 bis 1404. (S. 75 und 95.) Durch Vergleichung mit andern Quellen können wir nun aber die Daten für noch 29 weitere Satzungen der alten Hand feststellen, welche reichen von 1283. (S. 103) bis 1406 (S. 132, 173, 224). Die eine der Satzungen ist in einer andern Handschrift sogar von 1407 datirt (S. 161); jedoch bei ihr besonders und auch bei den genannten Satzungen aus 1406 und einer weitern von 1405 (S. 146) stimmen die Handschriften nicht bis an's Ende, vielmehr enthalten die datirten Fassungen noch mehrere Zusätze, so daß es wohl denkbar ist, daß jene Daten aus andern Handschriften sich einzig auf die neugegebene Fassung der Satzungen mit den Zusätzen beziehen, die kürzern Stücke der von uns nun zu behandelnden Handschrift aber ältern Datums sind. In diesem Falle wäre der letzte Eintrag der Haupthand von 1404, so daß also dieselbe in diesem Jahre oder später ihre Sammlung geschrieben haben muß. — Die zweite Hand hat in die erwähnten leergelassenen Räume 26 Eintragungen angebracht, von welchen 24 mit Ueberschriften gleicher Hand versehen sind. 19 derselben sind datirt, und es reichen die Daten von 1404 (S. 95) bis 1427 (S. 32), so daß also diese Hand, in Ergänzung der ersten,

nach derselben bis 1427 oder noch später ihre Nachträge eingeschrieben haben muß. — Eine dritte Hand fügte die letzte Sazung (S. 232) bei, vom Jahr 1429. Von zwei Sazungen ist es zweifelhaft, ob sie einer vierten, oder aber der etwas mehr als gewöhnlich rein geschriebenen ersten Hand angehören (S. 218 und 219); sie sind undatirt, lassen sich aber nach anderer Handschrift dem Jahre 1403 zuweisen. Nach dem Vorgange der „Uebersicht der bernischen Rechtsquellen“ wollen wir diese Bellis'sche Handschrift mit P bezeichnen.

2. Eine zweite Handschrift, im Staatsarchiv zu Bern, Folio, Papier, 173 Blätter, vorn mit einer losen, aber gleichzeitigen Registereinlage, hinten mit einer unpaginirten, jedoch ebenfalls gleichzeitigen Einlage von 15 Blättern, wovon jedoch nur 7 Seiten beschrieben sind, enthält 350 Sazungen, nach späterer Datirung (S. 1—1<sup>n</sup>, 2—343). Hievon sind 281 Sazungen von der Hauptband geschrieben, und derart eingetragen, daß zwischen den einzelnen Sazungen da und dort ein leerer Raum, oft eine Reihe leerer Blätter stehen blieb. 129 sind datirt und geben als Jahrzahl 1283 bis 1439 (S. 106 und 265), mit einem Zusatz von gleicher Hand aus 1441 (S. 191). — Weitere Eintragungen in die genannten Lücken und leeren Blätter finden sich 69, von anscheinlich 7 verschiedenen Händen geschrieben, die aber partienweise, zwei und zwei unter sich, eine Aehnlichkeit besitzen, welche die Annahme zulassen dürfte, dieselbe Persönlichkeit habe zu verschiedenen Zeiten mit einer etwas veränderten Hand geschrieben. Ungefähr möchten sich feststellen lassen, neben der Hauptband eine zweite Hand (S. 209 bis 211, 143, 158, 217, 234, 296, 342, 343) von 1439—1450. Eine dritte Hand (S. 252, 338, 339) von 1439—1448, verwandt mit einer vierten (S. 144, 218, 271, 301, 266 bis 270) von 1456 und 1457. Eine fünfte (S. 159, 193, 239, 253, 297) von 1456—1459. Eine sechste (S. 21, 22, 199, 218, 303 -- 311, 318—321) von 1462—1464, verwandt mit einer siebenten (S. 313, 312, 328—337) von 1466 bis

1471. Endlich eine achte (S. 98, 314, 315, 317, 302, 322, 327) von 1467—1471, und eine neunte mit den einzigen S. 36 und 64 von 1487. — Dabei bleiben noch vereinzelt S. 316 von 1467, S. 326 von 1461, S. 15 von 1437, S. 35 von 1409, und S. 340 und 341 von 1409 und 1415. — Wer Kanzleischriften aus derselben Zeit und demselben Ort schon zu prüfen hatte, wird übrigens wissen, wie un-  
gemein schwer es ist, hiebei eine sichere Scheidung vorzunehmen; die Handschriften sind selten, welche über allem Zweifel erhoben ihre charakteristischen Merkmale aufzuweisen haben. — Die Satzungen, auch der verschiedenen Handschriften, sind bis auf wenige mit Ueberschriften versehen. — Weil der Umschlag der Sammlung aus einem mit rothem Leder überzogenen Holzdeckel besteht, pflegte man diese Sammlung das „rothe Buch“ zu nennen (wohl zu unterscheiden von einem späteren „rothen Buch“, wovon weiter unten zu sprechen sein wird) und wir bezeichnen sie deshalb mit R.

3. Im Staatsarchiv liegt eine dritte Sammlung, Papier, kl. Folio, mit dünnem Pergamentband, 60 Blätter, welche 199 Satzungen enthalten. Sie ist von einer einzigen Hand geschrieben und schließt sich der Haupthand von R dermaßen an, daß sogar die leergelassenen Stellen oder ganzen Blätter zwischen zwei Satzungen bei beiden Handschriften an denselben Orten vorkommen. Eine Abweichung zeigt sich nur darin, daß sie zwischen S. 26 und 27 R eine neue Satzung einschreibt und ferner zwischen S. 38 und 59 R einen Abschnitt von zehn Satzungen beifügt, welcher die Ueberschrift „Urlug“ (d. h. Krieg, also Kriegsordnung) trägt. Dieser Abschnitt findet sich aber in P. — Sie bricht mit S. 199 (R 205) plötzlich, an die letzte Seite des dünnen Bandes angekommen, ab. — Diese Sammlung kam vom Stift Bern in das Archiv des Lehnsc Commissariats und von diesem in das Staatsarchiv; nach Vorgang der Uebersicht nennen wir sie daher L.

4. Eine vierte Sammlung ist im Gemeindearchiv von Bern aufbewahrt, Pergament, Folio, 107 Blätter, mit von gepreßtem Schweinsleder überzogenem Holzdeckel. Es fehlen daraus die Blätter 101, 103, 104 und 106. — Die Haupt-hand dieser Sammlung reicht bis zum 85. Blatt, und das jüngste von ihr geschriebene Datum ist 1480. Die Satzungen sind ohne leere Zwischenräume an einander gereiht und erst nach dem 85. Blatt folgen Zusätze von verschiedenen Händen. Es scheinen vorzukommen: eine zweite Hand (Blatt 88, 90) mit Datum von 1483 bis 1496; eine dritte (Bl. 88) von 1484; eine vierte (Bl. 89) von 1489 bis 1491; eine fünfte (Bl. 88 und 91) mit Datum von 1442, 1487 und 1501; eine sechste (Bl. 91, 92—96, 97) von 1502 bis 1512; eine siebente (Bl. 97—105) mit Datum von 1467, 1503 und 1523, und endlich eine achte (Bl. 105, 107) von 1529 bis 1535. Die genannte fünfte Hand (1497—1501) entspricht der neunten Hand von R (1487). Die Handschrift folgt im Ganzen genau der Handschrift L, mit einziger Ausnahme, daß sie eine Satzung von 1463 bei S. 57 einschreibt (diese Satzung findet sich als ein späterer Nachtrag auch in R, S. 21). Wenn dann L mit S. 199 abbricht, fährt sie im Allgemeinen nach der alten Hand R weiter bis zu R S. 300, mit Auslassung von 27 Satzungen; alsdann folgen 21 neue Satzungen, zumeist datirt von 1483—1535, wobei zwei Satzungen von späteren Nachträgen aus R hier wieder erscheinen. — Als Handschrift des bernischen Archivs nennen wir sie B.

5. Endlich existirt noch eine fünfte Sammlung, welche im Besitz des Lebenscommissärs Stettler war, nach dessen Tod aber verkauft wurde und seither verschwunden ist. Sie war Folio, Papier, 107 Blätter. — Mir lag sie vor in zwei Abschriften, welche im Besitz der Herren Prof. König in Bern und Prof. Schnell in Basel sind und unter einander, bis auf die kleine Differenz einer fehlenden Ueberschrift und einiger orthographischer Verschiedenheiten, sowie des Mangels der Einleitung bei der einen, übereinstimmen. Diese Samm-

lung, über deren Handschrift wir natürlich nichts mehr erfahren können, folgt im Inhalt vollständig der Sammlung B, so sehr, daß sie sogar zur Ergänzung der durch die ausgerissenen Blätter von B entstandenen Lücken benutzt werden kann. Es fehlen aus B darin bis Bl. 105 einzig 4 Satzungen, und ferner giebt sie, indem sie mit B Blatt 105 (Stettler. Handschr. S. 304) abbricht, anstatt der in B folgenden Zusätze der achten Hand (1529—1535), einen Freiheitsbrief und ein Beschwerdememorial von 1744. — Wir bezeichnen diese, die Stettlersche Handschrift mit S.

Abgesehen von der mehr oder weniger umfassenden Reichhaltigkeit dieser verschiedenen fünf Sammlungen, ist die Differenz derselben unter sich keine bedeutende zu nennen. In Bezug auf das Formelle finden wir, während P die Satzungen nach der Handveste ohne eine weitere Ueberschrift einfach beifügt, bei der großen Mehrzahl der einzelnen Stücke keine Ueberschriften gibt, die Daten wegläßt und weder eine materielle noch eine chronologische Reihenfolge der Eintragungen beobachtet, bei den übrigen 1) die Andeutung eines neuen Abschnittes nach der Handveste. R sagt „Satzungen der Stadt Bern“ und trägt auf dem Umschlag den Titel „der Stadt Satzung“. Ebenso die übrigen; L nennt sich auf dem Einband < privilegia et statuta ville Bernensis >. 2) Die Satzungen werden regelmäßig von R mit Ueberschriften versehen; bei allen anderen gleicher Weise. 3) Die Daten sind in der Mehrzahl der Stücke beigefügt. 4) Allerdings findet sich in der Reihenfolge ebenfalls noch kein Grundsatz, aber man kann bei R, und damit bei den übrigen, beobachten, daß Anfangs eine gewisse Ordnung beabsichtigt gewesen zu sein scheint; es beginnt die Sammlung nämlich mit dem Eid der Gerichtsherrn, folgen sodann Verordnungen über die Bußen, Strafbestimmungen; dann aber, nach der 20. Satzung etwa, tritt bald, wenn auch noch da und dort eine Reihe gleichartiger Satzungen zusammengestellt sind, die bunteste Regellosigkeit ein. Der Umstand, daß nach einzelnen Satzungen leere Stellen offen

gelassen wurden, spricht dafür, daß der Sammler Gleichartiges zusammenzutragen beabsichtigte. Materiell sind die fünf Sammlungen in ihrem Charakter nicht verschieden von einander. Ueber 200 Satzungen (mit Abrechnung von L, das mit S. 199, wie erwähnt, plötzlich abbricht) stimmen in allen wörtlich überein; von P fehlen in R nur 23 Stücke, und R bildet die Basis für die anderen drei Handschriften. Zum weitaus größten Theil sind diese Satzungen Beschlüsse vom Schultheiß, Rath und Zweihundert, oder Gemeinde, beginnen auch oft mit den Worten: „Wir Schultheiß u. s. w. haben gesetzt“ oder „Item es ist gesetzt“. Nur ganz vereinzelt kommen Rathserkenntnisse, Urtheile über einen einzelnen Fall vor, oder auch Privatdokumente, wobei dann in einem dieser Fälle am Rand (R) ausdrücklich bemerkt steht: „Ist eine urkund“. Mit Bezug auf die einzelnen Materien finden wir in P 44 Satzungen, welche den Prozeß betreffen, 56 welche politische Dinge beschlagen, Strafrecht 43, Polizei 44, Handel und Verkehr 33, Ehe, Erbrecht und Vormundschaft 14, und bei den andern Handschriften ändert sich dieses Verhältniß nicht. — In der Handveste dagegen war das Verhältniß: Prozeß 4 Artikel, Politisches 13, Strafrecht 14, Verkehr und Handel 11, Ehe, Erbrecht und Vormundschaft 12.

Gab uns die Handveste eine Rechtsaufzeichnung, worin der Brennpunkt für alle die Strahlen ein politischer Gedanke war, so bieten uns diese Satzungen hingegen Aufzeichnungen des Rechts an sich, zur Förderung der Rechtspflege. Alles Recht ihrer Zeit sammeln sie wohl auch nicht; sie selber verweisen auf den „Kodel“ oder auf der „Stat rechten und gewanheiten“ oder auf andere speziellere Quellen; aber in ihrem Charakter entsprechen sie dem damaligen Charakter des geschriebenen Rechtes, das nur die Vorposten der Rechtspflege stellte, während die Hauptmacht noch immer in der Gewohnheit lag. In legislatorischer Beziehung gehören diese Satzungsbücher alle zu einer besonderen Gruppe von Rechtsaufzeichnungen. Ohne jedes systematische Gefüge

verfolgten ihre Verfasser den Zweck der Sammlung vereinzelter Erlasse und Vereinfachung und Erleichterung ihres Gebrauchs mit dem einzigen Mittel der Zusammenschreibung in einen Band, wobei keine Sazung von der andern gleichsam etwas weiß, sondern für sich stehen bleibt, als wär sie allein. Es ist selten, daß dieses Verfahren auch nur im mindesten gebrochen wird. Doch finden sich Stellen in allen den Handschriften, wo von einer Sazung auf (unbestimmt) andere verwiesen wird mit Worten „wie obstat“. Der leitende Gedanke scheint nur einer gewesen zu sein bei diesen Sammlungen, nämlich die Absicht ganz gewissenhaft die Sazungen in ihrem Wortlaute zusammenzuschreiben. Erst in zweiter Linie kam das Bestreben hinzu, die Benutzung dieser Sammlung durch Rubriken, durch Ueberschriften und durch ein Register dieser Ueberschriften zu erleichtern. Eine Gruppierung nach dem Stoff hätte wohl, da man vor allem aus den Wortlaut beibehalten wollte und eine jede Veränderung oder systematische Zusammenziehung für ein gefährliches Beginnen gehalten haben muß, ihre großen Schwierigkeiten gehabt, wurde aber auch nicht ernsthaft versucht. Innerhalb dieses Verfahrens war ein Fortschritt nur nach zwei Richtungen möglich, einmal durch eine stets größere Genauigkeit der Abschrift, und zweitens durch eine mit Ueberschrift und Register erleichterte Uebersicht der Sammlung der Sazungen; ein System des Rechtes kannte jene Zeit in unseren Landen noch nicht, und wenn sie es gekannt hätte, sie wies es als gefährlich von sich. Diese Theorie der Rechtsaufzeichnung ist bekanntlich bis auf den heutigen Tag im Großen und Ganzen diejenige Englands geblieben, und war damals in der Schweiz überall üblich. Neben diesen Sazungsbüchern, den reichsten und ältesten derartigen Duellen aus unserer Gegend stehen vor allem mit vollständig gleichen Bau die Landbücher der verschiedenen Thalschaften.

Die geschichtliche Folge der verschiedenen Sazungsbücher dieser Periode stellt sich nach dem Gesagten nun etwa

folgendermaßen dar: Als nach der Abfassung der Handveste die einzelnen Satzungen, gemäß der der Stadt verliehenen Autonomie aufgestellt, in deutscher Sprache verfaßt (*«ad maiorem expressionem»*, sagt P 33) und auf Pergamentstücke geschrieben, über ein Jahrhundert lang auf fliegenden Blättern das geschriebene Recht Berns gebildet hatten, scheint in Folge des großen Brandes 1405 der Gedanke an Sammlung derselben in ein einziges Buch aufgetaucht zu sein, denn wir haben gesehen, daß die Hauptband unserer ersten Handschrift P um 1405, vielleicht bis 1407 schrieb, und meist ohne Angabe von Daten in ihrer Sammlung rückwärtsgriff bis 1283. Den Verfasser kennen wir nicht; sein Werk ist einfach, scheint eilig verfaßt zu sein, denn in nicht weniger als neun Satzungen ist der Text nicht vollständig, ja durch Auslassungen ganz entstellt, und zwei Mal findet sich dieselbe Satzung wiederholt an verschiedenen Orten aufgeführt. An den Wortlaut der Dokumente schließt er sich selten an, sondern ersetzt die Eingangsformel durch „Item“ und den Schluß durch „Datum 2c.“ Nicht minder ist auch eine Erleichterung des Nachschlagens wenig gefördert, es fehlen meist die Ueberschriften und fehlt vor allem ein Register. — Diese erste Arbeit fand ihr Fortsetzung, indem ein zweiter Rechtskundiger zu einer Ergänzung der Sammlung schritt und neuere oder auch ältere Satzungen bis 1427 oder 1429 (zweite und dritte Hand) beifügte, bis der Band vollständig gefüllt war. In dieser zweiten Hand glaubt man, diejenige des Johannes Blum zu erkennen, der 1422 Gerichtsschreiber wurde. — Auf diese erste Redaktion des Satzungsbuches der Stadt Bern folgt bald eine zweite, von derselben Hand, welche in P als diejenige Blum's erscheint; es ist R, erste Hand, bis 1439 resp. 1441. Der Verfasser, welcher sich namentlich auch aus dem Grunde als derselbe mit dem Schreiber der Nachträge zu P qualifizirt, weil die Ueberschriften dieser Nachträge mit geringen Ausnahmen, mit denjenigen der betreffenden Satzungen aus R wörtlich übereinstimmen, während



die Differenzen bei den anderen Ueberschriften oft bedeutend sind, scheint die Mängel des P gefühlt und auf eine bessere, in größerem Maßstab angelegte Sammlung Bedacht genommen zu haben. Er versuchte Gruppierung, er beobachtete Genauigkeit, besonders der Anfangs- und Schlußsätze der Stücke, und schrieb überall Ueberschriften. Bis 1439 war Blum Gerichtsschreiber, bis dahin führte er dieses Buch weiter, das dann in den folgenden Jahrzehnden von verschiedenen Persönlichkeiten ergänzt wurde. Einigermaßen deutlich lassen sich nur noch zwei Handschriften dabei erkennen: diejenige des Johannes von Kilchen, der Gerichtsschreiber war von 1442 - 1460 und 1465 - 1470 und Stadtschreiber 1461 - 1465, und diejenige des Thüring Frieder, des Stadtschreibers von 1467 - 1492. Von ersterem stammen wahrscheinlich die dritte und vierte Hand R, von letzterem die neunte. Vielleicht auch ist die fünfte und sechste Hand (1462 - 1471) diejenige des Rudolf von Kilchen, der Gerichtsschreiber war von 1470 - 1480. Daß diese Sammlung lange im Gebrauch blieb, beweisen nicht nur die Einträge bis 1487, sondern auch die Anmerkungen, welche am Rand der Satzungen von verschiedenen Durchsichten herrühren und angeben ob die eine Satzung „geendert“ ist oder „vacat“ oder „bestat“. Aus welcher Zeit diese, wahrscheinlich wiederholte Durchsicht herrührt, war mir unmöglich festzustellen. — Bevor die Sammlung Blums irgendwelche Zusätze erhalten hatte, wurde eine Abschrift davon genommen, die wahrscheinlich um 1441 hergestellt wurde, von unbekannter Hand. Es ist die Handschrift L, deren Uebereinstimmung mit R diese Annahme vollständig rechtfertigt. Sie ist nicht vollendet, ihre Schrift ist geläufig, gleichmäßig, aber der Text oft nicht so genau wie in R. — Noch erfolgte nun eine dritte Redaktion des Satzungsbuches. Hievon sind zwei Exemplare, B und S, erhalten, welche beide bis fast zu den letzten Blättern wörtlich übereinstimmen und wörtlich die Handschrift L copiren, aber ohne zwischen den Satzungen Lücken zu lassen (wenigstens B, S liegt nicht im

Original vor), sondern mit unausgesetzter Aneinanderziehung derselben. Wo L abbricht, folgen sie, wie L meistens R gefolgt ist, ebenfalls mit geringen Ausnahmen der Sammlung R. B scheint gegen 1480 abgefaßt zu sein, wurde wenigstens vom Verfasser bis 1480 weitergeführt. Die Schrift ist vielleicht die des jüngeren von Kilchen. Während dann B Zusätze bis 1535 erhielt, finden sich solche in S nur bis 1520. — Am sorgfältigsten ausgearbeitet von Allen ist die Pergamenthandschrift B. Auch sie hat gleich R eine Durchsicht erfahren und ist reich an Randbemerkungen, deren eigenthümliche Beziehung wir weiter unten behandeln müssen.

Weiter setzte sich die Periode der Satzungsbücher, d. h. der jedes Systems baaren Sammlung von Satzungen nicht fort. Wie sich die angelegten Bände mit den Jahrzehnden mehr und mehr füllten und gültige wie ungültige Bestimmungen in ordnungsloser Zusammenpferdung kaum mehr durch wiederholte Durchsichten einigermaßen übersichtlich getrennt und unterschieden werden konnten, zwangen die Verhältnisse zu einer Abhülfe. Und diese erfolgte dann auch sobald der rechte Mann die Stelle jenes Beamten bekleidete, welchen wir meist als Redaktor dieser Sammlungen thätig gefunden haben: eine neue Periode begann unter dem Gerichtschreiberamt des Hans von Rütli.

### III.

Einzelne Städte brachten ihr Stadtrecht schon im 14. Jahrhundert in ein System. So ist es uns überliefert, daß Goslar 1359 ein Stadtbuch abfaßte in fünf Theilen: 1. Erbrecht u. s. w., 2. Friedensbruch, 3. Gericht und Klage, 4. Zeugen und Anfang, 5. mancherlei Rechte. Gegen Ende des 15. Jahrhunderts trat das Bestreben solcher Systematisirung allgemeiner hervor und griff auch bei den oberdeutschen, d. h. den eidgenössischen Städten um sich. Freiburg i. B. erhielt 1520 ein ausführliches Stadtrecht, und Bern folgte dem Vorgehen dieses stammverwandten Ge-

meinwesens im Jahr 1539. — Am 18. April 1538 wurde von Rath und Sechszehnern der Beschluß gefaßt, die Stadtsetzung zu bereinigen, zu erläutern und zu verbessern. Es wurde eine Commission niedergesetzt, die nach den Vorarbeiten des Gerichtschreibers nur wenig Arbeit mehr vorfand. In Sitzungen des 31. März, 1. und 2. April 1539 wurde vom Rath die Satzung „gefertiget“. Am Ostermontag kam die Vorrede vor die Burger, und die ganze Arbeit muß mit diesem Tage als in Kraft getreten erklärt worden sein; denn wir finden in den Rathsmannuals einzig weiter noch die Notiz, daß 13. Mai 1540 dem Gerichtschreiber „von der ernüerung der Satzungen jeßmal 10 Kronen“ ausbezahlt worden seien. (Vergl. die Uebersicht d. h. R. q. p. XV.)

Hans von Rütli bekleidete die Stelle eines Gerichtschreibers von 1531 bis 1545 und zum zweiten Mal von 1546 bis 1555. Auf ihn fiel die Arbeit der angestrebten Neuerung, und aus der Vorzüglichkeit des hiebei gewonnenen Resultates dürfen wir vielleicht auch schließen, daß er gerade die Seele des ganzen Unternehmens war.

Wir haben keine Nachrichten über die Art und Weise der Redaktion des neuen Satzungsbuches. Die Vorrede desselben sagt über die Arbeit, es habe dieselbe „ztylich ordnungen potte, verpote, sazungen, Rechte vnd strafenn, zum Theil nützlich angesehen vnnnd verordnet, zum Theil us vnnsrer Handvesti vnnnd alte gesetzbücheren vnd Rödelsn, vnnnd zum Theil von alt harbrachten gewanntten in ein Buch ordenlich mit geschriff verfaßt,“ und als Motiv gibt sie an: „das weder daheim in Frid noch kriegen glyche beschüzung ohne sazungen behalten werden, vnnnd deßhalb kein herrschafft oder Regiment one Ordnungen vnnnd sazungen bestan mag, dann Ja augenschinlich warhafft, daß die Communen vnnnd Versamlungen der menschen, so durch stattutten, gesazte vnnnd geschryben Recht geurtheylet vnnnd geregirt, nit allein in Frem wesen vffrecht behyben, Sonnders mit der Zyt, Je größer herlicher vnnnd fryer worden, vnnnd

dagegen die Land, stett oder herrschafften, die durch sonnderlicher lütten gutduncken geuallen vnd gwalt vrtheplen vnnnd Regierung haben vnnnd dulden müessen, gar nit bestanden, sondern vnnnderganngen vnd zu nüt worden sind. Diewyl wir aber dann kein fuglicher mittel zu vollstreckung vnres amptes, dann geschryben Recht erfinden noch erdennden mögent, harumb so haben wir verordnet u. s. w.“ —

Die neue Sazung lehnte sich nun aber doch ganz vorwiegend an die alten Sammlungen an. Die Handschrift, welche wir oben als die sorgfältigst geschriebene bezeichneten, und welche Zusätze bis 1535 enthält, B, war die Grundlage, auf welcher von Rütli seine Arbeit aufbaute. Jene Schrift ist von Bemerkungen übersät, welche alle aus der Feder dieses Redaktors der neuen Stadtsazung stammen. Ist uns somit das Concept, die Materialsammlung, aus welcher von Rütli sein Gebäude zusammensügte, erhalten, so wird es auch möglich, auf diesem indirekten Wege einen Einblick in sein Vorgehen zu gewinnen. Ob die genannten Bemerkungen das Protokoll aus Commissionsberathungen über die einzelnen Artikel wiedergeben, oder ob sie nur eine Vorarbeit von Rütli's allein enthalten, wissen wir freilich nicht.

Der erste Gedanke, welchen der Redaktor bei seiner Arbeit verfolgte, war eine Sichtung des in der alten Sammlung angehäuften Stoffes. Nicht ein „Stadtbuch“ im alten Sinne, das alles mögliche in sich aufzunehmen bestimmt war, sollte geschaffen werden, sondern eine Gerichtssazung mit strengerer Ausscheidung alles nicht zum Recht gehörigen, als sie bei den alten Sammlungen schon beobachtet worden war. Offenbar wurden mehr als eine Sammlung in Vorwurf genommen. Vor allem aus wurde das Politische ausgeschieden. Wir finden bei den einzelnen Sazungen die Bemerkungen: „Diese Sazung gehört in der Bögte Eid“ (B p. 32<sup>1</sup>), oder: „gehört nit in die Gerichtssazung“ (B p. 57<sup>1</sup>), „Ist im Osterbuch“ (B p. 56<sup>1</sup>), „gehört in das Seckelmeisterbuch“, „gehört in der Siechenurbar“, „in der

buherrn urbar“, „Ist in dem Statbuch“ (B p. 100') u. a. m. Wir kennen von diesen hier genannten „Büchern“ nur wenige. Vor allem aus ist dabei bemerkenswerth die Sammlung der ausgeschiedenen politischen Satzungen „in der Statbuch“. Dieses Stadtbuch, nach dem rothen Einband traditionell „das rothe Buch“ geheißen, und in verschiedenen Abfassungen in über einem halben Duzend Exemplaren erhalten, wurde dem gemäß fast gleichzeitig mit der neuen Stadtsatzung angelegt und bildete einen Theil der legislatorischen Neuerungen, welche die damalige durch die Reformation neu angeregte Stadt anstrebte; sein Leben war alsdann ein längeres als dasjenige der Satzung, indem es bis in unser Jahrhundert hinein die stets weitläufiger werdende einzige Sammlung aller bernischen Verfassungsurkunden blieb.

Der zweite Gedanke des Redaktors war eine Durchsicht der Satzungen im engeren Sinne an sich. Was nicht mehr galt oder nicht mehr gelten sollte, wurde mit einem schrägen Strich durchzogen oder an den Rand ein v gesetzt (vacat); was verändert werden mußte, wurde im Text mit Notizen beigefügt, und was bestehen sollte, erhielt am Rande das Zeichen g (gilt).

Der dritte Gedanke war die Anordnung des Systems, und auch hierin finden wir unter den Bemerkungen der alten Handschrift einzelne Spuren. So heißt es: „Diese Satzung vnd die oben am 44 Blatt in Eine satzung ziehen (B 45<sup>1</sup>)“, oder: „Ingeschriben“, „gehört an die ze henken“, „dise Satzung ist gut, ausgenommen den Todschlag“ (B 42) u. a. m. — Endlich wurde die ganze alte Sammlung offenbar nochmals durchgegangen; diejenigen Artikel, welche in der neuen Satzung Aufnahme finden sollten und gefunden hatten, mit einem vertikalen Strich, den am Kopf eine 0 bezeichnet, durchzogen, vielleicht auch über einzelne Satzungen nochmals Rath gehalten, indem wir bei einigen die Bemerkung finden „ist an m. h. zu bringen“. In dem neuen Werke begegnen wir alsdann zuverlässig jenen Bemerkungen oder den von

ihnen verlangten Ausführungen, ja die Uebereinstimmung zwischen den vorbereitenden Notizen der Handschrift B und der Rütli'schen Satzung geht so weit, daß es mir möglich war, einzelne Worte, die in den sehr schlecht geschriebenen Anmerkungen der alten Sammlung nicht zu entziffern waren, durch Nachschlagen an den entsprechenden Stellen der neuen Arbeit ohne jeden Zweifel herauszulesen. \*)

Mehr als nach ihrem Inhalt löste sich die Rütli'sche Satzung von der Tradition ab nach ihrer Form. Es war für Bern ein erster Versuch der Gruppierung des nach und nach entstandenen Rechtes, der Zusammenfassung des Gleichartigen, ja in einigen Punkten der eigentlichen Systematisierung. Von Rütli bildet aus dem gesammten ihm vorliegenden Stoff eine Anzahl Abschnitte, unter welche er, mit möglichster Beibehaltung des Wortlautes der alten Satzungen, die einzelnen Bestimmungen zusammenträgt. Unter den fünfzehn gleichgestellten Titeln bezeichnen vier die vier Hauptabschnitte, in welche das Buch zerfällt:

1. Nun volgent des ersten ordnungenn vnnnd stattutten von der form des rechten gemacht. (Prozeß.)
2. harnach volgent brüch vnd harkommenheiten zyttlich güetter erb vnd eigen betreffend. (Ehe und Erbrecht.)
3. Ordnungen vnnnd satzungen der hüten halb angesehen. (Polizei.)
4. Durch welchen wie und was gstat die freuenheiten in der stat Bern vnd derselben gricht begangen sollent rechtlich geuerttiget werden. Strafen der begannnen fräfflen. (Strafrecht.)

Im ersten Abschnitt sind die Verpfändung, Prozeßregeln verschiedener Art (Gastgericht, Injurienprozeß, Contumaz, Beistand, Entschädigung, Zeugen, Appellation, Eid, Verjährung) und endlich die „form der Landtagen, so man

---

\*) In den Anmerkungen von B findet sich bei einer Reihe von Satzungen auch das Zeichen †; was dasselbe bedeuten soll, war mir aber noch nicht möglich festzustellen.

an der Grüzgassen vmb todtſchlag Richtet“ untergebracht. Im zweiten finden wir aufgeführt das Näherrecht, Kaufregeln, Verjährung, Eherecht und Erbrecht, letzteres getheilt in: „der frowen recht in erbenn, der mannen recht in erbenn, der kinder recht zu erbenn, und Wer ordnung machen und testiren möge“.

Der dritte Abschnitt gibt die Polizeiordnung für Bauten in der Stadt, wie sie sich schon in der alten Satzung fand und fügt „der steinbrecherenn Ordnung“, ebenfalls eine Polizeiverordnung über Arbeitslöhne u. s. w., die in den alten Sammlungen nicht zu finden ist, bei.

Die erstgenannten Abschnitte bieten, namentlich im Prozeß- und im Erbrecht eine Reihe von Ausführlichkeiten, welche wir in den alten Satzungen nicht gefunden haben; es fehlt nicht an allgemeinen Regeln, welchen die speziellen Bestimmungen nachgehends beigelegt werden. Die Satzungen sind unter sich verflochten und verweisen da und dort auf einander. Nicht so beim vierten Abschnitt, dem Strafrecht, welchen der Verfasser mit dem Gedanken abgefordert hat, daß er alle Strafbestimmungen zusammenstellen wollte. Vielleicht verführte ihn hiezu die Form der strafrechtlichen Bestimmungen in den alten Satzungen, wo stetsfort das Interesse der Buße am entscheidendsten hervorgekehrt wird. Aber wenn nun auch die Sammlung der strafrechtlichen Bestimmungen vom Gesichtspunkt der Aneinanderreihung der „Straffenn der begannnen fräfflenn“ kein glücklicher systematischer Griff war, so ist dafür die Zertheilung der Unterabschnitte dieser Abtheilung um so bemerkenswerther. Wir finden nämlich nach einer kurzen Sammlung der strafpolizeilichen und strafprozeßlichen Vorschriften (enthaltend das Verfahren mit dem Angeklagten und dem Einungsbezug, Urhab, Nothwehr u. A.) — gewissermaßen einem allgemeinen Theil — im Speziellen folgende Abtheilung:

1. Des erstenn volgennt straffen der freuelen, So sich in rechtsfertigung vuch vor gericht oder Rath und Worten vnd wercken halb zutragend und verlouffent.

2. Zum anderen volgennt . . . so ein person an der anderen Eren, Iybs vund guts halb begat vnd handelt.

2<sup>3</sup>. Jetzt volgent straffen der fräfflen so ein person an Jemants Iyb handelt.

3. Nun volgent straffen der bösen Handlungen so in kriegen durch Jemants fürgnomen werden.

4. Straffen der fräfflenn so an oder in biederber lütten güettern verschuldet werdenn.

5. Nun volgent straffen der fräfflenn so ein person für sich selbs begat.

6. Zulezt werdent hernach beschrybenn deren straffen, so an einer statt Bern vnd Trenn zugehörden ehnung begonnd.

Wir finden also eine Theilung der Verbrechen in solche an Ehre, Leib und Gut der Mitmenschen (2, 4), an Verbrechen gegen den Staat (6), Vergehen unter erschwerenden Umständen, vor Gericht u. s. w. (1), und Verbrechen „so ein person an sich selbs begat“, eine herrliche Auffassung der bösen Schwüre und Gotteslästerung. Im Allgemeinen sind unter diesen verschiedenen Abschnitten wörtlich die Satzungen aus den alten Sammlungen, mit Weglassung der Daten und der Einleitung zusammengestellt, und schließt dieser Theil des Werkes so an die Tradition an, daß von all' den Bestimmungen nur vier nicht auf alte Satzungen zurückgeführt werden können, nämlich die Buße bei verlornen Appellation, die Strafe für Wegnehmen fremder Zäune, sowie für Zäunung über der March, und die Verordnung über Beherbergung Fremder und Verkauf von Liegenschaften an Fremde.

Den Schluß des Satzungsbuches bildet eine Sammlung von Polizeibestimmungen zum Schutze der Wälder, — bis auf eine Bestimmung, über den Waidgang im Wald, bereits in den alten Satzungen enthalten.

Berns erster Schritt zu einer systematischen Aufzeichnung seines Rechts bildet in jener Zeit ein seltenes Beispiel originären Schaffens. Während in den größeren deutschen



Städten die Treibhaussonne der glossatorischen römisch-rechtlichen Bildung diese Frucht der Rechtsentwicklung einer frühen Reife entgegenführte, finden wir in der behandelten bernischen Arbeit, wenn sie auch später erfolgte, dafür keinen irgend formell oder materiell direkt dem römischen Recht zuweisbaren Einfluß. Die Verknüpfung mit der Tradition war weitaus das vorherrschende Element bei der ganzen Neugestaltung. Ob die Eintheilung und Systematisirung nach einem auswärtigen Muster erfolgte, ist nicht direkt anzunehmen noch auch abzuweisen. Vielleicht war dem Verfasser bei seinem Strafrechte die Carolina (1532) nicht fremd, welche nach den Objekten die Verbrechen unter den Abschnitten Tödtung, Diebstahl und Verbrechen anderwärtiger Natur behandelt und die Prozeßregeln abge sondert voranstellt. Vielleicht basirte von Rütli sein ganzes System auf das Freiburger Stadtrecht von 1520, dem Werke des berühmten Ulrich Zasius, welcher fünf Abschnitte aufstellte: 1) Prozeß, 2) Contrakte, Pfandrecht, 3) Personen-, Ehe- und Erbrecht, 4) Bauordnung und Polizei, 5) Strafrecht.

Diese neue Stadtsatzung wurde nicht in Druck gegeben, obgleich 1539 in Bern bereits eine Druckerei, von Mathias Apiarius, bestand, und obgleich die Freiburger Stadtsatzung von 1520 und noch früher das Stadtrecht von Worms 1502, Nürnberg 1475 und manches andere im Druck verbreitet worden waren. Zufall oder Nachlässigkeit war bei dieser sonderbaren Beiseitesetzung des Druckes kaum Schuld, vielmehr, wenn man bedenkt, wie z. B. der Druck der großen Stettlerschen Chronik, weil sie wörtlich Aktenstücke mittheilte, verboten, und wie in den enethürgischen Vogteien von den regierenden Orten der Druck der dortigen zu Recht bestehenden Gemeindefatzungen bei Strafe untersagt wurde, erscheint es als ein politisches Motiv, was den Druck der neuen Satzung verhinderte: man befolgte in Allem und so auch hier das System einer ängstlichen Geheimhaltung aller offiziellen Akte, — und was das Volk von Recht bedurfte, gab ihm auch damals noch vorwiegend die Gewohnheit. — So

mußte denn diese neue Rechtsaufzeichnung abschriftlich verbreitet werden, und ein Blick auf die verschiedenen nun folgenden Abschriften zeigt, wie bedenklich diese Bervielfältigungsart für ein systematisches Werk werden mußte. Was von Rütli verfaßt, liegt in nur sehr wenigen, vielleicht nur mehr in einem einzigen Exemplare vor, welches das bernische Staatsarchiv besitzt; es ist ein rein geschriebenes Buch mit gepreßtem Einband, die Hauptabschnitte an den Blättern mit kleinen vorstehenden Ledergriffchen bezeichnend; es war offenbar ein offizielles Exemplar, denn eine Aufschrift, inwendig am Einband besagt: „Dysers Sazungsbuch soll der Venner zum schmiden allwegenn als Er in dem selbenn Ampt Ist hinder Im haben.“

Eine Reihe von Abschriften seit 1543 bis in den Anfang des 17. Jahrhunderts geben bereits regelmäßig der Rüttschen Arbeit einen Zusatz, eine Sammlung alter und neuer Statute, zum Theil eine Nachlese aus den alten Sazungbüchern. Sie führt den Titel: „Harnach volgent alt vnd nün ordnungen vnd sazungen von burgerlichen sachen gemacht.“ — Der Rüttsche Text anfangs noch mit einiger Pietät als ein Ganzes fortgeführt, erlebte bald auch Zusätze bei dem einen oder dem andern Abschnitt. 1575 wurde ein Titelblatt gedruckt, und findet sich in einer Anzahl von Abschriften; es ist darauf der Sazung der Titel gegeben: „Der hochloblichen und gwaltigen Statt Bern alte vnd nünwe Sazungeu vnd Ordnungen.“ — Keine der Abschriften, welche mir vorlagen, stimmt ganz mit einer andern; den Rüttschen Text geben alle vollständig wieder, aber je jünger die Abschrift ist, um so mehr Zusätze fügt sie bei, Sazungen bis zu dem Jahr der Verfassung der Abschrift selber. — Mit größerer Kühnheit als alle diese Abschriften verfuhr eine Bearbeitung von 1607. Diese behandelt die Sazung von 1539 und den Zusatz von 1543 als ein Ganzes, entfernt die Kriegsordnung aus dem Text, fügt etwa 30 neue Sazungen bei und ändert das System. Die Abschnitte bis zum Strafrecht bilden ihr den „ersten Theil

dieser Satzung“, das Strafrecht und die Polizeibestimmungen zum Schutz der Wälder (der alte vierte Abschnitt), den zweiten Theil. Dieser zweite Theil ist ziemlich unverändert beibehalten, während in dem ersten vornehmlich die späteren Satzungen eingeschaltet werden mußten, und ferner namentlich der erste Abschnitt, über den Prozeß, einer anderen und besseren Anordnung bedurfte, die damit einigermaßen erreicht werden konnte, daß das Pfändungsverfahren hinter das Verfahren „vmb ansprachenn zytlichen guts“ gesetzt und das ganze Prozeßverfahren mehr nach dem Gange des Prozesses an sich zusammengestellt wurde.

Diese letzte Abschrift, Ergänzung und Bearbeitung der Stadtsatzung von 1539 enthielt eine offenbare Verbesserung derselben, aber das eigentliche Uebel, an welchem jene Periode der Rechtsaufzeichnung krankte, vermehrte sie nur: die Unsicherheit, welche alle die verschiedenen Texte erzeugten, und die Unmöglichkeit einer zuverlässigen Berufung auf eine offizielle Redaktion steigerte sich in's Unerträglich, als mit ihr nun auch der Rüttische Text in einigen Punkten seiner Anordnung wesentlich neu gestaltet worden war. Diesem Zustand, daß es beinahe so viele Stadtsatzungen gab, als sich Abschriften vorfanden, mußte ein Ende gemacht werden, und das Mittel, welches zu diesem Ziele der damaligen Zeit zur Verfügung stand, war nicht wie bei den Alten die eiserne Tafel, das steinerne Monument, sondern die Druckerpresse. Man entschloß sich hiezu, nachdem bereits 1587 und 1603 die Ordnungen und Satzungen des Ehegerichtes im Druck verbreitet worden waren.\*)

Zu einer Verbreitung einer Stadtsatzung mit offiziellem unabänderlichem Text drängte namentlich auch das Bedürfnis des der Stadt untergebenen Landes, für welches im Lauf zweier Jahrhunderte, seit den ersten Anfängen von

\*) Schon bei einer Satzung vom 23. Februar 1530 betreffend Rentenkauß, Mandatenbuch I, 186, ist die Bemerkung an den Rand gesetzt: „ist im Druck gegeben“. Gedruckte Exemplare sind aber bis jetzt keine bekannt geworden.

1437, das Stadtrecht ein subsidiäres Recht geworden war. Diese gleiche Rücksicht veranlaßte nun aber zugleich auch eine Umänderung der Rüttischen Satzung. Ein Gesetzbuch, das so unvollständig war, wie das bisherige Stadtrecht, konnte nur von Bedeutung sein in einem Geltungsgebiet, wo die Gewohnheit, aus welcher es erwachsen, ihm stetsfort zur Seite stand. Da nun aber eine Erweiterung der Geltung des städtischen Rechtes über das Weichbild der Stadt hinaus wenigstens subsidiär eingetreten war, so mußte sich das Bedürfnis nach einem vollständigeren Rechte fühlbar machen. Den Bestrebungen solcher Natur kam es von Statten, daß seit dem 16. Jahrhundert in einer ganzen Reihe von Städten große Codificationsarbeiten vorgenommen worden waren; das eigene Bedürfnis richtete sich, durch das Beispiel verwandter Entwicklung gestärkt, verlangender auf, und bereits 1614 wurde die Erneuerung der Stadtsatzung und Druck derselben beschlossen.

Nach einigen Notizen des Rathsmaterials im bernischen Staatsarchiv fand die Berathung der neuen Rechtsaufzeichnung im Laufe des Jahres 1614, nach Ostern dieses Jahres statt; die Gerichtssatzung selber aber ist nach der Vorrede datirt von Ostern 1614, während allerdings der Druck die Jahrzahl 1615 trägt. Eine solche Antedatirung des Promulgationsdecretes war um so eher möglich, als sehr wohl, wie 1539, die Vorrede abgefordert an der Ostermontagsgemeinde angenommen werden konnte; sie entbehrte auch nicht eines praktischen Interesses, da die Vorrede den Grundsatz aufstellte, daß alle vor dem Promulgationsdatum entstandenen Rechtsverhältnisse unter das alte Recht fallen sollten, man also mit einer Vorrückung dieses Datums der neuen Satzung eine schnellere Wirksamkeit eröffnete. Zudem fehlt es nicht an historischen Analogien zu einer solchen Antedatirung, indem z. B. Hamburg sein Stadtrecht, das es mit 1603 begann, aber erst 1605 vollendete, ebenfalls ohne weiteres von 1603 datirte. — Dem Verfasser (?), David Fellenberg, wurden für die Arbeit (sammt der Mühe um die

waadtländische Gerichtssatzung) 400 Pfund bezahlt, was eine gute Honorirung genannt werden muß, wenn wir lesen, daß Zasius für seine Freiburger Reformation nur 1503 6 Gulden, 1508 8 Gulden, 1511 8 Pfund erhielt und erst noch „am Stattrecht und umb ander dienst so er dem Rot ton hatt“.\*)

Nach ihrem Inhalte betrat die „vernüwertte Gerichtssatzung“ keine vom Alten abweichende Bahn. Die Vorrede ist einfach die nun gedruckte Einleitung, wie sie 1539 bloß geschrieben war. Die einzelnen Abschnitte sind ausführlicher als wie sie 1539 auftraten. Aber auch hiebei ist es meistens nicht ein absolut Neues, was die neue Gerichtssatzung schuf, sondern es erfolgt nur die Aufnahme in das System von Abschnitten, die bisher als Spezialverordnungen im größten Theil bereits in Kraft bestanden hatten; so z. B. die Vormundschaftsordnung und die Gantordnung. Neu ist die ausführliche Behandlung des Retraktrechts und Lehnrechts, obgleich auch hier voraussichtlich keine Neuerungen eingeführt worden sind, sondern es sich einzig um eine Redaktion von Gewohnheitsrecht handelte. Die Neuerungen im Erbrecht sind vorwiegend formeller Natur, wie sie übrigens zum größten Theil bereits 1607 in die verbesserte alte Satzung aufgenommen worden waren, und bieten nebst dem namentlich eine größere Ausführlichkeit; ebenso ist der Prozeß bedeutend einläßlicher behandelt, während die Bauordnung und das Strafrecht fast wörtlich mit der Fassung von 1539 übereinstimmen.

\*) Stinzing, Mr. Zasius, p. 383 ff. Weshalb nicht, wie bisher die Tradition lehrte, Steck, der spätere Lehenscommissär Berns für die welschen Lande, der Verfasser der neuen Satzung sein konnte, darüber vergleiche „Uebersicht, l. c. p. XVIII ff. — Eigenthümlich immerhin ist es zu nennen, daß diese Angabe der offiziellen Quellen von der Tradition in keiner Weise unterstützt wird, weder von Schriftstellern aus der Familie Zellenberg selber noch von dem als überaus vorsichtig bekannten G. C. Hüller, der in seiner „Bibliothek der schw. G.“ auch Steck als Verfasser nennt.

(Schluß folgt.)

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band X.

Nr. 5.

November 1874.

---

**Inhalt:** Die Satzungsbücher der Stadt Bern (Schluß), S. 129. —  
Uebersicht der oberger. Rechtsprechung des Rts. Bern, S. 135. — Aperçu  
des Arrêts de la Cour de Berne, pag. 148. — Literarisches, S. 159.

---

### Die Satzungsbücher der Stadt Bern.

(Schluß.)

Anders dagegen in formeller Hinsicht; hier brach die  
Neuerung ziemlich entschieden mit dem System von 1539  
und setzte ein neues hin, von welchem die Tradition be-  
hauptet, es sollte eine Nachahmung des Systems der Justi-  
nianeischen Institutionen sein. Um uns hierüber ein Urtheil  
zu bilden, vergleichen wir Folgendes :

Verbesserte Stadtsatzung von 1607 :

- I. Prozeß: Ansprachen um zeitlich Gut,  
Ehrverletzliche Zureden,  
Landtag um Todschlag,  
Beistand,  
Zeugen,  
Appellation,  
Gantordnung,  
Geltstagsordnung.

Vogtordnung,  
Zugrecht,  
Verjährung,  
Ehe,  
Erbrecht (wobei Erbschaft ohne Testament genannt),  
Dienstenordnung.

II. Strafrecht, in oben entwickelter Disposition.  
Bannhölzer.

Justinianische Institutionen:

Formell:

- I. Personenrecht.
- II. Sachenrecht. Testamentarisches Erbrecht.
- III. Intestaterbrecht. Obligationen.
- IV. Oblig. ex delict. Aktionenrecht.

Materiell:

- I. Personenrecht. Stand, Alter, Vormundschaft.
- II. Sachenrecht.

1) Körperliche Sachen:

Singularsuccession (Usucapion).

Universalsuccession (Erbschaft, mit und ohne Testament).

2) Unkörperliche Sachen (Obligationen).

III. Aktionenrecht.

Vernüwerte Gerichtssatzung von 1614:

- I. Personenrecht. Alter, Bürger, Vormundschaft.  
Contracte und Vorkommnisse (Zug, Lehen, Trostung).  
Strafrecht.

„Der Erste theil der Gerichts Satzung so da handelt:

Erstlich von dem alter der Personen, vnder-  
schied der Burgeren, Ehelüten, Vogthen, oder  
Vormundschaften vnd geschwornen Schribern.

Zum anderen von Contracten oder Ver-  
kommussen.

Und zum dritten von straff der fräfflen.“

## II. Bauordnung. Verjährung.

Testamentarisches und Intestaterbrecht.

„Der ander Theil der Gerichts Sagung so da handelt:

Deß ersten von Witwen, züne vnd Verjährung oder Gewärde.

Dem anderen von Testamenten, Codicillen vnd Vergaabungen; Item von Erbschaften ohne Gemächd.

Und zum dritten von Theilung der Erb-güteren.“

## III. Ordentliches Gericht. Verschiedene Prozeßhandlungen.

„Der dritte Theil der Gerichts Sagung so da handelt:

Von dem gerichtlichen Prozeß.

Item von Geldstagen vnd Schulden, darumb man kein Gericht Pfandung ic. gestatten sollen.“

Um von dem ersten dieser drei Systeme zum letztgenannten gelangen zu können, muß man wohl an einen Einfluß des zweiten glauben. Es ist aber auch ziemlich das einzig bedeutendere, was das römische Recht auf die neue Gerichtssagung einwirken konnte. Mit gutem Recht läßt sich sonst dem Werke nachrühmen, daß es, während sonst ausnahmslos die größeren Stadtrechte darauf hingingen, das römische Recht mit dem einheimischen „zu verschmelzen“ sich originelle Kraft genug bewahrte, um der Tradition unverbrüchlich treu zu bleiben. In dieser Richtung unterschied es sich von den zu derselben Zeit aus denselben technischen Motive unternommenen stadtrechtlichen Reformationen, wie sich Bern in seiner Politik von den meisten deutschen Städten unterschied: während hier die städtische Autonomie sich gegenüber dem Landesherrn nur durch Anpassen an das von fürstlicher Hand gepflegte fremde Recht



kümmert sich noch eine Zeit lang aufrecht erhalten konnte, schuf dort die Unabhängigkeit ein in seinen Hauptzügen selbstständig deutsch geschaffenes und deutsch emporgewachsenes Stadt- und Landrecht.

Kraft der inneren Tüchtigkeit und der äußerlich festen Gestalt, weil im Druck verbreitet, erreichte die Gerichtssatzung von 1614 ein hohes Alter und eine große Verbreitung. Gegen anderthalb Jahrhundert bildete sie das Gesetzbuch für alle bernische Lande, denn auch „der Landschaft Waadt Satzung und Statuten“, lehnten sich im Wesentlichen an diese erste gedruckte bernische Gerichtssatzung an.

An Versuchen zu Neuerungen fehlt es freilich nicht. 1672 und 1682 wurden Revisionen angeregt, ja sogar Kommissionen zur Prüfung der Frage bestellt, jedoch ohne bekanntes Resultat. 1744 wurden neuerdings vier Rathsglieder zur Prüfung der Gerichtssatzung committirt, und diese übertrugen dann endlich Prof. Lerber die Aufgabe, einen neuen Entwurf auszuarbeiten. \*) Dieser Entwurf, der hernach 1761 Gesetz wurde, entfernte sich in seinem System wesentlich von der Gerichtssatzung von 1614, und näherte sich eher wiederum dem Rütli'schen Satzungsbuch. Das befolgte System ist:

- I. Vormundschaft.  
Ehlich Güterrecht während der Ehe.  
Verjährung.  
Erbrecht. Testament und Intestat.
- II. Verschiedene Prozeßhandlungen.  
Betreibung.  
Gantordnung.  
Geltstagsordnung.
- III. Der Prozeß.  
Competenz. Fürbot und Ausklagt.  
Klag und Antwort.

---

\*) Sie das Nähere „Uebersicht“. p. XIX ff.

Beweislehre.

Appellation.

Gastrecht und Armenrecht.

IV. Strafrecht. Allgemein.

Trostung.

Todschlag — Körperverletzung — Verbrechen vor  
Amt und Gericht — Verbrechen an Gut —  
Verbrechen an Ehre.

Polizei.

Fügen wir die seit 1614 erschienenen Spezialverordnungen ein, die nicht sehr zahlreich waren, so bietet aber diese neue Gerichtssatzung nach ihrem Inhalt keine großen Neuerungen: ein anderes System, eine theilweise größere Ausführlichkeit; aber in Charakter und in historischer Treue und Zähigkeit ein Werk gleich den Satzungen von 1614 und 1539. Sätze, die sich in den alten Satzungsammlungen finden, treffen wir in duzend Fällen durch alle die verschiedenen Revisionen wörtlich wieder an. Nur die Zusammensetzung des Ganzen wurde geändert, im Inhalt blieb das Recht durch die Jahrhunderte im Wesentlichen immer das gleiche.

1788 erfolgte ein Neudruck der Verber'schen Gerichtssatzung, mit einem Anhang der bis dahin neu erlassenen Gesetze, 1810 ebenso und zum letzten Mal. Denn in den zwanziger Jahren unseres Jahrhunderts trat eine neue Periode der legislatorischen Thätigkeit ein und schuf das „bürgerliche Gesetzbuch“.

Die Periode der ersten Anfänge einer Systematisirung, von 1539 bis 1761, liegt den alten Sammlungen von 1404 bis 1480 näher als der modernen Codification. Die Arbeit des Systems, wie sie sich in den neuern, von der Wissenschaft getragenen Gesetzbüchern darstellt, war allen frühern Arbeiten fremd. Das Höhere zu finden und ein Prinzip aufzustellen, aus welchem die lebensvollste Casuistik wie aus unerschöpflichen Quellen schöpfen kann, war auch der Verber'schen Gerichtssatzung noch ein unbekannter Gedanke. Es scheint,

das ganze damit angestrebte System sollte nicht eine rechts-erzeugende Kraft erhalten, sondern einzig zur besseren Sichtung und zum leichtern Gebrauch der einzelnen Satzungen dienen. Denn von den aus Jahrhunderte alten Beschlüssen stammenden Sätzen strebte keine der ältern Arbeiten sich loszuwinden, und eben deshalb schritt im Grunde keine Systematik weiter vor als bis zur mehr oder weniger praktischen, immer aber mit Ungereimtem zersetzter Gruppierung des überlieferten Stoffes. — Wie dann das neue Gesetzbuch mit einer zeitgemäßen Nachahmung die Masse des Vererbten, die Macht der Tradition in einem einzigen Griff für das ganze kantonale Gebiet aus den Angeln hob und das moderne System in die bernische Rechtspflege einführte, dies zu beleuchten liegt nicht mehr in dem Bereiche unserer Aufgabe.

Wir haben uns einzig vorgesetzt, die Satzungsbücher der Stadt Bern in ihrem legislatorischen Charakter eingehender zu beleuchten. Aus diesem Grunde weisen wir auch die Ehe- und Sittengesetzgebung, die seit der Reformation in Bern eine so bedeutende und originelle Rolle spielte, von uns. Eine Uebersicht über die bezüglichen Produkte findet sich in der oft zitierten „Uebersicht der bernischen Rechtsq.“ p. XXI ff.

Schließlich ergreife ich mit Freude die Gelegenheit, öffentlich meinen tief gefühlten Dank auszusprechen für die Förderung, welche mir von verschiedener Seite in Benutzung der hiesigen Archive und Beischaffung anderweitigen handschriftlichen Materials zu Theil geworden ist. Namentlich fühle ich mich den Herren Prof. König und Staatsarchivar v. Stürler verpflichtet. Ohne die freundlichen Rathschläge, womit Herr v. Stürler meine archivalischen Studien begleitete, wären die Quellen der bernischen Rechtsgeschichte mir wohl noch lange ein unerschlossenes Buch geblieben.

Dr. Eugen Huber, P. D.

## Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

Juni 1874.

- 12) Verpflichtung eines Minderjährigen, welcher mit Wissen und unter Zustimmung seines Vaters, die sich aus conclusenten Handlungen ergibt, einen Handel betreibt, und in Folge dessen Verbindlichkeiten eingeht.

Chr. Bachmann gegen Fr. Wenger.

(4. Juni 1874.)

### M o t i v e :

Daß die Minderjährigkeit des Beklagten (Bachmann) zur Zeit des fraglichen Kaufsabschlusses mit Abraham Wenger allerdings constatirt ist;

daß dagegen durch die Acten nicht hergestellt ist, daß der Vater des Beklagten zu diesem Kaufsabschluß, sowie überhaupt zu dem vom Beklagten betriebenen Viehhandel ausdrücklich seine Einwilligung gegeben habe;

daß aber anzunehmen ist, der Vater des Beklagten habe stillschweigend seine Zustimmung zu dem von letzterem mit Abraham Wenger abgeschlossenen Kaufe und zu dem von ihm betriebenen Handel gegeben, indem er wußte, daß der Sohn auf Märkte ging, dort auf eigene Rechnung Viehwaare kaufte und verkaufte;

daß nach der eigenen Erklärung des Beklagten sein Vater mit dem Viehhandel nicht einverstanden gewesen sei, ihn jedoch gleichwohl habe verhandeln lassen, indem er angenommen habe, es sei dieß seine des Beklagten Sache;

daß übrigens der Vater des Beklagten zu einem von diesem während dessen Minderjährigkeit und vor dem in Frage liegenden Kaufvertrage abgeschlossenen Milchlieferungsvertrage seine Zustimmung gegeben und sich sogar als Bürge verpflichtet hatte;

daß der Beklagte dann hierauf mit dem aus diesem Milchlieferungsvertrage herrührenden Erlöse den Viehhandel betrieb;

daß wenn der Vater des Beklagten mit dem von letzterem betriebenen Geschäfte nicht einverstanden gewesen wäre, er die

moralische Verpflichtung gehabt hätte, das Publikum durch geeignete Vorkehrungen vor allfälligem Schaden zu warnen;

daß übrigens der Beklagte in dem früher instruirten und dann reformirten Prozesse zugestanden hat, daß er die fragliche Kuh von Abraham Wenger gekauft und dann auf eigene Rechnung weiter verkauft habe.

**13) Eine Provocation zur Klage ist nur dann begründet, wenn der Anspruch, dessen Geltendmachung gefordert wird, auch wirklich einlagbar ist. Der Nachweis, daß der Anspruch noch nicht begründet sei, rechtfertigt daher einen Abweisungsschluß, aber nicht eine fristliche Einrede. Wenn ein Motherbe, welcher sich durch einen, von seinem Vater mit einem anderen Motherben abgeschlossenen Abtretungsvertrag verleßt glaubt, die nöthigen Vorkehrungen zu Wahrung seiner Rechte trifft und die Absicht, dieselben geltend zu machen auch unverholen ausspricht, so liegt darin noch kein Grund zu einer Provocation, weil das Recht selbst erst bei der Theilung der väterlichen Verlassenschaft geltend gemacht werden kann, nicht aber bei Lebzeiten des Vaters, mithin der Berechtigte auch nicht aufgefordert werden kann, seinen Anspruch vorher geltend zu machen.**

Joh. Weber gegen Jaf. Weber.  
(11. Juni 1874.)

**14) Auslegung eines Vergleiches nach dem Wortsinne desselben.**

Erben Hofmann gegen Wittve Hofmann.  
(18. Juni 1874.)

In Folge Eheverlöbniß vom 12. Mai 1863 wurde dem Ueberlebenden der Eheleute Hofmann, unter Aufhebung des Noth-  
erbrechtes, die Nutznießung an dem Vermögen des zuerst Verstorbenen zugesichert. Nach dem Tode des Ehemannes wurde zwischen den Erben desselben und seiner Wittve ein Vergleich abgeschlossen, in welchem sich die Parteien dahin verständigten, daß die zu der Verlassenschaft des Ehemannes Hofmann gehörenden Liegenschaften versteigert werden sollten. Nach Abschluß

dieses Vergleiches entstand nun Streit darüber, ob der Wittwe das Nutznießungsrecht an dem Erlöse zustehe oder an den zu versteigernden Liegenschaften selbst.

Der Appellations- und Cassationshof entschied im Interesse der Wittwe im Sinne der letzteren Alternative.

#### M o t i v e :

Daß es sich im vorliegenden Falle um die Auslegung des zwischen Parteien abgeschlossenen, unterm 14. Oktober 1872 in Schrift verfaßten und allseitig unterzeichneten Vergleiches handelt, indem die Cassationskläger demselben den Sinn beilegen, daß durch ihn die Nutznießung an den Liegenschaften in eine solche an dem Steigerungserlöse umgewandelt worden sei, während umgekehrt die Cassationsbeklagte (Wittwe Hofmann) die Fortdauer der Nutznießung in natura behauptet;

daß nach §. 702 C. die Worte eines Vertrages in dem Sinne ausgelegt werden sollen, den sie nach ihrer eigenthümlichen Bedeutung haben, wenn es sich nicht aus dem Vertrage selbst ergibt, daß die vertragsschließenden Parteien denselben einen andern Sinn beigelegt und im Zweifelsfalle der Vertrag so auszulegen ist, daß die aus demselben erhellende Absicht der vertragsschließenden Theile erreicht werde, und die einzelnen Bestimmungen des Vertrages mit dem Ganzen im Einklange bleiben;

daß somit das Gesetz den Richter vor Allem aus die grammaticalische Interpretation verweist, wobei eine Abweichung von den allgemein geltenden Regeln der Sprache nur da statthaft ist, wo sich aus dem Vertrage selbst ergibt, daß die Parteien einem gebrauchten Ausdrucke eine singuläre Bedeutung beigelegt haben;

daß nun aus den hier in Frage kommenden Sätzen:

1. „der Grundsatz der Gütergemeinschafts-Aufhebung bezüglich der Erbschaft des Jakob Hofmann, Chorrichters in Suz, wird anerkannt und hatt stattzufinden:
  - a. durch Versteigerung der Liegenschaften an sofortiger öffentlicher Steigerung auf höchstes Angebot,
  - b. durch Ueberlassung der Beweglichkeiten an die oben genannte Wittwe Maria Hofmann;
2. die Nutznießung der ganzen Verlassenschaft durch oben genannte Wittwe Hofmann wird ebenfalls anerkannt gemäß Eheverkömniß;
3. für die Beweglichkeiten, welche Wittwe Hofmann oben zur Benutzung übernommen hat, sollen s. B. in die Theilungs-

masse diejenigen fallen, welche sie bei ihrem Absterben besitzen wird, oder wenn Jemand anders Anspruch darauf machen wird, eine Summe von dreihundert Franken,"

nach den Regeln der Grammatik keineswegs geschlossen werden kann, daß das Nutznießungsrecht der Wittve Hofmann an den Liegenschaften selbst umgewandelt werden sollte in ein solches an dem zu erzielenden Kaufsteigerungserlöse, vielmehr diese Auslegungsart ein unzweifelhaftes Ergebnis im Sinne der Beibehaltung der Nutznießung in natura liefert;

daß selbst, wenn man zu der logischen Interpretation übergehen wollte, die Absicht der Parteien, welche auf Schlichtung eines drohenden Erbschaftsstreites gerichtet war, einerseits durch Versteigerung der Liegenschaften und Ueberlassung der Beweglichkeiten gegen spätern Erlag von Fr. 300 in die Theilungsmasse, und andererseits durch Anerkennung der Nutzungsberechtigung erreicht werden kann, ohne daß hiezu eine Umänderung des Nutznießungsobjectes von Immobilien in Capitalien nothwendig wäre, und daher die einzelnen Bestimmungen des Vergleiches mit dem Ganzen desselben immerhin im Einklange bleiben.

**Bemerkung.** Wenn es richtig ist, daß die Wittve Hofmann bei den Vergleichsverhandlungen nicht zugegen war, sondern nur den ihr in Schrift gefaßten Vergleich unterzeichnete, so herrschte offenbar unter den Parteien keine wirkliche Willenseinigung. Die Erben konnten die Liegenschaften trotz des aufhaftenden Nutznießungsrechtes der Wittve Hofmann verkaufen, ohne dafür ihre Einwilligung einholen zu müssen. Wenn dagegen der Verkauf unter gegenseitiger Zustimmung erfolgen und die Liegenschaften dem Höchstbietenden hingegeben werden sollten, so muß die Absicht der Parteien offenbar dahin gegangen sein, daß der Verkauf ohne Rücksicht auf das dingliche Recht der Wittve stattfinden und statt der Liegenschaften der Erlös Bestandtheil der Verlassenschaft werden und an Stelle derselben treten solle. Wenn daher der Wittve das Nutznießungsrecht noch ausdrücklich anerkannt wurde, so konnte es nur deshalb geschehen, weil eben das Object ein anderes geworden war, und nachdem das dingliche Recht der Wittve an den Liegenschaften selbst nicht ausdrücklich vorbehalten worden war, so kann seine Fortdauer durchaus nicht als beabsichtigt angenommen werden. Diese Unwahrscheinlichkeit wird noch gesteigert, wenn man bedenkt, daß eine Versteigerung von Liegenschaften, welche mit einem lebenslänglichen ususfructus behaftet sind, allen Interessen der Erben

zumiderlaufen mußte, da der Erlös den wahren Werth nicht erreichen konnte. Wollte man daher dem Vergleiche nicht diesen Sinn beilegen, so mußte man ihn überhaupt außer Wirksamkeit setzen, da eine Willenseinigung alsdann in Wirklichkeit gar nicht stattgefunden hat, sondern nur scheinbar vorliegt. R.

**15) Eine abliefernde Eisenbahngesellschaft haftet nicht für Beschädigungen, welche die Waare vor ihrem Uebergang an sie erlitten hat, wenn sie von ihr ohne durchgehenden Frachtbrief übernommen worden ist.**

Hubler & Schaafroth gegen E.-B.-Gesellschaft.

(19. Juni 1874.)

M o t i v e :

Daß die Kläger vom Versender Laporte mittelst Faktur vom 27. Juni 1871 avisirt wurden, daß die fraglichen 30 Ballen Lumpen zu ihrer Disposition in den Bahnhof Genf spedirt wurden;

daß die Beklagten, nachdem sie vernommen, daß die Waare in Genf zu ihrer Verfügung stehe, den internationalen Agenten Fischer in Genf beauftragten, solche an ihre Adresse nach Burgdorf zu spediren;

daß hierauf Fischer fragliche Lumpen mit Frachtbrief vom 22. Juli 1871 der westschweizerischen Eisenbahngesellschaft zur Spedition übergab und diese solche dann am 24. gl. Monats nach Burgdorf spedirte, woselbst sie am 26. Juli ankamen;

daß sogleich nach Ankunft der Waare in Burgdorf durch Experten constatirt wurde, daß sich solche in durchnäßigem und theilweise verdorbenen Zustande befinde;

daß aber die Experten erklärten, daß wenn die Räßung der Lumpen auf der Strecke von Genf bis Burgdorf stattgefunden hätte, es nicht möglich gewesen wäre, daß die Lumpen in der kurzen Zeit (24.—26. Juli), während welcher sie auf der Reise waren, in Fermentation hätten übergehen können;

daß demnach anzunehmen ist, die gedachten Lumpen seien auf der Reise von Marseille nach Genf an letztem Orte in durchnäßigem Zustande angekommen und dort noch einige Zeit lang liegen geblieben, bevor sie weiter spedirt wurden;

daß die Kläger die Waare in Genf durch ihren Bevollmächtigten Fischer in Empfang nehmen ließen, ohne solche von



demselben vorher untersuchen zu lassen und auch ohne Reclamationen von erlittenem Schaden bei der expedierenden Eisenbahngesellschaft P.-L.-M. zu erheben;

daß der Beauftragte der Kläger zwar ohne hiezu eine Vollmacht von den Leziern zu haben, gegenüber der westschweizerischen Eisenbahngesellschaft, welche die durchnähten Ballen Lumpen nicht zur Expedition annehmen wollte, einen Revers für allfällige wegen der Vernäzung zu erhebende Ansprüche ausstellte;

daß wenn nun Fischer die 30 Ballen Lumpen der westschweizerischen Bahn in schadhafem Zustande zur Expedition übergeben hat, diese Gesellschaft sowie auch die Beklagte (C.-B.) den dahерigen Schaden nicht zu tragen haben.

### 16) Vaterschaftsklage. Entschuldigung wegen verspäteter Anbringung. Bedingtes Versprechen Alimente zu leisten.

Luisie Herrmann gegen G. Teuscher.

(27. Juni 1874.)

Den 15. August 1869 kam die Klägerin in Bern mit einem Knaben nieder, welcher am 24. October gl. Jrs. auf den Namen Ernst Alfred getauft wurde. Am 27. August 1869 hatte der Beklagte Teuscher der Klägerin eine Verpflichtung ausgestellt folgenden Inhalts; „Der Unterzeichnete verpflichtet sich gegenüber Frä. Luisie Herrmann, Glätterin in Bern, für das von derselben unterm August 1869 geborene Kind die Alimentationskosten bestreiten zu helfen, soweit ihn das Gesetz dazu verpflichten würde, falls gegen ihn die Vaterschaftsklage anhängig gemacht worden wäre.

Diese Verpflichtung fällt dahin, sobald Frä. Herrmann oder Jemand der Ihrigen das darüber gelobte Schweigen bricht.“

In Folge dieser Verpflichtung theilte die Klägerin dem Sittengericht den Namen des Vaters nicht mit und brachte auch binnen der gesetzlichen Frist keine Paternitätsklage an. Da jedoch Teuscher seine Verpflichtungen nicht erfüllte und trotz verschiedener Mahnungen keine Alimente bezahlte, so sah sich die Luisie Herrmann endlich veranlaßt, im Jahre 1873 klagend gegen Teuscher aufzutreten.

Zu Entschuldigung der verspäteten Klagerhebung brachte sie an, sie habe sich durch Rücksichten für den Beklagten und das diesem gelobte Stillschweigen hinhalten lassen.

Der Beklagte setzte der gegnerischen Paternitätsklage eine peremptorische Einrede entgegen, gestützt darauf, daß dieselbe nicht binnen der gesetzlichen Frist angehoben worden sei. Einläßlich schloß er dagegen auf Abweisung, weil seine Verpflichtung nur eine bedingte sei, und sofort dahin falle, wenn Luise Herrmann oder Jemand der Ihrigen das Schweigen breche. Dieß sei nun geschehen und deßhalb seine Verpflichtung dahingefallen. In ihrer Antwort bestritt die Klägerin dritten Personen gegenüber Mittheilungen über ihr Verhältniß zu Teuscher gemacht zu haben, bevor er wiederholt und deutlich zu erkennen gegeben, daß er für das Kind nichts thun wolle.

Der Appellations- und Cassationshof erklärte die Klägerin Herrmann ihrer Säumniß wegen als entschuldigt,

„weil sie sich durch die Versprechungen des Beklagten habe hinhalten lassen, die Schwangerschaftsanzeige rechtzeitig zu machen“ und wies sodann den Beklagten mit seiner peremptorischen Einrede ab.

#### Motive:

Daß nach der Aktenlage von Seite des Beklagten zugestanden ist, daß er der von ihm an die Klägerin unterm 27. August 1869 ausgestellten Verpflichtung in keiner Weise nachgekommen ist;

daß demnach die Klägerin gezwungen war, das in der gedachten Verpflichtung vorgesehene Stillschweigen zu brechen, wenn sie den Beklagten zu Erfüllung seines Versprechens anhalten wollte;

daß nicht nachgewiesen ist, daß die Klägerin oder Jemand der Ihrigen vor Erhebung der Klage das gelobte Stillschweigen gebrochen hat;

daß die verspätete Anstellung der Klage in dem Umstande ihren Grund hat, daß die Klägerin sich lange der Hoffnung hingab, der Beklagte werde endlich doch seiner schriftlich eingegangenen Verpflichtung nachkommen.

In der Hauptsache wurde sodann der Beklagte zu den üblichen Leistungen verurtheilt.

**Bemerkung.** Im vorliegenden Falle war, nach unserer Ueberzeugung, die Paternitätsklage nicht mehr zulässig, da seit der Standesbestimmung mehr als 4 Jahre verflossen waren. Der Klagerhebung stund kein Hinderniß entgegen und sie wurde auch durch den Beklagten nicht arglistig verhindert, vielmehr hatte er durch seine Verpflichtung der Klägerin gegenüber dasjenige frei-

willig übernommen, wozu ihn sonst das Gericht verurtheilt haben würde. Wollte sich die Klägerin mit dieser Verpflichtung, trotz der beigefügten Bedingung, begnügen und auf Anstellung der Klage verzichten, so war dieß ihre Sache. Wenn sie daher absichtlich die Frist verstreichen ließ, ohne daß ein Umstand sie an ihrer Benutzung gehindert hätte, so konnte sich nun später nicht auf ein Verfahren zurückkommen, welches sie aufgegeben hatte. Sie konnte daher nur noch aus der Verpflichtung klagen, welche ihr Teufcher ausgestellt hatte, und dieß konnte nur auf dem ordentlichen Civilwege geschehen. Die Verpflichtung selbst war klar und unumwunden, und es konnte sich daher nur noch fragen, ob auch die daran geknüpfte Bedingung erfüllt worden sei. Da nun die Klägerin nach Lage der Akten durch das Verhalten des Beklagten, und deßhalb zu ihrem Rechtsbehelf, gezwungen worden war, das gelobte Stillschweigen zu brechen, so hat der Appellations- und Cassationshof mit Recht angenommen, die Bedingung sei ihrerseits erfüllt worden. Um zu diesem Resultate zu gelangen, war es aber nicht nöthig, nach 4 Jahren eine längst erlassene Paternitätsklage zulässig zu erklären.

### Juli 1874.

- 17) **Entscheidung des Regierungsrathes, wodurch derselbe seine verfassungsmäßige und gesetzliche Kompetenz überschreitet und in die Sphäre der Gerichte hineingreift, sind von den letzteren nicht zu beachten.**

Einwohnergemeinde Herblingen gegen Vormundschaftsbehörde von Schönthal.

(3. Juli 1874.)

Im Jahre 1846 wurde Joh. Lütli von Schönthal in der Verwaltung seines Vermögens eingestellt und blieb seither unter Vogtschaft. Sein Vermögen betrug bei der ersten Rechnungsablage Fr. 4702. 50, verminderte sich jedoch während jeder Rechnungsperiode und betrug im Jahr 1859 nur noch Fr. 2429. 83 Cts. Als Grund dieser Verminderung führte der damalige Vogt namentlich an „die zahlreiche Familie des Bögtlings, deren Erhaltung unmöglich aus dem Vermögensabnutzen habe bestritten werden können, indem der Bögling keinen Beitrag leisten konnte, da derselbe bei seinem geringen Verdienste nicht einmal seine Existenz gefunden habe.“

Trotz verschiedener regierungsstatthalteramtlicher Mahnungen ging das Vermögen des Lütthi aus den angegebenen Gründen stets zurück, so daß es im Jahr 1868 neben den hausräthlichen Effekten nur noch Fr. 91. 57 betrug. In Folge dessen beantragte der Vogt, „es sei die Vogtei aufzuheben und die Vogtsrestanz der Wohnsitzgemeinde des Vögtlings zuzustellen, damit diese in Zukunft für die Versorgung der Familie Lütthi das Zweckmäßige anordnen könne.“ Die Rechnung wurde passirt, jedoch von dem Regierungsstatthalter mit folgender Bemerkung: „ungeachtet der frühern Weisung ist die unhaushälterische Verwaltung in vermehrtem Maße fortgesetzt worden, was höchst mißbilligt werden muß; dem Vogte wird aus diesem Grunde kein Vogtlohn bestimmt.“

Mittlerweile hatten auch die Wohnsitzverhältnisse des Vögtlings Joh. Lütthi eine Veränderung erlitten, indem sein Vogt Bürki ihm auf Martini 1867 in der Gemeinde Herblingen bei N. Stucki für die Dauer eines Jahres eine Wohnung miethete, und er mit seiner Familie in Folge dessen in das Wohnsitzregister derselben eingetragen werden mußte. Die Jahresmiethe wurde aus dem Vermögen des Lütthi bezahlt.

Nach Ablauf des Jahres wollte Stucki den Miethvertrag nicht erneuern und da der Vogt Bürki seinem Pupillen keine andere Wohnung suchte und überhaupt nicht für die Familie sorgte, so zügelte Stucki die letztere mit ihren Habseligkeiten nach Barschwand, und lud dieselben trotz lebhaften Widerspruches vor Bürki's Hause ab. Hieraus entstand nun ein Wohnsitzstreit zwischen den Gemeinden Barschwand und Herblingen, welcher unterm 23. September 1869 durch den Regierungsrath dahin beurtheilt wurde:

Daß Joh. Lütthi nebst seiner Familie seinen polizeilichen Wohnsitz noch dermal in der Gemeinde Herblingen und die dasige Spendklasse der Gemeinde Barschwand die ausgelegten Kosten für die Unterbringung und den Unterhalt der Familie Lütthi seit dem Wintermonat 1868 insoweit zu ersetzen habe, als diese Auslagen sich gerechtfertigt erweisen; die Vormundschaftsbehörde von Schönthal endlich vorbehältlich ihrer allfälligen Rückgriffsrechte auf den gewesenen Vogt Jakob Bürki gegenüber der Gemeinde Herblingen sowohl, als gegenüber Joh. Lütthi zum Grundsätze der Entschädigung für allen Schaden, der durch ihr Verschulden dem einen oder andern erwachsen sein mag, verfällt sei.

Dieser Entscheid, wodurch durch administrativrichterliche Verfügung eine Behörde gegenüber einer Gemeinde zum Grundsatz der Entschädigung verfällt wurde, stützte sich auf folgende Motive:

Daß die Auslagen, welche die Gemeinde Barschwand seit dem 19. Wintermonat 1868 für die Unterbringung und den nothwendigen Unterhalt der Familie Lütthi bestritt, nicht dieser Gemeinde auffallen können zc.;

daß vielmehr diese Kosten, insofern sie sich als nothwendige Unterstützung der momentan obdachlos- und subsistenzlosen Familie Lütthi qualificiren, nach Mitgabe des Armengesetzes zunächst der Spendklasse der Wohnsitzgemeinde Lütthi's auffallen müssen;

daß aber im weitern der Grund dieser momentanen Unterstützungspflicht wesentlich in den schweren Pflichtversäumnissen zu suchen sei, deren sich die Vormundschaftsbehörde von Schönthal und der Vogt Jakob Bürki schuldig gemacht haben, indem sowohl durch den Polizeirichter als auch durch den Regierungsstatthalter in seiner Eigenschaft als Verwalter der Vormundschafts-polizei constatirt worden sei, daß der schnelle Rückgang (Fr. 4700 in 19 Jahren = Fr. 247 jährlich) und die schließliche Aufzehrung des Vermögens des Lütthi der nachlässigen Verwaltung desselben zugeschrieben werden müsse und ferner der Vogt, obschon rechtzeitig von der Sachlage unterrichtet und dafür angegangen, auf den Ablauf der Miethen bei Niklaus Stucki der Familie Lütthi für keine andere Wohnung gesorgt habe, während er nach dem Gesetz S. 153 C. ausdrücklich verpflichtet gewesen sei, in jeder Beziehung für die Person seines Pflegbefohlenen zu sorgen;

daß übrigens die Vormundschaftsbehörde von Schönthal in ihrem zu den Älten gegebenen Berichte die Handlungsweise des Vogtes zu rechtfertigen gesucht und damit selbst die Verantwortlichkeit für dieselbe übernommen habe. (!)

In diesem Urtheil glaubte die Gemeinde Herblingen einen Titel gegen die Vormundschaftsbehörde von Schönthal in Händen zu haben und leitete daher für sich und handelnd Namens des Lütthi gegen dieselbe das Moderationsverfahren ein.

Diesem widersetzte sich die Beklagte und der Gerichtspräsident von Konolfingen sprach ihr Rechtsbegehren:

es sei zu erkennen, die Vormundschaftsbehörde Schönthal sei dermal nicht schuldig, auf das hierseits (!) eingeleitete Moderationsverfahren sich einzulassen,

unter Folge der auf Fr. 239. 64 bestimmten Kosten zu, gestützt auf das Motiv: daß nach § 58 des Gesetzes vom 19. Mai 1851 ein Entscheid wie der des Regierungsrathes nur den Gerichten zustehe zc. In Folge dessen klagte nun die Gemeinde Herblingen, immer im Vertrauen auf den regierungsräthlichen Entscheid, die Entschädigungspflicht gegen die Beklagte auf dem ordentlichen Rechtswege ein.

In ihrer Hauptvertheidigung bestritt die Vormundschaftsbehörde von Schönthal jede materielle Grundlage einer Entschädigungsklage, und bemerkte namentlich in Bezug auf den regierungsräthlichen Entscheid, seine Motivirung gebe eher von administrativer Willkür als von juristischer Logik Zeugniß.

In beiden Instanzen wurde denn auch die Gemeinde Herblingen abgewiesen, und zwar in oberer Instanz unter Annahme folgender Motive:

Daß zwar der Regierungsrath in seinem Entscheid vom 23. September 1869 betreffend den zwischen den Gemeinden Barschwand und Herblingen hinsichtlich des Joh. Lütli von Schönthal obgewaltet habenden Wohnsitzstreit verfügt hat, Joh. Lütli habe nebst seiner Familie seinen polizeilichen Wohnsitz noch dertmal in der Gemeinde Herblingen, und es sei die Vormundschaftsbehörde von Schönthal gegenüber der Gemeinde Herblingen zum Grundsätze der Entschädigung für allen Schaden der derselben durch ihr, der Vormundschaftsbehörde von Schönthal, Verschulden erwachsen sein möge, verfällt;

daß jedoch den Administrativbehörden, resp. dem Regierungsrath, die Befugniß nicht zusteht, gegenüber einer Vormundschaftsbehörde in der Weise eine Verantwortlichkeit auszusprechen, daß den Gerichten das Recht entzogen wird, vorkommenden Falls die Frage, ob der betreffenden Vormundschaftsbehörde ein sie zum Schadensersatz verpflichtendes Verschulden zur Last fällt, zu beurtheilen, vielmehr der Entscheid dieser Frage sowohl als der weitern, ob ein Schaden vorliege, den Gerichten anheimfällt, indem:

- a. die einzige Gesetzesbestimmung, auf welche sich die klagende Gemeinde Herblingen beruft, nämlich Art. 48 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 19. Mai 1851, welches Gesetz nur die Ausführung des Art. 17 der bernischen Staatsverfassung bildet, nicht auf Behörden und Beamte der Gemeinde, sondern nur auf Behörden und Beamte des Staates anwendbar ist, was sich namentlich daraus ergibt, daß in dem Verantwortlichkeitsgesetz nicht wie z. B. in dem Abberufungsgesetz vom 20. Februar 1851 ausdrücklich gesagt ist, daß dasselbe auch auf Gemeindebeamte Anwendung finde,
- b. überdies Verfügungen administrativer Behörden wie die in Frage liegende des Regierungsraths, durch welche eine Gemeindebehörde nicht etwa nur verantwortlich erklärt, sondern geradezu zum Schadensersatz verurtheilt wird, im Widerspruche stehen mit der Bestimmung des § 11

der bernischen Staatsverfassung, nach welcher die administrative und die richterliche Gewalt in allen Stufen der Staatsverwaltung getrennt ist;

daß demnach im vorliegenden Fall die Frage, ob die Vormundschaftsbehörde von Schönthal schuldig sei, der Gemeinde Herblingen Schadensersatz zu leisten, in ihrem vollen Umfange der gerichtlichen Beurtheilung unterliegt;

daß nun allerdings durch die Aktenergebnisse hergestellt ist, daß das im Jahre 1849 Fr. 4702. 50 betragen habende Vermögen des J. Lütthi von Schönthal, welcher vom Jahr 1846 hinweg bis zum Jahr 1868 als bevogtet unter der Aufsicht der Vormundschaftsbehörde von Schönthal gestanden ist, während dieses Zeitraumes vollständig verbraucht worden ist;

daß im fernern anzunehmen ist, daß wenn das Vermögen des Lütthi noch vollständig oder wenigstens theilweise vorhanden wäre, die Gemeine Herblingen, als Wohnsitzgemeinde des Lütthi, nicht, wie es nun der Fall ist, genöthigt gewesen wäre, dem letzteren und seiner Familie Unterstützungen zukommen zu lassen, weßhalb sie in Folge des stattgehabten Verbrauchs des Vermögens des Lütthi wenigstens mittelbar einen Nachtheil erleiden mag;

daß jedoch der während der Zeit der Bevogtung des Lütthi stattgehabte Verbrauch seines Vermögens der Vormundschaftsbehörde von Schönthal nicht zum Verschulden angerechnet werden kann, indem es bei der Zahl der Glieder der Familie Lütthi und der ziemlich geringen Erwerbsfähigkeit derselben nicht wohl möglich war, die Bedürfnisse für ihren Unterhalt aus ihrem Erwerb und dem Ertrag ihres Vermögen zu bestreiten, so daß es, wenn die Familie nicht darben sollte, zur unabwiesbaren Nothwendigkeit wurde, jährlich einen Theil des Kapitalvermögens für deren Unterhalt zu verwenden und dasselbe in Folge dessen nach und nach zu verbrauchen, weßhalb die Vormundschaftsbehörde von Schönthal für diesen unvermeidlich gewordenen Vermögensverbrauch nicht verantwortlich ist.

**Bemerkung.** In diesen Motiven ertheilt das Gericht dem Regierungsrath eine ebenso starke als wohlverdiente Lektion. Durch ihr unbegreifliches Urtheil hatte die Regierung ohne allen Grund eine Behörde der Pflichtvernachlässigung beschuldigt, während ein solcher Vorwurf in keiner Weise begründet war. Hiegegen schützt sie nun das obergerichtliche Urtheil. Allein die Regierung ist in Folge ihres falschen Urtheiles auch die moralische Urheberin des Prozesses, in Folge welches die Gemeine Herblingen außer den eigenen Kosten noch Fr. 978. 64 an die Gegenpartei bezahlen mußte.

18) Wenn ein Ehemann in Folge Scheidungsurtheils verurtheilt worden ist, seiner Ehefrau Beiträge für die Erziehung der mit ihr erzeugten Kinder zu leisten, so erlischt diese Verpflichtung mit seinem Tode und es haben die Erben nur die in diesem Augenblicke bereits verfallenen Raten zu bezahlen.

Geschwister Stebler gegen Elisabeth Stebler geb. Käz.  
(3. Juli 1874.)

Durch Urtheil vom 30. Januar 1868 wurde die Ehe des Nikl. Stebler und der Elisabeth geb. Käz getrennt, und die 3 Kinder dieser Eheleute der Ehefrau zur Erziehung zugesprochen. Der vom Vater zu leistende Beitrag wurde für jedes Kind auf Fr. 30 bestimmt bis zum zurückgelegten 17. Altersjahre. Im Jahr 1871 verstarb Stebler und hinterließ drei Kinder aus erster und drei Kinder aus letzter Ehe als Notherben, unter welche das Fr. 1370. 30 Gs. betragende Vermögen vertheilt wurde. Mittelsst Vollziehungsbefehles vom 11./14. Dezember 1872 belangte nun die geschiedene Ehefrau Stebler geb. Käz die drei Kinder erster Ehe als einte Notherben des Nikl. Stebler für die Hälfte der bis Juli 1872 verfallenen Alimentationsbeiträge.

Die belangten Kinder beantragten Cassation des Vollziehungsbefehles und machten geltend, es sei die Alimentationspflicht ihres verstorbenen Vaters nicht auf sie übergegangen, vielmehr mit dem Tode desselben seine Erziehungspflicht erloschen.

In erster Instanz wurde das Cassationsbegehren der Kinder Stebler erster Ehe abgewiesen, in oberer Instanz dagegen zugesprochen insofern sich dasselbe auf Zahlungsraten bezog, welche im Augenblicke des Todes des Vaters Stebler noch nicht verfallen waren.

#### M o t i v e :

Daß nach Vorschrift der Satz. 148 C. die Eltern verpflichtet sind, für den anständigen Unterhalt ihrer ehelichen Kinder zu sorgen;

daß diese Pflicht ohne Zweifel höchst persönlicher Natur ist, und daher mit dem Tode der Eltern erlischt (S. 1016 C.);

daß das Ehescheidungsurtheil des Amtsgerichts von Warberg vom 30. Januar 1868, durch welches jene gesetzliche Unterhaltungspflicht in bestimmte Geldleistungen des Vaters Niklaus Stebler umgewandelt und festgestellt wurde, die rechtliche Natur



dieser Pflicht nicht umändern konnte, weil ein solches Urtheil einen bloß declarativen, nicht constitutiven Character hatte, die im Gesetz begründete elterliche Unterhaltungspflicht nicht aufgehoben, sondern nur näher und den Umständen gemäß präcisirt wurde, und bei dem geringen Nachlasse des Vaters Niklaus Stebler nicht angenommen werden kann, das Amtsgericht von Narberg habe die jährlichen Unterstützungsbeiträge, zu denen er verurtheilt wurde, mit Rücksicht auf sein Vermögen normirt;

daß somit die Verpflichtung diese gerichtlich festgestellten Unterhaltungsbeiträge zu bezahlen nur insoweit auf die Kassationskläger als Erben ihres Vaters Niklaus Stebler übergegangen ist, als es sich um die bis zu dessen Todestag — 20. Juni 1871 — verfallenen marchzähligen Leistungen handelt, während die Pflicht zu ferneren Leistungen in Folge Todes des Erblassers Niklaus Stebler erloschen ist.

---

## APERÇU

en langue française des Arrêts de la Cour de Berne.

NOTA. Les Arrêts précédés d'un astérisque \* sont particuliers au Jura bernois.

• Août 1873.

1. \* *Témoignages admissibles pour des faits touchant la restitution d'objets remis en dépôt.* — Dans une instance tendant à des dommages-intérêts pour restitution imparfaite d'objets remis en dépôt, la preuve testimoniale est admissible, dès qu'elle n'a pas pour effet d'établir des faits juridiques.

*Motifs :*

1. que si, à teneur des art. 1341 et 1923 C. civ., l'existence de la convention intervenue entre parties ne pouvait être établie par temoins, il n'en est pas de même des faits articulés sous n<sup>os</sup> 3 et 5 et tendant à déterminer la quotité du fourrage déposé en 1870 et retiré en 1871.

2. que ces constatations purement matérielles, postérieures à la convention, n'ont pas le caractère de faits juridiques,

3. que le défendeur ne dénie point le contrat de dépôt, sauf en ce qui concerne la clause relative au terme fixé; — qu'il est reconnu que le dépôt avait pour objet le foin et le

regain de la demanderesse; — que celle-ci conteste, non la restitution en principe, mais la restitution intégrale de l'objet; — qu'ainsi les dispositions de l'art. 1924 C. civ., invoquées par le défendeur, ne s'opposent nullement, dans l'espèce, à l'admissibilité de la preuve testimoniale,

4. que néanmoins cette preuve ne doit pas s'étendre à la partie du n° 5 étrangère au fait du retrait.

P. C. M.

La Cour, réformant le jugement de première instance, a débouté la partie excipante, Turche, de ses conclusions en inadmissibilité de la preuve testimoniale. (Veuve Morel contre F<sup>s</sup>. Turche; 9 Août.)

2. \* *Contrat de mariage par une fiancée sous tutelle. — Nullité opposable aux créanciers du mari.* — Par leur contrat de mariage du 26 Décembre 1855, Joh. Meili originaire de Duggingen (district de Laufon) et Elisabeth née Keller avaient stipulé qu'en cas de précéder sans enfants la fortune du prémourant reviendrait au survivant des deux époux. La future épouse était lors de son contrat de mariage en état d'interdiction; elle était originaire du canton de Zürich et habitait Bâle ainsi que son tuteur. Celui-ci refusa toute participation au contrat de mariage. En 1856 Meili fit discussion à Arlesheim dans le canton de Bâle-campagne, puis il s'expatria. Sa femme étant décédée en 1868 laissant une fortune à elle particulière, ses frères vinrent demander la délivrance de cette fortune à l'autorité tutélaire de Duggingen. Le syndicat des faillites d'Arlesheim (Bâle-campagne) intervint et réclama en faveur des créanciers du mari la délivrance des biens de la femme précédée. Cette demande fut rejetée dans les deux instances par les motifs que la future épouse étant lors de son contrat de mariage en état d'interdiction et son tuteur ayant refusé d'y participer, cet acte n'était pas obligatoire pour elle; que cette nullité du contrat pouvait être opposée par ses héritiers légitimes aux créanciers de son mari et qu'au surplus ceux-ci n'avaient en aucune manière établi que le mari absent était encore en vie et capable de revendiquer les droits indiqués dans le dit contrat de mariage. (Bezirksämter d'Arlesheim contre frères Keller; 14 Août 1873.)

3. \* *Procédure commerciale. — Changement de conclusions. — Inadmissibilité.* — Si l'on peut, d'après la loi française et devant les tribunaux consulaires, amplifier les faits

et moyens de preuves et même modifier les conclusions posées, il est toutefois inadmissible d'apporter des changements qui auraient pour but de transformer l'action originaire et de lui substituer des conclusions tout autres que celles prises *in litem litis*; au reste, la procédure bernoise doit servir comme droit subsidiaire à cet égard.

*Motifs :*

1. que les conclusions prises à l'audience du 6 Mai 1873 forment une demande nouvelle qui par sa nature est totalement différente de celle introduite par l'assignation du 18 Janvier 1873,

2. que même en admettant — pour compléter les art. 414 à 442 C. pr. civ. fr. — l'application des règles générales de la procédure française, le dit Code fr. ne renferme aucune disposition qui autorise le délaissement d'une instance entamée et une transformation dans l'objet de la demande, ainsi que le Sieur Jæger prétend le faire,

3. qu'en cas de doute à ce sujet, les tribunaux peuvent s'en référer, comme droit subsidiaire aux règles du Code proc. civ. bern. et qu'à cet égard, l'art. 68 de ce code est précis et qu'il prohibe toute modification des conclusions qui tendrait à demander plus ou autre chose que ce qui est contenu dans la demande originaire.

P. C. M.

La Cour, confirmant le jugement rendu en première instance adjuge à la partie défenderesse ses conclusions en inadmissibilité. (Victor Jæger contre Claude Badaire; 16 Août.)

4. \* *Dette envers une société, — Exception de compensation. — Demande en dissolution de la dite société.* — Par acte hypothécaire du 24 Juin 1868 les époux Débœufs-Kohler avaient reconnu devoir à la banque Girardin-Prêtre et C<sup>ie</sup> une somme de passé vingt-mille francs. Le recouvrement de cette créance ayant été poursuivi en 1872 par la créancière, les époux Débœufs formèrent opposition et dans le procès qui leur fut intenté ils conclurent dilatoirement, en alléguant que dans la société Girardin-Prêtre et C<sup>ie</sup> le mari J. B. Débœufs avait fait une mise de fonds de fr. 10,000 dont on devait lui tenir compte et qui était imputable sur la somme réclamée à lui et à sa femme. et que jusqu'après le règlement des intérêts du mari dans la société il devait être sursis à la réclamation de la dette

hypothécaire. En outre les défendeurs prirent des conclusions tendantes à ce que la dissolution de la société Girardin-Prêtre et C<sup>ie</sup> soit prononcée en justice.

La Cour, confirmant le jugement de première instance, rejeta l'exception dilatoire et adjugea les conclusions quant au fond, ainsi que celles prises reconventionnellement, par les motifs suivants :

*I. Quant à l'exception dilatoire,*

1. qu'en vertu des stipulations de l'acte du 24 Juin 1868 la dette est exigible en capital et accessoires,

2. que la réserve faite au profit de l'un des défendeurs, comme membre de la société Girardin-Prêtre et C<sup>ie</sup>, n'a point eu pour effet de modifier l'engagement souscrit et de le subordonner à la liquidation préalable de cette société,

3. que les défendeurs sont au contraire devenus débiteurs définitifs d'une somme déterminée et qu'à l'instar de tous autres débiteurs ils doivent en acquitter le montant à la créancière, sauf par Débœufs à faire valoir, lors de la liquidation, les droits individuels qui lui ont été réservés.

*II. . . . .*

*III. Quant aux conclusions principales,*

1. que les défendeurs reconnaissent en principe la dette constatée par le titre produit,

2. que le litige au fond n'a trait qu'à la déduction de la somme de fr. 10,000 représentant la mise sociale de J. B. Débœufs,

3. que les termes de l'acte excluent une imputation de ce genre et qu'au surplus la partie en faveur de laquelle la réserve invoquée a été introduite n'est pas juridiquement la même que celle qui s'est constituée débitrice des demandeurs,

4. qu'il ne peut être statué dans la présente instance ni sur la restitution de l'apport de Débœufs, ni sur la demande en reddition de compte éventuellement formulée.

*IV. Quant à la demande en liquidation,*

1. que la durée de la société Girardin-Prêtre et C<sup>ie</sup> a été fixée à neuf ans et que ce terme est expiré depuis le 1<sup>er</sup> Avril 1872,

2. que tout intéressé est en droit de requérir que la liquidation et le partage se fassent suivant les formes légales, soit en première ligne conformément aux clauses du contrat

de société et, à défaut de clauses spéciales, conformément aux règles tracées par la loi (art. 18 C. de comm. et 1872 C. civ.). (Epoux Déboeufs contre Girardin-Prêtre et C<sup>ie</sup>; 28 Août.)

### Octobre 1873.

#### 5.\* *Mesures provisoires. — Reconvention non recevable.* —

L'acquéreur qui exploite les bois des forêts d'un domaine, sans satisfaire à ses obligations quant au paiement du prix de vente dans les termes stipulés, peut être l'objet d'une mesure provisoire tendante à une défense de continuer l'exploitation. La demande reconventionnelle formulée à cette occasion et qui a pour but de faire examiner par le juge saisi de la validité de la mesure provisoire, la question d'exécution ponctuelle des clauses de la vente doit être renvoyée au juge compétent.

#### *Motifs :*

##### *I. Quant à la demande en mesures provisoires,*

1. que l'acheteur est tenu de payer le prix de vente au terme fixé par le contrat (art. 1650 C. c.),

2. que le Sieur Bøgle ne s'est pas conformé à cette obligation en ce qui concerne la deuxième moitié du prix et que le fait par lui allégué ne l'autorisait nullement à retenir le solde de fr. 7000,

3. qu'il résulte de l'acte de vente que, selon les prévisions des parties, l'exploitation devait se prolonger au-delà du 1<sup>er</sup> Mai 1873, et qu'en conséquence, à défaut de paiement à ce terme, les bois non encore exploités serviraient de garantie aux vendeurs lesquels se trouvent dès lors au bénéfice de l'art. 1612 Code civ.,

4. que par suite de l'enlèvement ultérieur des bois vendus, l'hoirie Dietlin était menacée d'un dommage difficile à réparer, soit de la perte de son privilège (art. 2102 n° 4, 56),

5. que les mesures provisoires se justifient donc en principe (art. 316 n° 3 C. pr. civ.).

##### *II. Quant à l'exception d'incompétence,*

1. que la demande reconventionnelle porte sur l'exécution des clauses du contrat intervenu entre parties le 30 Mars 1872,

2. que cette contestation rentre dans la compétence en premier ressort du Tribunal,

3. qu'ainsi, abstraction faite de la question d'admissibilité d'une demande reconventionnelle au cas particulier, l'autorité saisie est incompétente. (Th. Bøgle contre hoirie Dietlin; 30 Octobre.)

6. \* *Servitude de passage. — Valeur des preuves.* — La servitude de passage ne peut s'établir que par titres; à défaut d'indications complètes dans le titre constitutif, l'existence de la servitude peut ressortir d'un titre reconnaissant, dès qu'il est certain que celui-ci émane des anciens préposseurs et ayants-droit.

*Motifs :*

1. que les servitudes de passage, de la catégorie de celle réclamée, ne peuvent s'établir que par titres (art. 691 C. c. fr.),

2. que la Commune demanderesse appuie ses prétentions notamment sur les deux reconnaissances des chemins de 1592 et de 1768,

3. que le premier de ces titres, soit la reconnaissance de 1592 porte: «Item une autre vie avec chars et chevaux au «lieu de Montebreux, tout le contremont du dit Montebreux «jusqu'à la «Loge Philippe» ou à «Pré Vauthier» jusqu'à la «croix «Refuesse» ou autre part-là où que les dits habitants «auront nécessité,»

et que le second, c'est-à-dire la reconnaissance de 1768 donne à ce sujet l'explication suivante: «Un de ces chemins «commence proche la Toulière, par une barrière, allant et «passant proche de la maison de Montebreux-du-milieu, du «côté de bise, et dès là tirant contre l'endroit appelé les ««aidjolats» où il y a une borne triangulaire faisant séparation «des bans de Lucelle, Charmoille et Pleujouse,»

4. que la circonstance que les localités spécifiées au premier de ces actes ne se retrouvent plus sûr le terrain, est de peu d'importance au regard de l'explication donnée par l'acte de 1768,

5. que ce dernier titre est authentique en la forme et qu'il n'est ni critiqué ni critiquable,

6. que si cette reconnaissance de 1768 n'est pas par elle-même un titre constitutif, elle est en tout cas, un titre *reconnaissant* de la servitude, en effet:

a. elle relate le titre primordial et en explique la portée et la valeur d'après les besoins existant en 1768 et dans les termes usités à cette époque,

- b. elle a été dressée à la participation de l'ancien propriétaire de Montbreux, soit du collège de Porrentruy agissant par son Prieur et l'on peut dire que la reconnaissance de servitude émane du propriétaire du fonds servant,
- c. la déclaration «le tout reconnu», signée par le Père Juillerat Prieur, suffit en droit,
- d. ce titre revêt donc les caractères exigés par l'art. 695 Code c. fr.,

7. qu'il est établi, dans la procédure: qu'à partir de l'entrée sur le domaine de Montbreux, près la Toulière, le chemin qui existe actuellement passe du côté de bise de la maison de Montbreux, que ce chemin est empierré jusque dans la combe, que ses traces sont visibles notamment à l'endroit dit «la charrière» et que la direction qu'il suit vise à la borne triangulaire de la reconnaissance de 1768 qui a été remplacée par celle n° 42 du plan des forêts communales,

8. que cette direction, ainsi déterminée par des points de repère s'applique aux énoncés du titre du 21 Mars 1768, qu'elle fixe le passage revendiqué et qu'en outre, elle est celle indiquée par les témoins entendus,

9. qu'au surplus, l'acte de *cession* du 10 Juillet 1785 réserve les servitudes de passage *nécessaires* au profit des intéressés (Commune et Collège) et qu'il est établi: par l'état et l'inspection des lieux (n° 7), par le rapport de l'expert et par la finale de la reconnaissance de 1592, que, pour une portion de la forêt des «aidjolats» l'exploitation des bois doit nécessairement se faire à travers la combe du pâturage de Montbreux,

10. . . . .  
(Etienne Colin contre Commune de Charmoille; 10 Octobre.)

7.\* *Comptes entre négociants. — Arbitrage réclamé. — Incident.* — Les parties en cause avaient fait entre elles un double commerce. Badaire livrait plus spécialement des vins et liquides et Wittmer s'occupait principalement d'un commerce de bois. En Mai 1873 Badaire actionna Wittmer en paiement d'un solde de compte qui avait surtout trait au commerce des vins. Le défendeur souleva l'exception d'incompétence du tribunal de commerce, concluant à ce que les difficultés existantes soient vidées par un tribunal arbitral conformément à l'art. 51 du Code de com. Badaire se soumit à ces conclusions pour les contestations relatives au commerce

des liquides, mais il conclut à la non-recevabilité quant à présent des conclusions d'incompétence pour les contestations se rattachant au commerce des bois. Il alléguait à l'appui de cette distinction qu'il n'y avait pas en ce moment de litige touchant le commerce des bois. Le tribunal de première instance accueillit la manière de voir de Badaire en lui adjugeant son exception dilatoire, mais la Cour réforma ce jugement et renvoya à une arbitrage toutes les contestations qui divisaient les parties.

*Motifs :*

1. qu'il est constant et reconnu que les opérations auxquelles Badaire s'est livré avec Wittmer rentrent dans la catégorie de celles d'une association commerciale en participation,

2. que cette société s'occupait aussi bien du commerce des bois que de celui des vins, ce qui ressort notamment de la correspondance échangée et des comptes produits,

3. qu'il n'y a eu qu'une seule et unique association embrassant deux branches distinctes et qui pouvaient faire l'objet de comptes spéciaux,

4. que l'on ne voit pas pourquoi cette société devrait être liquidée entre associés de deux manières différentes,

5. que de l'ensemble des faits et des allégués de la procédure, il appert que s'il y a des répétitions de la part de Badaire pour les vins, il y a aussi des contre-répétitions de la part de Wittmer pour les bois et que ces dernières constituent une reconvention éventuelle,

6. que les parties n'étant pas d'accord sur leurs prétentions réciproques, il y a contestation entre associés à raison de la société et de ses opérations,

7. que par conséquent l'art 51 C. com. devient applicable dès aujourd'hui. (Jacques Wittmer contre P. J. Badaire ; 11 Octobre.)

8.\* *Vice rédhibitoire. — Valeur légale du rapport d'experts.* — Un rapport d'experts dressé par un vétérinaire qui a donné des soins à l'animal n'est pas conforme à la loi, et la demande en reprise de l'animal prétendument malade et en restitution du prix doit dès lors être écartée comme non justifiée

*Motifs :*

1. . . . .  
2. que le concordat du 27 Juin 1853 détermine le mode de constatation des vices rédhibitoires et qu'un procès-verbal



dressé en conformité du dit concordat peut seul servir de base au jugement à intervenir sur l'action en garantie,

3. qu'à l'appui de ses conclusions le demandeur invoque le procès-verbal du 10 Octobre 1872, émanant des experts Luginbuhl et Gysiger,

4. qu'il ressort des déclarations des témoins entendus, spécialement de Pierre et de Jean-Ulrich Nyffenegger, qu'avant l'expertise le vétérinaire Luginbuhl, envoyé à Corgémont par le demandeur, a donné des soins au cheval vendu à ce dernier,

5. que par là même et bien qu'il ne fût pas vétérinaire traitant, il était incapable de remplir les fonctions d'expert, la prohibition de la loi étant générale et absolue (art. 8, 2<sup>e</sup> alin. du concordat),

6. que l'expertise à laquelle Luginbuhl a participé ne satisfait donc point aux prescriptions légales et que partant le procès-verbal produit est nul, non opposable au vendeur et destitué, comme tel, de toute force probante,

7. que ce moyen de preuve faisant défaut, les conclusions doivent être rejetées. (Gottlieb Ritter contre frères Matter; 16 Octobre.)

9. \* *Superficie. — Prescription.* — Le fait d'une possession plus que trentenaire, paisible, publique, non précaire, non interrompue et à titre de propriétaire, d'un terrain communal sur lequel on a construit un petit bâtiment peut être opposé à la commune et celle-ci ne peut sans indemniser le propriétaire de ce droit de superficie, le forcer à déguerpir du terrain occupé. (Commune de la Burg contre frères Ackermann; 17 Octobre).

10. *Opposition à liquidation. — Exception péremptoire.* — Le créancier qui forme opposition à un projet d'ordre doit se conformer aux art. 594 et 541 C. pr. civ. bern. et citer tous les *intéressés*, c'est-à-dire tous ceux qui, s'il obtient gain de cause, sont exposés à voir remanier leur propre collocation. La négligence de ce créancier dans l'observation de ces dispositions légales l'expose à une exception péremptoire qui dans l'espèce a été reconnue fondée. (Volksbank contre Marg. Staub; 18 Octobre.)

11. \* *Substitution de la preuve littérale au serment déferé.* — *Conséquences.* — La partie qui substitue au serment déferé d'autres moyens de preuves contracte l'obligation

d'établir le contraire des faits allégués et qu'elle a déniés et si elle échoue dans cette preuve, les assertions de son adversaire seront tenues pour vraies.

*Motifs :*

1. . . . .
2. que dans les faits libératoires de sa défense la masse Adatte articule : qu'elle est co-proprétaire par indivis des immeubles revendiqués, que le demandeur n'a jamais prétendu être propriétaire du tiers ayant appartenu à J. Pape et qu'au contraire il a reconnu, il y a moins d'un an, qu'il n'était pas propriétaire de l'intégralité des dites forêts,
3. que le demandeur a substitué la preuve littérale au serment qui lui était déféré à l'appui des faits de la défense,
4. que par là il a contracté l'obligation de prouver la fausseté des allégués de son adversaire (art. 253 C. pr. c. b.),
5. que les pièces et titres invoqués par le demandeur ont trait à des conventions de partage et d'échanges des forêts de Plaimbois auxquelles Etienne Chiquet a participé,
6. que si ces titres ne sont pas dépourvus de valeur légale relativement aux prétentions du demandeur, ils n'établissent néanmoins pas d'une manière indubitable le droit de Chiquet à la propriété intégrale des parcelles revendiquées, que notamment il n'y a pas concordance entre eux soit quant aux numéros du cadastre, soit quant aux contenances cadastrales,
7. que, quoiqu'il en soit, ils ne prouvent nullement le contraire des faits nos 15, 17 et 20, c'est-à-dire que la masse défenderesse n'a pas droit à un tiers indivis sur ces immeubles, surtout au vu du serment prêté par F. Pape, ni que le demandeur Chiquet n'a pas reconnu, il y a moins d'un an, qu'il n'était pas propriétaire de l'intégralité de ces parcelles,
8. que le demandeur succombe dès lors dans la thèse de preuve qu'il a volontairement acceptée. (Etienne Chiquet contre masse Adatte; 24 Octobre.)

**Novembre 1873.**

12. *Collocation.* — *Recours contre un co-débiteur.* — Le créancier colloqué avec d'autres sur des immeubles inventés et qui a participé à l'acte de sortie d'indivision, est encore en droit s'il n'est pas satisfait de sa réclamation, de poursuivre le co-débiteur solidaire qui jusqu'ici avait été épargné

et auquel il a offert à temps sa collocation. (Möri et Krebs contre Heerli; 6 November.)

13. *Faillite. — Droit de réméré.* — Le droit de réméré stipulé en faveur d'un failli peut être compris dans la masse et vendu par celle-ci. L'acquéreur entre alors dans les droits de celui au profit duquel le réméré avait été stipulé. (Imbert Mathys contre Elise Mathys; 13 Novembre.)

### Décembre 1873.

14. \* *Créance cédée. — Compensation.* — Les frères Scherz étaient héritiers de leur grand-mère veuve Tuscher décédée en 1862. Ils étaient colloqués pour leur part sur un solde de vente que redevaient leurs oncles les frères Tuscher. Ils cessionnèrent leur part héréditaire en Septembre 1866 au nommé Aug. Girardin qui en 1873 actionna les Tuscher en paiement. Ces derniers résistèrent en s'appuyant sur le fait que dès avant la cession, soit depuis 1862 à 1865, ils avaient versé aux frères Scherz au-delà du montant de leur quote-part héréditaire; ils justifiaient cette libération par des paiements en espèces avec quittances et par des reconnaissances de dettes. Le demandeur critiqua la valeur de ces quittances et prétendit qu'il ne pouvait être question d'une compensation. La Cour débouta le demandeur Girardin de ses conclusions en paiement, par les motifs suivants:

#### *Considérant,*

1. que les critiques soulevées quant à la forme des cession et signification des 11,26 Septembre 1866 ne sont pas fondées,

2. qu'il est indifférent de s'appesantir sur la question de savoir si le demandeur agit comme simple ayant-cause des cédants (art. 1322 C. c. fr.) ou comme tiers à l'égard des défendeurs (art. 1328 *ibid*), attendu qu'il faudra toujours rechercher, dans ce litige, qu'elle est la valeur légale, quant à leur date, des quittances et note invoquées à l'appui des faits libératoires,

3. que la formalité de l'enregistrement n'est pas exigée dans le district de Courtelary pour donner date certaine aux actes sous seing privé,

4. qu'au surplus, et en règle générale, les dispositions de l'art. 1328 C. c. fr. ne sont pas applicables aux simples quittances,

5. qu'il est dès lors nécessaire d'examiner en fait, la valeur matérielle de ces quittances et notes, et qu'à cet égard, les critiques du demandeur ne sont point justifiées, en effet:

- a. les signatures des frères Scherz sont reconnues, d'où il résulte que ces actes font pleine foi de leur contenu,
- b. les quittances figurent toutes sur la même feuille de timbre; elles sont écrites à la suite les unes des autres, par ordre de date et la dernière est du 5 Janvier 1865,
- c. la note d'auberge est également signée par les frères Scherz et elle n'est pas sérieusement attaquée,
- d. aucun indice de fraude ou de collusion n'a été allégué ni prouvé et rien ne témoigne contre la sincérité de ces actes,

6. que l'on doit admettre qu'à l'époque de la cession les débiteurs avaient fait des paiements de bonne foi et qui tendaient à les libérer valablement (art. 1240 et 1691 C. c. fr.); que ces versements ne pouvaient s'imputer que sur la dette provenant de la succession de la veuve Tuscher, que les frères Scherz n'avaient alors pas d'autre réclamation à faire aux débiteurs et qu'ils ont eux-mêmes stipulé cette imputation par leur lettre du 30 Novembre 1863,

7. que la note d'auberge forme une reconnaissance de dette (art. 1326 C. c. fr.) qui s'est trouvée compensée légalement avec la susdite dette de succession, à teneur de l'art. 1291 C. c. fr.),

8. que dans ces circonstances les frères Scherz ont cessionné au demandeur une créance qui se trouvait, avant la signification de la cession, éteinte soit par paiements valables, soit par l'effet de la compensation. (Aug. Girardin contre frères Tuscher; 5 Décembre 1873.)

### Literarisches.

**Schröder**, Dr., Richard, ord. Prof. des deutschen Rechts in Würzburg, *Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland*. II Theile.

Dritte und letzte Abtheilung des II. Theils. 1874. XII 428. Leon Sauniers Buchhandlung. Stettin, Danzig, Elbing

Bisher hat es an einer Geschichte des ehelichen Güterrechts, dieses buntesten und doch wesentlich nationalen Theiles des Rechtssystems, in Deutschland gefehlt, ja man hat sogar an der Möglichkeit, eine solche überhaupt schreiben zu können, gezweifelt und zwar gewiß nicht ganz ohne Grund: das Material ist so massen-

haft, dabei für die Uebergänge doch wieder sehr spärlich, die verschiedenen Stämme und Zeiten wirkten so mannigfach auf einander ein, daß es außerordentlich schwer ist, leitende Gesichtspunkte aufzufinden und festzuhalten und von hier aus zu brauchbaren historischen Resultaten zu gelangen. Trotz dieser bedeutenden Schwierigkeiten muß die umfangreiche Forschung Schröders als vollkommen gelungen bezeichnet werden; eine sehr mißliche Lücke der germanistischen Rechtswissenschaft ist dadurch glänzend und mit dauerhaft werthvoller Arbeit ausgefüllt. Für die Schweiz und die schweizerischen Juristen ist das umfassende Werk aus mehreren Gründen von weitgehender Bedeutung: die ehelichen Güterrechte der Schweiz theilen fast alle Ursprung und Geschichte der gleichen Rechte in Deutschland (S. Carrard und Hilty in ihrem Referate über die Hauptdifferenzen der französisch- und deutsch-schweizerischen Civilgesetzgebung, Bd. IX dieser Zeitschrift und Separatabdruck p. 27 ff. resp. S. 92 ff.). Und seit der politischen Trennung der Eidgenossenschaft vom deutschen Reich, mit dem Ende des Mittelalters überhaupt hat sich das eheliche Güterrecht materiell nicht mehr weiter, d. h. nicht zu wesentlich neuen Formen entwickelt, weder in Deutschland noch in der Schweiz; die Entwicklungen, welche demnach Schröder geschildert hat, liegen vor diesem Stillstande und vor jener Trennung; daher hat denn auch Schröder die schweizerischen Güterrechte in ausgedehntester Weise in seine Darstellung aufgenommen, soweit sie gemeinsamen germanischen Ursprungs sind: z. B. das Güterrecht von Aarau, Aarberg, Aarburg, Altorf, Appenzell, Bern, Büren, Burgdorf, St. Gallen, Kyburg, Obwalden, Thun u. s. w. (s. das alphabetische Verzeichniß des Rechts, S. 421 ff. der III. Abth. des II. Thls.). Nicht minder interessant als diese Detailberücksichtigung ist für die Schweiz das wissenschaftliche Hauptresultat der Arbeit Schröders: „daß schon das Mittelalter das Recht der Gütergemeinschaft ganz im Sinne des heutigen Rechts gekannt hat.“ Die praktische Folge dieses Nachweises ist die, daß der Richter, wo sein geschriebenes Particularrecht Lücken zeigt, berechtigt ist, auf das alte Recht zurückzugreifen, nicht bloß, wie dieß für das System der Verwaltungsgemeinschaft und für das römische Dotalrecht schon längst anerkannt war, innerhalb dieser Systeme, sondern auch von der modernen (allgemeinen oder particularen) Gütergemeinschaft aus auf die ältern Erscheinungen derselben. — Diese Andeutungen dürften genügen, allerseits auf das erwähnte, jetzt fertig vorliegende Werk aufmerksam zu machen.

Prof. Dr. Carl Gareis.

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

**Band X.**

Dezember 1874.

**Nr. 6.**

---

**Inhalt:** Studien über das eheliche Güterrecht der Schweiz, S. 161.

---

### Studien über das eheliche Güterrecht der Schweiz.

Nach den Notizen zu einem Vortrag, gehalten an der schweiz.  
Juristenversammlung in Luzern (1872), aus dem Nachlaß des  
verstorbenen Prof. Dr. W. Munzinger,

bearbeitet

von

**Dr. Eugen Huber,**

Privatdocent an der Universität Bern.

#### V o r w o r t.

Der Beschluß der Generalversammlung des schweizer.  
Juristenvereins, den am 30. September 1872 in Luzern ge-  
haltenen Vortrag des Hrn. Prof. Munzinger über die ehe-  
lichen Güterrechte der Schweiz im Druck der Oeffentlichkeit  
zu übergeben, ist in Folge des unerwarteten Hinschiedes des  
Verfassers der Arbeit unausgeführt geblieben. Im Nachlasse  
des Verfassers fanden sich auf die Abhandlung bezüglich  
1) die Spezialberichte aus einer Mehrzahl der Kantone, zum  
Theil kurzgefaßte Beantwortungen der hauptsächlichsten ein-  
schlägigen Fragen, zum Theil aber auch erschöpfendere Dar-

stellungen, 2) Bleistiftnotizen aus der Hand des Verfassers, enthaltend Excerpte aus der Lectüre der genannten Referate und anderer bezüglichlicher Abhandlungen, 3) ein erster mit Bleistift geschriebener Entwurf der Arbeit, zum größten Theil wieder durchstrichen, 4) ein mit Tinte geschriebenes ausführliches Schema, das Munzinger für seinen freien Vortrag aufgestellt zu haben scheint. Ursprünglich beabsichtigte Hr. Prof. König aus diesem Material den bedeutenden inhaltswichtigen Vortrag zu rekonstruiren, übergab jedoch, durch andere Arbeit abgehalten, vor einiger Zeit mir die betreffenden Notizen mit dem Gesuch, daraus wenn möglich die Abhandlung druckfähig herzustellen. Im unterzog mich dieser Arbeit um so freudiger, als der Stoff mich selber schon bei Ausarbeitung bezüglichlicher Collegien beschäftigt hatte und es mir von eignem Werthe war, die zerstreuten Notizen des verstorbenen Meisters zu durchgehen. Bin ich nun auch vor Allem zur Ansicht gelangt, daß es eben zu bedauern ist, wenn nicht durch die Hand des Verfassers der Abhandlung selber ihre Ausarbeitung erfolgen konnte, so habe ich mich aber auch ebenso sehr überzeugt, daß es noch mehr zu bedauern wäre, wenn das gesammte Material der Vergessenheit anheimfiel. Eine wörtliche Wiedergabe des Munzinger'schen Vortrages war mir begreiflicher Weise nicht möglich; dagegen habe ich dessen Schema innegehalten, die zerstreuten Notizen so weit als thunlich darein verwoben und auch, wo mir der mündliche Vortrag ergänzend eingegriffen zu haben schien, einzelne Ergänzungen nicht gescheut. Am meisten bin ich für diese Arbeit belohnt, wenn diejenigen, welche (was mir nicht vergönnt war) den Vortrag in Luzern selber hörten, darin vollständig die Arbeit Munzingers wieder erkennen, so daß diese Publikation, neben Munzingers „erbrechlichen Studien“, ein weiteres Andenken von dem wissenschaftlich tiefen und patriotisch freudigen Wirken unseres verstorbenen Meisters der schweizerischen Jurisprudenz zu bieten vermag.

Bern, den 12. Oktober 1874.

Dr. C. Guber.

## Studien über das eheliche Güterrecht der Schweiz

von

Professor Dr. Munzinger.

Für die Generalversammlung des schweizer. Juristenvereins, 30. September 1872, in Luzern hatte der leitende Ausschuss als Verhandlungsgegenstand die Beantwortung zweier Fragen aufgestellt:

1) Welches sind die Hauptzüge der schweizer. kantonalen Gesetzgebungen in Bezug auf das eheliche Güterrecht?

2) In welcher Weise könnte, ohne zu große Eingriffe in die bestehenden Verhältnisse, eine Unification dieser Rechtsmaterie für die gesammte Schweiz vorgenommen werden, und auf welche Grundlage müßte ein einheitliches Güterrecht in der Schweiz basirt sein?

Als Hauptreferent war Hr. Prof. König von Bern bezeichnet worden, der aber, durch besondere Umstände verhindert, die Arbeit Hrn. Prof. Munzinger übertrug. Spezialreferate aus den verschiedenen Kantonen gingen ein:

|                       |                       |
|-----------------------|-----------------------|
| für Luzern            | von Dr. Raf. Pfyster, |
| „ die drei Waldstädte | „ Dr. Rothing,        |
| „ Glarus              | „ Dr. Blumer,         |
| „ Solothurn           | „ Leo Weber, Fürsp.,  |
| „ Basel               | „ Prof. Dr. Schnell,  |
| „ St. Gallen          | „ Ständerath Morel,   |
| „ Appenzell J.-Rh.    | „ Ständerath Rusch,   |
| „ Waadt               | „ Adv. Guisan,        |
| „ Neuenburg           | „ Adv. Jacottet.      |

Die Wahl des ehelichen Güterrechts als Thema für die Diskussion am schweizerischen Juristentag muß als eine glückliche bezeichnet werden, weil gerade hier die Mannigfaltigkeit des Rechtes sehr groß ist und also gerade hier die Frage, wie sich ein einheitliches Recht zu den bestehenden Verhältnissen verhalten müßte, ein hohes, praktisches und wissenschaftliches Interesse bietet.



Die erste der aufgestellten zwei Fragen bildet den Boden, von welchem aus sich erst die zweite, betreffend die Art und Weise einer einheitlichen Gestaltung dieser Rechtsmaterie, mit einiger Sicherheit beantworten läßt. Vor Allem aus haben wir demgemäß zu untersuchen, welche Gestaltung das eheliche Güterrecht in den verschiedenen schweizerischen Kantonen zur Zeit angenommen hat. Ueberblicken wir die fünf- undzwanzig kantonalen Gesetzgebungen, so lassen sich, in Anlehnung an die von der Jurisprudenz aufgestellten Systeme der Güterverbindung, Gütereinheit und Dotalsystem folgende Gruppen zusammenstellen:

I. Die Gruppe der Güterverbindung. Nach den Rechtsprinzipien der germanischen Völkerfamilie ist mit der Ehe im Allgemeinen auch eine Einheit der vermögensrechtlichen Beziehungen verbunden. Das Vermögen beider Gatten, also auch das der Frau, nimmt an den Aufgaben der Ehe Antheil, und vereinigt sich zu einer rechtlich organisirten Wirthschaftsgemeinschaft, die nun aber freilich einen verschiedenen Character an sich tragen kann. Während dem diese Einheit sich vielerorts bis zum Systeme der Gütergemeinschaft entwickelt hat, wo die Verbindung der beiden Vermögen zu einer wirklichen Gemeinschaft vorgeschritten ist, so daß der Frau kein Eigenthumsrecht mehr verbleibt und bei Auflösung der Gemeinschaft die Trennung des Gesamtvermögens nicht mehr nach genetischen Prinzipien, sondern nach Quoten erfolgt, ohne jede Rücksicht auf die Theile, welche seiner Zeit das Ganze zusammengesetzt haben, bleibt anderwärts und meistentheils die Gütereinheit der Ehe bei der sogenannten Güterverbindung stehen. Hiernach verbinden sich die Vermögen der beiden Ehegatten nur äußerlich, also namentlich für die Dauer der Ehe, und es bleibt in dem System der Gedanke wirksam, daß das ganze Institut nur geschaffen ist, den Zwecken der Ehe, nicht aber der Ehegatten zu dienen. Innerlich, was die Substanz oder auch den Werth der zu einander gebrachten Vermögen betrifft, bleibt Trennung, und rechtlichlich geschützt stehen

über der wirthschaftlichen Einheit zwei Eigenthümer. — So sehr nun auch diese beiden Systeme in der hundertfältigen Gestaltung, unter welcher sie im Laufe der Geschichte und noch in unsren Tagen überall, und mannigfaltig genug auch in der Schweiz, in naturwüchsiger Weise aufgewachsen sind, oft in einander übergehen, und so sehr das eine dem andern, bald mit Bezug auf die Regelung der Verhältnisse während der Ehe, bald in Betreff der Scheidung des Vermögens bei Auflösung der Ehe oder der Familie, sich nähert und mit ihm einig geht, so lassen sich doch für die Güterverbindung von den schweizerischen Gesetzgebungen die Systeme folgender Kantone herausheben:

Vor Allem aus Zürich mit seinem von Bluntschli wissenschaftlich durcharbeiteten ehelichen Güterrecht, enthalten im „Familienrecht und Erbrecht“ des bürgerl. Gesetzbuches von 1854 und 1855. Sodann Luzern, Uri, Schwyz, Ob- und Nidwalden, Glarus, Zug, Appenzell, St. Gallen, Waadt, Freiburg, Bern (mit Ausnahme des Jura), Aargau, also die gesammte Centralschweiz und ein bedeutender Theil der Ost- und namentlich der Westschweiz. In allen diesen 14 Kantonen liegt dem ehelichen Güterrecht der Grundgedanke der Güterverbindung zu Grunde. Die äußere Einheit der beiden Vermögen zur ehelichen Wirthschaft wird vermittelt durch den ebenso allgemein anerkannten Grundsatz der Vormundschaft des Mannes über das gesammte Vermögen der Ehefrau. Die Art und Weise, wie dieses in den verschiedenen Gesetzbüchern ausgedrückt ist, erinnert an den Ausspruch des Sachsenspiegel, der dasselbe System lehrt: „Mann und Weib haben kein gezwieiet Gut während ihres Lebens“ — „Nimmt ein Mann ein Weib, so nimmt er all' ihr Gut in seine Gewere zu rechter Vormundschaft.“ Die innere Trennung spricht sich hier überall am deutlichsten darin aus, daß bei der Auflösung der Ehe der überlebende Theil Anspruch auf sein Zugebrachtes hat und nicht etwa auf eine Quote aus einer Gesamtheit. — Freilich entwickeln nun die genannten Kantone dieses System in ver-

schiedener Weise, so daß der Grundgedanke bei den einen mehr, bei den andern weniger zu consequentem Ausdruck kommt. Diese Variationen sind nach verschiedenen Richtungen möglich, sei es in der verschiedenen Begränzung des Dispositionsrechtes des Mannes oder der Frau, oder der Haftung beider für Schulden, oder der Stellung der Frau im Konkurs oder auch der verschiedenen Gestaltung der erbrechtlichen Details. Am reinsten bringen das System der Güterverbindung zum Ausdruck die Rechte der Central Schweiz: Zürich, Luzern, Uri, Schwyz, Nid- und Obwalden und Zug, und Appenzell. Wir finden darin nach den genannten verschiedenen Richtungen der Aeußerung der ehelichen Wirthschaftsgemeinschaft folgende Anordnungen:

1. Das Dispositionsrecht des Mannes über das Frauengut betreffend giebt Zürich dem Manne ein freies Recht selbstständigen Handelns gegenüber der fahrenden Habe und damit inbegriffen der Forderungen der Frau. Er ist befugt, auch ohne ihre Zustimmung, selbige zu veräußern oder zu verpfänden, mögen die Forderungen versichert sein oder nicht. Dagegen ist er bei Disposition über Liegenschaften des Frauengutes an die Zustimmung der Frau gebunden. Ja die Stellung der Frau wird noch verstärkt, wenn es sich darum handelt, daß der Mann ein der Frau zustehendes Erbrecht oder verfangenes Gut veräußern oder verpfänden, oder eine generelle Pfandverschreibung über Frauengut vornehmen, oder die Versicherung des Frauengutes irgend ändern will. In diesen Fällen allen ist der Frau noch ein außerordentlicher Vormund beizugeben, welcher vom Bezirksrath nach der Prüfung des Geschäftes durch das Waisenamt nach Anhören der Frau und ihrer nächsten volljährigen Verwandten, mit den nöthigen Vollmachten ausgerüstet wird, und dessen Einwilligung alsdann neben derjenigen der Frau, erst das Geschäft gültig macht. — Luzern weicht hievon um wenig ab, der Mann bleibt dispositionsberechtigt (zu Zwecken der Familie, ist ausdrücklich angegeben) gegenüber der fahrenden Habe und der Forderungen, welch'

letztere (Kapitalbriefe) aber durch Uebergabe an die Vormundschaftskasse (Depositalkasse) in der Weise gesichert werden können, daß fortan der Mann die Rückgabe daraus nur mit schriftlicher Zustimmung der Frau verlangen kann. Zu Verfügungen über die Liegenschaften des Frauengutes bedarf es neben der Zustimmung der Frau noch der Ermächtigung der vormundschaftlichen Behörden. Diese Vormundschaftsbehörde kann auch die obgenannte Herausgabe von Kapitalbriefen aus der Depositalkasse, wenn Gefahr des Verlustes droht, verweigern. — Die drei Waldstätte anerkennen allgemein die freie Verfügungsbefugniß des Mannes über Fahrhabe und Schuldtitel der Frau. Dagegen betreffend die Liegenschaften giebt Schwyz zunächst dem Manne gleichfalls eine freie Befugniß, und Uri hat zwar in dem Landbuch den Satz aufgestellt, daß kein unter vögtlichem Verwahr liegendes Vermögen ohne obrigkeitliche Bewilligung veräußert werden dürfe, und stellt die eheliche Vormundschaft der staatlichen gleich, aber dennoch sollen Fälle von eigenmächtiger Veräußerung von Immobilien der Frau vorkommen. Umgekehrt ist in Obwalden und Nidwalden eine Verfügung des Mannes über Liegenschaften der Frau an deren Einwilligung gebunden. Bis in die neueste Zeit war in diesen Gegenden auch der Rechtsatz oft anzutreffen, daß zur gültigen Veräußerung von Liegenschaften der Frau nicht nur die Einwilligung der letzteren, sondern dazu noch ihrer nächsten Verwandten nothwendig sei.

2. Das Dispositionsrecht der Frau geht im Allgemeinen überall in diesen Rechtssystemen auf in der ehelichen Vormundschaft des Mannes. Die Erforderniß der äußeren Einheit der ehelichen Wirthschaft raubt der Frau jede selbstständige Verfügungsbefugniß über ihr Vermögen; zu allen ihren Handlungen ist die Zustimmung des Ehemannes, und in den obgenannten Fällen zudem eines außerordentlichen Vogtes nothwendig. Ausgenommen von der ehelichen Vormundschaft ist nach zürcherischem Rechte einzig das ausdrücklich oder übungsgemäß vorbehaltene Sondergut,

Spargut der Frau, und was dieser von Seiten des Mannes etwa an Spiel- und Nadelgeld ausgekehrt ist, worüber die Frau unabhängig vom Mann verfügen kann. Betreffend die täglichen gewohnten Bedürfnisse der Haushaltung hat endlich der Mann die Verfügungen der Frau regelmäßig zu respectiren und auf sich zu nehmen. Ganz gleicher Weise behält das Luzernische Recht der Ehefrau die Dispositionsbefugniß für Haushaltungsangelegenheiten und betr. reservirtes oder concedirtes Gut vor, und in den übrigen genannten Kantonen gilt der gleiche Grundsatz.

3. Was die Schulden der Eheleute anbetrifft, so dient nichts anderes mehr zur Charakteristik des Systems der Güterverbindung als die Art und Weise, in welcher das in der Hand des Mannes vrrereinigte Vermögen für dieselben zu haften hat. a) Voreheliche Schulden der Frau müssen demnach, getreu dem Grundsatz der Güterverbindung mit ihrer inneren Getrenntheit der Vermögen, absolut die Schulden der Frau verbleiben und hat einzig sie mit ihrem Vermögen dafür einzustehen. b) Schulden während der Ehe kann nur der Mann contrahiren, indem er als Verwalter der ehelichen Wirthschaftsgemeinschaft die Leitung der Einheit in der Hand hat. Die Frau kann Schulden nur mit der Einwilligung des Mannes und eines außerordentlichen Vormundes machen, ohne diese Einwilligung kann sie sich nicht einmal mit ihrem Spargut verpflichten. Was aber auf regelrechte Weise von ihr derart contrahirt worden ist, gilt als persönliche Schuld, die nur auf dem Frauengut haftet. Es ist mithin auch hier die innere Trennung der Vermögensmassen klar ausgedrückt. Freilich bestehen bezüglich der Autorisation der Frau zur Eingehung von Schulden nun doch zwei Ausnahmen. Die eine erklärt sich aus der Stellung, welche die Frau in der ehelichen Wirthschaft einnimmt; da sie nämlich den täglichen Haushalt zu besorgen hat, so wird ihr, wie bereits oben angeführt, verstattet, in diesem Kreise die Schuldverpflichtungen des gewöhnlichen Haushaltungswesens gültig abzuschließen; diese Schulden aber gelten alsdann, eben weil

sie natürlicher Weise als Eheschulden angesehen werden müssen, als Schulden des Mannes, mit andern Worten, es wird dieser verpflichtet, sie ohne weiteres zu respectiren und auf sich zu nehmen. Die zweite Ausnahme ist begründet in der ausnahmsweisen Stellung, welche der Frau unter Umständen eingeräumt wird, wenn sie als sogenannte Handelsfrau thätig ist. Hat sie in dieser Stellung einmal ein Geschäft in ihre Hände genommen, so verpflichtet sie sich allgemein ohne Mitwirkung des Mannes. Natürlich sind diese Schuldverbindlichkeiten dann aber keine Eheschulden, sondern berühren nur das Geschäft der Frau, sie gehen die Ehe und damit auch den Mann nichts an, und es haftet demgemäß dafür auch einzig das Vermögen der Frau. So das zürcherische Recht und die übrigen genannten Kantone unterscheiden sich hievon nur unwesentlich.

4. Gegenüber der vormundschaftlichen Verfügungsbefugniß des Mannes über das Frauengut, die fast unbeschränkt und gewöhnlich unkontrollirt ist, bedarf die Frau für ihr Vermögen einer Sicherung. Alle Systeme unserer Gruppe gewähren dieselbe, wenn auch in verschiedener Weise. Nach zürcherischem Rechte ist die Frau jederzeit berechtigt, von dem Manne ein von demselben unterzeichnetes und mit Hinsicht auf die Zeit der Aufnahme und die Unterschrift beglaubigtes Inventar über ihr Vermögen und überdem die Versicherung ihres Frauengutes oder eines Theils desselben zu begehren. Ja, wenn die Erhaltung desselben gefährdet erscheint und nicht moralische Gründe die Verminderung oder selbst die Aufzehrung desselben rechtfertigen, ist, auch ohne Zustimmung der Frau, der Gemeinderath des Heimatsortes zum Verlangen der Sicherstellung des Frauengutes durch den Ehemann berechtigt. Und sollte der Mann außer Stande sein, hinreichende Sicherheit hiefür zu leisten, so ist die Frau (oder also die Vormundschaftsbehörde) berechtigt, das ihr zugehörige bewegliche Kapitalvermögen dem unmittelbaren Besitz (der Gewere) des Mannes zu entziehen und in dem Schirmkasten des Waisenamtes aufzubewahren.

— Sehr wichtig wird die Frage der Sicherung des Frauengutes im Konkurse des Mannes. In Folge des Konkurses wird die eheliche Vormundschaft aufgehoben, die wirtschaftliche Einheit der Ehe hört auf und es tritt eine Scheidung der beiden nach Eigenthumsrechten gezeigten Vermögenskomplexe ein. Hierbei haftet nun im Allgemeinen der Mann der Frau für die ungeschmälerete Herausgabe des Frauengutes. Was von demselben noch in Natura vorhanden ist, oder, bei Fahrhabe, offenbar zur Ersetzung des Abgegangenen angeschafft worden ist, verlangt die Frau, Mobilien und Immobilien, mit einfacher Vindication zurück. Für alles Uebrige hat sie ein Forderungsrecht an den Mann, das mit einem gesetzlichen Vorzugsrecht auf das ganze Vermögen des Schuldners (des Mannes) ausgerüstet ist. Es geht dasselbe den speziellen Pfandrechten und auch den übrigen gesetzlichen Pfandrechten nach, d. h. es gehen ihm von letzteren die Pacht-, Mieth- und Kostgeldsforderungen, der Lohn der Dienstboten, sowie Arzt- und Beerdigungskosten und Taglohn (Lidlohn), und die Mündelforderungen vor. Freilich ist dieses Privilegium nicht in allen Fällen ausreichend. Für den Fall z. B., daß der Mann in eine Handelsgesellschaft eingetreten ist und vielleicht sein ganzes Vermögen eingeschlossen hat, sind, wenn diese Gesellschaft in Konkurs fällt, die Handelsgläubiger privilegiert und nehmen das Gesellschaftsvermögen und somit auch das ganze Vermögen des Mannes für sich in Anspruch. Gegen solche Vorkommenheiten gewährt jedoch den nöthigen Schutz die bereits erwähnte vorgängige Sicherung des Frauengutes. — Nach eingetretenem Konkurs hört das ganze bisherige eheliche Güterrecht auf, der Mann ist unfähig geworden, die eheliche Vormundschaft weiter zu führen, und was die Frau von ihrem Vermögen aus dem Schiffbruch der ehelichen Wirtschaftsgemeinschaft gerettet hat, soll nun ihr selber zur Verwaltung und Nutznießung überlassen sein. — Eine fernere Art der Sicherung besteht endlich auch noch darin, daß das Gericht das Aufhören der ehelichen Vormundschaft

verfügen kann. Da der Mann das Recht auf den Erwerb der Frau und den Ertrag ihres Vermögens nur unter der Voraussetzung besitzt, daß er für den Unterhalt der Frau und der Kinder und die laufenden Verpflichtungen gehörig Sorge, so kann ihm dasselbe, wenn er diese Pflichten nicht erfüllt, gerichtlich entzogen werden. — Das Luzernische Recht kennt eine Sicherung des Frauengutes in der Weise, daß die Ehefrau, wenn mit Grund eine Gefahr für dasselbe besorgt werden kann, eine Niederlage ihres Vermögens in die sogenannte Depositalkasse verlangen kann. Das gleiche Recht steht auch dem Gemeinderath von sich aus oder auf Antrag der nächsten Anverwandten der Frau zu. Verlangt der Mann alsdann von diesem Vermögen etwas zu beziehen und in seinem Nutzen zu verwenden, so hat er sich deshalb an den Gemeinderath zu wenden, welcher, nach genommener Rücksprache mit der Ehefrau, die hiefür mit einem außerordentlichen Beistand bedacht wird, sowie mit ihren nächsten Anverwandten, über das Gesuch entscheidet. Man nennt dieses einen Weiber-Mittel-Hinausspruch. Auch für das vorbehaltenes Gut steht übrigens die Ehefrau unter Vormundschaft, und zwar ist der Ehemann ihr Vormund oder Beistand, so lange er eignen Rechtes ist, und ohne Zuzug desselben kann sie keine Rechtshandlung gültig vornehmen. — Gerath der Ehemann in Konkurs, so vindicirt die Frau ihr Vermögen, gleich wie nach zürcherischem Recht, so weit es in Natura vorhanden ist; für das Weitere hat sie im Konkurse eine Ansprache „zu gemeinen Geldern“ ohne Prioritätsrecht. Der Ehemann behält auch nach dem Konkurse die Nutznießung des Frauenvermögens zu Gunsten der Familie, jedoch die Verwaltung verliert er, und der Frau wird ein anderer Beistand gesetzt. — Die übrigen Rechtssysteme unserer Gruppe kennen entweder nach geschriebenem Gesetz (Schwyz in fast wörtlicher Anlehnung an das zürcherische Recht), oder nach Gewohnheitsrecht eine ähnliche Versicherung der Frauengüter, nach alten Quellen bekannt unter der Formel: „der Ehwirthin Geld auf Güter



setzen“. Im Konkurse ist natürlicher Weise überall Vindication des in natura Vorhandenen angeordnet. Für das Uebrige besitzt die Frau ein Vorrecht im Kanton Uri, wo sie es aber durch verschwenderischen Haushalt, Luxus („Durchjagen“) verwirken kann, ferner in Obwalden und in Zug. Kein Vorrecht, sondern einfache Stellung unter den Kurrentgläubigern wird ihr dagegen eingeräumt nach dem Rechte von Schwyz, Appenzell J.-Rh. und Nidwalden. Dieses letztere begründet diese Maßnahme mit der Betrachtung, es falle das Frauengut unter den Begriff anvertrauten Gutes.

5. Die letzte Frage, welche wir aus dem System dieser Gruppe zu behandeln haben, ist nun endlich noch ein Verhältniß, welches im Grunde über das eheliche Güterrecht hinausgeht. Es ist die Frage, von dem Einfluß, welchen die eheliche Wirthschaft über die Dauer der Ehe hinaus ausüben kann, d. h. die Frage des Rechtes des überlebenden Ehegatten. Natürlich nimmt die Frau beim Tode des Ehemannes ihr Zugebrachtes zurück; es ist dies eine einfache Folge des Systems der Güterverbindung. Im Uebrigen kommt es nun wesentlich darauf an, ob die Ehe eine beerbte ist, d. h. ob Nachkommen aus der durch den Tod des einen Ehegatten aufgelösten Ehe vorhanden sind, oder nicht. Bei beerbter Ehe nimmt nach zürcherischem Recht die Frau die Hälfte des vom Manne hinterlassenen Hausrathes zu eigen und ein Kindtheil des übrigen Nachlasses zu Nutznießung so lange sie Wittve bleibt; dem überlebenden Mann aber gehört die Hälfte der von der Frau hinterlassenen Fahrhabe zu eigen und ein Drittheil ihrer Verlassenschaft auf Lebenszeit zu Nutznießung, er verheirathet sich wieder oder nicht. Sind minderjährige Kinder in der Haushaltung zurückgeblieben, so hat der überlebende Ehegatte das Recht der Nutznießung auch an ihren Erbtheilen, und die Hälfte dieser Nutznießung bleibt ihm auch vom Erbtheil volljähriger Kinder, solange überhaupt noch minderjährige in der Familie sind. Bei unbeerbter Ehe wächst das Erbrecht des überlebenden Theils je nach der verwandt-

schaftlichen Entfernung der Erben, in zwei Stufen: bei Erben aus der elterlichen Parentelordnung (aus der väterlichen oder mütterlichen) erhält jedes den gesammten Hausrath des Verstorbenen und nach seiner Wahl entweder ein Sechstheil der Verlassenschaft zu eigen oder deren Hälfte zu Nutznießung; bei Erben aus einer entfernten Parentel wächst letztere Quote auf ein Viertel zu eigen oder zwei Drittheile zu Nutznießung. Sind endlich gar keine Erben da, so fällt dem überlebenden Theil die gesammte Verlassenschaft des Verstorbenen zu. Zudem ist der überlebende Ehegatte in diesem Recht durch die Pflichttheilsbestimmung bis auf je drei Viertel der durch das Erbrecht ihm angewiesenen Berechtigung gegen beeinträchtigende Verordnungen des Verstorbenen geschützt, wobei der Wegfall aller Erben dem Erbgang einer zweiten oder weitem Parentel gleich gestellt wird.

— Das Luzernische Recht kennt ebenfalls eine Nachfolge des Ueberlebenden in den Nachlaß des Verstorbenen.. Unter dem Namen „Eherecht“ kommt ihm ein Viertel der gesammten Hinterlassenschaft, entweder, wenn die Ehe eine beerbte ist, zu Nutznießung, oder wenn keine ehelichen Nachkommen aus der Ehe vorhanden sind, zu Eigenthum zu. In letztem Falle steigert sich das Eherecht auf einen Drittheil, wenn keine Erben der zweiten Klasse (Eltern und Geschwister) sich vorfinden, und auf die Hälfte, bei Wegfall aller gesetzlichen Erben. Testamentarisch kann dem Ueberlebenden, wie jeder andern Person bei Erben erster Klasse ein Fünftheil, bei Erben zweiter die Hälfte, und weiterhin das Ganze zugesichert werden. — In Uri können sich die Eheleute die Hälfte des Vermögens zu Leibgeding vermachen, es seien Kinder da oder nicht; weiter ist der Mann befugt, der Frau eine Morgengabe zu eigen zu übergeben, welche diese beim Tod herausfordert, doch kann sie auch von der Frau dem Manne auf Todesfall wieder vermacht werden. Ebenso nach Obwaldner Recht, wo zudem, auch wenn der Mann keine Morgengabe ausgesetzt hat, der überlebenden Frau je nach den Vermögensumständen ein

Theil der Verlassenschaft des Mannes als Morgengabe zuerkannt wird. — Nidwalden gibt dem überlebenden Ehegatten, wenn weniger als 4 Kinder vorhanden sind, den vierten Theil des Nachlasses, wenn mehr als vier je einen Rindstheil aus des Verstorbenen Nachlaß zur lebenslänglicher Nutznießung. Appenzell J.-Rh. setzt, wenn Kinder da sind, für das Ueberlebende einen Rindstheil der fahrenden Habe zu Eigenthum und einen Rindstheil des Liegenden als Leibding fest. Bei kinderloser Ehe dagegen erbt der Mann die Mobilien sämmtlich zu eigen und ein Drittheil des Liegenden zu Leibding, die Frau aber nur die Hälfte der Mobilien, doch gleichfalls ein Drittheil der Immobilien. — Ueber die Frage, ob das hienach bei diesen Rechtsanordnungen allgemeine Recht des überlebenden Ehegatten auf wenigstens einen Theil des Nachlasses wenigstens zu Nutznießung als ein Ausfluß des ehelichen Güterverhältnisses, eine Folge der immerhin doch in gewissem Sinne vorhandenen Gemeinschaft unter den Ehegatten, oder aber als ein Erbrecht ohne weitem Bezug auf das vorgehende Güterverhältniß zu betrachten sei, könnte man an sich verschiedener Ansicht sein. Jedoch sobald man diese portio statutaria als ein Glied des ganzen güterrechtlichen Systems dieser Gesetzgebungen in's Auge faßt, wird man darüber nicht lange im Zweifel sein können, daß wir es einzig mit einem Erbrecht des Ueberlebenden zu thun haben. — Wir haben Zürich aus dieser Gruppe am einläßlichsten behandelt, weil einmal dieses Gesetz anerkanntermaßen eine wissenschaftliche Bedeutung wie kein anderes der kantonalen Rechte erlangt hat (hat man sich doch schon ernsthaft gefragt, ob nicht bei einer schweizerischen Gesetzgebung dasselbe hiefür die Grundlage bilden soll), sodann aber vornehmlich, weil in demselben das wissenschaftliche System der Güterverbindung den reinsten Ausdruck gefunden hat. Weniger durch Abweichungen als durch einige Unvollständigkeit oder Unklarheiten unterscheiden sich die andern der behandelten Gesetzgebungen hievon; gleicher Weise gehören sie deshalb alle zu der von uns aufgestellten Gruppe

der Träger reiner Güterverbindung, die nach dem volksthümlichen und auch juristisch treffenden Kriterium gar wohl als die Gruppe bezeichnet werden kann, die auf dem alten alemannischen Rechtsfage beruht: „Der Frauen Gut soll weder wachsen noch schwinen.“

Wir haben oben unter das System der Güterverbindung auch noch eine Anzahl weiterer Kantone gerechnet, welche nun aber dasselbe nicht mit gleicher Reinheit zum Ausdruck bringen. Wir können unter ihnen vier Variationen unterscheiden, welche sämmtlich nach der Richtung einer Verinnerlichung der Güterverbindung hinzielen. So treffen wir hier zunächst als Erste Variation: St. Gallen, hier ist das Dispositionsrecht des Mannes ausgedehnter als wir es bisher getroffen haben. Der Mann ist nicht allein Verwalter des Frauenvermögens, sondern es steht ihm über dasselbe das vollständige Dispositionsrecht zu, einzig mit dem Vorbehalte, daß er bei Auflösung der Ehe oder Todesfall das Frauenvermögen in dem Werthe restituiren, resp. gut machen muß, wie selbiges bei Eingehung der Ehe oder bei Eintritt in die eheliche Einheit in Folge Erbanges oder Schenkung bestanden hat. Somit fällt der Mehrwerth, die Zunahme am Verkaufspreis z. B., dem Manne zu. Was die Frau verdient, wie die landesübliche Stidindustrie es z. B. mit sich bringt, fällt gleichfalls in die Hände des Mannes. Einzig ihr Anspruch auf das Zugebrachte ist ihr gesichert. Für voreheliche Schulden der Frau haftet der Mann, jedoch nur bis auf den Betrag des Vermögens, das seine Frau in die Ehe gebracht, oder während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung erworben hat. Die ehelichen Schulden trägt der Mann allein, aller Vor- und Rückschlag der Ehe geht nur den Ehemann an. Sicherheit für ihr Vermögen kann die Frau, sobald sie dasselbe für gefährdet hält, vom Mann verlangen und, wenn er sie nicht freiwillig gewährt, durch Klage gerichtlich festsetzen lassen. Sie besteht in der Aufstellung einer vormundschaftlichen Verwaltung des Frauenvermögens unter einem eigenen Schutzvogt.

— Da die Ehefrau selber zumeist die Sicherung zu spät verlangt, sind zur Stellung des Begehrens auch die Armenbehörde und die Verwandten der Frau berechtigt, sowie sie auch jeder Zeit vom Manne den Ausweis verlangen können, es habe keine Verminderung des Frauenvermögens stattgefunden. — Im Konkurse des Mannes vindizirt die Frau ihre Fahrhabe; das übrige Frauengut fällt, wenn es nicht besonders versichert ist, in die Masse, wobei jedoch der Frau für die Hälfte hievon ein Privilegium, in der 3ten Klasse (unmittelbar nach den Hypothekar- und Schätzungsgläubigern) zu steht. In Folge des Konkurses erlischt die eheliche Vormundschaft des Mannes, und die Frau erhält sofort einen Schutzvogt. Schon vor dem Konkurs waisenamtlich versichertes Frauenvermögen fällt natürlich nicht in die Konkursmasse; dafür ist aber für diese Versicherung Publicität angeordnet. — Bei Auflösung der Ehe wird der Frau, gemäß dem Grundsatz, daß kein Ehevermögen bestehen soll, einfach ihr Frauengut ohne Abzug und ohne Zuschlag ausgehändigt.

Hieran schließt sich als zweite noch weiter gehende Variation: Glarus, mit seinem Personen- und Familienrecht, das von der Landsgemeinde von 1870 erlassen worden ist und sich durch Klarheit und Einfachheit auszeichnet. Auch hier ist die Güterverbindung mit innerer Trennung beibehalten, der Mann haftet für die vorehelichen Schulden der Frau nur insoweit, als ihr Zugebrachtes reicht. Ferner nimmt die Frau bei Aufhören der ehelichen Vormundschaft was vom Frauengut in natura vorhanden ist ohne Weiteres zurück; für das übrige hat ihr der Mann den Werth zu ersetzen, wobei aber die Werthzunahme, z. B. der Mehrerlös eines Grundstückes aus dem Frauengut, der Frau zum Vortheil gereicht. Im Konkurse nun aber weicht das glarnerische System von den bisher behandelten um Einiges ab. Es fällt nämlich das ganze Weibergut, mit dem Sondergut in die Masse, d. h. jede innere Trennung hört auf, und alsdann hat die Ehefrau die Wahl, entweder die Hälfte privilegirt vorabzunehmen, unter Verzicht-

leistung auf die andere Hälfte, oder aber mit ihrem ganzen Vermögen unter die Currentgläubiger zu treten. In analoger Richtung findet sich ein Anklang an die Gütergemeinschaft in der alten Bestimmung über das Erbrecht, wonach der überlebende Theil, wenn Nachkommen vorhanden sind, entweder einen Rindstheil von dem ungezweieten gemeinsamen Vermögen beider Ehegatten, oder aber sein ganzes eigenes Vermögen getrennt herauszufordern berechtigt sein soll. Bei unbeerbter Ehe gilt anstatt eines Rindstheils die Hälfte des gemeinsamen Vermögens. Das ganze Vermögen können sich überdies die Ehegatten wenigstens zu Nießbrauch testamentarisch vermachen.

Eine dritte Variation bilden die Kantone Waadt und Freiburg. Während im Allgemeinen hier ebenfalls die innerliche Trennung der beiden Vermögensmassen anerkannt ist, so wird doch die eheliche Vormundschaft in einer Weise ausgedehnt, die nicht mehr mit dem System der Güterverbindung vereinbar ist. Die Immobilien bleiben nämlich zwar im Eigenthum der Frau, die Mobilien dagegen gehen, wenn der Mann die Rückerstattung ihres Werthes versichert hat, in das Eigenthum des Mannes über. Diese Versicherung geschieht entweder mittelst sogenannter Assignats, d. h. auf des Mannes Liegenschaften bestellte Hypotheken; oder, wenn er keine solche Liegenschaften hat, durch eine sogenannte reconnaissance, d. h. einen Titel, der im Konkurse des Mannes Generalitätsrang erhält. Neben diesen Sicherheiten besteht sonst für das Frauengut kein anderes Privilegium. — Für den Fall, daß der Mann solche Sicherheit nicht geben kann, so greifen die Behörden ein. Die Forderungen und das baare Geld aus dem Frauengut werden in Freiburg in den Archiven der Waisenbehörden deponirt, in der Waadt werden sie in die Hände von Verwandten oder von Dritten gelegt. Wie es scheint, findet jedoch dieses Eingreifen der Behörden selten statt, so daß denn die gesetzlichen Maßregeln zur Sicherung des Frauengutes absolut nicht genügen. Die Frau, überall un-

selbstständig und an Autorisation gebunden, befindet sich damit oft in einer wahren Hülflosigkeit, da das Gesetz ihr nicht beisteht, oder nur mit illusorischen Dingen Hilfe verspricht, sie selbst aber sich nicht helfen darf, da ihr die Hände gebunden sind. Eine Gütertrennung kann nur eintreten nachdem der Mann in Konkurs gerathen oder gerichtlich bestraft worden ist oder unter Vormundschaft gesetzt wird.

Noch weiter gehend in der Richtung zur Gütergemeinschaft schließt sich hieran die vierte Variation, nämlich die Kantone Bern und Aargau. Auch hier haben wir den Grundgedanken des Systems der Güterverbindung. Auch hier bildet sich bei Eingehung der Ehe mit der ehelichen Wirthschaft nicht ein Gemeinschaftsgut, das beiden Gatten gehört. Jedoch eine engere Vereinigung findet doch statt: das Frauenvermögen, Aktiven und Passiven, geht in das Eigenthum des Mannes über, und er wird Schuldner der Frau. Bisher fanden wir als Regel, daß die Frau das Eigenthum wenigstens an den in natura vorhandenen Stücken ihres Vermögens behalten soll, während nun in diesen beiden Kantonen das Vermögen der Frau selbst in allen seinen einzelnen Bestandtheilen dinglich auf den Mann übergeht. Für den Werth dieses Vermögens wird er daneben persönlich zur Rückerstattung verpflichtet, als Werth aber gibt dasjenige, um was sich sein Vermögen durch den Uebergang des Frauengutes zur Zeit des Einbringens vermehrt hat. Alle seitherigen Werthveränderungen sind zu Gunsten oder zu Lasten des Mannes. — Tritt nun Konkurs des Mannes ein, so versteht es sich hienach von selbst, daß keine Vindikation irgend welcher Stücke des ehelichen Frauenvermögens mehr möglich ist. Ohne irgend welche Ausnahme fällt alles, auch das noch in natura vorhandene, in die Masse. — Für ihre persönliche Forderung an den Mann aus der Zubringung des Frauenvermögens hat nun aber die Frau doch eine etwelche Sicherheit. Nach bernischem sowohl als nach aargauischem Recht steht ihr

nämlich ein Vorrecht im Konkurse des Mannes für die Hälfte jener ihrer Forderung zu, die andere Hälfte geht zurück zu den gewöhnlichen Currentforderungen. — Dieses Vorrecht für die Hälfte gilt in Bern als Vorrecht vor den Currentgläubigern und auch den sogenannten Obligationsgläubigern; „Obligation“ heißt nämlich in Bern jener kreditwürdige Titel, welcher Generalitätsrang hat bloß deshalb, weil er vom Schuldner eigenhändig geschrieben ist und es darin heißt, daß er Hab und Gut verpflichtet, ohne daß irgend eine Form der Eintragung oder Publicität erforderlich ist. — Nun kann aber nach bernischem Recht die Frau auch auf jenes ihr Vorrecht verzichten, und es hat der Appellhof sogar entschieden, daß sie den Nachgang erklären könne, nicht nur zu Gunsten von Pfandgläubigern, mit denen sonst die Frau konkurriert, nach dem Datum, sondern auch zu Gunsten der genannten Obligationen und selbst von Currentgläubigern.\* Es ist klar, daß mit diesem Entscheid.  
*+ wohl möglich!*

dessen Richtigkeit hier nicht in Frage liegt, das ganze Sicherheitssystem einen empfindlichen Stoß erlitten hat; denn sobald die Möglichkeit rechtlich gegeben wird, einen umfassenden Verzicht auszusprechen, hält es nur zu oft auch nicht schwer, eine Frau, angeblich im Interesse der Ehe und ihres Mannes, hiezu zu bewegen. Nach aargauischem Recht, wo das Vorrecht der Frau für jene Hälfte sich als ein Pfandrecht auf das gesammte Vermögen darstellt, wobei jedoch dieser Vorgang in den spätern Unterpfandsverschreibungen verzeigt werden muß, ist ein Verzicht der Frau auf dieses Vorrecht nicht zugelassen, es sei denn, daß ihr vorher eine besondere Sicherheit gegeben worden ist. — In Bern wie in Aargau kann nämlich endlich noch der Mann zur Sicherheitsleistung für die Hälfte des Frauengutes, und wenn er diese nicht leistet, zur Herausgabe dieser Hälfte angehalten werden. — Auseinander gehen nun aber Bern und Aargau in Bezug auf das Recht des überlebenden Theils auf den Nachlaß des Verstorbenen. In Aargau nimmt das Ueberlebende, ob Mann oder Frau, wenn Nachkommen



aus der letzten Ehe da sind, die Nutznießung am ganzen Vermögen, wenn Nachkommen aus einer früheren Ehe, die Nutznießung an der Hälfte des Vermögens. In Konkurrenz mit anderweitigen Erben nimmt das Ueberlebende dagegen stets die Hälfte des gesammten Vermögens zu eigen und die andere Hälfte zu Nutznießung. Eine ganz eigenthümliche Gestaltung gibt diesem Recht Bern. Bei kinderloser Ehe ist jeder Ehegatte Notherbe des ganzen Vermögens; dies kann durch sogenannte Ehetage (Ehekontrakte) abgeändert werden, was aber, sobald Kinder geboren werden, dahinfällt. Sind Kinder da, so erbt der Mann das Frauengut, d. h. es erlischt jene Forderung der Frau an ihn für ihr Zugebrachtes. Schreitet er zu einer zweiten Ehe, so hat er aber jedem Kinde, das eigenen Rechtes wird, die Hälfte seines Muttergutes herauszugeben. Die hinterlassene Ehefrau, ebenfalls Notherbe, tritt gleichfalls in die gesammte Verlassenschaft ein, auch wenn Kinder vorhanden sind; schreitet sie aber zu einer fernern Ehe, so hat sie mit den Kindern nach Häuptern zu theilen, wobei dieser Theilung merkwürdiger Weise nicht bloß das Gut, das sie vom Mann ererbt hat, unterliegt, sondern auch dasjenige, was sie seiner Zeit dem Manne zubrachte und dann wieder zurück erhielt, so daß die Frau also nach bernischem Rechte gewisser Maßen bei lebendigem Leib an ihrem eigenen Gute beerbt werden kann. —

II. Die Gruppe der Errungenschaftsgemeinschaft. Nachdem wir die erste Abtheilung von 14 kantonalen ehelichen Güterrechtssystemen, welche die Güterverbindung zum Ausdruck bringen, nach den wesentlichsten Zügen skizzirt haben, gehen wir nunmehr über zu einer zweiten Abtheilung kantonalen Rechtes, die sich als die Gruppe der Errungenschaftsgemeinschaft bezeichnen läßt. Dahin gehören die Kantone Solothurn, Neuenburg, Schaffhausen, Thurgau, Graubünden und Wallis. Diese Bezeichnung jedoch darf nicht immer als ein durchgreifender Gegensatz zu dem System der Güterverbindung aufgefaßt

werden. Denn in den meisten Kantonen dieser zweiten Gruppe ist das eheliche Güterrecht immer noch mit dem System der Güterverbindung nahe verwandt und erscheint vielfach nur als eine Variation desselben, ähnlich den Variationen, welche wir unter der Abtheilung der Güterverbindung mit Bezug auf das Erbrecht des überlebenden Ehegatten angetroffen haben. Wir finden in den genannten Rechten nämlich allgemein einen Uebergang des Frauengutes in die eheliche Vormundschaft des Mannes, finden dessen Verpflichtung zur Erhaltung des Frauengutes innerhalb der wirthschaftlichen Einheit der Ehe, und ferner den Anspruch der Frau auf Restitution ihres Vermögens entweder in natura oder seinem Werthe nach. Während der Ehe tritt also in der Regel kein Gemeinschaftsgut hervor. Bei ihrer Auflösung sogar nimmt einfach jedes der Ehegatten sein Zugebrachtes aus der Einheit heraus, und der Frau steht auch hier in verschiedenem Sinn und Umfang ein Privilegium zu. Nun aber wird außerdem berechnet, was gewonnenes oder errungenes Gut ist und dieses alsdann nach Quoten unter die Ehegatten, denen also hieran ein Gemeinschaftsrecht zuerkannt wird, vertheilt. Jene Berechnung des errungenen Gutes findet regelmäßig in der Weise statt, daß das zugebrachte Gut beider Ehegatten, unter Abrechnung ihrer Schulden, erst aus der gemeinsamen Hinterlassenschaft ausgeschieden, resp. dessen Werth soweit möglich aus dem Vorhandenen ersetzt wird. Von dem Uebrigbleibenden werden ferner noch die ehelichen Schulden in Abzug gebracht und was alsdann noch bleibt, bildet die Errungenschaft.

Innerhalb dieses Rahmens bieten nun aber die fünf genannten Kantone namentlich in Bezug auf die Berechnung der Quoten bei der Theilung der Errungenschaft und auch in weiterer Hinsicht, eine Reihe von bemerkenswerthen Verschiedenheiten dar. In Solothurn nimmt der Mann von der Errungenschaft zwei Dritttheile, die Frau einen. Dagegen haftet hier der Mann der Frau für das ganze

Frauenvermögen, so daß also die Frau dem Manne gegenüber von einem allfälligen Rückschlag direkt nicht berührt wird. Jedoch Dritten gegenüber hat die Frau allerdings für alle Schulden des Mannes einzustehen, aber auch dies nur mit einem Dritttheil ihres Vermögens, da sie für zwei Dritttheile des Zugebrachten ein Privilegium besitzt, und nur mit jenem einem Dritttheil allen Kurrentgläubigern nachgeht. In Thurgau theilt sich die Errungenschaft unter die beiden Ehegatten zu gleichen Theilen. Dagegen ist die Frau hier für ihr Vermögen einer größern Gefahr ausgesetzt, da ein allfälliger Rückschlag den beiden Ehegatten nach dem Verhältniß ihres zur ehelichen Wirthschaft Eingebachten angerechnet wird. Hievon ist nun aber wieder eine Ausnahme möglich, indem die Frau sich durch Ehevertrag v o r der Trauung einen Theil oder das Ganze ihres Zugebrachten vorbehalten oder versichern lassen kann, in welchem Falle alsdann der Mann dieses Versicherte nicht veräußern darf und selbiges auch am Rückschlag keinen Antheil nimmt. In Schaffhausen findet die Theilung wie in Solothurn nach Hälften statt. — Von besonderem Interesse ist das eheliche Güterrecht des Kantons Graubünden, welches gewöhnlich als ein Gütergemeinschaftssystem aufgefaßt wird, in Wirklichkeit aber in unsre Gruppe gehört. Bei der Auflösung der ehelichen Wirthschaft durch Tod oder Scheidung, oder auch durch die sogenannte Stählung, d. h. wenn dem Manne die eheliche Vormundschaft durch gerichtliches Erkenntniß entzogen wird, tritt überall keine Theilung der Vermögensseinheit nach ideellen Quoten ein, sondern es zerfällt dieselbe, gemäß dem Grundsatz der Güterverbindung in die zwei Complexe des Zugebrachten der beiden Ehegatten, vornehmlich mit Ausscheidung der noch in natura vorhandenen eingebrachten Gegenstände. An diese Güterverbindung aber schließt sich nun eine Gemeinschaft der Errungenschaft und des Rückschlages mit Theilung zu zwei Dritttheilen an den Mann, und zu einem Dritttheil an die Frau. Ferner haften beide Ehe-

gatten gemeinsam für die Eheschulden und zwar mit solidarischer Verpflichtung. Dafür hat jedoch die Frau im Konkurse des Mannes ein Vorzugsrecht für einen Viertel ihres Vermögens. — Wallis theilt die Errungenschaft in zwei Hälften. Die Rückstattung des Zugebrachten enthält das Eigenthümliche, daß wenn Liegenschaften der Frau veräußert und andere dafür angeschafft worden sind, diese *«en remploi»* ebenfalls der Frau zufallen sollen. Für die Schulden der Frau haftet der Mann nicht, dagegen für die Zinsen dieser Schulden. — Das eheliche Güterrecht des Kantons Neuenburg, welches wohl mit Fug als die beste Arbeit der Westschweiz in dieser Materie bezeichnet werden darf, bietet nun endlich eine Errungenschaftsgemeinschaft, bei welcher die Gemeinschaft nicht erst in dem Augenblick hervortritt, wo sie aufgelöst wird, sondern sich schon während des Bestandes des ehelichen Gemeinschaft äußert. In diese Gemeinschaft geht sogar in einer Beziehung über das Errungene hinaus, und das System nähert sich deshalb der allgemeinen Gütergemeinschaft. Das Gesetz erklärt nämlich als Gemeinschaftsgut (*actif de la communauté*) nicht nur alle Errungenschaft, sondern dazu noch die Mobilien und Immobilien, welche die Eheleute in die Ehe bringen oder während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung erwerben. Würde sich hieran nun die Konsequenz schließen, daß bei der Auflösung der Ehe diese Gemeinschaft nach Quoten auseinanderfallen soll, so hätten wir es offenbar mit einer univervellen Gütergemeinschaft zu thun. Umgekehrt nun aber hat bei der Auflösung der ehelichen Gütereinheit vielmehr jeder der Ehegatten einen Anspruch auf sein Zugebrachtes, welches aus dem Gesamtvermögen als Eigengut zurückgenommen wird. Die Gemeinschaft, wie sie das Gesetz statuirt, die Natur der genannten zugebrachten Güter als *«biens de communauté»*, existirt deshalb nur mit Rücksicht auf die Dispositionsgewalt des Mannes und auch dieß wieder nur mit der Einschränkung, daß für die Veräußerung und Verpfändung von Immo-

bilien der Frau diese als Handelnde erscheint und der Mann hiebei nur die Autorisation erteilt. — Bezüglich der Schulden des Gesamtvermögens werden als Gemeinschaftsschulden zunächst betrachtet die Schulden während der Ehe. Für diese haftet zuerst das in der Ehe erworbene Gut, sodann der Ehemann mit seinem Sondergut, und erst in dritter Linie können die Güter der Frau mit der Saissie belegt werden. Letztere Maßregel, allerdings geeignet, den Credit der ehelichen Wirthschaft des Mannes zu stärken, wird mit Recht als für die Frau von bedeutender Härte betrachtet und kommt auch selten zur Anwendung. Bürgschaftsschulden, welche der Mann während der Ehe eingegangen, werden als Sonderschulden des Mannes angesehen, es wäre denn, daß die Frau zu der Eingehung der betr. Bürgschaft förmlich ihre Einwilligung gegeben hätte. — Voreheliche Schulden, sowie Schulden von Erbschaften und Schenkungen, die während der Ehe eintreten, gelten je für den betreffenden Ehegatten als Sonderschulden. Sind die Gemeinschaftsschulden aus dem Gesamtvermögen bezahlt und haben die Ehegatten ihre Eigengüter zurückerhalten, so bildet der Rest alsdann die Errungenschaft (*acquêts*), welche zu zwei Hälften den Ehegatten oder ihren Rechtsnachfolgern zugetheilt werden.

III. Die Güterrechtssysteme einer dritten Gruppe von Rechtsgebieten können wir als diejenige bezeichnen, wo die Gütergemeinschaft über die Errungenschaft hinausgeht. Dieß ist der Fall in Basel (Stadt und Land), und eventuell als legales System in den Geltungsgebieten des französischen *code civil*, in Genf und im bernischen Jura. — Basel dehnt die Gemeinschaft aus über das gesammte Vermögen der beiden Ehegatten. Beim Tode des einen Ehegatten erfolgt Dreitheilung des gesammten Vermögens, und es fallen auf Seite des Mannes zwei Drittheile und auf Seite der Frau ein Drittheil, ohne jede Rücksicht auf die Größe des Zugebrachten. Dieser Grundsatz der Gütergemeinschaft wird nun aber im basle-

rischen Rechte wieder mannigfach durchbrochen. Einmal kann die Wittwe, wenn beim Tode des Mannes Ueberschuldung vorhanden ist, auf ihr Drittheilrecht verzichten und unter die Creditoren treten mit einer Forderung auf Herausgabe ihres Zugebrachten. Aehnlicher Weise hat bei gerichtlicher Scheidung der unschuldige Theil die Wahl zwischen der Theilung nach Stadtrecht, d. h. nach den genannten Quoten, oder Wegzug seines Zugebrachten. Endlich hat die Frau im Konkurse des Ehemannes ein Recht auf ihr ganzes Zugebrachtes und haftet den Creditoren nur, wenn sie sich speziell und mit einem Beistand verpflichtet hatte. Sie nimmt ihr Zugebrachtes heraus, so weit es noch in natura vorhanden ist, für das Fehlende hält sie sich an die freien Liegenschaften, und genügen diese nicht, so hat sie für den Rest ihrer Forderung noch ein Privilegium. In keinem Falle also haftet hier das Weibergut für die Eheschulden, oder gar, wie es eine ausnahmslose Gütergemeinschaft verlangte, für die Schulden des Mannes. Der Gedanke der Gütergemeinschaft ist vielmehr mit dieser Anordnung auch hier wieder total verlassen, und es gilt in dieser Beziehung auch in Basel der Grundsatz der Güterverbindung.

Der französische *Code civil* stellt bekanntlich an die Spitze seines ehelichen Güterrechts das Prinzip der Vertragsfreiheit der Brautleute. Daneben aber entwickelt das Gesetz eine Anzahl von sehr verschiedenen Systemen, die es im Detail ausführt, so daß die Brautleute, wenn sie nicht selbst disponiren wollen, einfach eines dieser Systeme als das ihrige anrufen können. An der Spitze steht hierbei im *Code civil* das *système de la communauté légale*, welches überall da eintritt, wo die Brautleute keinen *contract de mariage* abgeschlossen haben, also in weitaus den meisten Fällen. Die darin enthaltene gesetzliche Gütergemeinschaft des französischen Rechts ist eine Errungenschafts- und Mobilargemeinschaft. In die Gemeinschaft fallen das zugebrachte voreheliche Mobilienvermögen, sowie die Mobilien, welche den Ehegatten während der Ehe durch

Schenkung oder Erbgang zukommen; sodann die während der Ehe errungenen Mobilien und Immobilien. Sondergut der Ehegatten bleiben die Immobilien des Zugebrachten und während der Ehe durch Schenkung oder Erbgang erworbenen. — Die Schulden werden in etwas schwer zu scheidender Weise eingetheilt in Immobilars- und Mobilarschulden. Die vorehelichen Mobilarschulden werden Gemeinschaftsschulden; ebenso die Schulden des ehelichen Haushaltes, und dazu aus zugefallenen Erbschaften während der Ehe von den daran haftenden Schulden ein Betrag pro rata der aus jenen Erbschaften in die Gemeinschaft fallenden Mobilien (die Immobilien bleiben, wie erwähnt, Sondergut der erbenden Ehegatten). — Dritten gegenüber besteht nun aber diese Unterscheidung in Mobilars- und Immobilarschulden nicht. Namentlich haftet der Mann mit seinem Sondergut für alle Gemeinschaftsschulden. — Die Dispositionsgewalt des Mannes erstreckt sich über die Immobilien der Gemeinschaft, die er nur nicht frei verschenken darf. Die Immobilien der Frau und meistens auch ihre Mobilien sind dagegen seiner direkten Befugniß entzogen. — Gütertrennung kann während der Ehe nur durch gerichtliches Urtheil erkannt werden. — In allen Fällen der Auflösung der Ehe kann die Frau die Gemeinschaft annehmen, oder aber ausschlagen. Nimmt sie an, so findet, nach Abrechnung des Sondergutes, eine Theilung in zwei Hälften statt. — Ein Erbrecht giebt der Code civil dem Ehegatten erst in letzter Linie unmittelbar vor dem Fiskus. — Diese Gemeinschaft können nun die Brautleute ausdehnen oder beschränken, sowohl in Bezug auf die Aktiven als auf die Passiven. Namentlich tritt hierbei zu Tage entweder die bloße Errungenschaftsgemeinschaft oder aber die allgemeine Gütergemeinschaft.

IV. Außer diesem System der gesetzlichen Gütergemeinschaft behandelt nun aber der Code civil, um den Brautleuten die Wahl zu erleichtern, zwei weitere Systeme, welche nicht in die obige Gruppe der Gütergemeinschaft hineinge-

zogen werden dürfen. In gewissem Sinne gehören eventuell die Geltungsgebiete des Code civil (Genf und bernischer Jura) also auch in die gegenwärtige Abtheilung der ehelichen Güterrechte hinein, denen sich alsdann einzig noch der Kanton Tessin anreihet. Es ist dieß die Gruppe der Gütertrennung und des Dotalsystems. — Bei der Gütertrennung des Code civil begegnen wir, dem für unser auf germanischer (alemannischer) Grundlage erwachsenen, ethisches und Rechtsgefühl abstoßenden Verhältnisse, daß die Ehegatten, trotz der innigen persönlichen Verbindung, bezüglich des Vermögens sich sozusagen total fremd gegenüberstehen. Jedes derselben hat den Genuß und die Verwaltung seiner Güter für sich. Eine Milderung der darin liegenden Anomalie liegt einzig darin, daß die Frau ihre Liegenschaften nicht ohne Ermächtigung des Mannes oder des Gerichts veräußern kann. Zu den Kosten der Haushaltung hat die Frau dem Manne mit einer bestimmten Quote Beitrag zu leisten.

Nach dem Dotalsystem des Code civil gehen die Dotalgüter der Frau in die Verwaltung und den Nießbrauch des Mannes über, und zwar hat der Mann, obschon er nicht Eigenthümer wird, doch, wie im römischen Rechte, eine ausgedehnte Befugniß darüber, die ihn dem Eigenthümer gleichstellt. Für die Dotalliegenschaften gilt das ganz exorbitante Prinzip der Unveräußerlichkeit und Unverjährbarkeit. — Für diejenigen Güter der Frau, welche nicht zu dos gegeben worden sind, für die sogenannten Paraphernalgüter, besteht geradezu die oben beschriebene Gütertrennung.

Der Kanton Tessin hat sein Dotalsystem nach dem Muster des französischen Code civil gebildet. Doch finden wir darin immerhin eine Reihe von Eigenthümlichkeiten. So ist nach dem Tessiner Gesetz der Mann, der die dos empfängt, verpflichtet, der Frau eine contra-dos zu bestellen, welche der überlebenden Frau, wenn keine Kinder aus der Ehe vorhanden sind, zu Eigenthum, bei beerbter Ehe aber zu Nutznießung verbleibt. Die Paraphernalgüter (beni



stradotali) bleiben in der Verwaltung der Frau, immerhin soll aber diese Verwaltung in Uebereinstimmung mit dem Manne geführt werden, und der Nießbrauch daran soll sich zwischen beiden Gatten theilen. Es ist hiemit in der Form des Dotalsystems offenbar dem germanisch-modernen Bewußtsein Ausdruck verschafft, und wir haben es mithin beim Ranton Tessin jedenfalls nur mit einem abgeschwächten Dotalsystem zu thun.

Und nun steht das ganze Bild vor uns. Machte es uns auf den ersten Blick den Eindruck einer bunten Mosaik, so fühlen wir nunmehr nach der eingehenderen Betrachtung etwas Harmonisches aus dem Reichthum dieser alten und jungen Rechtsordnungen heraus. Weit aus der größte Theil der Schweiz, der eigentliche Leib des Landes, ist beherrscht von dem System der Güterverbindung: Waadt, Bern, Argau, Zürich, Luzern, St. Gallen mit den drei Waldstätten und Zug, und Glarus und Appenzell ruhen auf demselben. An diesen Leib fügen sich an ein paar Kantone, welche je einzelne Motive von der Gütergemeinschaft aufgenommen haben und sich mehr oder weniger von dem Boden der reinen Güterverbindung entfernen, jedoch ohne ihn je ganz zu verlassen. Hieher gehören: Genf, der bernische Jura, Solothurn, Neuenburg, Basel, Schaffhausen, Thurgau, Bündten, und, um den Kreis zu schließen, Wallis. Sie geben den Grundsatz, daß die Ehe an der Zuständigkeit des Vermögens im Prinzip nichts ändern soll, nie auf, anerkennen daher eine Haftbarkeit des Mannes für das Zugebrachte, theilen das zusammengebrachte Vermögen nach dem Herkommen dieser Güter und nicht nach Quoten, geben der Frau im Konkurse des Mannes für ihr Zugebrachtes ein Vorrecht, und nur daneben stellen sie eine Errungenschaftsgemeinschaft auf, die zudem alsdann erst nur eine „Gemeinschaft von Todeswegen“ genannt werden kann. Sehr bestimmt sprechen sich auch die Meister der germanischen Theorie, Gerber und Bluntschli, dahin aus, daß das System der Güterverbindung durchaus nicht einen

Antheil der Frau an der ehelichen Errungenschaft ausschliesse.

Auch wo die Abweichungen am größten sind, in Basel und in den Kantonen des französischen Code civil, ist das Güterverbindungs-system immer noch am Horizont erblickbar. Wir haben bei Basel gesehen, daß die Bestimmungen für den Konkurs die ganze Gemeinschaft über den Haufen werfen. Nicht consequenter verfährt der Code civil, er giebt der Frau, und beim Tod der Frau ihren Erben, ja auch den Gläubigern der Frau und denjenigen ihrer Erben die Wahl, ob sie die Gütergemeinschaft anerkennen wollen oder nicht, das heißt, er stellt die ganze Gütergemeinschaft nur als einen Versuch auf, und giebt zu, daß sie wegfällt, wenn das eheliche Vermögen nicht gut steht, also gerade dann, wenn sie sich bewähren sollte. Endlich haftet auch die Frau, selbst wenn sie die Gemeinschaft annimmt, für die Passiven der Gemeinschaft nur soweit ihr Antheil an der Aktivmasse reicht, und es besteht also in Wahrheit nicht einmal eine vollwichtige Gemeinschaft der Gemeinschaftsschulden.

Aus all' dem Gesagten geht hervor, daß in weitaus dem größten Theil der Schweiz für die eigentlichen Grundgedanken des ehelichen Güterrechts keine Differenzen bestehen. Diese Grundgedanken aber sind es, von denen man sagen kann, daß sie dem Volksgeiste angehören, sie sind aus dem Innern, aus der Seele des Volkes herausgewachsen, sie sind die beherrschenden Motive, welche vom Volksbewußtsein geschaffen worden sind, wogegen dann die Ausführung dieser Gedanken, die Formulirung der Begriffe Sache des wohl oder übel berathenen Juristen und Gesetzeskünstlers gewesen ist. Und da hat oft ein juristischer Begriff zu Consequenzen geführt, die mit dem richtigen Grundgedanken sehr wenig, ja vielleicht gar nichts zu thun haben. Wie Manches ist da aus Mißverständnissen und aus schiefer Consequenzmacherei entstanden, wie manches Naturwüchsiges einer schlechten juristischen Formel zum Opfer gefallen! Wir wissen z. B. aus der Geschichte der Entstehung der ehelichen Güter-

gemeinschaft in Deutschland, daß dieses System der Gütergemeinschaft in falscher Weise als Gegensatz zum römischen Dotalsystem und als das eigentlich deutsche System aufgefaßt und aus diesen Motiven vornehmlich ausgebildet und entwickelt worden ist. Wohl könnte, was Bluntschli in seinem deutschen Privatrecht von Deutschland sagt, auch von unseren schweizerischen Kantonalrechten behauptet werden, daß die Mannigfaltigkeit des partikulären Rechts in dieser Materie viel größer ist, als die wirklichen Gegensätze in der Auffassung von der Ehe und ihren Wirkungen auf das Vermögen. Rein zufällige Einflüsse haben mit der Entwicklung der selben und gleichen Grundgedanken gar zu oft ihr Spiel getrieben.

Die Erkenntniß, daß in den Grundgedanken des ehelichen Güterrechtes über die ganze Schweiz hin eine nicht zu verkennende Uebereinstimmung anzutreffen ist, muß uns nunmehr bei der Beantwortung der zweiten gestellten Frage die Grundlage bieten. Denn wenn irgend etwas, so ist dieser Umstand erst im Stande, uns eine richtige Würdigung der Frage nicht zu erleichtern, sondern überhaupt zu ermöglichen. Welches System des ehelichen Güterrechtes ist nun hienach im Falle der Vereinheilichung des Rechtes für die Schweiz empfehlenswerth?

I. Zu allererst bietet sich uns bei der Beantwortung die Frage dar, welchen legislatorischen Charakter das Gesetz haben soll, ob das Gesetz ein bestimmtes System obligatorisch aufstellen, oder aber die Sache der freien Vertragsbefugniß („der freien Willensbestimmung, also dem sittlichen Geist“, sagt Gerber) der Brautleute überlassen soll. In den meisten kantonalen Rechten gilt das System absoluter Norm. Volle Conventionsfreiheit besteht nur in Genf und im bernischen Jura, wo der französische Code civil gilt, und ferner in Neuenburg und in Freiburg. In Wallis wird der freie Vertrag durch einige absolute Sätze um Einiges eingeschränkt, indem keine universelle Gütergemeinschaft aufgestellt und keine Aenderung an dem Satze vorgenommen werden darf, daß

der Mann allein für die ehelichen Schulden zu haften habe. In der Waadt ist dem Wortlaut des Gesetzes nach die Freiheit des Ehecontractes anerkannt, nicht aber nach dem Wesen des Vertrages. — Trotzdem sich mithin die große Mehrzahl der schweizerischen Gesetzgebungen der Freiheit des Vertrages gegenüber ablehnend verhält, so wird aber in der Schweiz die Ansicht doch keinen großen Widerstand finden, die sich für die Vertragsfreiheit ausspricht. Die Spezialreferenten über das eheliche Güterrecht aus den verschiedenen Kantonen bekennen sich für diese Freiheit, dafür ferner Hr. Prof. Schnell in seinem Aufsatz über die Rechtseinheit in der Schweiz, Zeitschr. für schw. Recht Bd. 18. 1872, dafür auch der noch ungedruckte Entwurf für ein einheitliches Recht des Kantons Bern von Prof. Leuenberger, und gleicher Weise noch eine Reihe von Vertretern der neuern Jurisprudenz. — Die Gründe, welche uns bestimmen, für die Anerkennung der Freiheit des Ehecontractes einzustehen, sind kurz folgende:

1) Die Lebensverhältnisse sind so außerordentlich verschieden, daß kein System, es mag auch noch so gut sein, auf alle paßt; denn nicht leicht anderswo wie hier, bei diesen vielseitigen complizirten Verhältnissen, gilt das Sprüchlein „Eines schickt sich nicht für Alle — Sehe jeder wie er's treibe“. Nun ist aber kein hinreichendes Motiv da, aus welchem den Ehegatten ein eheliches Güterrecht aufgedrängt werden könnte, das für sie nicht passend ist, und das zu wollen demgemäß auch von ihnen nicht präsumirt werden darf. Ein höheres ethisches Interesse, das eine oder das andere System gesetzlich auszuschließen, besteht am allerwenigsten. Im Gegentheil ist wohl den ethischen Interessen am besten gedient, wenn das Gesetz den Brautleuten ein System nicht octroyirt; denn dieß allein wird mit Beziehung auf möglichste Erleichterung der Ehen aus edlen Motiven das Wünschbare sein.

2) Ganz besonders empfehlenswerth ist die Einführung der Freiheit des Vertrages, wenn es sich darum handelt, ein einheitliches Recht für die ganze Schweiz zu schaffen.

Gerade diese Maßregel öffnet den Weg, auf welchem sich ohne große Schwierigkeiten die Einheit erreichen läßt. Bekanntlich schlug auch Frankreich diesen Weg ein, als es sich seiner Zeit darum handelte, die großen Gegensätze des *droit écrit* und des *droit coutumier* in einer Codification zu vereinigen.

3) Was das Verhältniß zu Dritten, oder mit anderen Worten das Creditverhältniß anbelangt, so ist allerdings zuzugeben, daß diesen Zwecken ein obligatorisches Güterrechtssystem für das gesammte Land günstiger ist, indem alsdann ein Jeder ohne Weiteres weiß, welche Verhältnisse er vor sich hat. Allein es kann dieses Resultat so ziemlich auch auf einem anderen Wege erreicht werden, nämlich dadurch, daß das eine System als Regel, als Präsumtion aufgestellt wird, und jeder Heirathsvertrag, der eine andere Regelung der Verhältnisse beabsichtigt, am Wohnsitz der Eheleute in ein öffentliches Buch eingetragen werden muß, wobei alsdann bis zur erfolgten Eintragung Dritten gegenüber das präsumtive Güterrecht Geltung hätte. Auf analoge Weise wäre es alsdann auch Ausländern gegenüber zu halten, die bereits verhehlicht in die Schweiz kommen. Sie könnten ihr früheres eheliches Güterrecht aufrecht erhalten, müßten aber in diesem Falle daselbe in das genannte Buch inskribiren, womit eine nicht geringe Schwierigkeit und Störung der Creditverhältnisse, welche ein obligatorisches Güterrecht Fremden gegenüber mit sich bringen müßte, in einfacher und consequenter Weise umgangen wird. — Dahin geht auch der bereits genannte Entwurf eines einheitlichen bernischen Rechtes.

(Schluß folgt.)

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band X.

Nr. 7.

Januar 1875.

---

Inhalt: Studien über das eheliche Güterrecht der Schweiz (Schluß),  
S. 193. — Uebersicht der oberger. Rechtspflege des Kts. Bern, S. 207.  
— Aperçu des Arrêts de la Cour de Berne, pag. 212. — Aus der  
oberger. Rechtspflege des Kts. Solothurn, S. 220.

---

### Studien über das eheliche Güterrecht der Schweiz.

Nach den Notizen zu einem Vortrag, gehalten an der schweiz.  
Juristenversammlung in Luzern (1872), aus dem Nachlaß des  
verstorbenen Prof. Dr. W. Munzinger,

bearbeitet

von

**Dr. Eugen Huber,**

Privatdocent an der Universität Bern.

(Schluß.)

II In zweiter Linie fragt es sich sodann vor Allem  
aus, welches System als das gesetzliche oder prä-  
sumptive eheliche Güterrecht der Schweiz gelten  
soll. Die Beantwortung dieser Frage ist um so gewichtiger,  
als erfahrungsgemäß in unserer Bevölkerung der Brauch,  
Heirathscontracte abzuschließen, auch wo sie erlaubt sind, nicht  
sehr verbreitet ist. Vorerst kann nun bei der Prüfung dieses  
Punktes das System der Gütertrennung nicht wohl

in Frage kommen; es gilt nirgends in der Schweiz, entspricht auch entschieden am allerwenigsten unserer Volksauffassung, wenn es der Frau unter normalen Verhältnissen die Verwaltung, Verfügung und Nutznießung ihres Vermögens übergibt. Niemals könnte daher die Präsumpcion sich rechtfertigen, es hätten die Eheleute, weil sie die Abschließung eines Ehecontractes unterließen, dieses fremdartige System gewollt. — Man hat freilich gesagt, dieses System stehe ethisch am höchsten, weil es die materiellen Interessen als getrennt von den idealen und ethischen Beziehungen behandelt. Jedoch dieß ist ein Satz, der nur den Schein für sich hat, die Wahrheit fehlt ihm. Auch in der besten, idealsten Ehe spielen die ökonomischen Interessen eine durchaus unabweisliche Rolle, und jene Trennung und Scheidung der vermögensrechtlichen Beziehungen würde gerade in diesen nur auf dem Papier bestehen. — Was wir von der Gütertrennung sagen können, gilt auch vom Dotalsystem, das der Gütertrennung grundsätzlich gleichartig ist, und wir weisen somit diese beiden Systeme von vornherein weg aus dem Kreis der sich uns darbietenden Möglichkeiten.

So schält sich denn als Hauptfrage heraus und bleibt uns als einziger Gegenstand der Abwägung zur Beantwortung unserer Frage nur die Alternative, ob wir die eheliche Güterverbindung oder Gütergemeinschaft wählen sollten. — Die Gütergemeinschaft ist von dem Entwurf eines einheitlichen bernischen Rechts von Leuenberger adoptirt worden und zwar ohne irgend welche Beschränkung, da allerdings eine Beschränkung, wie sie der Code civil im bernischen Jura mit der *communauté légale* aufstellt, sich wenig empfiehlt und namentlich der heutigen Bedeutung des Mobilienvermögens nicht entspricht. Trotz der gewichtigen Stimme dieses neuesten gesetzgeberischen Projektes, entscheiden wir uns aber nachdrücklich gegen jede Gütergemeinschaft. Wir wollen dieses unser Urtheil nach den wesentlichsten Seiten beleuchten und greifen dabei folgende Punkte heraus:

1) Es wird für die Gütergemeinschaft geltend gemacht, sie entspreche der sittlichen Idee der Ehe, als einer ungetheilten Lebensgemeinschaft, am besten. So auch von Leuenberger in seinem Bericht über den genannten bernischen Entwurf. Dieß bestreiten wir nun aber zum Voraus und stimmen viel eher Gerber bei, wenn er in seinem deutschen Privatrecht sagt: „Es liegt etwas Verlegendes und Beschämendes in einer Vorschrift, welche ankündigt: sobald du heirathest, so verlierst du die Hälfte deines Vermögens, gewinnst aber die Hälfte des Vermögens deines Gatten.“ — Gehen wir der Sache tiefer auf den Grund. Wir sind alle, welcher politischen oder religiösen Richtung wir auch angehören, darüber derselben Ansicht, daß auch das Gesetz die Ehe als die innigste Gemeinschaft, welche in unseren sozialen Verhältnissen zu Tage tritt, behandeln soll, und dieß auch da, wo es sich um die eine Ehe begleitenden ökonomischen Verhältnissen handelt. Das erste, oberste Interesse, weit hinaus über alle andern materiellen oder juristischen Rücksichten ist in unser aller Augen unbestritten die Innigkeit des ehelichen Verhältnisses. Allein, — was geht nun daraus hervor? Ganz gewiß so viel, daß das Gut der Ehegatten als ein ungezweites erscheinen, daß der eheliche Haushalt auch innerlich ein einheitlicher, ungetheilter sein, daß eine Herrschaft, die des Mannes, in der Ehe walten, daß beide Ehegatten an der Prosperität des Hauswesens arbeiten, und endlich auch ganz gewiß, daß als Ausdruck der eheliche Liebe dem überlebenden Ehegatten ein gewisses Erbrecht an der Verlassenschaft des Verstorbenen eingeräumt werden soll. So weit geht die Forderung, welche die ethische Bedeutung der Ehe an die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten stellt, nie aber dahin, daß jeder Gatte die Hälfte des Vermögens des Andern erwerben müsse. Was hat eine solche Bestimmung mit der Innigkeit der Ehe zu thun? Warum sollen, wenn der eine Ehegatte stirbt, nun dessen Verwandten mit dem andern Ehegatten, der zur Zeit vielleicht das ganze vorhandene Ver-



mögen zugebracht hat, theilen können? Und welche stoßenden Consequenzen dieß hat, bei den verschiedensten denkbaren Fällen, wie z. B. einer Scheidung nach kurzer Ehe, zu welcher der eine Gatte arm, der andere reich getreten, und nun das letztere ohne Weiteres die Hälfte seines Vermögens an das andere verlieren, respective das andere aus dieser kurzen Mißhe reich werden soll! — Fassen wir nun aber

2) den praktischen, legislativ-politischen Gesichtspunkt in's Auge, so ist vor Allem aus zu bemerken, daß das System der ehelichen Gütergemeinschaft in der Schweiz sehr wenig verbreitet ist. Wir sprachen bereits oben davon, wie in dem einen Gütergemeinschaftskanton, in Basel, das diesem System zu Grunde liegende Prinzip gerade in dem wichtigsten Falle, dem Konkurs des Mannes, aufgegeben wird. Bei dem anderen Gütergemeinschaftsgebiete, dem Geltungsgebiete des französischen Code civil, fanden wir ähnliche Inconsequenzen und Durchbrechungen des Systems, die sich namentlich in dem Wahlrecht ausdrückt, das der Frau und ihren Schuldnern und Rechtsnachfolgern gegeben wird, ob sie die Gemeinschaft beim Tode des Mannes annehmen wolle oder nicht. Wir hoben bereits hervor, daß damit die ganze communauté des französischen Rechtes zum bloßen Versuch gestempelt wird, und daß sie gerade da aufhört zu wirken, wenn sie sich bewähren sollte, nämlich wenn es schlecht steht. Ebensovienig besteht auch noch nach anderer Richtung im französischen Rechte eine wahre Gütergemeinschaft. — Diese Inconsequenzen hat denn auch der neue Berner Entwurf, wie bereits angedeutet, wohl gefühlt, und ist, um ihnen auszuweichen, zur allgemeinen Gütergemeinschaft gekommen, zu einer vollständigen Gemeinschaft von allem Vermögen und allen Schulden, vorehelichen und ehelichen, und z. B. auch der Schulden der Handelsfrau aus ihrem Geschäft. Es ist wahr, einfach und klar ist dieses System (mit Ausnahme einer Bestimmung des Entwurfes, nach welcher die Frau, welche sich mit dem Manne verpflichtet, zwar nicht dem Dritten, wohl aber dem Manne

gegenüber nur wie eine Bürgin anzusehen sei), aber dieser Vortheil wird verdunkelt durch den weit größeren Nachtheil, daß dieses System sich als ein ungerechtes und als ein gefährliches herausstellen müßte, gefährlich namentlich für die Frau, oft aber auch für den Mann. Für die Frau liegt eine Gefahr darin, da ihr darnach sozusagen keine Sicherheit gegen eine vollständige Verschleuderung ihres Vermögens geboten wird. Wohl hat sie das Recht, Gütertrennung zu verlangen, aber es ist leicht zu erkennen, daß dieses Recht in den meisten Fällen eine nur illusorische Abhilfe zu bieten vermag, denn es ist ein schneidiges Mittel, das unter zehn Fällen wohl in neun erst angewendet wird, wenn es zu spät ist. Ein Pfandrecht oder irgend ein Vorrecht hat sie nicht, und kann es nicht haben, wenn anders dieses System in seiner ganzen Consequenz aufrecht erhalten werden soll. — Eine solche Gütergemeinschaft in ihrer exorbitanten Consequenz könnte innere Berechtigung wohl nur dann in Anspruch nehmen, wenn man auch mit der Gemeinschaft von Mann und Frau bei der ganzen Verwaltung Ernst machen wollte, was freilich auch wieder in den meisten Fällen eine illusorische Maßregel und in allen ein Hemmschuh für den Mann bilden müßte. Der Entwurf verlangt für die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften, auch solcher des Mannes, die Einwilligung der Frau, und schon dieß kann unter Umständen auf die Thätigkeit des Geschäftsmannes einen hemmenden Einfluß ausüben; eine richtige Folge des Prinzips der Gütergemeinschaft ist aber diese Bestimmung allerdings.

Wenn wir uns hienach von der Gütergemeinschaft des Entschiedensten abwenden, so bekennen wir uns ebenso entzum System der ehelichen Güterverbindung, das heißt zu demjenigen System, auf welchem die große Mehrzahl der bestehenden schweizerischen Rechte beruht, dessen Grundgedanken die Basis für beinahe das gesammte schweizerische eheliche Güterrecht bilden, und das deßhalb auch, wie gar kein anderes, a priori berechtigt ist, als das gesetzliche, prä-

sumptive Ehe recht für die gesammte schweizerische Bevölkerung aufgestellt zu werden. Wir haben bei der Betrachtung der verschiedenen kantonalen Systeme gesehen, daß die Güterverbindung jedoch unter mannigfaltigen Variationen zur Anwendung kommt. Nach unserer Ansicht müßten die leitenden Grundgedanken für das eidgenössische Recht in folgender Weise festgestellt werden:

1. Das Vermögen der Frau geht in das Verfügungsrecht des Mannes über. Soll nun derselbe hiebei geradezu Eigenthümer werden, wie in den Gesetzgebungen von Bern, Aargau, zum Theil auch Waadt, und der Frau nur für den Werth des Frauengutes verpflichtet sein? Sobald der Mann wirklicher Eigenthümer ist, so ergeben sich von selbst eine Reihe von Consequenzen: 1) er erhält darnach die volle und ausschließliche Verfügungsgewalt; 2) jede Wertherhöhung der Objekte des Frauengutes geschieht während der Ehe zu seinen Gunsten; 3) beim Konkurse des Mannes fällt das ganze Zugebrachte in die Masse, und die Frau hat nur ein Forderungsrecht für den Werth ihres Vermögens, wie es zur Zeit der Einbringung bestanden; 4) die Frau kann keine Schulden selbstständig contrahiren (ausgenommen möglicher Weise in Rücksicht auf einen vorbehaltenen Vermögenstheil, das Sondergut), und wenn sie ein Geschäft betreibt, d. h. Handelsfrau ist, so wird aus demselben nicht sie, sondern der Mann schuldverpflichtet, sowie ihm auch aller Gewinn anheimfällt. — Bei einer solchen Anordnung ist eine Vereinfachung des ganzen Verhältnisses nicht verkennbar. Tritt noch ein Inventar hinzu über das Zugebrachte und dessen Werth aus der Zeit der Eingehung der Ehe, so ist das ganze Verhältniß für alle Zeiten geregelt, und alles Spätere kann daran keine Aenderungen mehr hervorrufen. Allein, wenn wir auch den meisten jener Consequenzen beipflichten könnten, so scheint uns doch der ihnen zu Grunde gelegte juristische Gedanke ein schiefer zu sein. Mit der ganzen Idee der Güterverbindung will es nicht recht harmoniren, daß die Frau mit der Eingehung der Ehe ihr Vermögen

verlieren soll. Was sich Mann und Frau bei der Güterverbindung zum Zweck setzen, ist einzig, ihr beidseitiges Vermögen zu einem Haushalt, zu einer ehelichen Wirthschaft zu vereinigen, und da die Ehe ein vorübergehendes Verhältniß sein kann, so soll diese gemeinschaftliche Wirthschaft bei der Auflösung der Ehe wieder dahin fallen, ohne weitere tiefgreifende ökonomische Folgen an und für sich zurückzulassen. Dieser Auffassung entspricht nun aber ein definitiver Eigenthumsverlust von Seiten der Frau entschieden nicht, vielmehr einzig diejenige Regelung, wonach dem Mann eine umfassende Dispositionsgewalt eingeräumt wird, bei welcher die Einwilligung der Frau allgemein zu präsumiren ist. Es scheint uns auch eine klare Unbilligkeit darin zu liegen, wenn man der Frau nicht mehr gestatten will, aus dem Nachlaß des Mannes die früher ihr gehörigen Gegenstände, Haus, Mobilien u. s. w. zurückzunehmen. Auch hierin trifft mithin der Nichtübergang des Eigenthums am am Frauengut das Richtigere.

Dagegen soll nun aber doch das Gesetz eine möglichst ausgesprochene einheitliche eheliche Wirthschaft zur Grundlage nehmen. Beide Ehegatten bringen ihr Vermögen zu einander zu einem Zweck. Beide schießen neben ihren Glücksgütern auch ihre Thätigkeit, ihren Fleiß, ihr Talent, ihre Kunst zu der Einheit ein und arbeiten gleicher Weise an der Erzielung einer auch ökonomischen Prosperität. Das liegt in dem Wesen der Ehe tief begründet und ist für sie eine wesentliche Seite, wenn gleich man hiebei dann nicht, wie es moderne Autoren gethan haben, die Ehe mit einer Handelsgesellschaft zusammenstellen muß. Beide treten zusammen „zu Gedeih und Verderb“, beide freuen sich im Sonnenschein glücklicher Tage, beide leiden gleicher Weise, wenn Schicksalsschläge über sie herein brechen. Deshalb soll die innere Trennung der Güter nicht so weit reichen, daß nicht immer die eheliche Wirthschaft keine getrennte oder einseitige Verbindung der Güter darstellt. Es schweben uns demnach folgende Sätze vor:

1. Die Frau behält zwar ihr Eigenthum, dagegen hat der Mann das Dispositionsrecht, und bei Verfügung über Immobilien des Frauengutes soll sie ihre Einwilligung geben. Wenn die Verbindung sich löst, so hat sie ein Vindicationsrecht auf diejenigen Gegenstände ihres Zugebrachten, welche noch in Natura vorhanden sind.

2. Alles was in der Ehe durch Thätigkeit, Fleiß und Glück irgend welcher Art von den Eheleuten erworben wird, das fällt dem Ehemann zu, als dem Herrn der ehelichen Wirthschaft. Aber es ist, soweit es über das Zugebrachte hinausgeht und soweit die Schulden bezahlt sind, als Errungenschaft zu betrachten, und diese soll beiden Ehegatten zukommen. Wenn der Mann auch in unsern socialen Verhältnissen in der Regel der Träger des Verdienstes für die Familie ist, so hat mittelbar die Frau doch oft durch Bethätigung eines hauswälderischen Sinnes am ganzen Gange des Hauswesens einen in seiner Art eben so großen Antheil. Dagegen soll dasjenige, was die Frau verdient, alsdann ebenfalls zur Errungenschaft fallen. Was zur Errungenschaft gehört, ist freilich oft schwer zu definiren. Namentlich stehen wir vor einer Schwierigkeit, nämlich ob die Werthvermehrung des Frauengutes, der Mehrerlös z. B. einer ihr gehörigen Liegenschaft, der Errungenschaft oder aber dem Frauengut zuzuweisen sei? Nach unserer Ansicht verträgt es sich mit einer richtigen Auffassung der Thätigkeit des Mannes als Leiter der ehelichen Wirthschaft einzig und allein, daß wir den Gewinn, der auf solche Weise aus dem Frauengut gezogen wird, ebenfalls der Errungenschaft zuzuweisen. Nehmen wir z. B. anstatt einer Liegenschaft an, es handle sich um Werthpapiere. Wie die Frau zur ehelichen Einheit tritt, stehen sie tief, der Mann riskirt, er wartet zu, und wie sie endlich steigen, schlägt er sie los. Liegt hier von des Mannes Seite nicht eine Arbeit vor, deren Erfolg nach Recht und Billigkeit nicht gänzlich dem Urheber entzogen werden darf? Ist es nicht auch klüger, solche Gewinne in einer Weise aufzufassen, wobei der Mann ebenfalls, ein

Interesse an der Sache erhält? — Nach unserer Ansicht soll sonach Alles, was die Ehe als Fortschritt aus Handel und Wandel der ehelichen Wirthschaft aufzuweisen hat, unter den Begriff der Errungenschaft fallen, die bei der Auflösung der Einheit unter beide Gatten nach Quoten getheilt wird. Daß die Frau hiebei einen Antheil erhalten soll, ist nach unfrem Gefühl selbstverständlich. Es muß sich doch ein jedes Familienhaupt gestehen, daß alle seine Arbeit nicht viel wäre, wenn die Frau nicht das Erworbene zusammenhalten und in den kleinen Fragen der ehelichen Wirthschaft die gehörige Umsicht und möglichste Verwerthung des Gegebenen bethätigen würde. Dieses Bewahren ist oft so wichtig, als das Gewinnen selbst. Aber welche Quote sollen wir nun der Frau zuerkennen? Die größere Bedeutung der Arbeit des Mannes rechtfertigt es, daß ihr nicht der gleiche Theil wie dem Manne zugewiesen wird. Wir würden uns für zwei Drittheile an den Mann und einen Drittheil an die Frau entscheiden. Die Frau soll ja zudem noch in anderer Richtung einen Vortheil finden, nämlich in der Sicherheit, die ihr das Konkursrecht gewährt. — Ein solcher Antheil an der Errungenschaft scheint uns irgend einer andern Begünstigung, z. B. einer Erhöhung der Quote, welche die Frau aus dem Nachlaß des verstorbenen Ehemannes zu beziehen hätte, weit vorziehbar zu sein; denn durch keine andere Anordnung besser als durch diese findet alsdann das natürliche Verhältniß, dem doch diese Begünstigung im ehelichen Leben entsprechen soll, seinen Ausdruck, nämlich das Verhältniß der Arbeit der Frau zur Prosperität der ehelichen Wirthschaft und zur glücklichen Gewinnung einer Errungenschaft.

2. Wir gelangen nun in zweiter Linie zu der Frage, ob der Frau und in welcher Weise ihr ein Privilegium zuerkannt werden müsse. Herr Prof. Heusler hat die Frage bereits in seinem Referate an der Generalversammlung des schweizerischen Juristenverein in Bern (1865) gründlich erörtert und ist zu Resultaten gekommen, denen wir bei-

pflichten. Darnach wäre das Frauenguts-Privilegium in unser Gesetz aufzunehmen. Und zwar bestimmen uns, nach den Ausführungen des Herrn Heusler, hiefür folgende Erwägungen: 1) Die Abschaffung eines Privilegiums würde mit aller Macht dazu hindrängen, daß das jezige schweizerische System der Güterverbindung oder Gütergemeinschaft aufgegeben würde; dafür würde sich in der Praxis die Gütertrennung geltend machen, was Herr Heusler mit uns als eine Schwächung des Familienlebens beklagen müßte. 2) Auf den Credit des Mannes hat die Existenz eines solchen Privilegiums keinen so gefährlichen Einfluß, wie man es oft darstellen will, da ja der Credit zum größten Theil eine persönliche Vertrauenssache ist. — Nun aber wird von mancher Seite gegen das Privilegium auch eingewendet, es sei dasselbe ungerecht. Warum, fragen uns diese Gegner, sollen die Creditoren des Mannes ihr Vertrauen mehr zu beklagen haben, als die Ehefrau, anstatt eher umgekehrt, minder? Dieser Einwurf scheint uns jedoch von einer schiefen Betrachtungsweise auszugehen. Ist denn die Frau wirklich einer Creditorin gleich zu stellen? Sie macht kein „Geschäft“ mit ihrem Manne, sie bringt ihr Vermögen in die eheliche Vormundschaft, weil sie das muß, weil die Natur der Sache das Regiment des Mannes verlangt, aber creditiren das thut sie nicht. Dennoch möchte jener Einwand immer noch eine gewisse Berechtigung für sich haben, wenn dem Privilegium immer nur eheliche Schulden gegenüber stehen würden, denn hier erscheint sie in der That als Theilhaberin, und ein Vorrecht ist so wenig begründet, daß sie beim Konkurse viel eher nach- als voran- stehen sollte. Dem ist aber eben nicht so; es finden sich namentlich auch voreheliche und solche persönliche Schulden des Mannes vor, für die es Unrecht wäre, der Frau, die nichts hiezu mitreden kann oder darf, daraus einen schweren Schaden für ihr Zugebrachtes zu bereiten. Immerhin wirkt jener entgegengehaltene Grund so viel, daß es als ungerecht erscheinen müßte, der Frau für ihr ganzes Frauengut ein

Vorrecht zu gewähren. Vielmehr soll in Würdigung der obgenannten Verhältnisse das Maß des Privilegiums beschränkt werden auf die Hälfte des Zugebrachten, während sie für die andere Hälfte allen Gläubigern nachstehen, also eigentlich mithaften soll. Für diese Hälfte soll sie mithin, auch wenn sie nicht mitgenossen hätte, dennoch mitleiden. Dies entspricht der richtigen Auffassung der Ehe. „Wenn es über den Mann losbricht, und Alle verlieren, da soll sie nicht lächelnd ihr Zugebrachtes wegnehmen können, es ist gegen die öffentliche Moral; sie soll mitleiden, nur nicht zu viel.“ — Ein Verzicht auf dieses Privilegium wird wohl besser ausgeschlossen, da sonst die Gefahr zu groß wäre, es sei diese ganze Anordnung in vielen und den dringendsten Fällen für die Frau kein Schutz, sondern nur die Stufe, über welche ihr liebendes Herz willig zum vollständigen ökonomischen Verderb hinuntersteigt. In den kantonalen Rechten finden wir, wie wir oben gesehen haben, fast überall das Vorrecht des Frauengutes anerkannt. Ausgenommen sind einzig die Kantone Luzern, Schwyz, Appenzell J.-Rh., Thurgau, Waadt und Neuenburg. In Waadt herrscht die Klage, daß die Sicherheit zu wenig groß sei. Uebrigens wird in diesen Kantonen sonst in anderer Weise alsdann das Nöthige für diese Sicherung gethan.

Ueberhaupt sind als Sicherheiten der Frau noch weiter zu erwähnen, daß sie die Versicherung der Hälfte des Frauengutes verlangen kann. Wird sie nicht geleistet, so müßte Herausgabe dieser Hälfte angeordnet werden, und alsdann würde für diese Hälfte und für spätern Vermögensanfall das System der Gütertrennung in Geltung treten. Eine vollständige Gütertrennung kann dagegen die Frau während der Ehe nicht begehren, da damit die Gläubiger, denen nach unsern obigen Ausführungen die Frau mit der Hälfte ihres Vermögens verhaftet bleibt, in ihren wohlberechtigten Interessen geschädigt werden müßten.

3. Die letzte Frage, welche wir zu behandeln haben, betrifft nun endlich noch die Rechte des überlebenden



Ehegatten. Nach den kantonalen Gesetzen sind diese Rechte sehr verschieden bestimmt, was übrigens auch nicht verwunderlich ist. Bei der Bestimmung eines Maßes, wie hier, wird eben abgewogen und spielt die Willkür eine große Rolle. Allein, so groß die Verschiedenheit mit Bezug auf das äußere Gewand dieses Rechtes ist, so groß ist in all diesen Rechten die Uebereinstimmung mit Bezug auf die darin liegenden leitenden Gedanken. Mit wenig Ausnahmen ist ein Erbrecht des überlebenden Ehegatten auf das Vermögen des Verstorbenen überall bekannt, und zwar, wenn Descendenten aus der Ehe vorhanden sind, ein Erbrecht bloß zur Nutznießung, wenn keine sich vorfinden dagegen, ein Erbrecht zu Eigenthum und dieses steigen mit der Entferntheit der erbenden Verwandten. Ein solches gesetzliches Erbrecht des überlebenden Theils besteht einzig nicht in den Kantonen Graubünden, Freiburg und Basel, wo die Gemeinschaftsmasse beim Tod des einen Gatten nach Quoten getheilt wird, sowie auch nicht in den Gebieten des französischen Code civil, Genf und dem bernischen Jura. In der innern Schweiz gilt als ein gewisses Erbrecht der überlebenden Frau ihr Anspruch auf die Morgengabe, die auch wenn der Mann nichts verfügt hat, nach Recht und Billigkeit ausgerichtet werden soll. In dem neueren Gesetze von Nidwalden von 1859 hat aber das heutige Rechtsgefühl bereits einen deutlicheren Ausdruck gefunden, indem das Ueberlebende ein Recht auf Nutznießung an einer Quote aus dem Vermögen des Verstorbenen erhalten hat. Aehnlicher Weise ist in dem schwyzerischen Gesetze von 1830 dem überlebenden Ehegatten in der Regel das Widmannsrecht an der Hälfte des Gutes der Verstorbenen zugesichert, die Frau aber hat, wenn Kinder da sind, einen Kindstheil wie ihn eine Tochter bezieht und nebstdem einen Widmannsrecht, wenn der Verstorbene ein Wohnhaus hinterlassen hat. Wir wären mithin in Uebereinstimmung mit dem meist verbreiteten Rechte, wenn wir uns zu der Ansicht bekennen, es soll das Ueberlebende, abgesehen von seinem Zugebrach-

ten und dem Antheil an der Errungenschaft, ein Erbrecht besitzen, und zwar, wenn Kinder da sind, nur ein Erbrecht zu Nutznießung, wenn aber keine Kinder da sind, ein Erbrecht zu Eigenthum. Mit was für Quoten dieses Erbrecht dann bedacht werden soll, dies ist Sache der Abwägung; grundsätzlich aber scheint es, daß unser heutiges Rechtsgefühl eher dahin geht, den überlebenden Ehegatten gut zu bedenken und nicht Alles dem Abkommen der Ehegatten zu überlassen, — im Gegensatz freilich zu der Auffassung der früheren Zeiten, welche das Vermögen des Einzelnen vielmehr als Familienstammgut betrachteten und daher auch den Anspruch betonten, es soll dasselbe, wenn nicht durch die Ehe ihrem Zweck entsprechend, eine neue Familie wirklich gegründet worden, an die ursprüngliche Familie heimfallen.

Der Stoff ist hiemit nicht erschöpft. Wir haben nur die hauptsächlichsten Züge aus dem Bild der gegenwärtigen Verhältnisse des ehelichen Güterrechts in der Schweiz herausgegriffen, wir haben nur die wesentlichsten Gesichtspunkte mit Bezug auf eine Vereinheitlichung dieser Materie des schweizerischen Rechtes näher beleuchtet. Aber dennoch glauben wir zum Schluß als das Resultat dieser Darstellung bezeichnen zu können, daß auf dem Gebiete des ehelichen Güterrechtes es keiner Vergewaltigung bedarf, um zur Rechtseinheit zu gelangen. Auch in den einzelnen Kantonen konnte man zu einem bessern und klareren Rechtszustand freilich nicht gelangen, konnte neuen berechtigten Rechtsanschauungen nicht zur Anerkennung verhelfen, ohne angekommene Rechtsordnungen zu verletzen. Im Kanton Bern hat die Halbschiedstheilung der oberländischen Statutarrechte, der neueren Entwicklungen weichen müssen, im Kanton Zürich wurde die Gütergemeinschaft der oberländischen und nördlichen Dorfrechte verdrängt, im Kanton Schwyz fielen die Statuten der verschiedenen Länder dahin, manche sinnige Auffassungen sind dahin gegangen, der Erwerb des Eherechtes ist nicht mehr vom „Entgürten“ der Eheleute abhän-

gig, sondern von der staatlichen oder kirchlichen Einsegnung, ähnlich im Kanton Luzern und in Graubünden und anderswo, wo man überall die Wahrheit des Satzes erfahren mußte, daß es nicht möglich sei, «de faire une omelette sans casser des œufs.» Und bezeichnend ist es für den Geist dieser Entwicklung, daß diese Opfer von den dason betroffenen Bevölkerungen mit vollem Bewußtsein geleistet, ja daß sie gewünscht wurden, wie denn im Kanton Luzern, als das Gesetz von 1837, welches für den ganzen Kanton in Kraft trat, die ehelichen Statutenrechte den verschiedenen Bezirken vorbehalten wollte, wenn sie selbige der Regierung zur Prüfung vorlegen und von ihr bestätigen lassen, dieses Gesuch um Bestätigung auch nicht von einem Bezirk erhoben wurde.

Ein Gleiches wird auch mit einem schweizerischen Rechte der Fall sein. Dasselbe wird wohl manche Eigenthümlichkeiten, die aber oft dem Rechtshistoriker lieber sind als dem Volke selbst, verschwinden machen. Jedoch die leitenden Grundsätze, die beherrschenden Gedanken vermag es zu schonen, denn diese stehen in der ganzen Schweiz nicht weit von einander ab. Wir geben uns der Hoffnung hin, daß es der Wissenschaft deshalb gelingen möge, ein gutes Ziel zu erreichen. Mit der Abstimmung vom 12. Mai 1872, mit der Verwerfung einer vollen Rechtseinheit für die ganze Schweiz, ist diese bedeutungsvolle Frage zur weiterer Erbauung in die Hände der Wissenschaft und der Juristenwelt zurückgelegt worden, und hier entscheidet nicht die Mehrheit, sondern die Wahrheit. Möge die Erkenntniß dieser Wahrheit auch durch unsern Beitrag in Einigem gefördert werden.

---

## Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Cassationshofes des Kantons Bern.

Juli 1874.

- 19) Eine Forderung, welche einem nicht im Kanton Bern Wohnenden zusteht, erlischt erst nach Ablauf der außerordentlichen Ersitzungsfrist von zwanzig Jahren. Der Schuldner ist daher nicht berechtigt, vor Ablauf dieser Frist der Klage des Gläubigers die Einrede der Ersitzung entgegenzusetzen.

Ueberhold gegen Amdler.

(4. Juli 1874.)

Motive:

Daß zwar vom Zeitpunkte der Ausstellung der in Frage liegenden Billets vom 10. October 1854 und 12. Dezember 1855 bis zum Augenblick ihrer durch Zahlungsaufforderung vom 12. Dezember 1868 erfolgten rechtlichen Geltendmachung die allgemeine Ersitzungsfrist von 10 Jahren (S. 1036 C.) abgelaufen ist;

daß jedoch nach S. 1034 C., welche nach S. 1042 C. auch für die Ersitzung von Forderungen anwendbar ist, bei Abwesenheit des Berechtigten ein Jahr Abwesenheit nur für ein halbes Jahr zählt, was bei der allgemeinen Fassung dieser Gesetzesvorschriften unbedingt für jeden Abwesenden gelten muß, gleichviel ob er sich irgend je im Kanton Bern aufgehalten habe oder nicht;

daß durch die Beweisergebnisse mit Sicherheit hergestellt ist, daß der Kläger Louis Amdler vom Zeitpunkte der Ausstellung der fraglichen Billets durch den Beklagten an bis zum 12. Dezember 1868, als dem Zeitpunkt ihrer rechtlichen Einforderung, durch welche der fernere Lauf der Ersitzungsfrist gehemmt wurde, sich ununterbrochen außer dem Gebiete des Kantons Bern, nämlich in Paris aufgehalten hat.

- 20) Ein Weibergutsempfangschein kann von dem Ehemann auch dann noch ausgestellt werden, wenn derselbe weiß,

daß er unter seinen Sachen steht; es kann ein solcher überhaupt vor Erkennung des Geltstages zu allen Zeiten ausgestellt werden.

Chr. Pfister gegen Massaverwalter des Joh. Pfister.

(30. Juli 1874.)

(Vergl. Entscheide v. 25. Sept. 1860, 11. Nov. 1865, 8. Mai 1866.)

Hieraus ergibt sich, daß nach der Ansicht des Appellations- und Cassationshofes der Ehemann seiner Ehefrau auch dann noch einen Empfangschein ausstellen und ihre Forderung dadurch zu einer bevorrechteten machen kann, wenn er den Geltstag angerufen hat, oder die Verhängung desselben verlangt worden ist. Dieß wurde durch die Urtheile vom 25. Sept. 1860 (Zeitschr. I. p. 51) und 8. Mai 1868 (V. 20) ausdrücklich anerkannt. Das Urtheil vom 11. Nov. 1865 ist dagegen in seinen Motiven mit dieser Auffassung nicht wohl vereinbar, wie eine Vergleichung derjenigen zeigt.

In dem Urtheil vom 25. Sept. 1860 lehnt der Appellations- und Cassationshof die Berufung auf Art. 598 B.-V. ausdrücklich ab, indem er motivirt: „daß die Bestimmungen des § 598 B.-V., laut welchen es einem Schuldner nach Anrufung des Geltstages unter sagt ist, Vermögensgegenstände zu veräußern, zu verpfänden oder einzelne Gläubiger zu begünstigen, auf die Ausstellung eines Weibergutzempfangs Scheines nicht angewendet werden können, indem der Ehemann durch diesen Akt der Ehefrau nicht eigentlich ein Vorrecht einräumt, sondern ihr bloß das Beweismittel an die Hand giebt, welches ihr später die Ausübung des im Gesetze selbst aufgestellten Privilegiums ermöglicht.“ In dem Urtheile vom 11. November 1865 beruft sich dagegen der Appellations- und Cassationshof auf § 598 B.-V. und anerkennt überhaupt diejenigen Grundsätze als richtig, welche er im vorigen Urtheile verworfen hatte; diese Motive lauten:

Daß das Gesetz der Ehefrau nur dann ein Vorrecht in dem Geltstage ihres Ehemannes einräumt, wenn sie ihr Einbringen durch einen rechtsgültigen und förmlichen Empfangschein oder einen andern gesetzlich anerkannten Akt beweist (S. 99 C. und Gesetz vom 26. Mai 1848, Art. 6);

daß im vorliegenden Falle der Geltstager Bütigkofer seiner Ehefrau erst nach Erkennung des Geltstages einen Weibergutzempfangschein ausstellte;

daß er aber nach den Bestimmungen des § 598 B.-B. nicht befugt war, Gläubiger durch Einräumung von Vorrechten zu begünstigen;

daß die Ausstellung eines Weibergutsempfangscheines nach Erkennung des Geltstages eine widerrechtliche Begünstigung enthält, indem das Vorrecht der Frau als ein bedingtes und deshalb vor der Ausstellung des Empfangscheines nicht existirendes betrachtet werden muß;

daß deshalb der fragliche Empfangschein für die übrigen Gläubiger des B. nicht verbindlich ist.

Gestützt auf diese Motive kann ein Ehemann nach Anrufung des Geltstages keinen Empfangschein mehr ausstellen. Wenn dagegen, wie in dem Urtheil vom 25. Sept. 1860 angenommen wird, durch Ausstellung eines solchen die Forderung der Ehefrau nicht begünstigt, sondern ihr nur das Beweismittel in die Hand gegeben wird, ihr schon durch Gesetz privilegiertes Recht geltend zu machen, so ist nicht einzusehen, weshalb der Ehemann der Ehefrau dieses Beweismittel nicht auch nach Erkennung des Geltstages sollte an die Hand geben können. Entweder findet der § 598 B.-B. Anwendung, dann kann nach Anrufung des Geltstages kein gültiger Empfangschein mehr ausgestellt werden, oder der Paragraph findet auf diese Fälle keine Anwendung, dann kommt es nicht darauf an, in welchem Zeitpunkt die Ausstellung stattgefunden hat, so wie die Frau nur überhaupt im Stande ist, ihrer Eingabe einen solchen beizulegen. Wer diese letztere Konsequenz nicht anerkennen will, der muß sich zu den Grundsätzen des Urtheils vom 11. Nov. 1865 bekennen. Bei den auffallenden Schwanken der Praxis wäre eine neue, die Frage nach allen Seiten gründlich beleuchtende Untersuchung sehr wünschbar.

**21) Eine Streitverkündigung ist verspätet, wenn sie erst nach erfolgtem Aktenschlusse erlassen wird, obschon die Thatfachen, welche zu derselben Veranlassung gaben, bereits in der Hauptvertheidigung aufgestellt worden waren.**

Amsler, Perrottet & Comp. gegen P. Pouillot.

(31. Juli 1874.)

Unterm 15. April 1868 theilte Herr Pouillot den Herren  
Amsler, Perrottet & Comp. mit, er habe gemäß ihrem Auftrage

und für ihre Rechnung verkauft: an Hrn. Joh. Spycher, Müller in Niederscherli, 100 Doppelzentner Halbfrucht (Weizen und Roggen) à Fr. 32 franco Romanshorn lieferbar vom 15. Mai bis Ende Mai 1868, zahlbar in 30 Tagen bei der Berner Handelsbank. Diesen Verkauf bestätigte die Klägerin dem Hrn. Spycher durch Brief vom 23. April 1868. Das Getreide langte vor Ende Mai in Romanshorn an und wurde sofort dem Spycher zur Verfügung gestellt. Dieser verweigerte die Annahme und beharrte auf dieser Weigerung trotz rechtlicher Aufforderung von Seiten der Herren Amsler, Perrottet & Comp., und erklärte, „er wolle von dem Kaufe nichts wissen, da die Frucht nicht mustergemäß und nicht zur gehörigen Zeit geliefert worden sei.“ In Folge dessen notificirten ihm nun die Herren Amsler, Perrottet & Comp., daß sie gestützt auf S. 704 und 705 C. von dem geschlossenen Kaufe zurücktreten und über das fragliche Getreide disponiren, ihn jedoch für Schadensersatz belangen werden. Das Getreide wurde nun verkauft und da die Preise inzwischen stark gesunken waren, so konnten nur Fr. 23 per Sack Erlöst werden. Die daherige Differenz sammt Lager- und Transportkosten von Romanshorn nach Bern im Belaufe von zusammen Fr. 1166. 05 wurde nun als Schaden eingeklagt. In dem dahergigen Proceffe beriefen sich die Herren Amsler, Perrottet & Comp. namentlich darauf, daß eine Lieferungsfrist bestimmt worden sei vom 15. Mai bis Ende des Monats und daß somit die Lieferung rechtzeitig stattgefunden habe. Spycher dagegen machte geltend, die Lieferzeit sei auf Anfangs Mai festgesetzt worden und es sei somit nicht rechtzeitig geliefert worden. Bei der Beweisführung deponirte Pouillot, er habe von der Klägerin in der That die Weisung erhalten, die Lieferfrist für das fragliche Getreide auf die Zeit vom 15. Mai bis Ende Mai 1868 festzusetzen. Mit Spycher habe nicht er selbst verhandelt, sondern sein Beauftragter Keerl und von diesem habe er die Mittheilung erhalten, daß die Frucht vom 15. bis Ende Mai 1868 zu liefern sei. Keerl deponirte anfänglich, er habe bei dem Kaufsabschlusse dem Spycher ausdrücklich erklärt, die Waare sei nicht disponibel; auf keine Weise habe er die Verpflichtung übernommen, daß dieselbe Anfangs Mai anlangen werde, sondern nur versprochen, sie werde im Laufe des Monats Mai anlangen. Als jedoch von Keerl der Eid verlangt wurde, so deponirte er endlich: Er müsse nun zugeben, daß er beim Vertragsabschlusse mit Spycher gegen die von Hrn. Pouillot erhaltene Weisung gehandelt und Hrn. Spycher die Zusicherung gegeben habe, die Waare werde Anfangs Mai anlangen.

Hierauf wurde der Aktenschluß verhängt und Termin zur erstinstanzlichen Beurtheilung angesetzt.

Durch Kundmachung vom 24./25. Juni 1870 verkündete nun die klägerische Firma dem Hrn. Pouillot den Streit, da sie mit Keerl nichts zu thun gehabt habe und er allein für dessen Handlungsweise haftbar sei. Da auf diese Kundmachung keine Antwort erfolgte, so erließ die Klägerin eine neue Kundmachung, worin sie Hrn. Pouillot mittheilte, daß sie den Rechtsstreit gegen Spyher nicht fortführen wolle, da derselbe durch die Depositionen Spyher's eine für sie ungünstige Wendung genommen habe. Gemäß § 33 fl. P. habe sie gewärtigt, ob Pouillot den Rechtsstreit gegen Spyher auf eigene Gefahr und Kosten aufnehmen wolle, und habe ihm auch angezeigt, daß wenn er sich nicht innert der vom Richter zu bestimmenden Frist von 10 Tagen zur Uebernahme und Fortsetzung des Streites bereit zeige, sie den Abstand erklären und ihr Rückgriffsrecht verfolgen werde. Der Beklagte habe gar keine Erklärung abgegeben und in Folge dessen habe die Klägerin gegen Spyher den Abstand erklärt und die Kosten an ihn mit Fr. 212 bezahlt.

Der nun erfolgten Klage setzte Pouillot eine peremptorische Einrede entgegen und beantragte Befreiung von dem gegnerischen Ansprüche, ohne Rücksicht auf dessen ursprüngliche Begründetheit.

Dieser Schluß wurde ihm vom Gerichte zugesprochen unter Annahme folgender *M o t i v e*:

Daß nach Art. 34 P. die Streitverkündigung im Anfange des Rechtsstreites, das heißt, von dem Kläger vor Anbringung der Klage und von dem Beklagten vor der Einlassung auf die Klage stattfinden soll, die Fälle ausgenommen, wo die Thatfachen, welche das Rückgriffsrecht des Streitverkünders begründen, diesem erst später bekannt worden sind;

daß die Unterlassung der Streitverkündigung als einer Verzichtleistung auf den Rückgriff auszulegen ist (Art. 34 P.);

daß nun im vorliegenden Falle dem Beklagten der Streit erst verkündet wurde, als im vorhergehenden Prozesse zwischen den Klägern und Johann Spyher der Aktenschluß bereits verhängt und Termin zum erstinstanzlichen Abspruch angesetzt war;

daß aber Johann Spyher schon in seiner Hauptvertheidigung diejenigen Thatfachen aufstellte, auf welche gestützt, dem nunmehrigen Beklagten der Streit hätte verkündet werden können;

daß daher mit Rücksicht auf Art. 34 P. in casu die Streitverkündigung zu spät erlassen worden, und demnach die Rückgriffsklage als erloschen zu betrachten ist (Art. 146 Ziff. 1 P.).



## APERÇU

en langue française des Arrêts de la Cour de Berne.

NOTA. Les Arrêts précédés d'un astérisque \* sont particuliers au Jura bernois.

### Janvier 1874.

1. *Femme séparée de biens. — Revendication. — Rejet.*  
— Les nommés Dreyfuss & C<sup>ie</sup> créanciers de Joh. Stucker, avaient poursuivi, en 1870, leur débiteur et fait saisir au domicile par lui habité et dans le local servant au magasin de « J. Stucker » diverses pièces d'étoffes. La femme du saisi intenta alors une action en revendication, alléguant que son mari était en faillite dès 1862 et que tout ce qui se trouvait dans la maison par elle habitée et portée au cadastre en son nom, était sa propriété à elle pour avoir été acquis de ses propres deniers. La Cour, confirmant le jugement de première instance débouta la femme Stucker de ses conclusions, parce qu'il résultait de l'ensemble de la procédure que, depuis nombre d'années et malgré son état de faillite, le mari était ostensiblement resté à la tête du commerce que la femme prétendait être exercé en son nom particulier, et qu'il ne pouvait être question d'une revendication au détriment des tiers qui seraient victimes de manœuvres déloyales, si la femme pouvait ainsi s'approprier le bien qui aux yeux du public passait pour appartenir au mari. (L. Dreyfuss & C<sup>ie</sup> contre Marie Stucker; 17 Janvier. 1874.)

2. *Divorce. — Preuves insuffisantes.* — Les questions de divorce touchent à l'ordre public et la dissolution du mariage par le divorce ne peut être prononcé quoiqu'il y ait consentement tacite de la partie défenderesse. Les tribunaux doivent exiger la preuve que les faits allégués rendent réellement impossible l'union existante. (Ch<sup>e</sup> Eymann contre Magd. Eymann; 22 Janvier.)

### Février 1874.

3. \* *Inobservation des formalités pour l'appel. — Clôture du for.* — Dès qu'il est constaté par le certificat d'appel que le pourvoi a été déclaré trop tard, le recours en appel n'est plus recevable,

*Motifs :*

1. que l'appelant était tenu de formuler son pourvoi dans le délai péremptoire de dix jours à partir du prononcé (art. 342 C. pr. civ.),

2. que ce délai expirait le 10 Novembre 1873, à six heures du soir (art. 73 *ibid.*),

3. qu'il appert du certificat délivré par le juge en conformité de l'art. 343 C. pr. civ. et figurant à la suite de l'expédition jointe au dossier de l'appelant, que c'est le dit jour, après six heures du soir, que l'appel a été déclaré,

4. que partant le recours est tardif et non-recevable,

5. que les faits allégués par Péteut en vue d'une restitution éventuelle sont inconcluants. (Sam. Péteut contre Conrad Jobin; 6 Février.)

4. *Mariage à l'étranger. — Intervention de l'Etat pour sa reconnaissance.* — Un mariage contracté à l'étranger conformément aux lois du pays où l'acte a été passé *peut* non seulement être, à la requête du ministère public, sanctionné par l'autorité compétente, mais il *doit* même l'être dès qu'il est constant que les formalités voulues à l'étranger ont été observées et que l'identité des personnes ne peut plus être méconnue. Dans l'espèce cette reconnaissance de mariage a eu lieu par mesure d'ordre public et sans s'occuper de l'assentiment des intéressés. (Ministère public pour Francisca née Wagner contre Commune de Wynigen resp. Ulr. Mathys; 13 Février.)

5. *Assurance contre l'incendie. — Recours contre la société.* — Les bâtiments assurés ayant été incendiés par leur propriétaire et celui-ci étant tombé en faillite, les créanciers hypothécaires sur les immeubles incendiés produisirent et furent colloqués en nature sur le chésal des maisons incendiées et dépendances, sur un droit de concession d'auberge, etc.; en outre, ils furent renvoyés perdants pour une assez forte somme. Ces créanciers s'adressèrent à la société d'assurance pour être payés du montant de leurs créances sur la somme d'assurance. La société paya sans difficulté les fr. 8209. 91 pour lesquels il y avait collocation à patience, mais elle refusa de payer les fr. 4716 valeur estimative de la collocation en nature. L'autorité judiciaire, des deux instances, donna raison à la société, parce qu'aux termes de la loi du 21 Mars 1834, § 40, les créanciers renvoyés perdants doivent seuls être tenus indemnes par la

société et que la collocation en nature, pouvant dépasser la valeur estimative des objets sur lesquels les créanciers étaient colloqués, ceux-ci ne justifiaient pas d'une perte réelle à la charge de la société défenderesse. (P. Henri Grosjean et consorts contre assurance immobilière bernoise; 12 Février.)

### Mars 1874.

6. \* *Passage. — Encombres. — Mesure provisoire.* — Celui qui, dans l'intérieur d'un village, encombre de son chef un chemin qui sert habituellement à d'autres voisins pour arriver sur la voie publique, s'expose à une mesure provisoire tendant à la réouverture du passage obstrué et au rétablissement des lieux dans l'état antérieure aux nouvelles œuvres. Toutes les questions réciproques de propriété ou d'abolition de ce chemin par mesure administrative rentrent dans l'examen de la cause au fond,

#### *Motifs :*

1. qu'une mesure provisoire peut être requise à teneur de l'art. 316 n° 1 C. pr. civ. dès qu'il y a trouble apporté à la possession, soit à l'exercice d'un droit,

2. que l'existence du chemin en litige, tel que le décrit la requête, est établie et qu'il résulte des preuves administrées, notamment de l'audition des témoins, que ce chemin a été pratiqué de tout temps, sans opposition, par le demandeur et ses préposseurs et qu'il est nécessaire, du moins dans certains cas, à l'exploitation de la propriété Bregnard,

3. que Baillif ne dénie point les dépôts de bois et de matériaux allégués en demande,

4. qu'à l'époque où le chemin a été intercepté par ces dépôts, le demandeur était incontestablement en possession d'un droit de passage,

5. que c'est lors du procès au fond qu'il y aura lieu de rechercher si et à quel titre ce droit appartient à Bregnard, si le chemin sur lequel s'est exercé le passage est on non communal et si par suite des opérations de la commission d'abornement un nouveau chemin a été substitué à l'ancien; que l'appréciation de ces questions doit rester étrangère au débat actuel (art. 322 C. pr. civ.) et qu'ainsi les faits libératoires articulés par le défendeur sont inconcluants,

6. qu'il n'est pas constaté que Baillif ait érigé ou entrepris d'ériger le bâtiment que mentionnent les conclusions. (Jacques Baillif contre J. Bregnard; 6 Mars.)

7. \* *Contrat d'ouvrage. — Interprétation.* — Par une convention du 28 Juillet 1873, écrite sur un carnet à souche L. Jolidon s'engageait « à livrer à Alb. Kenel pour le 31 Janvier 1874 soit 30 cartons de montres, par mois, 18 et 19 lignes, argent..... etc... à fr. 79 par carton, valeur à chaque fin du mois prochain de la livraison ». Un double de cette convention fut remis à Jolidon, mais il n'était pas dans les mêmes termes que celui ci-dessus, en ce que notamment il n'était pas explicitement mentionné que Jolidon devait livrer trente cartons par mois et ce jusqu'à fin Janvier 1874. Jolidon ne fit pas la livraison de Août 1873; il fut alors actionné en exécution de son marché et en dommages-intérêts. Dans sa défense il prétendit avoir signé en blanc la convention sur le carnet de Kenel et il déféra le serment à ce dernier sur ce fait; il déclarait en outre ne devoir en tout que 30 cartons à livrer jusqu'à fin Janvier. La Cour, confirmant le jugement de première instance donna gain de cause au demandeur Kenel et lui adjugea ses conclusions.

*Motifs :*

1. que Jolidon ne conteste point le fait d'une convention intervenue entre lui et Kenel le 28 Juillet 1873,

2. qu'il reconnaît de même avoir signé la déclaration produite à l'appui de la demande, déclaration dont la force probante, vu le caractère commercial du contrat, n'est pas subordonnée à l'accomplissement des formalités requises par l'art. 1325 C. civ.,

3. que l'engagement énoncé dans cet acte porte, non sur une livraison unique, mais sur six livraisons consécutives comprenant chacune trente cartons de montres, à effectuer mois par mois, du 1<sup>er</sup> Août 1873 au 31 Janvier 1874,

4. que le serment du demandeur établit — ce qui ressort d'ailleurs de l'inspection du registre à souche et de la place qu'occupe la signature — que le corps de l'acte était entièrement écrit quand Jolidon a signé,

5. que la déclaration délivrée au demandeur par le défendeur forme titre contre ce dernier; que le but de cette déclaration était de fournir, le cas échéant, à Kenel le moyen de faire valoir les droits découlant pour lui du marché con-

clu; qu'elle prévaut donc dans l'espèce sur le double resté et la possession du défendeur, puisqu'il s'agit de déterminer l'étendue des obligations contractées par Jolidon, en sa qualité de vendeur, au profit de l'acheteur Kenel; que par son acceptation et sa signature Jolidon a virtuellement renoncé à invoquer la différence de rédaction des deux actes,

6. que s'il existait des doutes sur la portée réelle de l'engagement, ils disparaîtraient en présence des lettres du 30 Juillet et du 5 Août 1873, lesquelles démontrent que, de l'aveu du défendeur, la convention était faite pour six mois,

7. que, nonobstant la mise en demeure du 1<sup>er</sup> Septembre 1873, Jolidon n'a pas effectué la livraison du premier mois; qu'il est dû, à raison de ce défaut d'exécution, des dommages-intérêts au demandeur; que toutefois la procédure ne révèle pas d'autre préjudice appréciable que la perte évaluée à fr. 5 par Carton, résultant de l'augmentation de prix de la marchandise vendue. (Louis Jolidon contre Alb. Kenel; 13 Mars.)

8. \* *Opposition à liquidation. — Inobservation des délais. — Exception péremptoire.* — Au moment de la distribution des deniers dans la masse Kierner, soit le 1<sup>er</sup> Octobre 1869, la banque cantonale neuchâteloise forma opposition à cette distribution entre les mains des syndics de la faillite. Ceux-ci pour activer la solution de cette liquidation provoquèrent même l'opposante à la demande; mais au lieu de porter l'instance en redressement devant le Tribunal consulaire, la banque neuchâteloise actionna devant le juge, d'après la procédure bernoise, tous les créanciers intéressés. Cette procédure fut traînée en longueur à coups d'incidents. Dans leur défense les créanciers soulevèrent une exception péremptoire, basée sur ce que les délais du code de procédure bernois n'avaient pas été observés. La Cour adjugea aux défendeurs leurs conclusions péremptoires ou en non recevabilité de l'opposition,

*Motifs :*

1. . . . .
2. que néanmoins obstruction faite de ce point matériel, l'exception péremptoire le trouve fondée,
3. qu'en effet, après son opposition du 1<sup>er</sup> Octobre 1869, notifiée au juge commissaire et aux syndics, la demanderesse a déserté la voie de la procédure française qu'elle avait d'abord entamée et à laquelle elle avait été subséquemment provoquée,

pour suivre les errements de la procédure bernoise en matière d'opposition,

4. que dans ces circonstances elle était tenue d'observer les dispositions du code bernois dans toute leur rigueur,

5. que les art. 594 et 541 du dit code sont formels et qu'ils exigent que l'assignation soit donnée dans les quatorze jours à partir de celui de l'opposition,

6. que la première assignation sur opposition de la part de la demanderesse n'a été notifiée aux intéressés que du 24 au 30 Novembre 1869,

7. que par conséquent l'opposition n'est plus recevable en la forme. (Banque cantonale neuchâteloise contre banque fédérale et consorts; 19 Mars.)

#### Avril, Mai, Juin, Juillet 1874.

9. *Opposition à poursuites. — Prise à partie.* — Un débiteur poursuivi jusqu'à la saisie fit citer le créancier devant le juge pour voir casser la publication de vente. Il offrait de prouver par quittance, que la somme réclamée n'était plus due et il produisait une copie de la quittance, requérant en même temps du juge un nouveau terme pour la production de l'original qui se trouvait en mains tierces et un sursis à la vente annoncée. Le juge fit droit à cette requête, sur quoi il y eût prise à partie. La Cour rejeta ce pourvoi, par la raison que l'art. 453 C. pr. civ. ne devait pas être entendu dans un sens tellement restreint qu'il serait enlevé au juge tout droit de renvoyer une affaire à un nouveau terme si les circonstances l'exigent. (Prise à partie Gasser contre Bachmann; 4 Avril.)

10. *Legs. — Etendue.* — Le legs d'une maison avec tout ce qui s'y trouve (ununtersucht) ne comprend pas les créances et autres droits actifs dont les titres peuvent se trouver dans la dite maison; ces titres ne doivent pas être confondus avec la créance elle-même; il pourrait peut-être en être autrement, en droit bernois s'il s'agissait de l'argent comptant et des titres au porteur. (Dan. Tschantré contre Joh. Tschantré et consorts; 17 Avril.)

11. *Arrêt de Cour d'assises. — Cassation.* — Il y a fausse application de la loi pénale lorsque le verdict du jury prononçant la non culpabilité de l'auteur principal dans une banqueroute frauduleuse, on condamne néanmoins à une peine celui qui n'est accusé que de complicité. Il y a fausse appli-

cation de la loi civile lorsque le caractère de fraude reproché à un acte n'ayant pas été affirmé par le jury, cet acte est cependant annulé dans ses conséquences civiles. Dans ces divers cas la Cour de cassation redresse elle-même l'arrêt attaqué et statue directement. (Demande en cassation de Sam. Messerli et consorts; 1<sup>er</sup> Mai.)

12. *Vente forcée. — Cahier des charges. — Mise sur le bloc.* — Lorsqu'à l'occasion d'une vente forcée de divers immeubles, le greffier a mentionné dans le cahier des charges qu'après l'adjudication par parcelles le bloc est réservé et qu'il y a eu mise sur le bloc, ce mode de procéder fait règle en cas de surenchère, en ce sens que la nouvelle vente se poursuivant d'après le cahier de l'adjudication préparatoire on ne peut revenir à la vente en détail dès qu'il y a une mise sur le bloc. L'inobservation de cette clause donne lieu à un pourvoi en cassation et la vente partielle doit être annulée. (Ruf contre greffier de Laufon: 9 Mai.)

13. Il est inadmissible de cumuler, sur les mêmes faits, la procédure en manifestation et celle en preuve à futur, tant à cause de la nature de ces deux moyens de procédure qu'aux fins d'éviter la confusion. (J. Schär contre veuve Schär; 29 Mai.)

14. *Marché par un fils mineur. — Validité d'après les circonstances.* — Le fait que l'acheteur d'une pièce de bétail était mineur d'âge lors du marché ne dispense pas ce co-contractant de l'obligation de tenir ses engagements du moment qu'il certain et établi qu'il faisait le commerce de bétail pour son propre compte, au su et au vu de son père, que celui-ci l'a même cautionné dans les actes de son commerce, qu'il ressort des circonstances qu'en général ce père était consentant aux opérations commerciales de son fils et que l'état de minorité a été caché au demandeur avec lequel le marché a été passé. (Christian Bachmann fils contre Fr. Wenger; 4 Juin.)

15. *Demande en provocation.* — Une exception dilatoire, opposée à une demande en provocation n'a pas de raison d'être; elle se confond en général avec la provocation elle-même et ne peut être qu'un débouté de cette dernière. (Joh. Weber contre Jac. Weber; 11 Juin.)

16. *Marchandise avariée. — Responsabilité.* — La société de chemin de fer qui n'a accepté la marchandise avariée, qu'en réservant ses droits et après qu'un fondé de pouvoirs du

destinataire lui a remis une nouvelle lettre de voiture, n'est pas responsable à l'égard de ce destinataire des dégâts constatés à l'arrivée de cette marchandise; c'est à la gare intermédiaire que les avaries auraient dû être régulièrement reconnues. (Hubler et Schafroth contre central suisse; 19 Juin.)

17 \* *Dette commerciale. — Cession de biens du débiteur.* — L'état de cession de biens du débiteur ne le dispense pas de ses obligations envers une caution qui a payé à sa décharge le montant d'une dette commerciale et cette caution peut toujours poursuivre devant le tribunal consulaire la reconnaissance de la dette.

*Motifs :*

1. que la dette n'est au fond ni contesté ni contestable,  
2. que d'après l'engagement pris dans l'acte de crédit, cette dette est d'une nature commerciale et que partant, le défendeur est justiciable des tribunaux consulaires,

3. qu'il est indifférent de rechercher si la cession de biens prononcée contre Flaig en 1868 était en matière civile ou commerciale, puisque dans l'un et l'autre cas le créancier ne perd pas son droit d'actionner son débiteur en justice, pour faire reconnaître sa réclamation et que cette action est recevable en la forme,

4. que l'art. 599 C. pr. civ. bern. n'est donc pas applicable au cas particulier et que rien ne prouve que la dette réclamée ait été admise ou payée lors de la liquidation de la cession de biens. (Constantin Flaig contre hoirie Méroz; 19 Juin.)

18. \* *Tribunal consulaire. — Exception fori-déclinatoire.* — Le tribunal du domicile du débiteur d'un effet de commerce est aussi celui compétent pour connaître de la contestation à l'égard de l'endosseur.

*Motifs :*

1. qu'il ressort des faits consignés au protocole du 9 Décembre 1873 à l'appui de l'exception fori-déclinatoire, que le défendeur Boy-de-la-Tour, lors des débats de l'instance, ne contestait point en principe la juridiction consulaire, mais se bornait à dénier *ratione personæ*, la compétence spéciale du tribunal de Porrentruy,

2. que s'il avait entendu se prévaloir de ce que les tribunaux de commerce, comme tels, étaient incompétents dans



l'espèce, il aurait dû le déclarer expressément et poser en fait l'existence des deux conditions prévues par l'art. 636 C. de C. —; qu'aucune allégation n'a été formulée en ce sens; que par là même, le demandeur n'a pu ni alléguer ni prouver le contraire et que la partie appelante est non recevable à transformer aujourd'hui la nature de son exception,

3. que Prudat souscripteur du billet à ordre protesté, est domicilié dans le district de Porrentruy; qu'ainsi le porteur était en droit d'assigner collectivement devant le tribunal de Porrentruy tous les signataires (art. 164, 187 C. de C. et 420 C. de p. civ fr.,

4. que le défendeur ne méconnaît pas sa signature et que la question de savoir si cet endossement en blanc légitime ou non le recours exercé contre lui rentre dans l'examen du fond. (Alf. Boy-de-la-Tour contre Joseph Quéloz; 2 Juillet.)

19. *Autorité tutélaire. — Responsabilité.* — Les décisions du Conseil-exécutif, en matière de tutelle et lorsqu'il s'agit d'une question touchant à des droits et intérêts civils, n'est pas obligatoire pour les tribunaux et ceux-ci doivent toujours examiner au point de vue matériel le bien fondé d'une action en responsabilité et la vider d'après les dispositions de la loi. (Commune d'Herblingen contre autorité tutélaire de Schönthal; 3 Juillet.)

~~~~~

## Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung des Kantons Solothurn. \*)

1872 und 1873.

- 1) Die Erfüllung einer gemischten Bedingung wird fingirt, wenn der bedingt Berechtigte Alles gethan hat, um die Bedingung zu erfüllen, durch äussere Umstände aber die wirkliche Erfüllung der Bedingung vereitelt wurde.

Wiß gegen Wigier.  
(28. August 1872.)

Der Sohn des Impetranten Wiß schuldete an Wigier laut Handschrift Fr. 505. 45 Cts. Er wurde dafür betrieben und unterm 29. September 1870 zum Geltstag erkannt.

\*) Mitgetheilt von Herrn Fürsprecher Oscar Munzinger in Solothurn.

In Folge dessen stellte sein Vater dem Impetraten Wigier einen auf 1. Januar 1871 fälligen Wechsel im Betrage von Fr. 100 aus, unter der Bedingung, daß dieser Betrag von der Schuld des Sohnes abgerechnet und die Auskündung des bezüglichen Geltstages um 14 Tage verschoben werde. Er wolle innert dieser Frist die nöthigen Schritte thun, um wo möglich den Geltstag seines Sohnes abzuwenden.

Wigier ging auf diesen Vorschlag ein und beauftragte seinen Bevollmächtigten, dem Sohne des Impetranten 14 Tage Aufschub zu gewähren. Nichtsdestoweniger wurde der Geltstag desselben schon 2 Tage später, den 15. Oktober 1870 ausgekündet, weil, wie Wigier behauptete, noch 12 andere Betreibungen gegen ihn im Gange waren.

Am 3. Februar 1871 löste Wiß seinen Wechsel ein, forderte dann aber den bezahlten Betrag von Fr. 100 zurück, weil die Bedingung, unter welcher er am 13. Oktober 1870 den Wechsel ausgestellt habe, nicht erfüllt worden sei.

Wiß wurde mit seiner Forderung erstinstanzlich abgewiesen und erklärte Appellation gegen den amtsgerichtlichen Spruch wegen Gesetzesverletzung (987, 988 C.-G.). Allein auch vor Obergericht wurde er abgewiesen und zwar gestützt auf folgende

#### M o t i v e :

In Betracht nach den §§ 987 und 988 allerdings eine unter einer Bedingung eingegangene Verbindlichkeit von der Erfüllung der erstern abhängt,

J. B. jedoch das amtsgerichtliche Urtheil in thatsächlicher Beziehung auf der Annahme beruht, daß die Auskündung des Geltstages des Sohnes des Appellanten im Kanton Bern erfolgt sei, weil von andern Creditoren außer Herrn Wigier Betreibungen gegen ihn im Gange waren, so daß es nicht von Herrn Wigier abhing, ob die Geltstagsexekution erfolgen sollte oder nicht,

J. B. bei Annahme dieses Thatbestandes eine Verletzung der allegirten Gesetzesstellen nicht vorliegt.

**A n m e r k u n g.** Die hier in Frage stehende Bedingung, unter welcher Herr Wiß seine Wechselverpflichtung einging, ist keine reine potestative, sondern eine gemischte Bedingung (*conditio mixta*), denn die Erfüllung derselben hing nur zum Theil von dem Willen des bedingt Berechtigten, zum Theil aber auch von äußern Umständen ab. Fehlen diese äußern Umstände, so ist die Bedingung nicht erfüllt, auch wenn der bedingt Berech-

tigte Alles thut, was an ihm liegt, um die Erfüllung der Bedingung zu bewirken. Allerdings herrscht nach gemeinem Rechte Streit darüber, ob und in welchem Umfange bei einer solchen gemischten Bedingung die Erfüllung derselben fingirt werden könne, wenn nur der Wille des bedingt Berechtigten klar vorliegt, obgleich jene äußern Umstände, die zur eigentlichen Erfüllung der Bedingung noch nothwendig wären, nicht eingetreten sind. Um aber eine solche Fiction auch in Solothurn zur Anwendung bringen zu dürfen, müßte vor Allem eine gesetzliche Bestimmung existiren, welche diese Ausnahme von der Regel vorsieht. Eine solche Bestimmung aber ist in unserm Gesetzbuche nicht zu finden, und deßhalb glaube ich, auch eine gemischte Bedingung müsse bei uns in allen Theilen erfüllt sein, damit der bedingt Berechtigte dadurch in den Genuß des vollen Rechtes gelangen könne, und durch Fiction eine nur theilweise in Erfüllung gegangene Bedingung als erfüllt anzusehen, widerspreche dem solothurnischen Rechte. § 987 C. G. B. stellt einfach den allgemeinen Grundsatz auf, daß eine Verbindlichkeit, die von einer Bedingung abhängig sei, erst durch die Erfüllung dieser letztern vollgültig werde; von einer möglicherweise fingirten Erfüllung ist nirgends die Rede.

**2) In einem Geltstage können nur solche Forderungen eingegeben werden, die schon vor der Austündung des Geltstages bestanden haben.**

Jngold gegen Brofi.  
(27. Juni 1872.)

Unterm 11. November 1870 cedirte Jngold seinem Gläubiger Brofi eine Handschrift, welche auf ihn selbst als Creditor und auf L. als Schuldner handelte. In der Folge fielen der Schuldner und mit ihm beinahe zu gleicher Zeit seine drei Bürgen in Geltstag. Der Schuldner unter'm 4. Oktober 1871 und von den Bürgen der eine den 12., der andere den 21. und der dritte den 30. gleichen Monats. Ebenso wurden die Nachschläge kurz nacheinander abgehalten, derjenige des Schuldners am 9. April 1871 und diejenigen der Bürgen am 10., 11. und 14. dieses Monats.

Brofi, als nunmehriger Handschriftsgläubiger, gab seine Forderung im Geltstag des Schuldners ein mit Angabe der Bürgen, sowie des Währschaft tragenden Cedenten der Hand-

schrift. Als dann aber seine Forderung nebst Zins und Kosten in Verlust fiel, belangte er Ingold als Cedenten und Währschaftsträger für dieselbe, und hob gegen ihn die gerichtliche Vertreibung an. Dieser erklärte Unkenntlichkeit der Forderung gegenüber und zwar gestützt auf die Behauptung, es habe Brofi unterlassen, auch in die Geltstage der Bürgen seine Eingaben zu machen, wozu er verpflichtet gewesen wäre. Aus dieser Unterlassung aber sei ihm selbst ein Schaden erwachsen.

Das Betreibungsrecht wurde Brofi in beiden Instanzen zugesprochen.

M o t i v e :

In Betracht nach § 1345 C.G.B. der Gläubiger den Bürgen erst dann in Anspruch nehmen kann, wenn er aus dem Geltstage des Schuldners eine Verlustbescheinigung resp. den definitiven Verlust nachweisen kann, welcher Zeitpunkt mit der Verpflegung des Nachschlages eintritt,

J. B. der Nachschlag über den Schuldner L. den 9. April 1872 abgehalten wurde und somit von da an für den Betrag des Verlustes das Forderungsrecht des Gläubigers an den drei Bürgen und diesem entsprechend die Schuld dieser Bürgen datirt,

J. B. in einem Geltstage sowohl während der ordentlichen Eingabefrist als auch nachträglich nur solche Forderungen eingegeben werden können, die schon vor der Auskündung des Geltstags bestanden haben (§§ 1587 und 1679), die Geltstage der Bürgen schon im Monat Oktober 1871 ausgekündet wurden, somit der Handschriftsgläubiger zu einer Eingabe in diese Geltstage nicht berechtigt war.

- 3) **Hat ein Käufer in Folge eines Irrthums des Verkäufers eine bessere Qualität Waare erhalten, als diejenige, die er bestellt hat, so ist er nicht gehalten, auch wenn er unterlassen hat, den Verkäufer davon in Kenntniß zu setzen, die noch unberührte Waare zu behalten und den Mehrwerth nachzubezahlen.**

Bloch gegen Vogt.

(10. Juli 1872.)

Impetrat Vogt machte im Monat Mai 1871 bei Bloch eine Bestellung von 150 Maaß weißem Wein zu 60 Rp. die

Maaf, welche Bestellung mit der zugesendeten Factur vom 24. Mai und der von Bloch ausgestellten Tratte vom 26. Juli 1871 übereinstimmt und richtig zu Fr. 90 berechnet worden ist. Vogt bezahlte diesen Betrag, erhielt aber unterm 11. Juli 1871 durch Vermittlung eines Commissionärs in Verrières irrthümlicher Weise statt des weißen Weines 150 Maaf rothen Wein. Als Bloch diesen Irrthum erfahren hatte, forderte er nachträglich unterm 9. August 1871 eine Preisdifferenz von 50 Rp. per Maaf nach. Vogt verweigerte diese Zahlung, hingegen stellte er dem Bloch frei, den noch unberührt vorhandenen Wein zurückzunehmen.

Das Obergericht bestätigte das amtsgerichtliche Urtheil mit folgenden

#### Motiven:

§ 1073 C.-G.-B., auf welchen Bloch sich stützt und welcher durch das amtsgerichtliche Urtheil verletzt worden sein soll, kann hierorts nicht Anwendung finden, indem derselbe von dem Falle handelt, wo der Käufer und Empfänger einer Waare dieselbe wegen Mangelhaftigkeit nicht behalten will. Da ist er allerdings verpflichtet, den Verkäufer innert 14 Tagen von der Ankunft der Waare an davon in Kenntniß zu setzen und die Waare zurückzugeben oder zur Verfügung zu stellen. Im vorliegenden Falle jedoch ist Vogt bereit, den fraglichen Wein um den verabredeten, bereits bezahlten Kaufpreis zu behalten. Er hat es Bloch frei gestellt, denselben gegen Vergütung des erhaltenen Preises zurückzunehmen.

Unter diesen Umständen kann Bloch den Impetraten für den ihm durch Verschulden seines Commissionärs entstandenen Schaden nicht haftbar machen.

(Schluß folgt.)

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band X.

Nr. 8 u. 9.

Februar und März 1875.

---

**Inhalt:** Coup d'œil biographique sur quelques jurisprudences du XVI<sup>m</sup> siècle, etc., pag. 225. — Uebersicht der oberger. Rechtspflege des Kts. Bern, S. 251. — Aus der oberger. Rechtspflege des Kts. Solothurn (Schluß), S. 267. — Oberger. Rechtspflege des Kts. Aargau, S. 273. — Literarisches, S. 284.

---

Coup d'œil biographique sur quelques jurisconsultes français du XVI<sup>m</sup> siècle  
**DUMOULIN — son rôle en suisse — CUJAS.**

### Conférence

faite dans la salle du Grand-Conseil le 15 décembre 1874

par

**CHARLES APPLETON**

Professeur de droit français à l'Université de Berne.

### Sources.

Vita Molinœi, en tête de ses ouvrages, édition de 1658. Paris. — Nouvelle biographie générale de Firmin Didot. — Biographie universelle ancienne et moderne. — Nouveau dictionnaire historique, Caen 1786. — Moreri, dictionnaire historique. — Bayle, dictionnaire historique et critique. — Papyre-Masson, Vita Cujacii. — Défense de Messire Charles du Molin par Maître Simon Challudre (anagramme de *Charles du Molin*). — Copie des articles présentés par Maître Charles du Molin contre les ministres de la religion prétendue réformée de son temps pour en faire informer. — Opera Molinœi, édition précitée. III. — Copie de l'information faite à la requête de Maître Charles du Molin (id.) etc. etc.

*Mesdames et Messieurs!*

Quand on prend un volume de lois et qu'on en parcourt le contenu, une idée toute naturelle se présente à l'esprit. On se demande involontairement comment on s'y est pris pour régler d'une manière si minutieuse chacun des actes de notre vie, nos rapports avec nos semblables, nos obligations et nos droits? A cette question on est tout d'abord tenté de faire une réponse bien facile. Un beau jour les mandataires d'une nation se seront rassemblés, ils auront nommé une commission, discuté, modifié, et enfin voté le texte des lois qu'ils voulaient donner à leur patrie. Mais si l'on y réfléchit davantage, si l'on étudie, on finit par se convaincre que ce procédé si simple n'aurait pas été possible dans tous les temps. Pour faire de bonnes lois, il faut que le terrain ait été déblayé longtemps à l'avance par les mœurs, la pratique et les travaux des savants. Ceux que nous serions tentés de prendre pour de nouveaux Lycurgues, tirant de leur cerveau une législation bâtie de toutes pièces, n'ont fait en réalité que travailler sur une matière depuis longtemps préparée par leurs devanciers. En un mot, dans aucun pays moderne, le grand édifice des lois, et surtout des lois civiles, n'a été l'œuvre d'un homme, d'une assemblée, d'une génération, ni même d'un siècle.

Dans ce travail de lente formation de nos législations contemporaines, on distingue, surtout en France, trois périodes assez bien marquées. Dans la première, nous ne voyons guère de légistes proprement dits. Et comment en trouverions-nous, il n'y a pas encore de lois écrites; les vieilles coutumes se transmettent par la tradition orale, elles se développent à mesure que se multiplient les rapports sociaux et que la civilisation avance; elles prennent enfin assez de précision et de netteté pour pouvoir être mises par écrit, mais quel chaos! quelle diversité! quelle

incertitude! C'est alors que commence la seconde période et qu'à cet œuvre à peine ébauchée viennent travailler de nouveaux ouvriers. Les légistes sont les rois du siècle. Libres des entraves qui nous enchaînent aujourd'hui dans les strictes limites d'un texte de loi dont chaque mot a son importance et sa signification précise, ils ont mille lacunes à combler, mille imperfections à corriger, mille contradictions à résoudre. Réunissant dans une puissante synthèse les principes épars çà et là, ils en forment un corps de droit qui, perfectionné sans cesse, retouché et renouvelé par leurs successeurs, devient la source féconde où puisent ensuite à pleines mains les monarques ou les les assemblées, pour leurs ordonnances, ou pour leurs lois. Alors s'ouvrira la troisième période, la période de codification, de condensation, où nous sommes entrés depuis le commencement de ce siècle.

C'est sur la seconde période, sur l'ère des jurisconsultes, que nous nous proposons de jeter aujourd'hui un coup d'œil. Ce n'est pas de leurs travaux cependant que nous voudrions surtout vous entretenir, mais de leur vie, de leurs mœurs, de leur caractère, de leurs passions. Cette étude intime de l'homme nous révélera sûrement l'esprit de son œuvre; les mœurs nous expliqueront les doctrines, et, comme il arrive souvent, la vie privée sera ici la clef de la vie publique.

Dumoulin, Cujas, voilà de bien grands noms! Ils furent le droit vivant de leur époque et dominèrent tout le monde savant. Dans les universités allemandes au 17<sup>me</sup> siècle, les professeurs en chaire ne citaient point le grand Cujas sans porter la main à leur bonnet de docteur!

Celui qui se présente le premier devant nous, c'est Charles Dumoulin, né à Paris en 1500, la première année de ce siècle fameux, où devait éclater la réforme. Sa famille ancienne et noble prétendait quelque parenté éloignée avec la reine d'Angleterre. On dit qu'un jour Montmorency, vantant devant Elisabeth la science du jurisconsulte qui



remplissait l'Europe entière de sa colossale renommée, celle-ci lui répondit : « Il ne saurait être sans mérite, puisqu'il est notre parent ! » Toutefois, malgré cette fière réponse, il est permis de croire qu'il ne suffit pas de toucher au trône pour avoir du talent et que le génie de notre grand juriste ne tenait pas aux quelques gouttes de sang illustre qu'il pouvait avoir dans les veines. Il n'en parla jamais du reste.

Dumoulin, avocat à 22 ans, plaïda quelque temps à Paris, mais avec un succès médiocre. Un bégaiement assez prononcé obscurcissait l'éclat d'un mérite déjà vanté par ses confrères qui le voyaient dans l'intimité, mais encore peu connu des magistrats. Le Président de Thou, agacé plus que de raison par cette élocution désagréable, s'emporta un jour jusqu'à lui dire : « Taisez-vous donc, vous n'êtes qu'un ignorant ! » L'apostrophe était rude, injuste : mais j'en appelle aux magistrats ! Que celui-là lui jette la première pierre qui, après plusieurs heures de fastidieuses, d'interminables plaidoïeries, n'a pas murmuré quelque chose de semblable et maudit en son cœur l'interminable prolixité des avocats. Toutefois l'injure ne pouvait rester impunie, et le barreau de Paris, uni par cette admirable esprit de corps qui subsiste même de nos jours, prit fait et cause pour l'avocat outragé et par l'organe de son bâtonnier fit porter au trop irascible président ces paroles sévères : « Que pensez-vous avoir fait en blessant Dumoulin ? Vous avez outragé un homme plus savant que vous ne pourrez jamais le devenir ! » Combien de Magistrats auraient cru s'abaisser en confessant leur faute, combien confondent la morgue avec la véritable dignité ? (Je parle des magistrats d'autrefois bien entendu.) Mais de Thou était un grand esprit, il reconnut son tort et s'excusa de son emportement.

Cependant Dumoulin, renonçant au barreau, consacra désormais tout son temps à l'étude et à la composition de ses grands ouvrages. Enfermé dans son cabinet, il y restait, oublieux du temps qui fuyait, jusqu'à ce que, vers

quatre heure du soir, sa femme, noble compagne d'une vie bien remplie, vint l'expulser doucement du sanctuaire de ses chères études, lui rappelant qu'il avait des enfants, une famille, qui ne se nourrissait pas uniquement de science; qu'au Palais de justice l'attendait la foule de ses clients et de ses confrères, avides à recueillir les consultations qu'il rendait sans hésiter jamais un seul instant, avec la sûreté d'un oracle antique, mais heureusement avec plus de clarté!

L'on se demande parfois si ces hommes du 16<sup>m</sup>e siècle n'étaient pas d'une autre race que nous autres, quand on considère l'effroyable labeur dont ils étaient capables. Leurs gigantesques in-folios, remplis d'une érudition inouïe, font plier sous leur poids énorme les rayons de nos bibliothèques. La vie est courte; où donc ont-ils su prendre le temps nécessaire à ces immenses travaux? Leur grand secret était de n'en point perdre: On dit aujourd'hui que le temps, c'est de l'argent; on pensait autrefois que le temps, c'était de la science, et l'on faisait bien plus de cas de l'une que de l'autre! Dumoulin fut si avare de ses moments que, bien qu'il fut alors de mode de porter une barbe longue et touffue, il fit raser la sienne pour ne point perdre de temps à la soigner.

Un autre savant dont le nom m'échappe et qui brilla vers la même époque vécut si renfermé qu'il était à peine connu de ses voisins; pendant dix ans on ne le vit pas franchir une seule fois le seuil de sa porte. Un jour pourtant il se montra à la population étonnée; Il interrompit ses travaux. Excusez-le, Mesdames; c'était pour se marier: mais, l'habitude était si forte que, la nuit venue, il ne pût s'empêcher de reprendre sur le temps du sommeil celui que la cérémonie lui avait fait perdre!

Quand on se sent la force de supporter de pareils labeurs, on peut se dire qu'on n'a pas besoin de fortune: Dumoulin le pensa. Il se dépouilla de tous ses biens au profit d'un frère ingrat, qui bientôt abusa de ses dons.

Le grand jurisconsulte croyait alors qu'adonné tout entier à l'étude, il ne se marierait jamais. Mais il ne faut jurer de rien, et quand Dumoulin marié sentit l'affection paternelle se faire jour dans son être, il songea à reprendre son imprudente libéralité. Quoique la loi fut muette, sa prodigieuse érudition lui en fournit les moyens. Ce fut en invoquant un texte de droit Romain devenu célèbre<sup>1)</sup> qu'il parvint à recouvrer son bien. La science reconnaît aujourd'hui qu'on eut tort de généraliser une loi qui ne s'appliquait qu'à une hypothèse spéciale; mais si la solution n'était pas Romaine, elle n'en fut pas moins équitable et philosophique. L'affection que tout homme porte à ses enfants a quelque chose de si profond, qu'avant d'avoir éprouvé ce sentiment puissant, on ne peut s'en faire aucune idée. Dès-lors, le législateur ne saurait sanctionner irrévocablement une disposition imprudente et qui deviendrait, pour le donateur, la source de regrets cuisants. Il doit se montrer plus sage que l'homme, et quand celui-ci, ignorant encore les tendresses de l'amour paternel, a donné sans réserve, la loi doit, d'office, introduire dans l'acte cette condition tacite, que la donation sera révoquée, s'il survient des enfants au donateur. L'autorité de Dumoulin était si grande qu'elle entraîna la jurisprudence, et cette heureuse erreur, fruit d'une interprétation trop extensive, a passé dans nos codes.<sup>2)</sup>

Ainsi l'influence de ce grand jurisconsulte subsiste encore de nos jours. Rien ne peut donner une idée du crédit sans bornes dont il jouissait. Ses décisions, dit un contemporain, avaient plus d'autorité dans le Palais que les arrêts des parlements. De toute part il était consulté, et presque jamais l'on ne s'écartait de ses réponses dans les tribunaux tant civils qu'ecclésiastiques. Il était en effet

---

<sup>1)</sup> L. 8. Si unquam Cod. de. Rev. donat.

<sup>2)</sup> L'arrêt rendu par le parlement de Paris au profit de Charles du Molin contre son frère Ferry du Molin est du 12 avril 1551.

aussi versé dans la connaissance du droit canonique, la plus difficile peut-être de toutes les sciences, que dans celle du droit civil. La théologie n'avait point de secrets pour lui, et par suite aucun des grands problèmes que souleva le 16<sup>m</sup>e siècle ne lui fut étranger. Nous n'aurions pas de cette grande figure une idée exacte ni complète, si nous passions sous silence le rôle important qu'il joua dans la lutte religieuse qui agitait alors l'Europe. Ce n'est pas la période la moins curieuse de l'existence du grand jurisconsulte et les biographes ne nous en apprennent que peu de chose. Permettez-moi de vous soumettre le résultat de mes recherches sur ce sujet. Loin de moi la pensée de prendre ici parti pour l'une ou l'autre des opinions qui partageaient alors les esprits; mon but n'est pas d'apprécier les doctrines, mais de raconter les faits, et sûr de rester fidèle à ce rôle de narrateur scrupuleux et désintéressé, j'aborde avec confiance cette portion si intéressante de la vie de Dumoulin.

C'était une âme droite, que les abus révoltaient. Ils étaient grands au seizième siècle, et comme l'a dit un historien, tout n'était que ruse, violence, cruauté, cupidité effrénée. L'Eglise avait subi l'influence de la corruption de l'époque, les règles les plus salutaires du droit canonique étaient sans cesse éludées par la fraude ou violés par la simonie, c'est-à-dire que les fonctions ecclésiastiques, pourvues de revenus immenses, étaient souvent données, non pas au plus digne, mais au plus offrant. En l'année 1550, intervint un édit de Henri II, destiné à corriger plusieurs abus en matière bénéficiale.

Le Commentaire de cet édit<sup>1)</sup>, que Dumoulin fit paraître l'année suivante avait une portée beaucoup plus étendue. Il y agitait avec sa véhémence habituelle quelques-unes des questions brûlantes de l'époque et parfois les

---

<sup>1)</sup> Commentarius ad edictum Henrici II contra parvas datas et abusus Curiae Romanæ.

resolvait hardiment en faveur de la réforme. Cet ouvrage fut vu avec faveur par la cour de France: Quoique l'auteur ne se fut pas borné au strict commentaire de l'Edit, elle ne pouvait guère reprocher ses digressions théologiques à l'avocat qui défendait si chaleureusement sa cause, et appuyait en définitive une Ordonnance royale de si vigoureux arguments. D'un autre côté elle n'était pas fâchée de donner quelques inquiétudes à la Cour de Rome, qu'elle trouvait beaucoup trop dévouée à la politique de Charles-Quint, afin de la forcer à garder entre les deux puissances rivales, le roi et l'empereur, une parfaite neutralité. Cette politique réussit à souhait, et Montmorency put dire en présentant au roi Dumoulin et son ouvrage: « Sire, ce que Votre  
« Majesté n'a pu faire avec trente mille soldats. Ce petit  
« homme vient de l'accomplir avec son petit livre. » Malheureusement pour notre héros le roi, son protecteur, allait partir pour l'armée, et d'ailleurs, il ne faut pas l'oublier, la politique intérieure de la France était à cette époque tout l'opposé de sa politique extérieure.

Au dehors, alliée fidèle des princes Luthériens qu'elle soutenait contre l'empereur Charles-Quint, la Cour de France n'en poursuivait pas moins les réformés à l'intérieur; des édits fort sévères avaient été portés contre eux, et encore aggravés par Henri II celui-là même qui accueillait si bien Charles Dumoulin et son ouvrage.

Le Commentaire sur l'*Edit des petites dates* fut jugé manifestement hérétique à ce point de vue, censuré par la Sorbonne, et l'auteur n'échappa que par une fuite rapide à la populace ameutée contre lui. Sa maison fut livrée au pillage pendant que lui-même marchait sur la route de l'exil, d'un exil qui devait durer cinq ans!

Où pensez-vous que nous allons le retrouver, Messieurs? C'est ici, c'est en Suisse, mêlé à toutes les discussions théologiques de l'époque. <sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> Défense de Messire Charles du Molin.

C'est d'abord à Bâle que nous le voyons reparaître au mois de juillet 1552. Les magistrats de la ville l'accueillent les bras ouverts, essayent de le retenir en lui proposant dans leur Université la place la plus honorable. Mais il ne put accepter ces offres flatteuses, il avait reçu avis du retour du roi, il allait plaider sa cause devant lui, et, comme la Lorraine dévastée par la guerre n'offrait pas une route bien sûre, il prit le chemin le plus long, celui de Lausanne et de Genève.

Là aussi on essaya, mais en vain, de le retenir. Les disciples de Calvin voyaient en lui, sinon un corréligionnaire déclaré, du moins un allié précieux qu'il importait d'attacher définitivement à leur cause.

Le séjour de Dumoulin en France ne fut pas de longue durée; forcé de fuir une seconde fois sa patrie, nous le retrouvons quelques mois après à Lausanne et à Neuchâtel. C'est là qu'il soutint contre Guillaume Farel une controverse pleine de courtoisie où, si les deux adversaires, également honnêtes, savants et convaincus, ne réussirent pas à se persuader l'un l'autre, ils parvinrent du moins à s'inspirer une mutuelle estime.

Dumoulin avait été moins heureux à Lausanne avec Théodore de Bèze; la discussion prit un caractère d'aigreur, premier symptôme de la rupture qui devait éclater plus tard. Citons encore l'excursion assez malencontreuse qu'il fit à Genève, où il était appelé par quelques affaires, pendant l'hiver de 1552—1553. Son peu d'assiduité aux prêches lui coûta des désagrèments: il fut traduit devant les ministres, où la liberté de ses opinions et de sa parole aurait pu avoir pour lui des suites inquiétantes, si Calvin lui-même s'interposant n'eut fait cesser toute poursuite.<sup>1)</sup> Dumoulin se hâta de quitter une ville où l'indépendance de sa pensée se trouvait si mal à l'aise. C'était le défaut du siècle, nulle part la véritable liberté n'était comprise,

---

<sup>1)</sup> Défense de Messire Charles du Molin.

et chacun se montrait dans ses opinions aussi exclusif que ses adversaires.

Il devait revoir encore une fois Calvin, car, ainsi que vous pourrez vous en convaincre, Messieurs, le grand jurisconsulte a eu quelque part à l'organisation religieuse de la Suisse au 16<sup>m</sup>e siècle. Ce fut lui qui, en qualité de conseiller des Seigneurs de Neuchâtel, présida dans cette ville un synode, où furent discutés les statuts que le grand réformateur de Genève était venu lui-même soumettre à l'assemblée, et dont plusieurs furent modifiés sur la proposition de Dumoulin. Dans un autre synode, opinant toujours pour la liberté des Eglises particulières dans les choses non essentielles, il réussit à persuader aux envoyés des *Seigneurs de Berne* de laisser Neuchâtel décider à sa guise certains détails, qu'ils auraient d'abord désiré voir régler selon les principes admis par la réformation bernoise.

Dans ces assemblées, l'irrésistible puissance de ses arguments lui fit acquérir une influence si grande que vingt-cinq pasteurs se déclarèrent prêts à le suivre et à devenir ses disciples. Toutefois il déclina des propositions si flatteuses, sa science favorite, le Droit, le réclamait tout entier. <sup>1)</sup>

Pour donner carrière à son penchant pour cette noble étude il n'avait qu'à choisir entre les propositions de la ville de Strasbourg et celles du Grand-Duc de Wurtemberg. Pendant un an il enseigna dans l'Université de Tubingue le droit et la théologie, puis, chassé par la peste qui s'y était déclarée <sup>2)</sup>, il revint à Strasbourg et finit par s'établir en Franche-Comté où, au milieu d'un concours

---

<sup>1)</sup> Défense de Messire Charles du Molin.

<sup>2)</sup> Défense de Messire Charles du Molin. On a prétendu que ses idées religieuses avaient déplu, qu'il ne s'était pas entendu avec ses collègues, etc. Dumoulin nous apprend lui-même la véritable cause de son départ.

immense et de l'applaudissement général, il donna des leçons à Dôle et à Besançon. Ce fut près de là, à Mont Belliard, qu'on lui apporta la décision prise à Berne<sup>1)</sup>, par laquelle 15 articles de la doctrine de Calvin étaient rejetés. Dumoulin donna publiquement à cette décision, son approbation, alors si recherchée, et ainsi cet acte, qui desina nettement les divergences entre la réformation Bernoise et celle de Genève, consacra en même temps la rupture désormais complète entre Dumoulin et les Calvinistes, qui ne lui pardonnèrent pas d'avoir appuyé de l'autorité de son nom une décision qui leur était défavorable.<sup>2)</sup>

Il avait toujours eu plus de penchant pour les principes de la confession d'Augsbourg. Il se trouvait précisément à Montbelliard au milieu de Luthériens et devait s'y croire en sûreté. Toutefois ils lui ménageaient une déception. Autant que personne ils prisait sa science et ses écrits, mais ils lui donnèrent de cette admiration une preuve bien singulière en prétendant le retenir de force et le contraindre à mettre sa plume à leur service. S'agissait-il d'une question religieuse ou d'une consultation sur des intérêts purement matériels? C'est un point qui n'est pas encore bien éclairci; pourtant les expressions dont se sert Dumoulin semblent bien confirmer la première hypothèse.<sup>3)</sup>

---

<sup>1)</sup> 3 Avril 1555.

<sup>2)</sup> Défense de Messire Charles du Molin.

<sup>3)</sup> Voyez le nouveau dictionnaire historique. Voyez aussi Vita Molinæi, où je relève le passage suivant:

„Ut nuper, inquit (Molinæus) in carceribus Montis Belligarden-  
„sium *Lutheranorum* frustra exprobrabam impiis illis et barbaris  
„officialibus qui me ad scribendum et consulendum pro libidine sua  
„adigere volebant.“ Voyez encore lettre de Dumoulin aux Magistrats  
de Besançon, 8 janvier 1856, il y parle de la mort de sa femme en  
ces termes: „Fidelissima conjux mea Ludovica Beldona abrepta est,  
„castissima, prudentissima, amantissima, quæ me a longis et iniquis  
„*Lutheranorum* carceribus omni alio humano auxilio-destitutum, eri-  
„puit . . .“



Quoiqu'il en soit, ses manuscrits lui furent enlevés, et l'ouvrage qu'il avait composé: « *de Muneribus et Honoribus* », où il traitait des fonctions du prince et de l'Etat, fut ainsi perdu pour nous. <sup>1)</sup> Inaccessible à la crainte autant qu'incorrupible, Dumoulin, plutôt que d'écrire une seule ligne contre sa conscience, eut préféré mourir. « *Potius mori volebam* » nous dit-il lui-même. Il sortit enfin de prison après cinq mois de captivité grâce aux démarches hardies de sa courageuse femme qui, brisée par tant d'émotions, succomba bientôt à la douleur d'une séparation qui durait déjà depuis quatre ans. <sup>2)</sup>

L'année suivante Dumoulin put enfin rentrer à Paris, mais ce fut un triste retour d'exil; il trouvait sa femme

---

Enfin rubrique de la cinquième leçon à Dôle (12 juin 1556). Ejusdem D. Caroli Molinæi, ab *injustis et barbaris carceribus Dei gratia et fidelissimæ uxoris ministerio liberati, in quibus odio justitiæ et veritatis* et Dolanæ professionis et *zeli hujusdem Molinæi in bonum publicum* et honesta studia, Montbelligardi proditoriè detrusus fuerat, et contra appellationem suam ad imperialem majestatem in durio rem Blamontis carcerem translatus, spoliatus et omni commercio *mensibus quinque* privatus.

<sup>1)</sup> Tractatum scripserat de Muneribus et Honoribus, in quo plene egerat de Functionibus Principis et Reip. quem magnis laboribus compositum, inquit, et in mundum redactum, paratumque editioni rapuerunt perfidi Montis Beligardi Officiales et me carceratum per *undecim menses*, spoliarunt (Vita Molinæi).

<sup>2)</sup> Voyez Vita Molinæi et l'avant dernière note.

Nous croyons que la captivité de Dumoulin ne dura que cinq mois et non pas onze comme le dit l'auteur de sa vie: La rubrique de la Quinta lectio Dolana nous donne le témoignage du captif lui-même: on n'est guère porté en pareil cas à se tromper en moins: enfin on ne saurait où prendre les onze mois de prison. Dumoulin quitte Tubingue à la fin de septembre 1554. Il reçoit en avril 1555 à Montbeliard la décision de Berne, et l'approuve publiquement: il était donc libre à cette époque. En octobre 1555 nous le trouvons à Strasbourg revenant de Cassel; enfin dans sa lettre du 8 janvier 1556 aux magistrats de Besançon il parle déjà de sa captivité qui a du dès-lors se placer entre les mois d'avril et d'octobre 1555. Voyez la défense de Messire Charles du Molin.

morte, sa maison par deux fois mise au pillage. Si encore il lui avait été donné d'y finir paisiblement sa carrière!

Mais ses consultations sur le Concile de Trente le firent une seconde fois jeter dans les fers. Bientôt délivré, les guerres de religion le forcèrent à quitter de nouveau sa ville natale et à se réfugier à Orléans. La fin de sa vie fut attristée par ses querelles avec les Calvinistes. On aurait peine à comprendre cette hostilité passionnée entre le parti de la réforme évangélique et un homme qui, sans adopter toutes ses doctrines, semblait pourtant lui appartenir par plus d'un côté, si l'on ne se souvenait qu'il n'y a pire inimitié que celle d'anciens amis. Sans les détails dans lesquels vous me pardonnerez d'être entré, parce qu'ils touchent à l'histoire de la Suisse, on ne comprendrait pas cette évolution du grand jurisconsulte que l'on voulait retenir à Genève en 1552 comme un allié puissant et qui, en 1564, se laissait aller à porter plainte au parlement contre les ministres calvinistes. Comme ils disposaient de beaucoup d'imprimeries, il les accusait notamment d'empêcher l'impression de ses ouvrages et, sans pouvoir discerner, si cette allégation, et bien d'autres<sup>1)</sup>, étaient fondées, on comprend aisément, combien ce grief devait lui être sensible. Il ne pouvait supporter d'être traité d'Athée, d'Anabatiste, d'Epicurien, de Libertin et autres aménités que le déchaînement des passions religieuses

---

<sup>1)</sup> Il les accusait encore (art. 14) „d'avoir tellement corrompu aucuns des serviteurs du dit complaignant et intimidé les autres, qu'il y plus de quatre mois qu'il ne scaurait trouver un Clerc à escrire sous lui et demeurer avec lui, car il est incontinent par eux séduit et détourné.“

Ainsi voilà Dumoulin sans domestiques: on aurait même voulu lui prendre sa femme (la seconde). Voy. art. 17. „Ils ont voulu persuader à la femme du dit Complaignant qu'elle se pouvait et devait remarier à un de leur secte, parce que, comme ils dient, il a délaissé la Foy et l'Eglise, etc.“ Chose curieuse, ces allégations, malgré leur invraisemblance semblent confirmés par les dépositions de l'enquête. Voyez Copie des articles et Copie de l'information.

de l'époque explique sans les justifier.<sup>1)</sup> Il faut avouer aussi que dans aucun parti l'on ne se ménageait les injures.

J'ai tenu, Messieurs, à vous signaler tous ces détails sur lesquels les biographies sont généralement muettes, parce qu'ils nous révèlent une situation peut être unique à cette époque. N'est-ce pas en vérité le comble de l'infortune! Chassé, pillé, emprisonné par les catholiques, retenu dans les fers par les Luthériens, menacé, harcelé, abreuvé d'outrages par les Calvinistes qui le firent même incarcérer à Lyon, alors on leur pouvoir, et furent bien près de le jeter dans la Saône, tel fut le sort de Dumoulin; dans la même année il vit ses livres brûlés par la main du bourreau non seulement à Rome, mais encore à Genève<sup>2)</sup>; parce qu'étranger aux partis, son fier génie signalait partout ce qui lui paraissait mauvais avec une indépendance qu'aucune menace ne put jamais intimider.

Tel est souvent le sort des hommes modérés qui ne veulent pas, en s'enrôlant sous la bannière d'une opinion, devenir les esclaves de leur propre parti: exposés aux coups de tous les côtés, et pris pour ainsi dire entre deux feux, c'est sur eux que tout le monde s'acharne, parfois même avec plus de fureur que contre un ennemi déclaré!

Est-ce une raison pour abandonner ce rôle de conciliation et de concorde? Ne faut-il pas y persévérer au contraire, et ne se présentera-t-il pas des temps plus favorables que le seizième siècle à cet esprit de modération et de tolérance, qui revendique la liberté, non pas comme

---

<sup>1)</sup> J'en passe et des meilleures: „chien masqué“, „pire qu'une bête“. Voyez la copie de l'information, déposition du second témoin.

<sup>2)</sup> A Rome par l'ordre de Grégoire VIII. — Les livres de Dumoulin furent brûlés à l'hôtel de Ville de Genève en décembre 1564. Voyez Copie de l'information. — Les livres de Dumoulin étant mis à l'Index, les Italiens, pour s'en servir, les firent imprimer sous le nom imaginaire de *Gaspar Caballinus de Cingulo*.

le privilège d'un système, mais comme le bien commun à tous ?

Telle fut, Messieurs, la vie de Dumoulin: il avait supporté l'exil, il ne put voir sa patrie ensanglantée par les discordes civiles et mourut en 1566 au début de la seconde guerre de religion. <sup>1)</sup>

Nous ne pouvons détacher notre pensée de cette grande figure sans dire un mot de sa postérité, qui fut anéantie par un avènement aussi lamentable que mystérieux. II

---

<sup>1)</sup> On a agité la question de savoir, si Dumoulin, à l'époque de sa mort, n'était pas rentré dans la foi catholique. Moreri le dit: l'on cite encore de Thou à l'appui de cette opinion. L'auteur de la vie de Dumoulin qui se trouve en tête de l'édition de ses œuvres publiée en 1658, affirme qu'il fit appeler à son lit de mort, Claude Dexpense, grand théologien, René Bonel, recteur du Collège du Plessis, et François le Court, ou Courtin, curé de la Paroisse de St. André des Arts. Antoine de Mornac lui composa une épitaphe, où l'on trouve ces expressions: . . . *qui moriens catholicus christianus factus est . . . felix . . . , sed longe et hoc beatior quod Christianus Catholicus decesserit.*

Si le revirement qui s'était opéré progressivement de 1552 à 1564 dans les idées de Dumoulin ne s'est pas arrêté jusqu'à sa mort, cette affirmation n'est pas dénuée de toute vraisemblance. Quoi qu'il en soit, l'article 26 (voyez copie des articles) paraît exprimer exactement quelle était sa doctrine en 1564. „Ils (les Calvinistes) retranchent et con-  
„damnent toutes personnes doctes, craignant Dieu et de sincère vie et  
„conscience, lesquels revèrent la Sainte Eglise Catholique ancienne,  
„et se tiennent à icelle, suivant les Saintes Ecritures, anciens Sym-  
„boles et Conciles généraux et consentement des anciens Autheurs.  
„Et, comme ils ne peuvent approuver les abus qui ont été inventés  
„et ajoutés depuis le temps de Charles Magne et ses enfants, aussi  
„moins peuvent-ils recevoir et approuver les destructions et hérésies  
„et usurpations des Calvinistes, qui savent bien que facilement ils  
„déferont les Papistes, comme ils ont commencé les représenter au  
„peuple comme obstinés en idolatrie pour quelques erreurs trop lourdes  
„et grossières qu'ils ont eu, par le même moyen, ils se représentent  
„au peuple ignorant comme Anges de lumière, infaillibles et irrépré-  
„hensibles et ainsi usurpent l'autorité et domination sur toutes choses.“

Dumoulin se rangeait évidemment parmi „ces personnes doctes et craignant Dieu.“

avait laissé un fils qui ne lui survécut que peu de temps, et une fille. Cette dernière mariée à Jean Bobé fut assassinée avec ses deux enfants et ses deux servantes.<sup>1)</sup> Les meurtriers s'emparèrent de l'argenterie, puis disparurent sans laisser de traces, après avoir encore égorgé le cocher de la voiture qui avait servi à accélérer leur fuite. Ce qui n'est pas moins surprenant, c'est qu'un procès s'engagea par la suite, entre le pauvre Bobé et les parents de sa femme, sur la question de savoir dans quel ordre les malheureuses victimes avaient succombé; car, si la mère avait péri avant les enfants, ou réciproquement, tout, dans la succession, était changé. Dans le premier cas, le père héritait de ses enfants, qui eux-mêmes avaient hérité de leur mère; dans le second cas, la mère héritait de ses enfants, puis, mourant ensuite elle même, transmettait la succession à ses parents. Aucun indice matériel ne pouvait faire résoudre la question et l'on demandait de s'en référer aux dispositions des lois romaines d'après lesquelles des enfants en bas âge devaient être présumés avoir succombé les premiers, lorsqu'ils avaient péri avec des personnes adultes dans le même événement. Mais le parlement jugea que la femme avait du mourir la première, parce que les assassins avaient tout intérêt à se débarrasser tout d'abord de la mère, qui aurait fait une certaine résistance, avant d'égorger les enfants qui n'en pouvaient opposer aucune. Cet arrêt remarquable est encore aujourd'hui cité par les auteurs. N'est-il pas surprenant que tout dans cette malheureuse famille, jusqu'à la catastrophe qui devait l'anéantir, ait servi à enrichir la science du droit? Le père y avait consacré le labeur de sa vie, et la fille, par sa mort lamentable, devint encore l'objet d'une décision nouvelle et importante.

Les œuvres juridiques de Dumoulin révèlent un des plus vigoureux génies, un des logiciens les plus puissants

---

<sup>1)</sup> 19 février 1572.

que la science ait connus. Il élucidait avec facilité les questions les plus abstruses. Son commentaire sur la Coutume de Paris, qui était le droit commun de la France, est l'œuvre capitale, dont se sont inspirés tous ses successeurs. Ce sont généralement ses doctrines qui, passant au 18<sup>m</sup>e siècle à travers les œuvres de Pothier, sont venues, surtout dans la matière des obligations, former les articles de notre Code.

Il avait pressenti la grande unification du droit accomplie de nos jours : il songeait à concilier toutes les coutumes de France pour en composer une législation uniforme : pour tout dire en un mot, il fut en droit coutumier et canonique le jurisconsulte le plus savant de son époque, le génie le plus pénétrant et le plus subtil.

Il y eut pourtant un ombre au tableau, et l'on eut pu désirer que tant de belles qualités fussent rehaussées par un peu plus de modestie. Son orgueil était aussi vaste qu'innocent et presque naïf ; il ne le portait pas à rabaisser les autres, parce qu'il n'en avait pas besoin. Il avait de son propre mérite la même idée que ses contemporains, qui le plaçaient sans conteste au premier rang. Aussi pouvait-il, sans soulever de critique, se décerner dans ses consultations le titre de jurisconsulte de France et d'Allemagne, < qui ne le cède à aucun et qui n'a rien à apprendre de personne. > Quelques-uns de ses écrits révèlent une confiance à toute épreuve dans son propre mérite. Nous n'en voulons pour exemple que son célèbre traité de l'indivisibilité!<sup>1)</sup> Il se vante d'avoir su le premier débrouiller cet inextricable Labyrinthe, ce sont ses propres expressions, et pour guider ses lecteurs à travers les sombres détours de ce sujet, l'effroi des jurisconsultes, il leur présente, comme Ariane à Thésée, non pas un, mais trois fils conducteurs auxquels il ajoute encore dix clefs pour ouvrir

---

<sup>1)</sup> Extricatio labyrinthi dividui et individui.

toutes les portes, pour écarter tous les obstacles! Et ce n'est vraiment pas trop pour une matière qu'il caractérise ainsi dans un début pompeux :

« Dans le vaste océan du droit, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, jamais l'œil n'a contemplé de mer si profonde, si périlleuse et si sombre que cette obscure matière du divisible et de l'indivisible; les plus célèbres jurisconsultes ont reculé devant cet abîme insondable d'inextricables erreurs! »

C'est, a dit un de nos maîtres <sup>1)</sup>, l'une des œuvres les plus considérables de Dumoulin, et dans laquelle on ne sait ce qu'on doit admirer le plus, de sa vaste érudition et de la pénétrante sagacité de sa logique, ou de la prodigieuse patience qu'il lui a fallu pour l'achever et qui n'a d'égale, (ceci dit entre nous), que la patience prodigieuse qu'il faut aujourd'hui pour le lire!

Si encore le charme d'un style élégant nous rendait la besogne moins fastidieuse! Mais Dumoulin s'occupait assez peu de la forme. Logicien avant tout, il commençait par remonter aux principes pour nous conduire ensuite, comme par une série de degrés successifs, à toutes les conséquences qui en découlent, si éloignées qu'elles fussent. Le droit était à cette époque comme une vaste forêt vierge, un impénétrable fourré de lianes et de broussailles, où nul pied n'avait tracé de sentier; il nous semble y voir le grand jurisconsulte s'y avancer tête baissée, sûr de sa force, comme une machine puissante, qui, brisant tout sur son passage et courant droit au but, laisserait derrière elle une large voie ouverte à tous les explorateurs!

Il est difficile, Messieurs, de rencontrer à la même époque, dans la même carrière, deux hommes aussi illustres que Dumoulin et Cujas; il est surtout difficile d'en trouver

---

<sup>1)</sup> M. Demolombe.

de moins ressemblants. Tout entre eux est différend : naissance, caractère, objet de leur étude.

Cujas naquit à Toulouse en 1522, plus de vingt ans après Dumoulin, d'un foulon qui avait acquis dans son métier une certaine aisance, dont son fils hérita. Les grands génies se forment seuls. S'il est pénible d'être son propre maître, l'esprit y gagne du moins une puissante originalité, l'habitude de tout approfondir, et l'on rencontre dans l'étude solitaire et sans guide de telles difficultés, que celui qui les a surmontés peut aborder sans crainte tous les obstacles. Ce fut ainsi que Cujas apprit le latin et le grec. Arnaud de Férier, depuis ambassadeur de France au concile de Trente, alors professeur à Toulouse, lui apprit les premiers éléments du droit. Il avait pour l'enseignement une vocation bien décidée. D'abord précepteur des enfants du président Dufaur, il finit, en 1547, par leur faire, sur les Institutes, des leçons auxquelles d'autres étudiants furent bientôt admis. Ce fut ainsi qu'il fonda peu à peu sa réputation, qui se répandit rapidement au dehors. Le mérite éclatant reste parfois inaperçu dans son propre pays, et Toulouse, qui vainement s'en défend aujourd'hui, Toulouse lui préféra un homme médiocre, <sup>1)</sup> Forcadel, dont l'histoire ne nous a guère conservé que le nom. La ville de Cahors, mieux avisée, saisit avec empressement cette

---

<sup>1)</sup> Les capitouls en plaçant en 1674 le buste de Cujas dans leur galerie mirent au bas une inscription où ils niaient la méprise grossière qu'on imputait à leurs ancêtres. Il paraît certain que le concours fut réellement indiqué par arrêt du 29 mars 1554, que Cujas y est inscrit avec Forcadel et quatre autres concurrents, mais que la dispute n'eut pas lieu et que Forcadel ne fut nommé qu'en septembre 1556. Cujas était déjà depuis près de deux ans à Bourges. Ce qui confirmerait l'idée d'un échec subi à Toulouse, c'est la réponse assez embarrassée qu'il fit à Jean Robert d'Orléans. Celui-ci lui reprochait d'avoir été repoussé jusqu'à trois fois à Toulouse dans la demande d'une chaire de droit. Cujas répond que Robert ment *au moins pour deux fois et peut-être pour trois*. (Biographie universelle ancienne et moderne.)



occasion et lui offrit la chaire qu'Antoine de Govéa venait de quitter. Cujas ne resta pas longtemps sur ce théâtre obscur, et Marguerite de Valois l'appela à Bourges où elle voulait fonder la plus célèbre des universités. Là avait brillé Alciat, là se trouvaient déjà Baudoin et Duaren, là devaient enseigner Baron, Hotman, Donneau. Jamais on ne vit réunies plus de science . . . et moins de concorde. Duaren et Baudoin surtout montraient le caractère le plus insociable qu'il soit possible de voir et rendaient la vie bien difficile à leurs collègues. Duaren écrivait contre Baron et dénonçait Baudoin. Baudoin de son côté dénonçait Duaren, se permettait de changer les heures de ses leçons et d'usurper avec le plus grand sans gêne l'heure d'un autre qui voulait s'y maintenir. C'est ce que lui reproche Duaren dans une lettre rendue publique.<sup>1)</sup> Bref, il finit par se rendre si insupportable, qu'on le pria de quitter la place, et Cujas fut appelé pour lui succéder.

Mais la jalousie de Duaren contre le jeune professeur qui éclipsait tous ses rivaux, souleva contre lui les écoliers, et Cujas, nature douce et paisible, préféra se retirer à Valence, où il était tranquille que de se tenir toujours sur le qui-vive au milieu de collègues intraitables. Il ne revint à Bourges qu'après la mort de Duaren et s'y établit définitivement, ce qui ne l'empêcha point d'aller enseigner encore à Valence, à Turin, à Paris, mais, sauf à Valence, il ne resta guère plus d'une année dans chaque endroit. Clément XIII, qui était bon jurisconsulte autant que grand théologien, lui adressa, mais en vain, les instances les plus pressantes pour l'attirer à Bologne, afin que rien ne manquât à la gloire de cette ville illustrée déjà par tant de savants. Cujas finit paisiblement sa carrière à Bourges en 1790, au milieu d'un concours immense, et ses restes furent

---

<sup>1)</sup> Cette lettre se trouve parmi les pièces qui accompagnent la réplique de Calvin *ad Balduini convicia*. Voyez Bayle, Dictionnaire historique et critique, Verbis Baudouin et Duaren.

portés au tombeau par les plus distingués de ses disciples <sup>1)</sup>. Durant trente-six années d'enseignement public, il avait peuplé le barreau, la magistrature et les lettres d'élèves formés à son école. Ce n'était pas seulement la France qui les lui avait fournis, mais l'Allemagne et les pays voisins <sup>2)</sup>. Comme autrefois on venait à Rome pour voir Tite-Live, ainsi au 16<sup>m</sup>e siècle on se rendait à Bourges, rien que pour entendre Cujas.

L'on ne peut donner une idée de son zèle; à Valence, affaibli par la maladie, il se faisait porter en litière à son cours plutôt que d'interrompre ses leçons. Sa bonté, son affabilité égalaient sa science: on dit qu'il assistait de sa bourse ses étudiants nécessiteux et qu'il dépensa ainsi plus de 4000 livres, somme considérable pour l'époque. Aussi rien ne saurait exprimer l'attachement de ses élèves pour sa personne. Il en eu beaucoup, et de noms devenus depuis célèbres. Le président de Thou, fils de celui qui eut affaire à Dumoulin, Antoine Loisel, Pierre Pithou, Joseph Scaliger. Pierre Pithou accompagna Cujas de Bourges à Paris, de Paris à Valence; Loisel fit mieux, il fut l'élève de Cujas à Toulouse, à Cahors, à Bourges, à Paris, à

---

<sup>1)</sup> Cujas fit toujours profession de Catholicisme. On peut pourtant induire de quelques expressions de son testament des tendances vers les doctrines calvinistes. Il est probable qu'il resta toute sa vie ce que fut Dumoulin à la fin de la sienne, c'est-à-dire partisan d'une réforme sans révolution, sans désunion, observant ainsi le précepte de St. Paul que Dumoulin cite ainsi dans sa *défense*: „Que tous ceux qui veulent être parfaits soient en concorde, et que si quelque chose reste en différend Dieu leur révélera; et que cependant ils cheminent en union, en ce à quoi ils sont parvenus d'accord.“ (Aux Philippiens chap. 3.)

<sup>2)</sup> On trouvera des détails curieux sur l'affluence des étudiants allemands, notamment à l'université d'Orléans où l'on en vit plus de 13,000 en dix ans et sur l'un d'eux nommé de Bismarck, questeur de l'Empire Germanique, dans le discours de l'Evêque d'Orléans à l'Assemblée Nationale, sur la liberté de l'enseignement supérieur. (Décembre 1874.)

Valence, il ne pouvait se séparer de cet incomparable guide.

Aussi l'historien de Cujas a-t-il pu dire avec une comparaison poétique. « Comme les abeilles accompagnent leur reine partout où elle va se poser, ainsi les disciples de Cujas suivaient leur maître! »

Tout en lui contribuait à augmenter cet attrait. Les jours de fête, il aimait à se retirer à la campagne et là, au milieu d'une société d'élite, autour d'une table modeste, mais bien servie, il se laissait aller à son humeur naturellement aimable; il savait amuser ses convives par sa conversation enjouée et ses fines reparties. Il aurait été alors bien mal venu l'importun qui se serait permis de troubler cette réunion joyeuse par des questions de droit ou des controverses scientifiques! C'est là, Messieurs, la marque d'un génie juste et bien équilibré qui sait que l'arc se fatigue à force d'être toujours tendu et qu'après un instant de repos bien gagné, l'esprit délassé retrouve une force et une élasticité nouvelle.

La rancune et la haine ne pouvaient trouver de place chez cette nature aimable et douce. Duaren l'avait chassé de Bourges par ses tracasseries, et lorsque Cujas apprit la mort de son ancien rival, loin de décrier sa mémoire, il la célébra comme celle d'un jurisconsulte éminent, d'un homme grandement regrettable.

Ce noble cœur était fermé à toute passion politique ou religieuse. Aussi resta-t-il étranger à toutes les discordes qui ensanglantèrent sa patrie. Dans tous les partis en armes, il ne voulait voir que des Français. La douleur que lui causait le spectacle déplorable de ces guerres civiles sans cesse renaissantes abrégéa ses jours et lui arrachait ce cri de douleur. « Je traîne péniblement ma vie sur ce sol fanatique! » Aussi quand on voulait le mêler à ces controverses ardentes, avait-il coutume de répondre. « *Quid hoc ad edictum prætoris.* » « Qu'est-ce que cela fait

à l'édit du Préteur, > c'est-à-dire: Cela touche-t-il au droit Romain? Non. Eh bien, je ne m'occupe que de droit Romain!

N'allez pas croire que la timidité, l'amour de la paix, lui arrachassent cette réponse évasive. Quand on lui proposait un acte contraire à sa conscience, il savait parler haut et ferme, au péril même de sa vie. Sujet loyal et bon Français il était de ceux qui appelaient de tous leurs vœux le règne réparateur de Henri IV. Il se déclarait ouvertement contre les ligueurs qui ne rougissaient pas d'accepter l'appui de l'Espagne, d'appeler l'intervention étrangère. Son patriotisme éclairé faillit le faire égorger par une populace furieuse, et lorsqu'on lui demanda de rédiger sur le droit à la couronne<sup>1)</sup> une consultation aussi contraire à ses convictions de jurisconsulte qu'à ses sentiments politiques, prières, promesses, menaces, tout fut inutile: on n'obtint de lui que cette noble et fière réponse: « Il ne m'appartient pas de corrompre les lois de mon pays! »

Vous parlerai-je longuement, Messieurs, de la réputation et des œuvres de Cujas? Son nom n'est-il pas encore dans toutes les bouches? Plus de 200 discours ont été composé à son éloge. Jamais il n'écrivait ses leçons, si brillantes pourtant, il se bornait à les préparer par une longue et profonde méditation. Ses œuvres montrent des qualités presque inconnues de son temps, la pureté du style, la netteté, la précision. Il règne dans ses ouvrages un ordre parfait et qu'on n'aurait pas cru y trouver, à en juger par la manière dont il avait coutume de travailler. Il pouvait seul se reconnaître au milieu de tous ses livres épars sur le plancher où lui-même étendu tout de son long et couché sur le ventre, lisait et méditait. Il a fait faire à l'étude du droit Romain un pas immense et renouvelé la face de la

---

<sup>1)</sup> C'est la question de l'oncle et du neveu. Les ligueurs voulaient mettre sur le trône, sous le nom de Charles X, le cardinal de Bourbon, oncle de Henri IV.

science. Véritable fondateur de la méthode historique, il ouvrit au monde savant un horizon tout nouveau. Ce fut une vraie révélation ! Permettez moi, pour vous en faire saisir toute l'étendue, de me servir d'une comparaison.

Qui de vous n'a contemplé, étudié, avec un plaisir sans cesse renaissant ces magnifiques tapisseries, conquises sur le Téméraire, et qui font l'ornement de votre bibliothèque ? Dans ces figures, encore si vivantes, qui de vous n'a admiré cet effort naïf et pourtant merveilleux d'un art encore dans l'enfance ? Il nous charme précisément par ce qui lui manque, par cette naïveté, par cette absence complète de ce que nous appelons la couleur locale. Si ce n'était la légende écrite au bas, le nom tracé sur chaque poitrine, qui pourrait reconnaître dans ces cavaliers bardés de fer et la lance en arrêt, les vétérans des légions Romaines ? Voyez-vous ces femmes avec leurs grandes coiffes bourguignonnes ? C'est à une procession chrétienne qu'elles assistent sans doute à genoux, et dans leurs mains jointes par l'artiste, on cherche involontairement les grands chapelets du moyen-âge. Ce qu'il a voulu pourtant représenter, ce sont des matrones Romaines venues pour contempler la marche triomphale de l'Empereur qui monte au Capitole. C'est ainsi que les hommes du moyen-âge avaient compris l'antiquité Romaine. Scipion était pour eux un preux chevalier ; Brutus et Cassius des vassaux félons révoltés contre leur Seigneur suzerain. Ils ne se figuraient pas que la constitution politique, la société, la civilisation Romaine, étaient aux antipodes de leur organisation féodale, de leur société avec ses castes, de leur civilisation dans l'enfance. Vous pouvez apprécier dès lors comment les lois Romaines pouvaient être comprises par des hommes qui ne se figuraient pas que tout s'était transformé, et qui pensaient pouvoir appliquer, sans discernement, à une société à peine sortie des langes de la barbarie, les décisions des grands jurisconsultes latins, dernier et sublime essor d'une civilisation arrivée à son apogée et que leurs pères, sortis

des forêts Germaines, avaient enseveli sous le flot montant de leurs invasions !

L'œuvre de Cujas fut de reconstruire pièce à pièce cette société sur laquelle des siècles avaient passé, de discerner ce qu'était applicable à son époque, de dégager de cette immense chaos les grands principes, les principes vivifiants et civilisateurs qui devaient inspirer une législation nationale dont la nécessité se trouvait par la même démontrée. Les jurisconsultes, dégagés du poids de neuf ou dix mille textes incompréhensibles ou contradictoires pour une société profondément différente de celle pour laquelle ils avaient été écrits, ont pu enfin respirer et marcher à la tête de ce grand mouvement intellectuel auquel nous devons ce que nous sommes. Car, ne l'oublions pas, c'est le droit Romain enfin compris et retrouvé qui nous a permis de renouer la chaîne de civilisation interrompue depuis dix siècles et d'accomplir dans les arts, les sciences, le droit, et toutes les connaissances humaines, les progrès dont nous sommes aujourd'hui si fiers.

Honneur donc à ces grands hommes, Dumoulin, Cujas ; à ces ouvriers du passé qui ont travaillé pour l'avenir ! A quoi bon établir entre eux un parallèle ? Ils sont trop différents pour pouvoir être aisément comparés. L'un fut le premier parmi les grands jurisconsultes du droit français, l'autre et sans contredit le prince des interprètes du droit romain. L'un, théologien autant que juriste, se précipita dans toutes les luttes qui accompagnèrent la réforme ; l'autre ne voulut jamais mettre le pied sur ce terrain brûlant. Le premier vit sa carrière traversée par l'exil, la captivité, mille persécutions de toute espèce : le second, grâce à sa retenue, mena dans sa patrie une existence relativement paisible pour l'époque. Dumoulin ne fut professeur que par occasion, ses consultations, ses réponses sur des difficultés pratiques et vivantes fondèrent tout d'abord sa renommée. Cujas au contraire voua toute sa vie à l'enseignement public ; ses études historiques sur une

législation vieille de douze siècles absorbèrent la plus grande partie de ses labeurs. L'un, d'un effort puissant, s'élança dédaigneux des obstacles qui effraieraient une logique moins vigoureuse; son génie transcendant a deviné le but, il nous a frayé le chemin, sans occuper, s'il n'a pas laissé en route bien des épines et bien des ronces pour ceux qui viendront après lui; l'autre aussi robuste, mais plus réglé, plus clair, ne s'égarant jamais, nous mène par un chemin moins court, mais plus facile, il ne laisse rien qui puisse embarrasser notre route, tout est commenté, expliqué, éclairci.

Il est un point cependant, où ils se ressemblèrent : l'honnêteté! Dans un siècle troublé, corrompu, la consciencieuse droiture de leur cœur ne connut pas une défaillance, et chez eux la vertu resta l'égale du talent. C'est par là qu'ils ont mérité le premier rang parmi les jurisconsultes. Ce titre de jurisconsulte n'appartient pas en effet à l'homme nourri de tous les artifices de la chicane, dont la conscience blasée considère le droit comme un instrument plutôt que comme un but. Cicéron refusait le nom d'éloquence à l'habileté du rhéteur peu scrupuleux sur les moyens, et celui-là seul auquel il réservait le titre d'orateur, c'était le « *Vir probus, dicendi peritus*, » l'homme honnête, maître dans l'art de parole. Et nous, s'il nous fallait ici dire ce que c'est à notre gré qu'un véritable jurisconsulte, nous voudrions, en empruntant l'expression du grand citoyen de Rome, le définir par ces deux mots : *Vir probus, juris peritus* : un honnête homme, sachant le droit!

---

## Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern.

August 1874.

- 22) Einer Klage auf Herausgabe einer Erbschaft kann nicht aus dem Grunde eine peremptorische Einrede entgegengesetzt werden, weil die Kläger nicht binnen der in S. 641 C. bestimmten Frist die Annahme der Erbschaft erklärt haben. Erben, welchen in Ermanglung näher berechtigter Erben die Erbschaft herausgegeben worden ist, sind als gutgläubige Besitzer zu behandeln, wenn sie später dieselbe an besser Berechtigte herausgeben müssen.

Frei und Mith. gegen Julius und Mith.  
(8. August 1874.)

Unterm 21. Februar 1873 verstarb in Bern Anna Barbara Negertter, geb. 1797, ohne Noth- oder Testamentserben zu hinterlassen. Das amtlich aufgenommene Inventar erzeugte ein Vermögen von Fr. 8448. 91. Da keine bekannten Erben vorhanden waren, so erließ das Regierungsstatthalteramt Bern eine Erbfolgepublikation, wodurch alle erbberechtigten Personen aufgefordert wurden, sich binnen einer bestimmten Frist zu melden. In Folge dessen meldeten sich verschiedene Personen, die mit der Erblasserin im fünften Grade verwandt waren, sämtlich Kinder von Geschwisterkindern, und da keine näher berechtigten Verwandten sich gemeldet hatten, so wurde ihnen durch die competente Behörde die Erbschaft ausgehändigt unter Vorbehalt aller Rechte allfällig besser berechtigter Ansprecher. Dieselben theilten nun das Vermögen unter sich mit Ausnahme von zwei Cassascheinen, welche sich in Verwahrung des Hrn. Eug. v. Büren befanden. Einige Zeit nachher meldeten sich jedoch einige näher berechnigte, mit der Erblasserin im vierten Grade verwandte Ansprecher und verlangten nun von den ersteren die Herausgabe des Vermögens in dem Bestande, in welchem es sich im Augenblicke des Todes der Erblasserin befunden habe.



Die Beklagten erhoben vorerst eine proceßhindernde Einrede und begründeten dieselbe folgendermaßen:

Binnen der Nothfrist von 30 Tagen — S. 641 C. — hätten die Kläger die fragliche Erbschaft weder angenommen noch ein amtliches Güterverzeichnis verlangt. Die Erbfolgepublikation sei aber offenbar nach Analogie der S. 637 C. erfolgt und das Klagrecht der Kläger daher erloschen.

Im ferneren schlossen die Beklagten auf Abweisung der gegnerischen Klage und machten zu Begründung dieses Schlusses geltend: Die Kläger seien nicht mehr berechtigt zu einer nachträglichen Annahme der Erbschaft, denn bis zur Stunde haben dieselben beim Regierungsstatthalteramte Bern keine Erbschaftsannahmserklärung eingereicht, und die Klage sei nicht der richtige Ort zu Anbringung einer solchen; es müsse daher die Unterlassung der Kläger als ein Verzicht auf die Erbschaft ausgelegt werden.

Eventuell beantragten die Beklagten Abweisung der Kläger, insoferne auch Restitution desjenigen verlangt werde, was die Beklagten bis zum Zeitpunkte der Mittheilung der Klage von der Erbschaft veräußert und verbraucht haben.

Zu Begründung dieses Schlusses wurde verneint, daß die Beklagten die Verlassenschaft unrechtmäßiger Weise in Händen haben, vielmehr seien sie als redliche Besitzer zu betrachten und deshalb gemäß S. 357 C. nicht schuldig, über den Verbrauch der besseren Sache vor der Klagsmittheilung Rechenschaft zu geben.

In ihrer Replik machten die Kläger geltend: Auch die Beklagten hätten ihre Annahmserklärung erst zwei Monate nach dem Begräbniß der Erblasserin, somit nach ihren eigenen Behauptungen zu spät abgegeben, da die von ihnen behauptete Nothfrist auch auf sie Anwendung finden müßte. Die S. 637 C. als eine *lex specialis* lasse sich nicht analog auf andere Rechtsverhältnisse anwenden; im vorliegenden Falle seien vielmehr die Bestimmungen des Gesetzes über die Rechtsverhältnisse bei Verschollenheit, namentlich die S. 323 und 324 C. analog anzuwenden. Im ferneren verneinten sie, daß die Beklagten zur Zeit der Insinuation der Kundmachung vom 9. Juni 1873 — von welchem Momente an die Beklagten die Eigenschaft als redliche Besitzer haben verlieren müssen — irgend etwas von der Erbschaft verbraucht gehabt hätten; zudem bestehe der weitaus größere Theil der Verlassenschaft in baarem Gelde, das doch kaum als verbrauchbare Sache im Sinne der S. 341 und 357 C. behandelt werden könne.

Der Appellations- und Cassationshof, an welchen die Streit-  
sache direkt in Umgehung des Amtsgerichtes gelangte, verwarf  
die peremptorische Einrede der Beklagten.

M o t i v e :

Daß keiner der in § 146 B. vorgesehenen Fälle vorhanden  
ist, in welchen eine peremptorische Einrede gegen die Klage ge-  
stattet wäre, daß namentlich eine Ersetzung resp. Verjährung der  
eingeklagten Ansprüche nicht eingetreten ist;

daß die Unterlassung der Kläger, ihre Erbanprüche in der  
durch amtliche Publikation festgesetzten Frist in der Amtschreiberei  
von Bern anzumelden und geltend zu machen, keine solche Wir-  
kung hatte, zumal in dieser Publikation gar keine Präclusion  
angedroht ist und dieselbe nur einmal im Amtsblatt mit einer  
kürzeren Fristbestimmung, als der im Gesetz festgesetzten, er-  
schienen ist;

daß die gesetzliche Bestimmung einer Nothfrist von 30 Tagen,  
um die Annahme der Erbschaft zu erklären oder ein amtliches  
Güterverzeichnis zu verlangen, keine Ausschließung der einten  
Erbanprecher gegenüber den andern, sondern bloß bezweckt, das  
weitere Verfahren zu bestimmen, falls in der festgesetzten Noth-  
frist sich keine Erben melden (§. 461 C. fl.);

daß diese Auffassung unterstützt wird durch die Vorschrift  
der §. 463 C., wonach selbst wenn keine Erben sich gemeldet  
haben, ihnen ein etwaiger Vermögensüberschuß zukommen soll;

daß die Anerkennung der Beklagten als Erben bloß auf  
einer Vermuthung beruhte, die durch Beweis beseitigt werden  
kann, ähnlich wie in dem Falle der §. 323 C.;

daß der Einwurf der Beklagten, die Annahme der Erbschaft  
habe von Seite der Kläger nicht beim Regierungsrathhalter in  
gehöriger Form stattgefunden, unbegründet ist, weil nach Satz.  
638 C. die Erbschaftsannahme in verschiedener Form ausdrück-  
lich oder auch stillschweigend durch Handlungen erfolgen konnte.

In Bezug auf die Hauptsache wurden die Kläger als die  
näher berechtigten Erben anerkannt und ihnen ihr Rechtsbegehren  
zugespochen, den Beklagten jedoch mit Rücksicht auf ihre Eigen-  
schaft als gutgläubige Besitzer die ihnen nach §. 357 C. zu-  
stehenden Rechte vorbehalten.

M o t i v e :

Daß die Erblasserin Anna Barbara Aegerter weder Noth-  
erben noch ein Testament hinterlassen hat;

daß die Beklagten von ihrer Verlassenschaft Besitz genommen haben;

daß die Kläger indessen eingestandenermaßen mit der Erblasserin näher verwandt waren als die Beklagten und daher nach §. 630 C. als besser berechnigte Erben zu betrachten sind;

daß indessen die Beklagten während einer gewissen Zeit die Eigenschaft von redlichen Besitzern gehabt haben und der dagegen unternommene Beweis den Klägern mißlungen ist;

daß somit den Beklagten hinsichtlich der in Frage stehenden Verlassenschaft die nach §. 357 C. mit dieser Eigenschaft verbundenen Rechte zukommen;

daß aber über den Umfang und die Ausdehnung dieser Rechte bei dem Mangel speciell darauf bezüglicher Anbringen kein Urtheil auszufällen ist, wohl aber den Beklagten ihre bisherigen Rechte vorzubehalten sind.

**23) Die Anrufung und provisorische Erkennung des Geltstages hindert die Fortsetzung eines Rechtsstreites nicht und berechtigt daher nicht zu einem Begehren um Einstellung desselben.**

Binggeli gegen Beyerler.

(8. August 1874.)

Während eines zwischen J. Binggeli und Fr. Beyerler obwaltenden Rechtsstreites rief der Kläger Binggeli den Geltstag an, worauf gestützt der Beklagte ihn zur Rechtsversicherung anhielt. Binggeli verlangte dagegen Einstellung des Proceßverfahrens, weil er zu Fortsetzung des obwaltenden Rechtsstreites und zur Behandlung über eine Rechtsversicherungsfrage nicht mehr befähigt sei. Auf Antrag des Beyerler wurde das in Form eines Superincidentes gestellte Einstellungsbegehren vom Appellations- und Cassationshof verworfen.

**Motive:**

Daß im Allgemeinen die Vermuthung nicht für die Beschränkung der Verfügungsbefugniß eines Bürgers ist, der den Zustand des eigenen Rechts hat, daß vielmehr eine solche Beschränkung bloß anzunehmen ist, wo unzweideutige Gesetzesbestimmungen sie aussprechen;

daß der § 598 B. B. allerdings den Schuldner nach erfolgter Anrufung des Geltstages in der Fähigkeit beschränkt, einzelne seinen Gläubigern positiv nachtheilige und näher bezeichnete Handlungen vorzunehmen, unter denen die bloße Fortsetzung eines Rechtsstreites nicht begriffen ist;

daß nach § 557 B. B. durch die Geltstagsanrufung bloß die Vollziehungsmaßregeln wider das Vermögen oder die Person des Schuldners eingestellt werden sollen, nicht aber ein Civilrechtsstreit, in welchem sich der Schuldner befinden mag;

daß im vorliegenden Falle der Superincidentalkläger Dinggeli in der Hauptsache selbst Kläger ist und bevor die definitive Erkennung des Geltstages gegen ihn erfolgt ist, die Befugniß hat, den angehobenen Rechtsstreit selbst zu besorgen.

#### 24) **Währschaftsfreit. Peremptorische Einrede. Klage auf Hebung von Gewährsmängeln oder auf Schadensersatz wegen Entwährung.**

Gasser gegen Rüpfer.

(13. August 1874.)

Christian Rüpfer war vor dem Jahre 1858 Eigenthümer zweier Mühlen in Uttigen, der oberen und der unteren. Von diesen gelangte die obere im Jahr 1859 in den Besitz des Christian Gurtner, und von diesem 1863 an seine Wittve, von welcher sie 1869 durch Kauf auf ihren Sohn Joh. Gurtner überging. Die untere Mühle erwarb Christian Gasser durch Kauf vom 3. und 17. Juni 1859 von Chr. Rüpfer und in den dahering Kaufsact wurde folgende Bestimmung aufgenommen: „Das Brücklein über den Mühlebach bei'r obern Mühle muß zur Hälfte von dem hierseitigen und zur Hälfte von dem Besitzer der obern Mühle unterhalten werden.“ Trotz dieser Bestimmung weigerten sich sowohl die Wittve Gurtner als nachher ihr Sohn, eine Unterhaltungspflicht in dem Sinne und Umfange dieser Bestimmung anzuerkennen. In Folge dessen lud Gasser den Joh. Gurtner vor den Friedensrichter und da der Ausöhnungsversuch fruchtlos verlief, so theilte er dem Chr. Rüpfer diese Weigerung mit und verkündete ihm durch Rundmachung vom 1./9. August 1871 für den Fall eines ungünstigen Ausgangs des anzuhobenden Rechtsstreites den Streit. Zugleich zeigte er ihm an, daß er den Rechtsstreit gegen Gurtner auf-

nehmen werde, wenn K pfer denselben nicht selbst führen wolle, und forderte ihn auf, ihm die zweckdienlichen Angriffsmittel anzugeben.

Unterm 21./22. September 1871 spielte nun Gasser wirklich eine Klage aus gegen Gurtner, worin er folgende Rechtsbegehren stellte :

1. Gurtner sei schuldig, als Besitzer der obern Mühle zu Uttigen sammt zudienendem M hlem ttlein das vor dieser Mühle befindliche Br cklein über den Mühlebach gemeinschaftlich mit ihm, Gasser, als Besitzer der untern Mühle unterhalten zu helfen, und zwar zur Hälfte.

2. Derselbe sei schuldig, von den zwei letzten Reparationen dieses Br ckleins, welche von ihm, Hrn. Gasser, auf unrecht-habende Kosten hin gemacht worden seien, die Hälfte der Kosten zu ertragen.

Beide Schlüsse wurden gestellt unter Folge der Kosten.

In seiner Hauptverteidigung anerkannte Gurtner, zu einem verhältnismässigen Beitrage an die Unterhaltung des M hlebr ckleins verpflichtet zu sein, wenn er dasselbe mitbenutze, dagegen verneinte er, zu Uebernahme der Hälfte verpflichtet zu sein, und schloß daher auf Abweisung der klägerischen Rechtsbegehren.

Zu Begründung führte er namentlich an: in dem Kaufe, welchen Vater Gurtner mit K pfer abgeschlossen habe, stehe nichts davon, daß der Käufer die Pflicht habe, das M hlebr cklein unterhalten zu helfen, und auch die früheren und die seitherigen Hand nderungsacten enthalten keine derartige Bestimmung. Die in dem Kaufe zwischen K pfer und Gasser um die untere Mühle aufgenommene Bestimmung sei daher für den Besitzer der oberen Mühle unverbindlich. Dieses Br cklein diene hauptsächlich dem Besitzer der untern Mühle zu Ausübung des ihm über die obere M hlebesitzung zustehenden Wegrechtes, und von einer Unterhaltungspflicht der letzteren könne daher keine Rede sein. Höchstens könnte er wegen Mitgebrauchs zu einem Beitrage angehalten werden an die Unterhaltungskosten, dieser Mitgebrauch sei aber ein sehr geringer.

Durch Urtheil des Amtsgerichtes von Seftigen vom 23. November 1872 wurde Gasser mit seinen beiden Rechtsbegehren abgewiesen, wogegen er rechtzeitig die Appellation erklärte. Da er aber derselben für seine Person keine Folge zu geben gedachte, so theilte er den Sachverhalt dem K pfer mit, ihm überlassend, die Appellation auszuführen. Da dieß nicht geschah, so erwuchs das erstinstanzliche Urtheil in Rechtskraft.

In Folge dessen griff nun Gasser den K pfer an, weil er mit Bezug auf ein ihm zugesichertes Recht entw hrt worden sei. Seine Rechtsbegehren lauteten folgendermaßen:

Der Beklagte sei zu verfallen:

Entweder den Gewährsmangel zu heben und dem Kläger den bisherigen aus der Entwährung erwachsenen Schaden zu ersetzen,

oder aber, wenn der Gewährsmangel nicht zu heben sei, dem Kläger Entschädigung zu leisten, unter Kostenfolge.

In seiner Hauptvertheidigung erhob K pfer vorerst folgende peremptorische Einrede:

Es sei gerichtlich zu erkennen, der Beklagte Chr. K pfer sei von dem Schlusse der gegnerischen Klage definitiv und ohne Rücksicht auf dessen ursprüngliche Begründetheit zu befreien, unter Kostenfolge.

Diesen Schluß suchte er durch folgende thatsächliche Behauptungen zu begründen: Die obere Mühle sei durch Kauf vom 21. April 1859 an Vater Gurtner übergegangen und unterm 17. Juli gl. Jahres habe Gasser die untere Mühle erworben. Schon damals habe nun der Kläger den Chr. Gurtner aufgefordert, das in Frage stehende Br cklein mitzuunterhalten, was dieser abgelehnt habe, da er keine Pflicht dazu anerkenne, und sein Erwerbstitel keine Bestimmung enthalte, welche ihn dazu verpflichte; um diejenige im Kaufe des Klägers habe er sich nicht zu bekümmern, da er hiezu nicht mitgewirkt habe. Hierbei habe Vater Gurtner noch erklärt, gef lligkeithalber wolle er brücken helfen, so lange es ihm gefalle und ohne eine Pflicht anzuerkennen. Die nämlichen Erklärungen habe er auch später abgegeben und es sei daher dem Gasser der Gewährsmangel schon damals zuverlässig bekannt geworden, seither seien aber mehr als 10 Jahre verflossen und der klägerische Anspruch daher erloschen.

Einl sslich schloß K pfer auf Abweisung des gegnerischen Klagsbegehrens und bestritt, ein dingliches Recht zugesichert zu haben. Die Zusicherung gehe bloß dahin, der „Besitzer“ der oberen Mühle habe das Br cklein zur Hälfte zu unterhalten und nicht der „jeweilige“ Besitzer. Besitzer sei nun im Jahre 1859 Christian Gurtner, Vater, gewesen, der im Jahre 1863 verstorben sei. Die gegenwärtigen Besitzer der beiden Mühlen haben nun an fraglicher Stelle jeder ein eigenes Br cklein gebaut.

Unterm 13. August 1874 wies der Appellations- und Cassationshof in Bestätigung des erstinstanzlichen Urtheiles die proceßhindernde Einrede des Beklagten ab.

Motive:

Daß dem Beklagten der Beweis, daß Vater Gurtner als Besitzer der oberen Mühle schon im Jahre 1859 und auch in späteren Jahren die Unterhaltungspflicht des in Frage stehenden Brückleins bestritten habe, durch die Abhörnung des Klägers vollständig mißlungen ist;

daß erst nach dem Tode des Vaters Gurtner, welcher am 19. Dezember 1863 erfolgt ist, dessen Wittve die Unterhaltungspflicht des Mühlebrückleins verweigerte und sodann auch deren Sohn, der im Jahre 1869 Eigenthümer der oberen Mühle geworden war, demnach der Kläger erst dannzumal von der Unrechtmäßigkeit des ihm vom Beklagten zugesicherten Rechtes Kenntniß erhielt;

daß aber der Kläger dem Beklagten durch Streitverkündigung vom 1. und 9. August 1871 von dieser Weigerung rechtlich Kenntniß gab, ihm zugleich anzeigte, daß er den Streit mit Gurtner aufnehmen werde, falls er (der Beklagte) solchen nicht selbst führen wolle und sich alle Rückgriffsrechte gegenüber ihm (dem Beklagten) im Falle Unterliegens verwahre;

daß somit der vom Kläger dem Beklagten gegenüber erfolgte Anspruch nicht erloschen ist (§. 1036 C.);

daß auch der von Seite des Beklagten geltend gemachte Einwand, die vom Kläger gemachte Mittheilung des erstinstanzlichen Urtheils sei zu spät erfolgt, um die Appellationsdiligenzien besorgen zu können, nicht begründet ist, indem der Beklagte zu diesem Behufe noch zwei Tage Zeit hatte.

Nach Erledigung der peremptorischen Einrede wurden dem Kläger Gasser auch in der Hauptsache seine Rechtsbegehren zugesprochen.

Motive:

Daß die vom Beklagten dem Kläger nach den Bestimmungen des zwischen denselben abgeschlossenen Kaufvertrages eingeräumte Dienstbarkeit als eine Reallast zu betrachten ist, deren Erfüllung dem jeweiligen Besitzer der oberen Mühle obliegen sollte;

daß der Kläger durch Urtheil des Amtsgerichtes Sestigen vom 23. November 1872 von dem in Frage stehenden Rechte entwährt wurde;

daß dieses Urtheil ein endgültiges ist, indem, obgleich gegen dasselbe appellirt wurde, die daherigen Diligenzien nicht besorgt wurden und dasselbe daher in Rechtskraft erwachsen ist;

daß der Beklagte verpflichtet ist, den bestehenden Gewährsmangel zu heben, oder wenn derselbe nicht gehoben werden kann, dafür Entschädigung zu leisten und dem Kläger den entstandenen Schaden zu vergüten (S. 706 und 711 C.).

- 25) Die in § 26 B. vorgesehene Wiedereinsetzung einer Partei wegen Nachlässigkeiten ihres Anwaltes bezieht sich nur auf Versäumniß processualischer Fristen, nicht aber auf Unterlassungen, welche den Verlust des Rechtes zur Folge haben.

Kernen gegen Wasser.

(13. August 1874.)

Vide Bd. IX. pag. 195, Urtheil vom 21. Juni 1873.

In einem Geltstage beauftragte Herr Kernen seinen Anwalt, eine Einsprache zu erheben gegen die ihm gewordene Anweisung. Die Einsprache wurde rechtzeitig besorgt, allein nicht sämtliche Parteien zu Beurtheilung desselben vorgeladen. In Folge dessen wollte sich Kernen wegen Säumniß seines Anwaltes auf Grund des § 96 B. wieder in den vorigen Zustand einsetzen lassen. Der Gerichtspräsident wies ihn jedoch mit seinem Begehren ab und dieses Urtheil wurde oberinstanzlich bestätigt, unter Annahme folgender

#### M o t i v e :

Von den beiden betheiligten Personen sei nur eine vorgeladen worden, die andere dagegen nicht; die Säumniß des Anwaltes beziehe sich daher auf die Unterlassung der Vorladung, nicht aber auf die Versäumniß einer Frist oder das Ausbleiben bei einem Termine. Vielmehr beruhe die angebliche Säumniß auf einer irrthümlichen Rechtsanschauung und dieser Rechtsirrtum habe die behaupteten Negligenzen zur Folge gehabt, gegen welche nunmehr das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung nach Sinn und Geist der einschlagenden Gesetzesbestimmungen unstatthaft sei.

- 26) Peremptorische Einrede zugesprochen, weil ein Einspruchskläger nicht sämtliche Beteiligte vorgeladen hat. Faustpfandrecht geht verloren, wenn das Faustpfand dem Schuldner herausgegeben und von ihm wieder versetzt



worden ist, der erste Faustpfandgläubiger hat daher kein Recht, in erster Linie Anweisung auf den Erlös desselben zu verlangen.

Pfandleihanstalt gegen Neuenchwander.

(14. August 1874.)

Mit Bezug auf die Motivirung des Urtheiles machen wir aufmerksam auf die Zeitschrift für französisches Civilrecht von Buchelt, V. pag. 373. Bei einer Besprechung unserer Zeitschrift bemerkt Herr Appellationsgerichtsrath Dr. Dreyer in Leipzig: „Was die Eigenthümlichkeit der Rechtsprechung betrifft, so besteht sie darin, daß noch vielfach die Schärfe und Genauigkeit vermißt wird, welche bei den aus rechtsgelehrten Richtern zusammengesetzten Collegien als erstes Erforderniß gilt; und da ist es ein Hauptverdienst der Herausgeber der Zeitschrift, daß sie solche Urtheile scharf kritisiren.“

Mit Bezug auf die Begründung der peremptorischen Einrede wegen Nichtvorladung aller Betheiligten verweisen wir auf Bd. IX. pag. 258 und 259, und haben den dortigen Bemerkungen nichts beizufügen.

**27) Bestandverbot. Einsprache dagegen, weil der Bestandgeber seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe und daher einstweilen zu Herausnahme eines Verbotes nicht beifügt ist.**

Glausen und v. Känel gegen Thönen.

(14. August 1874.)

Thönen verpachtete an Glausen und Känel seinen Gasthof in Randersteg für einen jährlichen Bestandzins von Fr. 3600, zahlbar jeweilen auf 15. September; dabei wurde ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen, daß sich der Verpächter keine Gegenrechnungen brauche gefallen zu lassen, da solche besonders geltend zu machen seien. In dem nämlichen Vertrage verpflichtete sich auch der Verpächter, noch vor Beginn der Sommersaison verschiedene für die vollständige Benutzung des Pachtobjektes nothwendige Arbeiten vornehmen zu lassen.

Unterm 10. November 1873 erwirkte nun der Bestandgeber ein Bestandverbot für einen rückständigen Bestandzins von Fr. 2200. Die Bestehet bestritten die Zulässigkeit des Bestandverbotes und

luden gestützt auf Art. 649 B.-B. den Bestandgeber zu Beurtheilung seines Einspruches in die Audienz des Gerichtspräsidenten von Frutigen zu Beurtheilung des Rechtsbegehrens:

Es sei gerichtlich zu erkennen, die durch Act vom 10. November 1873 Seitens des Thönen gegen die Kläger Gläusen und von Känel eingeleitete Bestandnahme sei für einstweilen als unzulässig zu erklären, unter Folge der Kosten.

Zu Begründung dieses Begehrens brachten die Einsprecher an, der Vertrag sei von Thönen nicht erfüllt worden. Die versprochenen Arbeiten seien theils gar nicht, theils nicht rechtzeitig, theils auf eigene Kosten der Bestehrer gemacht worden, woraus ihnen Nachtheile und Kosten entstanden seien. Da nun der Bestandgeber seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe, so sei er auch nicht berechtigt, seinerseits von den Einsprechern Erfüllung zu verlangen und den Pachtpreis mittelst Auswirkung und Ausföhrung eines Bestandsverbotes einzufordern.

Der Verpächter machte seinerseits geltend, er sei nicht schuldig, sich in diesem Verfahren auf Gegenrechnungen einzulassen und die gegnerischen Behauptungen betreffend Nichterfüllung des Vertrages seien daher ganz unerheblich.

Der Gerichtspräsident von Frutigen wies die Einsprecher ab und der Appellations- und Cassationshof bestätigte das Urtheil, unter Annahme folgender

#### M o t i v e :

Daß sich die Kläger darauf stützen, sie seien nicht verpflichtet, den mit dem Beklagten abgeschlossenen Pachtvertrag zu erfüllen, d. h. den daherigen Pachtzins zu bezahlen bis und so lange letzterer seinerseits den daherigen Vertrag erfüllt habe (§. 704 C.);

daß jedoch hier die Einwendung des nicht erfüllten Vertrages nicht am Orte ist, indem die Herausnahme eines Bestandsverbotes von Seite des Beklagten nur als eine Sicherheitsmaßregel für den ihm verfallenen Pachtzins anzusehen ist, wie dieß aus den daherigen Bestimmungen hervorgeht (Art. 643 fl. B.-B.);

daß in casu vielmehr die Bestimmungen der §. 845 und 850 C. zur Anwendung kommen, wonach der Bestandnehmer, wenn ihm der Pachtgegenstand nicht mehr denjenigen Vortheil gewährt, zu dessen Genuß er in Bestand gegeben worden, berechtigt ist, entweder auf Herabsetzung des Zinses oder Aufhebung des Vertrages anzutragen, und je nach dem Verschulden des Bestandgebers Schadensersatz zu fordern;

daß überdieß nach Art. 9 des Pachtvertrages die Kläger gehalten sind, den ganzen Pachtzins ohne Anrechnung von Gegenforderungen jeweilen auf 15. September zu bezahlen und allfällige Gegenforderungen besonders geltend zu machen haben;

daß sonach eine fristliche Einrede gegen die Herausnahme eines Bestandsverbotes um so weniger zulässig ist, als die Kläger die Pachtzinsforderung des Beklagten nicht bestreiten.

**28) Einspruch gegen einen Classifikations- und Vertheilungsentwurf. Wer ist als Beteiligter vorzuladen? Schadlosbrief zu Gunsten von Wechselbürgen bleibt in Kraft, auch wenn der ursprüngliche Wechsel erneuert wird.**

Krebs gegen Schneeberger, Roth und Rickli.

(28. August 1874.)

Unterm 10. Oktober 1871 stellte J. R. Vogel zu Gunsten der Bankfiliale Langenthal unter Bürgschaft der Herren Schneeberger, Roth und Rickli einen Wechsel aus im Betrage von Fr. 3800. Zu Sicherheit der Bürgen errichtete er ihnen einen Schadlosbrief auf seine Liegenschaften und ließ denselben in den Grundbüchern anmerken. Am Verfalltage stellte Vogel einen neuen Wechsel aus für den nämlichen Betrag, und da er auch diesen am Verfalltag nicht einzulösen vermochte, so stellte er nochmals einen neuen Wechsel anstatt des alten aus.

Nach Anrufung des Geltstages durch J. R. Vogel lösten die drei Bürgen den Wechsel ein und machten sodann die Forderung geltend, und wurden, gestützt auf den Schadlosbrief, in Classe III angewiesen.

Gegen diese Anweisung erhob Krebs Einsprache, indem er geltend machte, von der eingelösten Wechselschuld wisse der Schadlosbrief vom 16. October 1871 nichts und die in demselben angeführten Grundstücke seien dafür nicht als Unterpand verschrieben. Allerdings habe der Geltstager dem Schadlosbriefe zwei Erklärungen vom 15. April 1872 und vom 23. Dezember 1872 nachgetragen, in welchen gesagt sei, er habe am Platz des ersten Wechsels einen zweiten und am Platz des zweiten einen dritten ausgestellt und die Einspruchsbeklagten seien auch diesen neuen Wechseln als Bürgen beigetreten. Der Einspruchsläger verneinte aber, daß durch diese Erklärung für den nun in Frage stehenden Wechsel vom 23. Dezember 1872 oder die dahierige

Bürgschaft der Beklagten ein Pfandrecht auf die erwähnten Liegenschaften begründet, resp. das für die Wechselbürgschaft vom 10. October 1871 begründete Pfandrecht auf die Wechselbürgschaft vom 23. Dezember übertragen worden sei. Wenn ihnen aber kein Pfandrecht zustehe, so seien sie auch nicht in Classe III anzuweisen, sondern in Classe VI, und in Folge dessen könne er, der Einspruchskläger, auf den vacant gewordenen Betrag in Classe V Anweisung verlangen.

Die Einspruchsbeklagten Schneeberger, Roth und Nidli bestritten die Begründetheit des gegnerischen Begehrens und erhoben überdieß eine peremptorische Einrede, weil von Seite des Einsprechers nicht alle Betheiligten vorgeladen worden seien. In dem angehobenen Classifikations- und Vertheilungsentwurfe vom 25. October 1873 seien einzelne Ansprecher den Einspruchsbeklagten nachgehend, dem Einsprecher dagegen vorgehend angewiesen worden. Da nun der Einspruchskläger diese Personen nicht vorgeladen habe, so seien ihre Anweisungen in Rechtskraft erwachsen. Würden daher die Einspruchsbeklagten in die VI. Classe und in dieser zur Geduld gewiesen werden, so würde der Einspruchskläger den dazwischen liegenden Gläubigern vorgehend Anweisung erhalten; dadurch würden dieselben in Nachtheil kommen, da sie vor dem Einspruchskläger auf das den Einspruchsbeklagten zugewiesene Vermögen Anspruch hätten.

In der Replik bemerkte der Einspruchskläger hierauf: Er habe die Anweisungen der übrigen Gläubiger nicht bestritten und deßhalb auch keine Veranlassung gehabt, sie zu Verhandlung über den vorstehenden Einspruch vorzuladen. Die Einspruchsbeklagten gehören allerdings in die VI. Classe und die vorgehend angewiesenen Gläubiger werden mit ihren fruchtbaren Anweisungen wohl zufrieden sein und im Uebrigen müsse angenommen werden, daß diejenigen, welche keinen Einspruch erhoben, auf alle Ansprüche verzichtet haben, die sie geltend zu machen im Falle gewesen wären.

Erst- und oberinstanzlich wurde sowohl die peremptorische Einrede als die Einsprache verworfen und abgewiesen.

*M o t i v e* betreffend Verwerfung der peremptorischen Einrede:

Daß die Einspruchsbeklagten ihre proceßhindernde Einrede darauf stützen, daß nicht alle Betheiligten gemäß den Vorschriften der Art. 541 und 594 B. B. zur Verhandlung des Einspruches vorgeladen worden seien;

daß jedoch im vorliegenden Falle der Einspruchskläger einzig die den Beklagten in der III. Classe ertheilte Anweisung be-

streitet, deren Ausweisung aus derselben und Versezung in die VI. Classe verlangt;

daß die beiden übrigen in der V. Classe mit dem Kläger als Rechtsnachfolger der Kantonalbankfiliale Langenthal angewiesenen Gläubiger, die Ersparnißkasse Wangen und Handelsmann Moser-Vogel in Herzogenbuchsee ihre erhaltenen Anweisungen angenommen haben und der Classifikations- und Vertheilungsentwurf bezüglich dieser Anweisungen in Rechtskraft erwachsen ist;

daß diese Anweisungen in keiner Weise verändert würden, selbst wenn der Einspruch des Klägers zugesprochen würde;

daß vielmehr unter Betheiligten nur solche zu verstehen sind, welche, wenn der Einspruch zugesprochen wird, eine für sie nachtheilige Modification ihrer Anweisungen erleiden würden.

#### M o t i v e betreffend die Abweisung des Einspruches :

Daß sich die Einspruchsbeklagten auf einem von J. R. Vogel, Sohn, zu Gunsten der Kantonalbank Bern, Filiale Langenthal, ausgestellten Wechsel, d. d. 10. October 1871 im Betrage von Fr. 2800 als Bürgen verpflichteten;

daß J. R. Vogel den Einspruchsbeklagten hierauf unterm 16. October 1871 als Sicherheit für die gedachte Wechselsumme nebst Zins, Provision und Folgen einen Schadlosbrief ausstellte, in welchem er denselben verschiedene Immobilien unterpfändlich verschrieb;

daß der Wechfelschuldner Vogel den obgedachten Wechsel vom 10. October 1871 zu verschiedenen Malen durch Ausstellung anderer Wechsel von gleichem Betrage erneuerte, welche die Einspruchsbeklagten jeweilen wieder als Bürgen unterzeichneten;

daß die Einspruchsbeklagten sodann den von Vogel unterm 23. Dezember 1872 für die erwähnte Summe der Fr. 3800 ausgestellten und mit ihrer Bürgschaft versehenen Wechsel am Verfallstage nebst Folgen einlösen mußten;

daß dieselben nun für den dadurch erlittenen Schaden im Geltstage des Vogel ihre Ansprache einreichten, dafür Anweisung auf die ihnen durch den Schadlosbrief unterpfändlich verschriebenen Liegenschaften verlangten und erhielten;

daß sich der vom Kläger gegen die Anweisung der Beklagten erhobene Einspruch darauf stützt, der Wechsel vom 10. October 1871 sei durch die Ausstellung desjenigen vom 10. Januar 1872, sowie der folgenden getilgt worden, und dadurch sei auch der Schadlosbrief dahingefallen;

daß jedoch durch die Ausstellung der spätern Wechsel der Verpflichtungsgrund des Schuldners gegenüber der Gläubigerin nicht umgeändert und daher die alte Verbindlichkeit nicht aufgehoben wurde;

daß es nie Absicht des Schuldners Vogel und dessen Bürgen, der Einspruchsbeklagten war, das bestehende Schuld- und Bürgschaftsverhältniß durch die Ausstellung neuer Wechsel abzuändern, was denn auch aus den dem Schadlosbrief nachgetragenen Erklärungen derselben hervorgeht;

daß daher die Verbindlichkeit des Schuldners Vogel gegenüber der Kantonalbank vom 10. October 1871, welche durch die Bürgen am 2. April 1873 getilgt werden mußte, immer die gleiche geblieben ist;

daß demnach auch die von Vogel den Einspruchsbeklagten im ausgestellten Schadlosbriefe verschriebenen Sicherheiten nicht dahingefallen sind.

Der Einsprecher wurde zu sämtlichen Kosten verurtheilt, obgleich er mit Bezug auf die uneinläßliche Antwort ein obfiegliches Urtheil erlangt hatte. Daß das Gericht hierauf keine Rücksicht genommen hat, kann nur gebilligt werden, denn oft wurde beim Kostenpunkt auf derartige Einreden viel zu viel Rücksicht genommen.

## 29) Theilung einer Verlassenschaft nach den Bestimmungen der Landstatut von Interlaken.

Kinder Bohren erster Ehe gegen Wittve und Kinder Bohren zweiter Ehe.  
(29. August 1874.)

Den 23. Juni 1871 verstarb Christian Bohren in Grindelwald mit Hinterlassung einer Wittve zweiter Ehe und Kindern aus erster und zweiter Ehe. Unter denselben entstand Streit darüber, ob die Verlassenschaft nach Vorschrift des durch das Gesetz vom 16. März 1853 auf 1. April 1854 abrogirten Landesrechtes von Interlaken oder nach dem allgemeinen Landesgesetz zu vertheilen sei, und es wurde der Entscheid darüber compromißweise dem Appellations- und Cassationshof übertragen. In thatsächlicher Beziehung ist hervorzuheben, daß Chr. Bohren sich im Jahre 1821 nach dem Tode seiner ersten Ehefrau mit Catharina Zurbrügg, wieder verheirathete, und in Folge dessen unterm 2. Februar 1822 mit seinen Kindern erster Ehe eine Theilung oder Vermögensauscheidung vorgenommen hatte. Der Appella-

tions- und Cassationshof entschied, es solle die Landsatzung von Interlaken zur Anwendung kommen.

**M o t i v e :**

Daß Vater Bohren seinen Kindern erster Ehe durch Akt vom 2. Februar 1822 das ihnen von ihrem Großvater abgetretene (?) Vermögen, sowie die Hälfte des Muttergutes herausgegeben hat;

daß diese Vermögensauscheidung nicht nach dem allgemeinen Landesgesetz des Kantons Bern — Gerichtssatzung von 1761 — sondern unter der Herrschaft und nach den Bestimmungen der Landsatzung von Interlaken stattgefunden hat, indem sich Vater Bohren zu einer solchen Vermögensherausgabe für verpflichtet hielt und wiederholt von der Summe des zu ersetzenden Vermögens spricht, während nach der Gerichtssatzung von 1761 der Vater bei Eingehung einer zweiten Ehe nicht verpflichtet war, den Kindern erster Ehe die Hälfte ihres Muttergutes herauszugeben (Fol. 146, S. 3);

daß die nunmehrigen Erbschaftsverhältnisse mit der gedachten Vermögensauscheidung im Zusammenhange stehen, daher auch die Bestimmungen der Landsatzung von Interlaken über die jetzige Theilung des Nachlasses des Vaters Bohren Regel zu machen haben (Art. 5 litt. b in fine des Gesetzes vom 16. März 1853).

**B e m e r k u n g.** Wir müssen auch hier darauf aufmerksam machen, daß obige Motive keine Rechtsgründe, sondern lediglich Behauptungen enthalten, was um so mehr zu bedauern ist, als die zu entscheidende Frage hinreichenden Stoff zu einer einläßlichen juristischen Motivirung geboten hätte. Für den Juristen ist nicht die Entscheidung von Wichtigkeit, sondern der Entscheidungsrund, nicht was der Richter gewollt, sondern warum er es gewollt hat. Auch in den Urtheilen vom 27. August in Sachen Lorrain gegen Laurent bieten die Entscheidungen so wenig juristische Ausbeute, daß wir auf ihre Mittheilung verzichten müssen.

**30) Herabsetzung eines Bestandzinses wegen mangelhafter Beschaffenheit des Bestandgegenstandes.**

Müller gegen Museumsbaugesellschaft.

(26. September 1874.)

**M o t i v e :**

Daß nach dem Inhalte des zwischen Parteien abgeschlossenen Miethvertrages die darin verzeichneten Lokalitäten zu Ausübung einer Wirthschaft in Bestand gegeben wurden;

daß nun aber nach dem Expertenbefinden constatirt ist, daß die Kellerräumlichkeiten zu Aufbewahrung von Getränken, wie namentlich Bier, untauglich waren;

daß infolge dessen eine bedeutende Quantität Bier zu Grunde ging, und auch durch verschiedene Umstände constatirt ist, daß in letzter Zeit viel weniger Bier consumirt wurde, als dieß früher geschehen ist;

daß die Beklagte von Seite des Klägers sowohl mündlich als schriftlich von der schlechten Beschaffenheit der Kellerräumlichkeiten Kenntniß erhielt, es jedoch gleichwohl unterließ, die dazugehörigen Mängel gänzlich zu heben;

daß demnach der Bestandgegenstand nicht mehr den Vortheil gewährte, den er gewähren sollte, und diese Verschlimmerung durch das Verschulden des Beklagten veranlaßt wurde (S. 845 C.);

daß jedoch eine Herabsetzung des Miethzinses nur für das letzte Halbjahr vorgenommen werden kann, indem die früheren Zinse bezahlt wurden und daher angenommen werden muß, der Beklagte habe für jene Zeit auf eine Entschädigung verzichtet.

Der Bestandzins wurde von Fr. 1500 herabgesetzt auf Fr. 1000.

---

## Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung des Kantons Solothurn.

1872 und 1873.

(Schluß.)

- 4) Die Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld muß ihrer Natur nach gegen denjenigen gerichtet sein, an welchen ursprünglich bezahlt worden ist.

(9. Januar 1873.)

Straub von Herzogenbuchsee stellte seinem Gläubiger für ein Darlehen von Fr. 1200 einen Wechsel aus, für welchen sich Kaiser verbürgte. Nachher wurde für diesen Wechsel eine Obligation errichtet und zugleich bezahlte Straub von seiner Schuld Fr. 450 ab. Als derselbe darauf in Geltstag fiel, machte dessen Gläubiger, trotzdem ihm Fr. 450 abbezahlt worden waren, seine ganze Forderung laut Obligation geltend und wurde mit Zins



und Kosten im Gesamtbetrage von Fr. 1281. 60 Cts. auf den Schätzungswerth unversteigert gebliebener Effekten angewiesen. Diese Anweisung wurde vom Gläubiger des Straub seinem früheren Wechselbürgen abgetreten gegen Bezahlung des, nach Abrechnung der von Straub geleisteten Abschlagszahlung von Fr. 450, noch restirenden Betrages.

Ein Jahr später wurde über Straub ein Nachgeltstag verpflogen, in welchem unter Anderem auch jene abschläglic bezahlten Fr. 450, für welche Straubs Gläubiger im ersten Geltstage zu viel angewiesen worden war, unter die Habschaft aufgenommen wurden. In Folge dessen wurde einer der verlustigen Gläubiger des ersten Geltstages auf Kaiser, als auf den Uebernehmer jener zu hohen Anweisung, angewiesen, und er belangte denselben für den Betrag von Fr. 450 nebst Zins vom Datum des ersten Geltstages an.

Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen, und zwar gestützt auf folgende

#### M o t i v e :

Die Forderung des Klägers stützt sich darauf, daß Impetrat Kaiser für die ursprüngliche Wechselforderung als Bürge verpflichtet war, daß ferner die Anweisung, welche der ursprüngliche Gläubiger aus dem Geltstage des Straub erhalten, ihm abgetreten und in Folge dieser Abtretung Kläger im Nachgeltstag auf ihn, als Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers angewiesen worden sei.

Gingegen aber ist diese Klage als Rückforderung einer bezahlten Nichtschuld anzusehen, welche ihrer Natur nach gegen denjenigen gerichtet sein muß, an welchen irrtümlich bezahlt worden ist.

Die Wechselbürgschaft des Impetraten Kaiser hat schon deshalb keine rechtliche Bedeutung, weil die betreffende Forderung im Geltstage des Schuldners vollständig angewiesen wurde und damit die Bürgschaftspflicht erloschen ist.

Allerdings hat die Abtretung der Geltstagsanweisung an Kaiser zur Folge, daß er bezüglich des Inhaltes der Anweisung als Rechtsnachfolger des Cedenten angesehen werden muß. Hingegen steht damit das Rückforderungsrecht der Geltstagsmasse bezüglich der von Straub an seine Gläubiger abbezahlten und von diesem nicht in Abrechnung gebrachten Fr. 450, in gar keinem rechtlichen Zusammenhang.

Somit stellt sich heraus, daß der hierortige Kläger im Nachgeltstag des Straub bezüglich der Fr. 450 unrichtiger Weise

anf den Impetraten Kaiser angewiesen worden und dieser deshalb nicht gehalten ist, dem Kläger Fr. 450 nebst Zins zu bezahlen.

### 5) Nicht protokollierte Uebernahme eines zurückgeschobenen Eides.

(24. Januar 1874.)

Es wurde von einer Partei in der Prozesseinleitung keine Erklärung darüber zu Protokoll gegeben, ob sie den ihr von der Gegenpartei zurückgeschobenen Eid übernehmen wolle und darauf hin behauptete diese, es müsse aus dieser Unterlassung eine Verzichtleistung gefolgert werden. Das Obergericht stimmte dieser Ansicht nicht bei. Allerdings wird nach der Prozeßpraxis die Uebernahme eines der Gegenpartei übertragenen und von dieser zurückgeschobenen Eides zu Protokoll genommen, hingegen darf aus der Unterlassung dieser Vorkehr auf eine Verzichtleistung nicht geschlossen werden, indem in der Prozeßordnung eine derartige Bestimmung nicht enthalten ist.

### 6) Mortis causa donatio?

(12. Februar 1873.)

Johann Hammer stellte zu Gunsten einer Frau, die mehrere Jahre bei ihm in Dienst gestanden, folgende Handschrift aus:  
Handschrift für Fr. 2000.

Endesunterzeichneter Joh. Hammer bescheinigt hiemit der Jungfer Jäggi schuldig zu sein zweitausend Franken, welche Summe jedoch erst nach meinem einstigen Ableben rückzahlbar und zinsbar sein soll.

Solothurn, den 26. Juni 1870.

Sig. Joh. Hammer.

Unterm 25. Mai 1872 starb Joh. Hammer und dessen Gläubiger bestritten hierauf die Forderung der Jungfr. Jäggi, indem sie sagten, es sei für diese Forderung von Fr. 2000 kein Gegenwerth geleistet worden. Die Jungfr. Jäggi sei für die dem Verstorbenen geleisteten Dienste mit einem Legate von Fr. 2000 bedacht worden, anderweitige Leistungen aber hätten nach dem Geständniß derselben nicht stattgefunden. Somit qualificire sich der Akt als eine Schenkung und zwar, da die For-

derung erst mit dem Tode des Ausstellers zins- und zahlbar sei, als eine Schenkung von Todes wegen, welche nach § 1305 C.G. in dieser Form keine Rechtsgültigkeit habe.

Die Erben des Joh. Hammer wurden in beiden Instanzen verurtheilt, der Jungfr. Jäggi Fr. 2000 nebst Zins vom 25. Mai 1872 zu bezahlen.

Das Obergericht stützte sich auf folgende

M o t i v e :

Die Forderung der Jungfr. Jäggi beruht auf einem schriftlichen Titel, welcher alle Eigenschaften einer förmlichen Schulbverpflichtung an sich trägt.

Die Behauptung der Hammer'schen Erben, es habe keine Gegenleistung dafür stattgefunden, ist, abgesehen davon, daß darüber kein Beweis vorliegt, unerheblich, indem, wenn man den Akt auch als Schenkung betrachtet, derselbe nach § 1306 C.G. volle Rechtsgültigkeit hat, und der Umstand, daß die Forderung erst mit dem Ableben des Schuldners zins- und zahlbar sei, qualificire dieselbe keineswegs als Schenkung von Todes wegen, da die Schulbpflicht des Ausstellers mit der Aushändigung des Titels an Jungfr. Jäggi unwiderruflich eingetreten ist.

Die Rechtsgültigkeit der fraglichen Schulbpflicht hat auch die Zinsbarkeit derselben vom Tode des Schenkers an zur Folge.

**7) Die Gemeinde haftet für allen Schaden, der durch Nachlässigkeit oder Gefährde der Waisenbehörde oder Beisizände entstanden ist. § 353 C.-G.-B.**

(30. Mai 1873.)

Unterm 3. August 1858 beschloß der Gemeinderath von Trimbach als Waisenbehörde, es solle gegen Victor Hasenfranz, Urfen sel. von da, auf Bevogtung geklagt werden. In dem dahingehenden, dem Tit. Gerichtspräsidenten von Olten und Gösigen eingereichten, von dem Gemeindestatthalter und dem Gemeinbeschreiber Namens des Gemeinderaths von Trimbach unterzeichneten schriftlichen Gesuch vom 7. Dezember 1858 hat sich ein Fehler eingeschlichen, indem der Name des Vaters des zu Bevogtenden unrichtig, nämlich statt Victor Hasenfranz, Urfen sel., Kaspar's sel. angegeben wurde, was auch zur Folge hatte, daß das Amtsgericht Olten und Gösigen am 26. Januar 1859 über Victor Hasenfranz, Kaspar's sel. von Trimbach, die Bevogtung verhängte,

und auch die Auskündung im Amtsblatte unter dieser Bezeichnung erfolgte.

Den 4. Januar 1860 stellte dann Victor Hasenfranz, Ursen sel. von Trimbach, einer Frau eine Handschrift aus im Betrage von Fr. 300, welche Handschrift von dieser Frau einem Dritten mit Namen Williger cedirt wurde. Als hierauf der Aussteller dieser Handschrift starb, bestritt dessen einzige Erbin U. Hasenfranz die Handschriftsforderung des Herrn Williger und stützte auf dessen Betreibung Unkenntlichkeit vor. In dem darauf hin entstandenen Prozesse wurde von der Verantworlerin U. Hasenfranz die Gemeinde Trimbach als dritte Partei in's Recht gerufen, sie selbst aber wurde verurtheilt, die von Hrn. Williger eingeklagte Forderung zu bezahlen. Die Gerichte stützten sich darauf, daß allerdings bei der fraglichen Bevogtungssache ein Irrthum obgewaltet, indem statt Victor Hasenfranz, Ursen sel., Kaspar's sel. bevogtet und publicirt wurde. Hingegen seien Dritte, bei dem Bevogtungsbegehren nicht Betheiligte nicht gehalten, weder einen Irrthum zu vermuthen, noch denselben zu kennen. So lange aber eine Person nicht unter ihrem wahren Namen, als unter Verbeistandung gestellt, publicirt sei, müsse sie im Verkehr als eigenen Rechtes und das mit ihr abgeschlossene Rechtsgeschäft als rechtsgültig angenommen werden.

Auf dieses Urtheil belangte nun die Verurtheilte U. Hasenfranz die als dritte Partei in's Recht gerufene Gemeinde Trimbach und dabei fragte es sich dann, ob die Waisenbehörde von Trimbach, resp. diejenigen, welche in deren Namen das unrichtige Bevogtungsbegehren unterzeichnet und dem Richteramt Olten und Gösagen eingereicht haben, der Klägerin U. Hasenfranz Schaden zugefügt haben, und ob in diesem Falle die Gemeinde Trimbach gehalten sei, denselben zu ersetzen.

Diese beiden Fragen wurden vor Obergericht bejaht und die Gemeinde Trimbach verfällt, den Betrag von Fr. 300 nebst sämtlichen Prozeßkosten zu bezahlen.

Wenn nämlich auch angenommen wird, es sei eine Waisenbehörde nicht zur Einreichung einer Bevogtungsklage, auch wenn Grund dazu vorhanden, verpflichtet und es könne dieselbe für die Unterlassung einer solchen nicht verantwortlich gemacht werden, so sei denn doch die Waisenbehörde Trimbach, nachdem sie sich veranlaßt fand, den Beschluß auf Bevogtung des Victor Hasenfranz, Ursen sel. von Trimbach, zu fassen, auch verpflichtet gewesen, denselben gehörig auszuführen, und weil sie sich hierin einen Fehler hat zu Schulden kommen lassen, so hat sie auch bewirkt, daß die Klägerin zur Zahlung der eingeklagten Forderung sammt

Folgen verfällt wurde, was bei gehöriger Durchführung der Bevogtungssache nicht der Fall gewesen wäre. Daß die Verantwortlerin für diesen Nachtheil einzustehen habe, kann keinem Zweifel unterliegen, indem in § 335 C.-G. deutlich gesagt ist, daß die Gemeinde für allen Schaden verantwortlich sei, der durch Nachlässigkeit oder Gefährde der Waisenbehörde oder Beistände entsteht.

### 8) Eidesübertragung nach Verwerfung eines als Beweismittel angerufenen Zeugen.

(10. Juli 1873.)

In der Antwort auf eine gegnerische Einrede hat die klägerische Partei zum Beweis einer behaupteten Thatfache einen Zeugen angeführt, der von der Gegenpartei als unzulässig ausgestellt wurde. Der Gerichtspräsident erklärte denselben als zulässig, hingegen sprach sich das Amtsgericht im gegentheiligen Sinne aus. Hierauf übertrug die klägerische Partei über die in jenem Beweissatz aufgestellte Behauptung dem Gegner den Eid. Dieser bestritt die Zulässigkeit dieser Eidesübertragung deswegen, weil nach § 250 P.-D. für ausgesetzte Zeugen keine anderen Beweismittel, als wieder neue Zeugen vorgeschlagen werden dürfen und § 270 P.-D. bestimme, daß, wenn eine Partei der anderen den Eid übertragen wolle, sie ihr dieß jedenfalls vor dem Urtheil zu erklären habe. Ebenso könne, wenn über einen Beweissatz bereits Zeugen einvernommen worden, keine Eidesübertragung mehr stattfinden.

Das Obergericht gestattete die Eidesübertragung nicht.

Die von der verantworterischen Partei gegen die Eidesübertragung geltend gemachten Einwände erscheinen zwar als unstichhaltig, indem durch die Bestimmung des § 250 P.-D., wonach den Parteien das Recht eingeräumt ist, für verworfene Zeugen innert 8 Tagen neue vorzuschlagen, jene in § 222 P.-D., gemäß welchen, gegen die Uebertragung des Eides, die vorgeschlagenen Beweismittel zurückgezogen werden dürfen, nicht aufgehoben ist, und der Anwendung derselben, da ein Urtheil noch nicht erfolgt ist (§ 270 P.-D.) und das Zeugniß des betreffenden Zeugen nach § 207 P.-D. als nicht existent betrachtet werden muß, kein Hinderniß entgegensteht.

Allein nach § 220 P.-D. ist die Beweisführung überhaupt nur dann zu gestatten, wenn die zu beweisende Thatfache erhe-

lich ist. Da nun aber die in dem fraglichen Beweissatz aufgestellte Behauptung auf den Entscheid des Prozesses keinen Einfluß ausüben kann, so erscheint die Beweisführung, abgesehen von der Zulässigkeit des Eides, als unstatthaft.

---

## Obergerichtliche Rechtsprechung des Kantons Aargau.

Oktober und November 1874.

- 1) Der Abtreter einer Forderung haftet dem Cessionär noch drei Jahre vom Tage der Abtretung, resp. von der Verfallzeit der Forderung an (§ 832 des a. b. G.). Durch Betreibung wird die dreijährige Verjährungsdauer unterbrochen und zwar auch dann, wenn die Negreßklage selbst noch nicht angehoben werden kann.

(Urtheil vom 28. Oktober 1874.)

Am 14. November 1868 wurde eine am 10. August 1869 fällig gewordene Forderung abgetreten. Der Schuldner dieser Forderung fiel am 13. Mai 1869 in den Geltstag, in welchem die Ansprache des Cessionärs vollständig verloren ging. Nachdem der Geltstag am 22. November 1872 zum Abschluß gekommen, nahm der Cessionär den Rückgriff auf den Cedenten und forderte von diesem das für die abgetretene Forderung bezahlte Betreffniß zurück.

Der Cedent bestritt das Klagbegehren, indem er sich darauf berief, daß seine Währschäftsverbindlichkeit innert drei Jahren vom Verfalltage der Forderung, also vom Ausbruche des Geltstages des Schuldners an, erloschen und er deshalb nicht mehr pflichtig sei, dem Cessionär den verlustig gewordenen Betrag zu ersetzen. Der Cedent wies auf § 832 des a. b. G. hin, welcher vorschreibt: „für abgetretene oder angewiesene Forderungen haftet der Abtreter oder Anweiser noch drei Jahre vom Tage der Abtretung oder Anweisung an, wenn die Forderung bereits verfallen und wenn sie nicht verfallen, drei Jahre über die Verfallzeit hinaus.“

Vom Kläger, dem Cessionär, der anerkannte, daß seit dem Zeitpunkt des Fälligwerdens der fraglichen Forderung allerdings drei Jahre verstrichen seien, wurde hervorgehoben, daß er erst seit Erledigung des Geltstages des abgetretenen Schuldners, also erst seit 22. November 1872, in der Lage gewesen sei, seine Rückgriffsrechte gegenüber dem Cedenten geltend zu machen, und die dreijährige Verjährungsdauer während der Zeit der Geltstagsverhandlungen nicht gelaufen sei.

In der wohlgemeinten Absicht, einer Entscheidung auszuweichen, die allerdings ein offen zu Tage tretendes materielles Unrecht involvirt, bemühte sich das Bezirksgericht auf dem Wege logischer Schlußfolgerung aus einer Zusammenstellung der §§ 824, 855 und 832 des a. b. G. den Satz zu begründen, daß die in der letztern Vorschrift festgesetzte dreijährige Währschaftsdauer erst von dem Momente an zu berechnen sei, wo der Cessionär die Negreßklage mit Erfolg anstellen könne. Das Bezirksgericht macht darauf aufmerksam, daß diese Klage gemäß § 824 erst möglich sei, wenn des Geltstages des cedirten Schuldners durchgeführt worden und daß, falls die Durchführung des Geltstages einen Zeitraum von mehr als drei Jahren in Anspruch nehme, der Negreßanspruch des Cessionärs ohne dessen Verschulden verwirkt sei, wenn anzunehmen wäre, daß die Haftpflicht des Cedenten vom Abtretungs- resp. Verfalltage an zu verjähren beginne.

Allein diese Interpretation ist, so sehr sie von der Billigkeit und einer gewissen juristischen Logik gefordert wird, in einem offenkundigen Widerspruch mit dem Wortlaut des § 832, welcher einfach und deutlich sich dahin ausspricht, daß die Haftpflicht des Abtreters nach drei Jahren vom Tage der Abtretung an, wenn die Forderung bereits verfallen, und wenn sie noch nicht verfallen sei, drei Jahre über die Verfallszeit hinaus andaure. Der Richter hat keine Berechtigung, sich über den Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen. Eine Herbeiziehung der §§ 855 und 824 des a. b. G. ist bezweigen unstatthaft, weil der Gesetzgeber in § 832 genau den Anfangs- und Endtermin der Verjährung festgesetzt hat, ohne Zweifel von der Absicht ausgehend, das Währschaftsverhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionär in einer Weise zu reguliren, daß einerseits der letztere in die Möglichkeit gesetzt sei, seine Negreßansprüche zu verwirklichen, andererseits aber der Negreßpflichtige auch nicht viele Jahre lang der Willkür und Laune des Cessionärs ausgesetzt werde. Die letztere Rücksicht und die Forderung der Rechtspolitik, ein so complicirtes, zu Prozeffen angelegtes Rechtsver-

hältniß einer raschen Vereinigung zuzubringen, ist ohne Zweifel das bestimmende Motiv gewesen, die Verjährung der Haftpflicht, resp. des korrespondirenden Regreßrechtes nicht von dem unbestimmbaren, oft dem Belieben des Cessionärs anheimgegebenen Zeitpunkte der Nativität der Klage an zu terminiren, sondern den Anfangspunkt der Verjährungsdauer definitiv auf den Tag der Abtretung, resp. des Verfalls der Forderung zu setzen.

Die vorwürfige Klage hätte daher auf Grund des § 832 als eine unbegründete erklärt werden müssen, da die Haftpflicht des Abtreters mit dem 24. Juni, resp. 10. August 1872 (mit dem Tage der Eröffnung des Welttages über den cedirten Schuldner) erlosch, der Regreßstreit aber erst am 26. August gleichen Jahres angehoben wurde, wenn nicht der Kläger eine Vorkehr getroffen hätte, wodurch die Verjährung unterbrochen wurde.

Im Falle hat sich nämlich der Cessionär das Regreßrecht zu wahren gesucht durch Erlassung einer Kundmachung vom 5. Juni, durch Anordnung einer friedensrichterlichen Verhandlung vom 15. Juni und durch Anhebung der Betreibung vom 20. Juni 1872. Wenn man nun auch von der Kundmachung und der friedensrichterlichen Verhandlung absieht, so erscheint jedenfalls die rechtzeitig angehobene Betreibung als ein Akt, der gemäß § 861 des v. b. G. geeignet war, die Verjährung zu unterbrechen. Der § 861 lautet nämlich: „Die erwerbende so- wohl als die erlöschende Verjährung wird unterbrochen:

- „2. durch die Anhebung des Rechtsstreites von Seite des „Berechtigten, wozu in Schuldsachen schon die „rechtliche Einforderung der Schuld oder eines „Zinses zu zählen ist.“

Es wird zwar eingewendet, die Betreibung vom 20. Juni 1872 sei unwirksam, weil in diesem Zeitpunkte die Klage noch nicht mit Erfolg hätte angehoben werden können und weil sie durch Rechtsdarschlag aufgehoben worden sei. Allein deßhalb fällt die Wirkung der Verjährungsunterbrechung nicht dahin. § 861 knüpft die Verjährungsunterbrechung schon an die Thatfache der rechtlichen Einforderung der Schuld, also der Betreibung, gleichviel ob ein Rechtsdarschlag verfeßt worden sei oder nicht. Von jeher wurde sodann angenommen, daß einer Betreibung die Wirkung der Verjährungsunterbrechung selbst dann zukomme, wenn dieselbe voreilig sei. In der Anhebung der Betreibung liegt die Erklärung des Gläubigers, daß er nicht zugeben wolle, daß sein Recht durch Zeitablauf verloren gehe und dieser Erklärung legt das Gesetz, insofern sie in der Form der Betreibung ausgesprochen wird, an und für sich eine die Verjährung unter-



brechende Wirkung bei und zwar dieß selbst dann, wenn im Zeitpunkte der Anhebung der Betreibung die Klage selbst noch nicht zulässig gewesen wäre. Allerdings wird es sich im Rechtsstreite herausstellen, ob die Betreibung voreilig angehoben worden und der Rechtsbarschlag begründet gewesen. Aber diese spätere Erörterung und Entscheidung berührt die eigentliche Schuldfrage; sie ändert nichts an der Thatsache der Verjährungsunterbrechung, die infolge der Betreibung eingetreten ist.

Würde die Sache nicht so aufgefaßt, so wäre der Gessionär absolut außer das Recht gestellt und besäße kein Mittel, um den Ablauf der Verjährungsfrist zu verhindern.

Daß im Uebrigen die Betreibung an sich eine ungünstige gewesen sei, kann mit Grund nicht behauptet werden. Der Kläger betrieb den Beklagten für seine Währschaftsschuld, unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Abrechnung desjenigen Betrages, der aus dem Gelbtage des cedirten Schuldners erhältlich sein sollte; er formulirte also die Betreibung so, wie sie stattzufinden hat, wenn der Gläubiger sich eine noch nicht liquide Gegenforderung anrechnen lassen muß und diese Anrechnung im Betreibungsakte grundsätzlich vorbehalten will.

Das Klagbegehren wurde daher im Sinne dieser Erwägung als gerechtfertigt angesehen.

## 2) Entscheidung betreffend das Verfahren bei Abschätzung der erbbschaftlichen Liegenschaften im Sinne von § 879 des a. b. G.

(Urtheil vom 28. Oktober 1874.)

Zufolge § 878 des a. b. G. steht den Söhnen das Recht zu, die im Nachlasse der Eltern befindlichen Liegenschaften um den Marktpreis zu übernehmen; können sich die Erben über den Marktpreis nicht einigen, so ist derselbe durch Sachverständige auszumitteln.

Nachdem H. Schärer von Mörikon gestorben, machten dessen beiden Söhne gegenüber dem Ehemanne ihrer Schwester von dem Rechte des § 878 Gebrauch und war die Festsetzung des Preises der erbbschaftlichen Liegenschaften durch die gerichtlich ernannten Experten vorzunehmen.

Der Schätzungsbericht der Experten enthält die Erklärung, daß vor der Schätzung den Erben Schärer zur beliebigen Theilnahme und Verzeigung der zu schätzenden Liegenschaften Anzeige

gemacht worden, daß aber diese Anzeige auch speziell an den Schwager der beiden Söhne Schärer ergangen sei, ist aus den Akten nicht ersichtlich und wird von diesem bestimmt verneint. Aus dem Inhalt des gerichtlichen Amtsberichtes ergibt es sich, daß das Bezirksgericht eine Einladung an denselben nicht einmal für nöthig erachtete. Schon die Natur der Sache aber hätte die Behörde zur Kenntnißgabe an ihn veranlassen müssen und die wenigstens analog anzuwendende Vorschrift des § 211 der P.O. enthält eine nicht zu mißachtende Weisung, daß bei der Verhandlung von Sachverständigen alle Betheiligten anwesend sein sollen, um den Experten die nöthig scheinenden Erinnerungen zugehen zu lassen. Es widerspricht dem Grundsatz des beidseitigen Gehörs, daß nur den Söhnen Gelegenheit geboten worden, die Schätzungskommission zu begleiten, ihrem Schwager aber nicht möglich gemacht worden, auch seinerseits seine Rechte und Interessen zu wahren. Dieses rechtliche Gehör hat nicht nur eine formelle Bedeutung, denn es ist leicht möglich, daß die anwesenden Interessenten auf Verurtheilungen aufmerksam machen, welche auf den Entscheid der Experten einen nicht unerheblichen Einfluß ausüben. Die Gerechtigkeit und Billigkeit erfordert, daß allen Betheiligten gegenüber gleiches Recht gehalten werde. Da dieß im Falle nicht geschehen, wurde die vorgenommene Schätzung als ungültig aufgehoben und eine neue Expertise angeordnet.

### 3) Erbschaftsfrage.

(Urtheil vom 30. Oktober 1874.)

Am 26. Januar 1874 starb Gottlieb Gisi, alt Gemeinderath von Suhr; derselbe hinterließ an Activen Fr. 72,293. 91, an Passiven Fr. 56,143. 77, folglich ein reines Vermögen von Fr. 16,152. Das Eigenthum an dem Nachlasse des Gottlieb Gisi haben dessen fünf Töchter erworben, während ihrer Mutter, der Wittwe des Gottl. Gisi, die Verwaltung und Nutznießung des Nachlasses zusteht. Unter den erwähnten Passiven des verstorbenen Gottlieb Gisi befinden sich Fr. 31,558. 58, welche dessen noch lebenden Eltern, alt Friedensrichter Bernhard Gisi und seine Ehefrau Elisabeth Gisi gefordert hatten. Bald folgten dem Sohne Gottlieb Gisi die Eltern und zwar Bernhard Gisi am 1. Januar 1872 und Frau Elisabeth Gisi am 19. Mai 1873 im Tode nach. Die Fr. 31,558. 58 betragende Forderung

der letztern fiel nun den fünf Töchtern des Gottlieb Gisi an, welche am Platze ihres verstorbenen Vaters den Nachlaß ihrer Großeltern geerbt hatten. Der Ehemann einer der fünf Töchtern des Gottlieb Gisi machte daher der Wittve des letztern, der Schwiegermutter gegenüber eine Klage anhängig, des Inhalts: Die Schwiegermutter habe keinen Anspruch auf die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens, welches ihre Kinder von den Großeltern geerbt haben; diese Verwaltung und Nutznießung komme ihr nur hinsichtlich des Vermögens zu, das ihr Ehemann, Gottlieb Gisi, hinterlassen. Der Nachlaß des Bernhard Gisi und seiner Ehefrau sei nie Vermögen des Gottlieb Gisi geworden, da der letztere den Hinscheid seiner Eltern nicht erlebt habe; auf jede Tochter habe sich der fünfte Theil der Fr. 31,558. 58 vererbt und sei deßhalb dem Klageheil von der Wittve des Gottlieb Gisi, der Beklagten, der Betrag von Fr. 6311. 71 auszubahlen.

Richtig ist nun allerdings, daß Bernhard Gisi und dessen Ehefrau an der Erbschaft des Sohnes Gottlieb Gisi Fr. 31,558. 58 zu fordern hatten. Bernhard Gisi veräußerte nämlich im Jahr 1861 seinem Sohne Gottlieb seine Liegenschaften um Fr. 38,000, von welcher Summe der letztere das Betreffniß von Fr. 31,558. 58 schuldig verblieben. Im fernern ist richtig, daß weil Gottlieb Gisi seinen Eltern im Tode vorangegangen, diese von den Kindern des erstern beerbt worden. Daraus folgt aber noch nicht, daß die Mutter dieser Kinder verpflichtet sei, den Betrag von Fr. 31,558. 58 Ets. ganz oder theilweise herauszuzahlen. Nach § 894 des a. b. G. erhielt die Beklagte die ganze Verlassenschaft ihres Mannes Gottlieb Gisi zur Verwaltung und Nutznießung; das Eigenthum der Verlassenschaft vererbte sich zufolge § 897 des burg. Gesetzes auf die Nachkommen des Gottlieb Gisi, nämlich auf seine fünf Töchtern und wurden demgemäß diese fünf Töchtern hinsichtlich der mehrgenannten Fr. 31,558. 58 Schuldner ihrer Großeltern. Die Beklagte, der die Verwaltung und Nutznießung des Nachlasses ihres Ehemannes zusteht, mußte zwar nach § 539 des a. b. G. in ihrer Eigenschaft als Nutznießerin die Schuld der Fr. 31,558. 58, welche auf diesem Nachlasse haftet, an die Gläubiger, die Großeltern ihrer Kinder, verzinsen. Allein als Schuldner der Fr. 31,558. 58 waren ihre Kinder zu betrachten, welche, wie bereits erwähnt worden, das Eigenthum am Nachlasse ihres Vaters geerbt hatten. Diese Kinder erbten dann auch den Nachlaß ihrer Großeltern und ging daher auch die Forderung der letztern mit Fr. 31,558. 58 auf sie, die fraglichen Kinder über. So wurden die Kinder des Gottlieb

Gisi hinsichtlich der erwähnten Forderung Schuldner und Gläubiger zugleich; das Forderungsrecht und die demselben entsprechende Schuldverbindlichkeit vereinigte sich in den gleichen Personen und hörte daher die Forderung, welche den Eltern des Gottlieb Gisi gegenüber dem letztern zugestanden und von welcher der Kläger nun einen Fünftheil in Anspruch nehmen will, nach § 846 des a. b. G. zu existiren auf und ist sonach das Klagebegehren nicht gerechtfertigt.

**4) Der Nutznießer ist verpflichtet, bezüglich des der Nutznießung unterliegenden Gutes auf Verlangen des Eigenthümers Sicherheit zu leisten. § 536 des a. b. G.**

(Urtheil vom 30. Oktober 1874.)

Im Oktober 1871 starb Melchior Meier, Bäcker von Dietikon. Nach Vorschrift des Gesetzes erhielt die Ehefrau dessen Nachlaß zur Verwaltung und Nutznießung; das Eigenthum an diesem Nachlasse dagegen wurde von seinen beiden Söhnen geerbt. Einer der letztern verlangte nun von der Mutter Sicherheitsleistung bezüglich der von ihm ererbten Hälfte des von seinem Vater hinterlassenen Vermögens, welches Begehren in Berücksichtigung einer bereits bestehenden Gerichtspraxis als begründet erklärt wurde.

Die Wittve Meier behauptete, die zutreffende Vorschrift, § 536 des a. b. G., habe den Sinn, daß dem Eigenthümer des Nutznießungsvermögens die Verpflichtung obliege, den Nachweis zu leisten, daß sein Eigenthum, sei es durch Deterioration, sei es durch Verminderung in der Substanz bedroht sei.

Alein diese Auffassung findet weder im Wortlaut des angeführten Artikels, noch in andern analogen Gesetzesbestimmungen ihre Rechtfertigung. Hätte der Gesetzgeber die Befugniß, Sicherheit zu verlangen, von der Bedingung abhängig machen wollen, daß objectiv wahrnehmbare Thatfachen, worin die Gefährdung liegt, nachgewiesen werden müssen, so würde die Ausdrucksweise des § 536 des a. b. G. eine ähnliche sein, wie die des § 60 desselben Gesetzes, wo es sich um die Berechtigung Dritter handelt, Sicherheit für das Frauengut zu verlangen und wo gesagt ist, daß diese Dritten befugt seien, vom Ehemanne Sicherstellung des Frauengutes zu verlangen, wenn das letztere erweislich ermaßen mit Verlust bedroht ist.

Noch viel näher ist der Sinn des § 536 gelegt durch eben denselben Gegenstand beschlagende Bestimmungen, die schon lange vor Erlaß des gegenwärtigen Erbrechts bestanden haben, nämlich durch die §§ 182 bis 186 des a. b. G., wonach den Eltern die Verwaltung und Nutznießung des Vermögens ihrer minderjährigen Kinder zugesichert ist, jedoch unter der ausdrücklichen Bedingung sofortiger Sicherheitsbestellung für das Hauptgut. Es ist kein Grund vorhanden, volljährigen Eigenthümern von Nutzungsvermögen nicht das nämliche Recht zu gewähren, welches Minderjährigen zusteht.

**5) Das im Konkurse zulässige Manifestationsbegehren kann auch noch nach Ablauf der in § 82 der G.-O. berührten Einspruchsfrist gestellt werden.**

(Urtheil vom 26. November 1874.)

Unterm 13. Dezember 1873 wurde über P. M. der Konkurs erkannt und die Frist zum Einspruch gegen das Geltstagsprotokoll auf die Tage vom 2. bis 16. Februar 1874 festgesetzt. Nach Ablauf dieser Frist, nämlich am 28. Februar 1874, wurde dann im Sinne von § 48 der G.-O. gegen die Ehefrau des Kreditars ein Gesuch um Vermögensmanifestation eingereicht, und das Begehren gestellt: dieselbe sei schuldig zu erklären, das Vermögen ihres in Geltstag gerathenen Mannes anzugeben und ihre Angaben eidlich zu bestätigen.

Gegen dieses Manifestationsbegehren wurde hauptsächlich eingewendet, dasselbe sei zu spät angebracht worden, da § 48 der G.-O. die Bestimmung enthalte: „Wer einen Einspruch erheben oder ein sonstiges Begehren stellen will, muß dasselbe vor Ablauf der bestimmten Frist (der Einspruchsfrist) dem Gerichtspräsidenten schriftlich einreichen. Spätere Eingaben dürfen nicht mehr berücksichtigt werden.“

Von der Beklagten wird die Ansicht vertheidigt, daß weil § 84 der G.-O. nicht nur vom Einspruch gegen das Geltstagsprotokoll, sondern überhaupt von jedem andern Begehren spreche, auch das Manifestationsbegehren innerhalb der eröffneten Einspruchsfrist geltend zu machen sei. Allein diese Ansicht der Beklagten ist unhaltbar. Unter sonstigen Begehren sind solche zu verstehen, welche auf Verwaltung der Masse, deren Veräußerung zc. Bezug haben; es ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber, wäre es in seiner Intention gelegen gewesen, daß

die erwähnte Vorschrift auch das Manifestationsbegehren betreffen solle, wegen der Wichtigkeit der Interessen, die bei diesem Begehren in Frage kommen, desselben ausdrücklich gedacht haben würde. Die Konkursordnung enthält für diese Rechtsvorkehr in § 48 eine besondere Vorschrift, welche festsetzt, daß der Geltstager und dessen Angehörige verpflichtet seien, auf Verlangen das Vermögen des Geltstages anzugeben und die daherigen Angaben eidlich zu erhärten. In theilweisem Einklang mit dieser Vorschrift steht § 77, des Inhalts: „Die bei Aufnahme des Vermögensverzeichnisses vorgefundenen und alle während der Dauer des Geltstages eingehenden Gelder sind sofort dem Kassaführer des Gerichts zu übergeben, welcher darüber Rechnung zu stellen hat.“ Hieraus erhellt, daß mit Ablauf der Anmelde- und Einspruchsfrist die Vervollständigung und Liquidation der Masse keineswegs abgeschlossen und daher das Manifestationsbegehren, welchem die Absicht der Herbeischaffung von Massavermögen zu Grunde liegt, nicht an die in den §§ 82 und 84 der G. D. vorgesehene Einspruchsfrist gebunden ist.

## 6) Währschaftsklage nach dem Konkordat über Gewähr von Viehhauptmängeln.

(Urtheil vom 27. November 1874.)

Der Vertauscher eines Pferdes wurde, weil das letztere an einem Hauptmangel gelitten, nach den Vorschriften des Konkordates über Gewähr von Viehhauptmängeln vom Uebernehmer um Schadensersatz belangt. In seiner Vertheidigung machte der erstere geltend, daß er sein Pferd dem Kläger nicht anders als „dahin und daweg“ vertauscht habe und somit ausdrücklich bedungen worden sei, daß er dem Gegner keinerlei Währschaft zu leisten habe.

Der Zeuge, welcher bezüglich dieser Vertheidigung einvernommen worden, sagte aus, der Beklagte habe sich dem Kläger gegenüber geäußert: „er gebe das Pferd, wie es sei, man solle es anschauen, er gebe es, wie es sei, und gebe darum ein Aufgeld.“ —

Was nun die Frage anbelangt, ob in dieser Deposition des Zeugen eine Bestätigung des Beweissatzes enthalten sei, so ist es nicht gerade nothwendig, daß der Zeuge den Beweisatz wörtlich bestätige; es muß genügen, wenn der Sinn der Aussage unzweifelhaft dem Sinn des Beweisthemas entspricht. Der

Schwerfaß des letztern liegt nun darin, daß der Beklagte das Pferd dem Kläger mit der Erklärung übergeben habe, daß er nicht Währschaft leiste. Der Beweisfaß muß also dann als bestätigt angesehen werden, wenn sich der Beklagte einer Ausdrucksweise bediente, welche nach ihrer landesüblichen Bedeutung eine Ablehnung der Währschaftspflicht in sich begreift. — Die Vermuthung liegt nun allerdings nicht ferne, es sei die Absicht des Sprechenden gewesen, dem Kläger zu erklären, daß er das Thier mit seinen Vorzügen und Mängeln zu übernehmen habe und er, der Uebergeber, sich aller Verantwortlichkeit entschlage. Eine andere Frage ist es aber, ob der Uebernehmer censirt gewesen, jenen Worten diese weitrtragende Bedeutung beizulegen. Nur in dem Falle, als beide Contrahenten über die Bedeutung der Erklärung einig gegangen, kann von einer zur Begründung einer Vertragsbestimmung nöthigen Willenseinigung und von einem obligatorischen Verzicht auf die Währschaft gesprochen werden. Es kann aber nicht gesagt werden, daß nach landesüblicher Auffassung die vom Zeugen deponirte Aeußerung den Sinn habe, daß damit die Währschaftspflicht abgelehnt worden sei; jedenfalls ist nicht anzunehmen, daß der Kläger den fraglichen Worten den Sinn, daß der Beklagte sich der Währschaftspflicht habe entschlagen wollen, nothwendig habe beilegen müssen.

Die Vertheidigung des Beklagten erzeigt sich daher als unbegründet, da zur Ablehnung der gesetzlich begründeten Währschaftsverbindlichkeit eine bestimmte, gemeinverständliche Willensaüßerung erforderlich ist.

### 7) Wechselvollstreckung.

(Urtheil vom 22. Dezember 1874.)

Gegen einen Regreßpflichtigen wurde im Sinne des § 53 der W.-D. die Wechselvollstreckung nachgesucht und bezirksamtlich bewilligt. Die Vollstreckung besteht darin, daß dem Schuldner eröffnet wird, daß wenn innert 6 Wochen die Zahlung nicht erfolge, der Gläubiger das Konkursbegehren zu stellen berechtigt sei. Nach § 56 der W.-D. kann der Schuldner beim Bezirksamt Recht darschlagen; wird vom Schuldner gleichzeitig die betriebene Summe gerichtlich deponirt, so unterbricht der Rechtsdarschlag die Vollstreckung; findet die gerichtliche Hinterlage der betriebenen Summe nicht statt, so nimmt die Vollstreckung ihren Fortgang.

Da der Regreßpflichtige innert 6 Wochen nicht Zahlung leistete, wurde gegen ihn die Konkursöffnung nachgesucht. Derselbe verlangte hierauf eine gerichtliche Verhandlung und stellte, sich darauf berufend, daß er Recht dargeschlagen habe, das Begehren, daß die Konkursöffnung als unstatthaft erklärt werde. Das Bezirksgericht entsprach diesem Begehren, obgleich die gerichtliche Hinterlage der betriebenen Summe von Seite des Schuldners nicht stattgefunden.

Das Bezirksgericht ging von der Ansicht aus: Unter dem frühern Betreibungsgesetz habe die Vollstreckung gegen den Wechselschuldner, so lange der Rechtsdarfschlag nicht auf dem Wechselprozesse beseitigt gewesen, trotz unterlassener Deposition nur bis zur Pfändung, nicht aber bis zum Geltstag fortgeführt werden können, indem der 2. Satz von Lemma 3 des § 56 der W.-D. laute: „Nur darf vor Beendigung des Prozesses „nicht zur Versteigerung des Pfandes geschritten werden.“ Unter dem neuen Betreibungsgesetz dürfe der Schuldner nicht schlechter gestellt sein, als früher; sei die Pfändung dahingefallen, so sei dieß zu Ungunsten des Gläubigers geschehen und um so weniger zulässig die Vollstreckung bis zum Geltstag vorrücken zu lassen, als die Natur eines Rechtsdarfschlages vorerst dessen Abtreibung erheische, ehe Vollstreckung genommen werden könne.

Diese Auffassung ist jedoch unrichtig. Der Abschnitt XIII der W.-D. verleiht wechselamtlichen Forderungen das Attribut der Vollstreckungsfähigkeit. An die Stelle der für gewöhnliche Forderungen vorgesehenen Schuldbetreibung tritt bei Wechseln sofort die Vollstreckung, gegen welche freilich auch Recht dargeschlagen werden kann, aber nur dann mit Suspensiveffekt, wenn dem Wechselgläubiger durch Deposition der betriebenen Summe Sicherheit geleistet oder Fälschung behauptet wird. Der Rechtsdarfschlag unterbricht also die Vollstreckung nur ausnahmsweise, in zwei bestimmt bezeichneten Fällen. Es ist daher völlig willkürlich und rechtswidrig, wenn man erklärt, daß jeder Rechtsdarfschlag gegen eine Wechselvorstreckung die Exekution einstelle, wie dieß bezüglich des Rechtsdarfschlages gegen eine gewöhnliche Forderung der Fall ist. Das Bezirksgericht erklärt durch seinen Entscheid den Abschnitt über die Wechselvollstreckung geradezu als aufgehoben.

Wohl war unter dem frühern Betreibungsgesetz dem Wechselschuldner eine kleine Vergünstigung eingeräumt. Conform nämlich mit der Bestimmung, daß die Sicherstellung des Gläubigers durch Deposition der betriebenen Summe dem Rechtsdarfschlag Suspensiveffekt verleiht, ist im 2. Satz des 3. Lemma des § 56



der W.D. gesagt, daß auch dann die Vollstreckung sistirt werde, wenn der Wechselgläubiger auf dem Vollstreckungswege Pfand erlange, somit in gleicher Weise, wie durch Deposition Sicherheit besitze. Aus jenem Satze wird man aber nicht folgern wollen, daß unter dem frühern Gesetze die Wechselvollstreckung überhaupt nur bis zum Stadium der Pfändung habe vorrücken dürfen und nicht habe bis zum Geltstag fortgesetzt werden können, auch dann nicht, wenn der Gläubiger kein Pfand, keine Sicherheit erhalten. Ist nun jene beschränkte Vergünstigung durch das neue Betreibungsgesetz weggefallen, indem die Vollstreckung jetzt durch Stellung des Geltstagsbegehrens innert sechs Wochen effectuirt werden muß, so folgt daraus mehr nicht, als daß der Wechselschuldner nur noch durch die übrig gebliebene Sicherstellung des Gläubigers, durch Deposition die Vollstreckung aufhalten kann.

---

### Literarische Anzeigen..

Saunders, Thom. William; A Treatise upon the law applicable to negligence. London, Butterworths. 1871. 269 S. 8<sup>o</sup>.

Ein englisches Buch über die culpa interessirt auch weitere Kreise und verdient daher wohl eine Besprechung in unserer Zeitschrift, so bescheiden auch die Grenzen sind, welche dieselbe sich gezogen hat. Die Fälle, daß durch ein Verschulden irgend welcher Art Schaden entsteht und in Folge dessen Schadensersatzforderungen geltend gemacht werden, sind so häufig Gegenstand gerichtlicher Erörterung geworden, daß Hr. Saunders sich veranlaßt gesehen hat, die bisherigen Entscheidungen der englischen Gerichte nach allgemeinen Rubriken zu ordnen und herauszugeben, stets unter Hervorhebung der leitenden Gesichtspunkte und Grundsätze. Dadurch hat er nicht nur den englischen Praktikern einen Dienst erwiesen, indem er alle Präjudicien zusammenstellte und ordnete, sondern auch den continentalen Juristen.

Ein Verschulden — negligence in law — ist nach seiner Definition daun vorhanden, wenn Jemand einem Andern dadurch Schaden zufügt, daß er entweder etwas unterläßt, was ein verständiger Mann thun würde, oder daß er etwas thut, was ein verständiger Mann nicht thun würde. Jedermann ist nun Dritten gegenüber zu Sorgfalt in seinem Verhalten verpflichtet und wenn er dieselbe nicht beobachtet, so verletzt er ihnen gegenüber seine Pflichten und

berechtigt sie zu einer Klage. Dabei kommt es auf die Absicht nicht an, und auch eine unabsichtliche Schadenzufügung berechtigt zu einer Klage, wenn der Schaden nicht auf einen unvermeidlichen Zufall oder auf eine befugte Handlung zurückgeführt werden kann. Ebenso ist es gleichgültig, ob der Schaden durch die Nachlässigkeit direkt oder nur mittelbar entstanden ist; wenn z. B. aus Verschulden eines Kutschers die Pferde scheu werden und der Insasse aus der Kutsche springt und ein Bein bricht, so ist der Kutscher verantwortlich für den entstandenen Schaden: *if i place a man in such a situation that he must adopt a perilous alternative, i am responsible for the consequences. pag. 9.*

Ein Zufall kann nur dann angenommen werden, wenn der Schaden Verumständungen zuzuschreiben ist, an denen der Beklagte nicht Schuld ist, über welche ihm keine Macht zusteht, z. B. ein Pferd wird in Folge einer Explosion in seiner Nähe scheu und überrennt nun Menschen und Thiere.

Nachdem der Verfasser die allgemeinen Grundsätze, von welchen die englischen Richter ausgehen auseinandergesetzt und an zahlreichen Beispielen erläutert hat, untersucht er in einem zweiten Capitel die Beweisfrage.

Welche Thatfachen genügen nicht um das Vorhandensein von negligence anzunehmen, und beim Vorhandensein welcher Thatfachen muß dagegen eine solche angenommen werden. Diese Fragen werden in Cap. II, Sect. 1 und 2 untersucht und sodann in Sect. 3 die contributory negligence behandelt, d. h. der Fall, wenn beide Parteien nicht die nöthige Sorgfalt beobachtet haben. Hier wird als Grundsatz anerkannt, daß eine Ersatzforderung nicht Platz greife, wenn die Beschädigung ohne die Nachlässigkeit des Beschädigten nicht eingetreten sein würde — *for he cannot complain of an injury which his own negligence has contributed to bring about.* Wenn aber der Beschädiger durch Anwendung schuldiger Sorgfalt die Folgen der Nachlässigkeit des Beschädigten hätte vermeiden können, so wird er verantwortlich, z. B. er überfährt am hellen Tag einen auf der Straße schlafenden Menschen.

In einem dritten Capitel behandelt Saunders die Fälle, wo durch nachlässige Benutzung seines Eigenthums Schaden entsteht. Nachlässigkeit eines Grundeigenthümers, z. B. unbedeckt lassen von Löchern oder Sodbrunnen; eines Hausbesizers, z. B. Beschädigung eines Besuchers, welcher innerhalb des Hauses wegen mangelnder Beleuchtung in einen Keller fällt. Die Frage Hering's, die Jurisprudenz des täglichen Lebens pag. 39 ob auf diesen Fall die 1. 7 § 8 D. 43. 24 angewendet werden könne —

bos Besucher und *silva publica* Haus — findet hier in vielseitiger Casuistik allseitige und recht heitere Beleuchtung. Ferner Nachlässigkeiten in Besorgung von docks und Kanälen, sowie von öffentlichen Werken; endlich die nachlässige Beaufsichtigung von Thieren — *the negligent keeping of animals*. Mit Bezug auf das letztere werden folgende Sätze aufgestellt. Wer ein bösesartiges Thier hält, wissend daß es böseartig ist, ist verpflichtet, es zu verwahren — *to keep it secure* — auf seine Gefahr, und wenn dasselbe Schaden zufügt, so wird ohne weiteres das Vorhandensein von Nachlässigkeit angenommen. Wenn dagegen ein sonst friedliches Hausthier z. B. ein Hund oder ein Pferd Schaden anrichtet, so gehört zu Begründung der Klage, daß der Eigenthümer gewußt habe, daß das Thier böseartig sei, denn die Nachlässigkeit besteht darin, daß es nicht verwahrt wird, ob schon ihm die Böseartigkeit bekannt war. Kann dieses Wissen nicht nachgewiesen werden, so fehlt es an einem Verschulden und damit an einem Fundament der Erbsakklage.

In Capitel IV wird die Haftung für fremde culpa behandelt; in welchen Fällen der Herr für Handlungen seiner Diener oder Angestellten eintreten muß und wenn nicht. Dabei wird streng unterschieden, namentlich auch bei Eisenbahnen, ob der Diener oder Angestellte in Ausführung erhaltener Befehle oder innerhalb der ihm angewiesenen Wirksamkeit — *in the course of his employment* — gehandelt hat oder nicht. Im ersteren Fall vertritt der Angestellte seinen Herrn selbst, und seine Handlungen sind in den Augen des Gesetzes diejenigen des Herrn, pag. 110. Im letzteren Falle dagegen tritt eine Haftung für fremde culpa nicht ein, und da die beiden Fälle oft schwer zu unterscheiden sind, so werden für beide eine Reihe von interessanten, theils sehr wohl motivirten Entscheidungen angeführt. In Sect. 3 des nämlichen Capitels wird sodann die interessante Frage erörtert, ob und in welchen Fällen die Haftbarkeit des Meisters, z. B. eines Werkbesizers, angenommen werden müsse, für die einem Arbeiter durch die Schuld eines Mitarbeiters verursachten Schäden. Principiell wird in Uebereinstimmung mit der französischen Rechtsprechung die Haftbarkeit verneint. Siehe auch das deutsche Haftpflichtgesetz von Rah pag. 7. In der folgenden Sect. 4 wird das gewöhnliche Dienst- und Dienstbotenverhältniß behandelt. Grundsatz ist, sagt Saunders, daß wenn Jemand ein Dienstverhältniß eingeht, er auch alle Gefahren übernimmt, welche ordentlicher Weise mit einem solchen Dienste verbunden sind, und dazu gehört auch die Gefahr, welche einem Dienstboten durch die Nachlässigkeit eines Nebendienstboten

in Ausübung seiner Verrichtungen erwachsen kann; es läßt z. B. ein Handlanger einem anderen einen Ballen Baumwolle auf den Kopf fallen. Dabei wird aber vorausgesetzt, daß der Herr selbst seine Diener nicht unnöthigen Gefahren aussetze; wenn daher der Strick schadhast ist, mit welchem der Ballen aufgezogen werden soll, und der Herr hatte hievon Kenntniß, so haftet er für den eingetretenen Schaden. Die angeführten Fälle mit ihren Motivirungen sind von großem Interesse.

In Capitel V behandelt Saunders die Folgen der Nachlässigkeit bestimmter Personen, nämlich der Rechtsanwälte, Depositare, Fuhrleute, Wirthe, Aerzte, Sachwalter.

Mit Bezug auf Fuhrleute unterscheidet die englische Jurisprudenz zwischen carriers of goods und carriers of passengers. Die Haftbarkeit des Frachtfuhrmannes ist diejenige eines Versicherers — of an insurer — und er haftet daher unter allen Umständen außer im Falle höherer Gewalt — except in those (cases) of loss or damage by the act of God or the Queen's enemies. — Der Personenuhrmann dagegen haftet nur für Nachlässigkeit — only for negligence, — er verpflichtet sich daher nicht, sicher zu transportiren, sondern nur zu Anwendung gehöriger Sorgfalt und Aufmerksamkeit in Ausübung seiner übernommenen Verpflichtung. Ganz stimmt hiemit überein Justice Story on Bailments pag. 601 «the undertaking of a carrier of passengers is not an undertaking to carry safely, but only to exercise due care and diligence in the performance of his duty.»

Demgemäß hat auch die Eisenbahn nur für bewiesene Nachlässigkeit einzustehen und wo solche nicht nachgewiesen ist oder sich nicht auch aus der Natur der Sache ergibt, kann auch keine Ersatzklage angestellt werden, z. B. wegen eines Brandes, welcher durch das Ausprühen von Funken entstanden ist; oder wenn ein Wagenrad oder Kuppelleisen bricht, wegen eines Fehlers, der bei aller Sorgfalt nicht hat bemerkt werden können. Nach dem deutschen Haftgesetz dagegen erstreckt sich die Haftpflicht auf alle Mängel des Bahnkörpers und namentlich auch auf die verborgenen Fehler des Betriebsmaterials — Rah pag. 48. Eine Vergleichung der Grundsätze des englischen Rechtes mit den Anforderungen, welche unser Publikum erhebt, ist von höchstem Interesse, ergibt aber, daß der englische Richter die Verantwortlichkeit richtiger vertheilt und auch auf Eisenbahnen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung bringt, während der continentale Philister Ausnahmsbestimmungen zu seinen Gunsten verlangt und selbst diejenige Ver-

antwortlichkeit nicht tragen will, welche er von Gott und Rechts wegen tragen sollte.

In Capitel VI wird die Entschädigung bei Todesfällen behandelt. Vor dem Gesetze Lord Campbell's 9 und 10 Vict. c. 93 hatte die Familie des Getödteten keinen Anspruch auf Entschädigung nach dem Grundsatz *actio personalis moritur cum persona*. Die erwähnte Acte gab dagegen den Hinterbliebenen eine Klage und unser Autor erörtert nun an interessanten Beispielen die Frage, wem eine solche Klage zustehe und wenn ein Schaden als verursacht angenommen werden könne. In einem letzten Capitel endlich werden die Grundsätze behandelt, nach welchen im einzelnen Falle das Maß des Schadens festzusetzen und zu vergüten ist. Dabei kommen auch die Fragen zur Sprache, auf welche wir hier nicht weiter eintreten können, welchen Einfluß die Versicherung eines Getödteten oder die Pension eines verstümmelten Beamten auf die Feststellung des Maßes der Entschädigung habe.

Bücher, wie das vorliegende, wirken in hohem Maße anregend und die Bearbeitung eines particulären Rechts, wie das bernische, kann nur gewinnen, wenn wir auch fremde Jurisprudenz herbeiziehen, und von allen Seiten her seinem Strome Wasserbächlein zuleiten sein Bette zu füllen.

In gleicher Weise wie Saunders die Lehre von der negligence bearbeitet hat, wurden unter anderen noch folgende Gegenstände von englischen Juristen behandelt:

Irrthum und Betrug von Kerr, a treatise on the law of fraud and mistake, London 1868.

Bürgschaft von De Colyar, a treatise on the law of guarantees and of principal et surety, London 1874.

Grenzzeichen, Einzäunungen und Eigenthumsrecht am Seeufer und öffentlichen Flußbetten oder anderen Gewässern, von Hunt, Arthur Joseph, the law relating to boundaries and fences, etc., London 1870.

Prof. R. G. König.

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band X.

Nr. 10.

April 1875.

---

Inhalt: Entscheidungen des Bundesgerichts, S. 289. — Literarische  
Anzeige und Kritik, S. 314.

---

### Entscheidungen des Bundesgerichts.

Es kann nicht Aufgabe unserer Zeitschrift sein, sämtliche Entscheidungen des Bundesgerichtes mitzutheilen; hiezu würde ihr Umfang nicht hinreichen, und da die schweizerische Gerichtszeitung in Lausanne dieser Aufgabe mit löblichem Eifer gerecht zu werden sucht, so dürfen wir unsere Leser auf diese Publication verweisen. Dagegen glauben wir den Wünschen Vieler entgegenzukommen, wenn wir die wichtigeren Entscheidungen kurz registriren und nur die wichtigsten vollständig mittheilen. Dabei müssen wir uns aber von vornherein das Recht der Kritik im vollsten Umfange wahren. Das Bundesgericht ist nicht so glücklich zusammengesetzt worden, daß wir seine Aussprüche zutrauensvoll als solide Grundlagen für die Weiterbildung und Entwicklung unseres Rechtes annehmen dürften; sein Ansehen als oberster und aus den fähigsten und gebildetsten Juristen der Schweiz erlesener Gerichtshof muß es sich erst noch erwerben. Daß dieses geschehen möge, ist unser aufrichtiger Wunsch, inzwischen aber amicus Plato sed magis amica veritas.

## Entscheidungen.

### 1) Expropriation.

(15. Januar 1875.)

Für die Feststellung der Entschädigung und der übrigen Verpflichtungen, welche der Expropriant zu übernehmen hat, können die Vortheile, welche der Eigenthümer des enteigneten Grundstückes nach seiner Behauptung aus erst beabsichtigten Anlagen hat ziehen wollen, nicht berücksichtigt werden.

### 2) Gerichtsstand bei Hypotheken.

(23. Januar 1875.)

Art. 59 der Bundesverfassung ist nur auf die rein persönlichen Klagen anwendbar, und nicht auf die durch eine Hypothek geschützten Obligationen. Die Klage, welche die Realisirung einer Hypothek zum Zwecke hat, ist eine Realklage, welche bei dem Gerichtsstand der belegenen Sache anhängig gemacht werden muß.

Wenn dagegen die dingliche Pfandklage nur angestellt worden ist, um in Wirklichkeit eine persönliche Klage zu verfolgen, so bleibt dem Beklagten das Recht vorbehalten, wegen Verletzung des Art. 59 der Verfassung Beschwerde zu führen.

**Anmerkung.** Wenn es sich um eine Klage handelt auf Anerkennung des Pfandrechtes oder um die Einleitung des Vollziehungsverfahrens bei grundpfändlich versicherten Forderungen, mithin um Realisirung des Pfandrechtes, so gilt der Gerichtsstand der gelegenen Sache, denn es wird ein dingliches Recht, ein Recht auf eine Sache, geltend gemacht. Wird dagegen die Forderung, zu deren Sicherheit das Pfandrecht dienen soll, bestritten, und muß somit ihre Anerkennung zuerst gerichtlich erobert werden, so kann dieß nur mittelst einer beim forum domicilii debitoris angebrachten persönlichen Klage geschehen.

Im vorliegenden Falle nun hatte A. Heß gegenüber einem im Kanton Bern wohnenden Schuldner Einweisung in das im Kanton Freiburg gelegene Unterpand verlangt und zu dem Behuf den Beklagten vor den freiburgischen Richter geladen. Derselbe bestritt das gewählte forum, weil er die Forderung selbst bestreite und mithin an seinem Wohnsitz belangt werden müsse.

Das Bundesgericht entschied die daheringe Beschwerde abschlägig und wir heben aus den Motiven folgende hervor:

2. Der Art. 59 der Bundesverfassung bestimmt, daß der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden müsse. Derselbe bezieht sich somit nur auf rein persönliche Forderungen und kann nicht angerufen werden, wenn eine dingliche Klage beim Gerichtsstand der belegenen Sache angestellt wird. Um eine Klage der letztern Art handelt es sich hier aber offenbar; denn, wie aus dem Inhalte der dem Petenten zugestellten Citation klar hervorgeht, wird Petent nicht als persönlicher Schuldner auf Bezahlung seiner Schuld belangt, sondern strebt der Kläger Heß die Realisirung des ihm im Kanton Freiburg an dort gelegenen Grundstücken bestellten Pfandrechtes nach Maßgabe der freiburgischen Gesetze in der Weise an, daß er die Immission in die verpfändeten Grundstücke begehrt, um sich dadurch für seine pfandversicherte Forderung sammt Zinsen bezahlt zu machen. Eine solche lediglich auf das als Pfand dienende Vermögen des Schuldners gerichtete Klage ist aber keine persönliche und wird daher durch den Art. 59 der Bundesverfassung nicht betroffen, sie muß vielmehr in dem Falle, da Schuldner und Pfand sich nicht im gleichen Kanton befinden, bei den Gerichten, in deren Gebiet das Pfand liegt, geltend gemacht werden, weil die Behörden des Wohnortes des Schuldners weder die Realisirung des Pfandes (im vorliegenden Falle die Einweisung des Klägers in dasselbe) selbst bewerkstelligen, noch die Behörde des andern Kantons, in welchem das Pfand gelegen ist, zur Vornahme derselben zwingen könnten. Es ist daher auch das *forum rei sitae* für solche Fälle allgemein als das zuständige anerkannt.

3. Allerdings können dadurch dem Petenten Einsprachen gegen die Existenz der Forderung, für welche das Pfandrecht geltend gemacht wird, nicht abgeschnitten werden und Kläger wird im Falle der Bestreitung der Forderung den Beweis für dieselbe leisten müssen. In der That setzt nun Petent in Widerspruch nicht nur, daß dem Kläger Heß ein Pfandrecht zustehe, sondern auch die Existenz einer Forderung; allein, wenn derselbe zu glauben scheint, diese Bestreitung habe zur Folge, daß nun Kläger vorerst an seinem, des Petenten Wohnort, also in Bern, Klage auf Anerkennung seiner Forderung erheben und dort den Nachweis für dieselbe leisten müsse, so kann diese Ansicht nicht als richtig betrachtet werden. Denn der Artikel 59 der Bundesverfassung bezieht sich nicht auf versicherte Forde-



rungen und findet daher eine solche Unterscheidung zwischen der Obligation des Schuldners und dem accessorischen Pfandrecht in demselben auch keinen Halt. Vielmehr ist klar, daß der Nachweis der Forderung vor demjenigen Richter geleistet werden muß, welcher zum Entscheide über das gestellte Begehren kompetent ist.

4. Ebenso wenig liegt eine Verletzung des Art. 58 der Bundesverfassung vor. Dieser Artikel, welcher mit Ausnahme des hier nicht in Betracht kommenden zweiten Absatzes und einer kleinen, lediglich redaktionellen Aenderung des ersten Absatzes aus der frühern Bundesverfassung herübergenommen worden ist, will, wie dessen Inhalt unzweideutig beweist, nicht wie Art. 59, die gerichtlichen Kompetenzen zwischen verschiedenen Kantonen regeln, sondern lediglich die Einführung von verfassungswidrigen Ausnahmegerichten in den Kantonen ausdrücklich verbieten. Nun ist aber die an den Petenten erlassene Citation unbefristetenermaßen von dem ordentlichen verfassungsmäßigen Richter des Kantons Freiburg ausgegangen und daher zur Anrufung des erwähnten Artikels der Bundesverfassung überall keine Veranlassung vorhanden.

5. Die Beschwerde ist somit unbegründet und mag schließlich nur noch bemerkt werden, daß für den Fall, als sich später aus den gerichtlichen Verhandlungen und dem allfällig von den freiburgischen Gerichten zu erlassenden Urtheile ergeben sollte, daß Kläger die dingliche Klage nur zum Scheine angestellt habe, um in dieser Einkleidung lediglich einen persönlichen Anspruch zu verfolgen, und daß der freiburgische Richter gleichwohl den Petenten verurtheilt habe, dem Letztern das Recht, deshalb wegen Verletzung des Art. 59 der Bundesverfassung hierorts Beschwerde zu führen, durch den vorliegenden Entscheid nicht geschmälert sein soll.

Das letzte Motiv ist geeignet Verwirrung anzurichten, denn wenn nach Motiv 3 der Richter der belegenen Sache über die Existenz der bestrittenen Forderung zu urtheilen befugt ist, so hat sich auch Niemand darum zu bekümmern, ob der Kläger die dingliche Klage nur zum Schein angestellt habe, um in dieser Einkleidung einen persönlichen Anspruch zu verfolgen. Nicht der Beweggrund des Klägers ist entscheidend, sondern die Natur des eingeklagten Rechtes. Wir glauben daher, es sei an der Trennung von persönlichem Forderungsrecht und dinglichem Pfandrecht mit Bezug auf Gerichtsstand strenger festzuhalten, als es von Seiten des Bundesgerichtes geschehen ist.

### 3) Recht zur Ehe.

(23. Januar 1875.)

So lange das Bundesgesetz über die Ehe noch nicht in Kraft getreten ist, ist auch laut Art. 54 der Bundesverfassung jede Eheverweigerung unzulässig, welche auf kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten, auf dem bisherigen Verhalten oder auf anderen polizeilichen Gründen beruht.

### 4) Geistliche Gerichtsbarkeit.

(28. Januar 1875.)

Die geistliche Gerichtsbarkeit ist vom 29. Mai 1874 an endgültig abgeschafft. Die Kantone sind nicht berechtigt, diese Gerichtsbarkeit bis zu Einführung einer neuen kantonalen Gesetzgebung provisorisch fortbestehen zu lassen.

In Folge dessen wurde ein Ehescheidungsurtheil aufgehoben, welches von dem bischöflichen Consistorium in St. Gallen unterm 9. November 1874 ausgefällt worden war.

### 5) Incompetenz des Bundesgerichtes, wenn es sich nicht um Verletzung derjenigen Rechte handelt, welche den Privaten durch die Verfassung ihres Kantones gewährleistet sind.

(28. Januar 1875.)

Ein Recurrent verlangte Cassation von drei Urtheilen des basellandschaftlichen Obergerichts, wegen Verletzung des Art. 11 der basellandschaftlichen Verfassung, welcher die Menschenrechte auf Leib, Leben, Ehre und Vermögen gewährleiste, und weil das in Art. 23 desselben garantirte Eigenthumsrecht ihm gegenüber verletzt worden sei. Das Gericht wies ihn ab und legte ihm seiner offenbaren Trölerhaftigkeit wegen ein Gerichtsgeld auf von Fr. 30, unter Annahme folgender

#### M o t i v e :

Wenn der Art. 4 der basellandschaftlichen Kantonsverfassung sagt, die Menschenrechte auf Leib, Leben, Ehre und Vermögen werden anerkannt und gewährleistet, so soll damit offenbar nur eine Schranke für die Wirksamkeit der Staatsgewalt in dem

Sinne aufgestellt werden, daß diese Rechte nicht willkürlich und nach Belieben der Verwaltungsbehörden aufgehoben oder beschränkt, sondern nur gesetzlich im Voraus bestimmten Beschränkungen unterworfen werden dürfen. Insbesondere will derselbe Schutz gewähren gegen willkürliche Strafandrohungen und Strafverhängungen, indem beide nur nach Maßgabe der Gesetze geschehen sollen. Dagegen kann aus demselben keineswegs das Recht oder die Pflicht derjenigen Behörden, welche über die Beobachtung der Verfassung zu wachen haben, hergeleitet werden, die Gerechtigkeit von Civil- oder Strafurtheilen zu prüfen, vielmehr fällt die Behandlung sowohl von Strafprocessen als von Civilstreitigkeiten ausschließlich in die Competenz der Gerichte, wie denn auch der Grundsatz der Gewaltentrennung ausdrücklich in der Kantonsverfassung von Baselland Aufnahme gefunden hat. Nun ist aber das Bundesgericht nur in den Art. 29 des Bundesgesetzes über die Bundesrechtspflege bezeichneten Fällen Appellations- oder Cassationsinstanz für kantonale Civilurtheile und ein solcher Fall liegt hier nicht vor.

Ebenso wenig ist die Competenz des Bundesgerichtes mit Rücksicht auf den weiter angerufenen Art. 23 der baselländischen Verfassung begründet. Denn dieser Artikel gewährleistet die Unverletzlichkeit des Eigenthumes in dem Sinne, daß Zwangsentzignungen nur gegen Entschädigung, welche im Streitfall richterlich festgestellt werden muß, stattfinden darf.

## 6) Verletzung einer Kantonalverfassung.

(28. Januar 1875.)

Der Behörde, welche über die Beobachtung einer Kantonalverfassung zu wachen hat, steht weder das Recht noch die Pflicht zu, die Gerechtigkeit von Strafurtheilen zu prüfen, und

das Bundesgericht ist weder Appellations- noch Cassationsinstanz für kantonale Strafurtheile.

## 7) Verfassungsverletzung wegen Umänderung einer Geldstrafe in Gefängnißstrafe.

(1. Februar 1875.)

Wenn eine Kantonalverfassung festsetzt, daß eine Strafe nur von einer competenten Behörde in Anwendung eines Ge-

setzes<sup>1</sup> unter Beobachtung vorgeschriebener Formen, ausgesprochen werden kann, und wenn die Gesetzgebung dieses nämlichen Kantons nicht ausdrücklich durch einen Artikel des Gesetzes die Möglichkeit statuiert, daß eine Disziplinalgeldbuße oder eine wegen Vergehens ausgesprochene Geldstrafe in Gefängnißstrafe umgeändert werde, so liegt in dieser Umänderung eine Verfassungsverletzung und ist daher aufzuheben.

## 8) Abschaffung der geistlichen Gerichtsbarkeit. (S.-B. Art. 58.)

(4. Februar 1875.)

Mit Abschaffung der geistlichen Gerichtsbarkeit sind nicht nur die bloß aus Geistlichen componirten Gerichte, sondern alle Gerichte, in welchen eine bestimmte Kirche officiell vertreten sein muß, abgeschafft.

### Erwägungen:

1. Aus der in Art. 58 der neuen Bundesverfassung enthaltenen Bestimmung an und für sich, laut welcher die geistliche Gerichtsbarkeit abgeschafft ist, könnte nicht gefolgert werden, daß eine Gerichtsbehörde, sofern sie als Glied der weltlichen Gewalt erscheint und nach den bürgerlichen Gesetzen zu urtheilen hat, aus dem Grunde als verfassungswidrig erklärt werden müßte, weil Einzelne der gewählten Personen zufällig dem geistlichen Stande angehören.

2. Dagegen kann es, wenn die angeführte Vorschrift in ihrem Zusammenhange mit den Artikeln 49, 53 und 54 der neuen Bundesverfassung in's Auge gefaßt wird, welche die vollständige Unabhängigkeit der bürgerlichen vom religiösen und kirchlichen Gebiete, namentlich die Ehesachen gewahrt wissen wollen, nicht mehr als zulässig erscheinen, daß der Staat, der nur den bürgerlichen Charakter der Ehe kennen und das religiöse Moment derselben jedem Einzelnen anheimstellen soll, in den Behörden, welche beim Abschluß oder bei der Trennung der Ehe zu functioniren haben, einer bestimmten Kirche als solcher eine offizielle, ausschließliche oder auch nur theilweise Vertretung einräume und alle Bürger, welches auch ihre Glaubensansicht oder ihr Glaubensbekenntniß sein möge, zur Unterwerfung unter dieselben zu verpflichten.

3. Die Bestimmungen der Verfassung des Kantons Appenzell A.-Rh., nach welchen für Ehestreitigkeiten, namentlich zur Beurtheilung von Scheidungsbegehren, mit Ausnahme der zeitlichen Folge derselben, besondere Gerichte aufgestellt sind, in

welchen die Kirche als solche zu einem Drittheile vertreten sein muß, und zwar in der Weise, daß die Ehegaume als erste Instanz aus dem auch mit der Proceßleitung betrauten Ortspfarrer und den beiden Hauptleuten der betreffenden Gemeinde und das oberinstanzliche Ehegericht aus drei im Lande angestellten Geistlichen und sechs Mitgliedern des Großen Rathes besteht, Bestimmungen, die noch auf dem religiösen Charakter der Ehe beruhen und offenbar bezwecken, der Landeskirche einen wesentlichen Einfluß auf die Eheangelegenheiten zu sichern, können daher gegenüber den angerufenen Grundsätzen der Bundesverfassung keinen allgemein verbindlichen Fortbestand beanspruchen.

4. Die Ständecommission von Appenzell A.-Rh. hat denn dieß in ihrer Rekursbeantwortung auch selber annerkannt, und wendet im Wesentlichen nur ein, daß bis zur gesetzlichen Lösung der Frage, welchen Gerichten die bisherigen Funktionen der Ehegerichte zugewiesen werden sollen, diese letztern noch als allein competent betrachtet werden müssen.

5. Dieser Einwurf kann jedoch nicht als begründet erfunden werden. Nach dem Art. 2 der Uebergangsbestimmungen der neuen Bundesverfassung können Bestimmungen kantonaler Verfassungen und Gesetze, welche mit den Vorschriften der erstern in Widerspruch stehen, nur unter der Voraussetzung als einstweilen noch in Kraft bestehend betrachtet werden, daß zur Ausführung der betreffenden Bestimmungen der Bundesverfassung noch ein besonderes Bundesgesetz erforderlich und in der Verfassung selbst in Aussicht genommen ist. Dieß ist aber bezüglich des einschlägigen Art. 58, Absatz 2, der Bundesverfassung nicht der Fall, indem vielmehr die Organisation der Gerichtsbehörden, welche über Ehescheidungsstreitigkeiten zu urtheilen haben werden, — innerhalb der von der Bundesverfassung gezogenen Grenzen — ausschließlich Sache der Kantone verblieben ist. Mit hin hätten die betreffenden Kantone sofort nach der Annahme der neuen Bundesverfassung für die Ersetzung der verfassungswidrig gewordenen Ehegerichte zu sorgen gehabt und konnten jedenfalls, sofern dieß nicht freiwillig geschah, keinen Bürger mehr dazu anhalten, sich der Jurisdiktion derselben zu unterwerfen.

#### **9) Concordat vom 15. Juli 1822 betreffend die Testirungsfreiheit und die Erbrechtsverhältnisse. Art. 46 B.-B.**

(5. Februar 1875.)

Das Concordat vom 15. Juli 1822 betreffend die Testirungsfreiheit und die Erbrechtsverhältnisse besteht noch in Kraft,

so lange die Bundesgesetzgebung die erforderlichen Bestimmungen über die Anwendung des in Art. 46 der B. V. enthaltenen Grundsatzes nicht getroffen hat.

Das Concordat ist nur anwendbar auf Erbstreitigkeiten im eigenthümlichen Sinne, und nicht auf diejenigen Streitigkeiten, welche die Erbschaftsqualität einer Sache betreffen.

Wir theilen dieses und das folgende Urtheil in ihrem vollständigen Wortlaute mit.

**Standescommission Glarus gegen Regierung von Schaffhausen.**

Am 6. März 1874 ist Friedrich Schmudli, Lehrer, von Nettstall, Kts. Glarus, in Schaffhausen verstorben, mit Hinterlassung einer Wittwe, zweier Kinder zweiter und vier Kinder erster Ehe. Die letztern wohnen in Nettstall und stehen dort unter vormundschaftlicher Pflege; die Vormundschaft über die Kinder zweiter Ehe hat dagegen die Waisenbehörde von Schaffhausen übernommen und auch im Einverständniß mit derjenigen von Glarus das Inventar zum Zwecke der erbrechtlichen Auseinandersetzung besorgt.

Da das Waisengericht Schaffhausen in das Inventar nicht aufgenommen hatte:

1. Eine Summe von Fr. 5000, welche den „Hinterlassenen“ des Lehrer Schmudli zufolge eines von den Letztern zu deren Gunsten eingegangenen Lebensversicherungsvertrages zugekommen und

2. die letzte Quartalbefoldung, welche den Hinterlassenen Schmudli's ausbezahlt worden war,

so reclamirte das Waisenamt Nettstall wegen Unvollständigkeit des Inventars, indem dasselbe behauptete, beide Summen gehören zum Nachlasse. Allein das Waisengericht Schaffhausen erwiderte, jene Beträge seien der Familie des Lehrer Schmudli nach dessen Tode zugekommen und unter alle Glieder derselben gleichmäßig zu vertheilen, so daß auch der Ehefrau Schmudli welche am Nachlasse ihres Ehemannes nicht erbberechtigt sei, ein Siebentheil davon zukomme. Eine Verständigung zwischen den beidseitigen Waisenbehörden konnte nicht erzielt werden und ebensowenig konnten sich dieselben darüber einigen, vor welchen Gerichten der Streit darüber, ob jene Beträge zum Nachlasse gehören oder nicht, auszutragen sei. Das Waisenamt Nettstall und mit ihm die dortige Standescommission behaupteten, gestützt auf das Concordat vom 15. Juli 1822, die Zuständigkeit der glarnerischen Gerichte, während das Waisengericht und die Regierung

von Schaffhausen die Zuständigkeit der Schaffhauser Gerichte vertraten.

Die Ständescommission Glarus rief deshalb durch Eingabe vom 16. October voriges Jahres den Entscheid des Bundesgerichtes an, und verlangte, daß dasselbe, gestützt auf das Concordat vom 15. Juli 1822, die Vorfrage, vor welchem Richter die Streitfrage zur Behandlung kommen solle, zu Gunsten des Waisenamtes Nettstall entscheide und daher die glarnerischen Gerichte für competent erkläre, indem dieser Streit unzweifelhaft eine Erbstreitigkeit und daher gemäß Art. 3, Lemma 3, des erwähnten Concordates vom Richter des Heimortes zu entscheiden sei.

Die Regierung von Schaffhausen vertheidigte in ihrer Antwort vom 18. November vorigen Jahres ihre Ansicht, daß die streitigen Beträge nicht Bestandtheile des Schmuckli'schen Nachlasses seien und fügte bei, es würde sich überhaupt fragen, ob auch bezüglich der eigentlichen Verlassenschaft des Lehrer Schmuckli das glarnerische Erbrecht zur Anwendung komme, indem § 3 des Privatrechtes von Schaffhausen vorschreibe: Die Familienverhältnisse von Kantonsfremden und die Beerbung von Kantonsfremden, welche im Kanton Schaffhausen gewohnt haben, werden insofern nach dem Rechte ihrer Heimat beurtheilt, als das Recht desjenigen Staates, dem sie angehören, solches vorschreibe, und nun das Waisenamt von Nettstall bis jetzt sich hierüber nicht ausgewiesen, sondern sich lediglich auf das Concordat vom 15. Juli 1822 berufen habe. Es frage sich daher, ob dieses Concordat nicht durch die Einführung des Territorialprincips in den Kantonen Glarus und Schaffhausen factisch außer Kraft gesetzt sei.

Die früher gegenüber der Ständescommission Glarus aufgestellte Behauptung, daß das Concordat vom 15. Juli 1822 durch Art. 46 der Bundesverfassung außer Kraft gesetzt sei, hat die Regierung von Schaffhausen in ihrer Antwort an den Bundesrath nicht wiederholt.

Gemäß Bundesbeschluß vom 16. October vorigen Jahres hat der Bundesrath diesen Rekurs dem Bundesgerichte zur Entscheidung überwiesen.

In rechtlicher Würdigung dieser Thatsachen zieht das Bundesgericht

#### i n E r w ä g u n g :

1. Die übrigens gegenwärtig von keiner Seite mehr aufgeworfene Frage, ob das Concordat vom 15. Juli 1822 betreffend die Testirungsfreiheit und die Erbrechtsverhältnisse noch in Kraft bestehe, ist unbedingt zu bejahen, denn der Art. 46

der Bundesverfassung spricht in seinem ersten Alinea nur den Grundsatz aus, daß die Niedergelassenen in Beziehung auf die civilrechtlichen Verhältnisse unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes stehen, behält dagegen in seinem zweiten Lemma der Bundesgesetzgebung vor, über die Anwendung dieses Grundsatzes die erforderlichen Bestimmungen zu treffen; gemäß Art. 2 der Uebergangsbestimmungen treten daher diejenigen Concordate, welche mit dem in Art. 46 ausgesprochenen Grundsatz im Widerspruch stehen, erst mit Erlaß des in demselben in Aussicht genommenen Bundesgesetzes außer Kraft.

2. Ebenso unzweifelhaft ist der Stand von Schaffhausen zur Zeit noch an das erwähnte Concordat gebunden. Die Concordate sind für diejenigen Kantone, welche denselben beigetreten sind, so lange verbindlich, als von denselben nicht der Rücktritt erklärt, oder die Aufhebung der Concordate nicht durch die Bundesgesetzgebung erfolgt ist. Die Anwendung der kantonalen Gesetzgebung vermag die Verbindlichkeit derselben nicht aufzuheben, sondern kann für den betreffenden Kanton nur die Veranlassung sein, die Concordate seinerseits zu kündigen, beziehungsweise den Rücktritt zu erklären.

3. Das Concordat vom 15. Juli 1822 huldigt dem Grundsatz, daß die Niedergelassenen in allen erbrechtlichen Verhältnissen nach den Gesetzen der Heimat zu behandeln seien und bestimmt in Folge dieses Grundsatzes in Art. 3, M. 3, daß bei sich ergebenden Erbstreitigkeiten der Richter des Heimortes zu entscheiden habe. Es fragt sich daher, ob der Streit über die Erbschaftsqualität der Fakt. B. erwähnten Beträge eine Erbstreitigkeit sei; diese Frage ist zu verneinen.

4. Als Erbstreitigkeiten im eigentlichen Sinne können nur betrachtet werden, einerseits die Streitigkeiten über das Erbrecht zwischen zwei oder mehreren Erbprätendenten, bei welchen der Gegenstand der Klage als Hauptsache das Erbrecht und die Erbschaft ausschließlich oder zu einem idealen Antheile ist, und andererseits die Streitigkeiten unter Miterben über die Pflicht zur Theilung oder die Art derselben. Dagegen ist der Streit um die Erbschaftsqualität einer Sache so wenig eine Erbschaftsstreitigkeit, als der Streit um die Existenz einer Erbschaftsforderung. Denn in beiden Fällen müßte auch der Erblasser selbst klagen auf-treten, um die Herausgabe der Sache oder die Bezahlung der Forderung zu verlangen. Wird die Herausgabe einer angeblichen Erbschaftssache vom Besitzer derselben nicht aus erbrechtlichem Rechtsgrunde, sondern deßhalb verweigert, weil die-



selbe nicht zur Erbschaft gehöre, so liegt vielmehr eine einfache Vindication vor, wobei der Kläger als Rechtsgrund seines Eigenthums jedenfalls das Eigenthum des Erblassers, sein Erbrecht aber nur insoferne beweisen muß, wenn zugleich bestritten wird, daß er Erbe sei.

5. Die Richtigkeit des Gesagten, kann für den Fall, daß sich die angebliche Erbschafts Sache im Besitze eines Dritten, Nichterben, befindet, nicht dem mindesten Zweifel unterliegen. Es ist aber nicht abzusehen, warum die aufgestellte Ansicht nicht auch richtig sein sollte, wenn ein Erbe sich im Besitze der streitigen Sache befindet, sobald er dieselbe nicht aus einem erbrechtlichen Rechtsgrunde, sondern deßhalb vorenthält, weil er deren Erbschaftsqualität bestreitet. Denn die Frage, ob eine Sache zur Verlassenschaft einer Person gehöre oder nicht, ist keine erbrechtliche, erhält auch dadurch, daß sie zwischen Erben verhandelt wird, keinen erbrechtlichen Charakter.

6. Dem Begehren der Standeskommission Glarus könnte daher nur insofern entsprochen werden, als das Concordat ausdrücklich auch den Streit über die Erbschaftsqualität einer Sache, wenn derselbe zwischen Erben schwebt, den heimathlichen Gerichten zugewiesen würde. Denn da dasselbe eine Ausnahme von der Regel, einen ausnahmsweisen Gerichtsstand festsetzt, so ist es strenge zu interpretiren und darf nicht weiter ausgedehnt werden, als sein ausdrücklicher Wortlaut gestattet. Nun sagt aber das Concordat lediglich, daß in Folge der in Art. 3, M. 1 und 2, aufgestellten Grundsätze die sich ergebenden „Erbsreitigkeiten“ von dem heimathlichen Richter zu entscheiden seien und es weist sowohl der Inhalt jener beiden Alinea von Art. 3, als die Entstehungsgeschichte des Concordates viel eher darauf hin, daß M. 3 des citirten Artikels lediglich die eigentlichen Erbsreitigkeiten im Sinne von Erwägung 4 im Anfange im Auge habe (vergl. Entscheid des Bundesrathes vom Jahr 1854 in Sachen der Erben Plüß; Ullmer, staatsrechtl. Praxis, Bd. I, Nr. 558). Uebrigens sind im vorliegenden Falle bei der Frage, ob die mehrerwähnten Beträge zur Verlassenschaft des Dehner Schmucki gehören, nicht bloß dessen Erben, sondern auch dessen nichterbberichtigte Wittwe theilhaftig und könnte jedenfalls diese nicht gezwungen werden, vor glarnerischen Gerichten als Kläger aufzutreten, oder als Beklagte sich belangen zu lassen.

7. Es greift demnach für die Beurtheilung der Frage über die Erbschaftsqualität der streitigen Summe der allgemeine und regelmäßige Gerichtsstand des Wohnortes Plaz. Dieser ist unbestrittener Maßen in Schaffhausen.

Demnach hat das Bundesgericht, im Auslande der Herren Bundesgerichtspräsident Dr. Blumer und Bundesrichter Stamm, als Angehörige der betheiligten Kantone,

• erkannt:

Die Beschwerde ist als unbegründet abgewiesen.

*Anmerkung.* Streitig war in diesem Falle, ob die Versicherungssumme zum Nachlaß des Versicherten gehöre und welches Gericht darüber zu entscheiden habe.

Aus der species facti geht nun hervor, daß die Versicherung zu Gunsten der „Hinterlassenen“ gemacht worden war; ob dieß in der Police selbst gesagt war oder nur in der Declaration geht aus dem Thatbestand nicht hervor; das letztere ist jedoch wahrscheinlich. Jedenfalls war die Versicherung nicht zu Gunsten einer bestimmten Person eingegangen und die Sorge für die Hinterlassenen nur das Motiv der Versicherung. Wäre die Versicherung ausdrücklich zu Gunsten der Ehefrau oder der Kinder gemacht und die Gesellschaft verpflichtet worden, die Versicherungssumme an diese Personen auszubezahlen, so würde dieselbe niemals einen Theil des Nachlasses des Versicherten gebildet haben, und Niemand, mit Ausnahme der genannten Personen, wäre der Gesellschaft gegenüber zu ihrem Bezuge berechtigt gewesen, namentlich nicht seine Concurssumme. Da aber diese Voraussetzungen nicht eintraten, indem die Police weder auf einen bestimmten Namen lautet, noch auch bei Lebzeiten des Versicherten von ihm einem Dritten abgetreten worden ist, so kann kein Streit darüber bestehen, daß die Versicherungssumme zum Nachlasse des Versicherten gehörte; somit hatten einzig diejenigen Anspruch auf dieselbe, welche auch auf den Nachlaß berechtigt sind.

Zeitschrift IX. 214; Schauberg, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft II. 195 und die daselbst angeführte Literatur. Buchelt, Zeitschrift für französisches Civilrecht V. pag. 374 und Sirey Réc. 1874. pag. 119 Urtheil des Pariser Cassationshofes vom 15. December 1873.

Das Begehren der Standescommission von Glarus, daß die Versicherungssumme in das Vermögensinventar aufgenommen werde, war daher vollkommen begründet. Auch die andere Frage, wer nun über die Berechtigung an dieser Summe zu entscheiden habe, können wir nicht im gleichen Sinne entscheiden, wie das Bundesgericht. Wenn die „Hinterlassenen“ auf dieselbe Anspruch

haben, so können darunter natürlich nicht alle diejenigen verstanden werden, welche nicht gleichzeitig mit dem Erblasser verstorben sind, sondern nur diejenigen, welche zu ihm in einem solchen Rechtsverhältnisse stunden, welches sie berechtigt, auf das hinterlassene Vermögen Anspruch zu erheben, somit seine Erben resp. seine Concursmasse. Die Frage, wer ist Hinterlassener? ist daher gleichbedeutend mit derjenigen, wer ist Erbe? und ein daheriger Streit ist ein erbrechtlicher und gehörte somit vor die glarnerischen Gerichte. Der Ehefrau stund kein Forderungsrecht zu, welches sie aus einem besondern Titel hätte geltend machen können, sondern sie berief sie auf ein Recht, welches sie nur kraft einer besondern Eigenschaft geltend zu machen befugt ist, nämlich derjenigen einer Hinterlassenen, d. h. einer Erbin. Es handelte sich daher keineswegs um eine vindication einzelner Vermögensgegenstände und ebensowenig um Geltendmachung eines Forderungsrechtes gegenüber der Erbschaft.

Das Bundesgericht sucht nun die Schwierigkeit dadurch zu umgehen, daß es annimmt, es handle sich nicht um einen Streit um das Erbrecht, sondern um die Erbschaftsqualität einer Sache, d. h. darum, ob eine Sache zum Nachlaß gehöre oder nicht. Wenn eine Person sich im Besitze einer streitigen Sache befinde und dieselbe nicht aus einem erbrechtlichen Grunde vorenthalte, sondern deßhalb, weil sie deren Erbschaftsqualität bestreite, so liege kein Streit vor, welchem ein erbrechtlicher Charakter beigelegt werden könne, und es sei dabei gleichgültig, ob die Sache in den Händen eines Dritten oder eines Erben sich befinde. Diese letztere Behauptung ist nicht richtig, denn der Dritte hat keine Verpflichtung, zur Bildung der Masse mitzumirken, wohl aber der Erbe. Allein ganz abgesehen hiervon, so handelt es sich gar nicht um die Retention einer Erbschafts Sache. Die Hinterlassenen waren nicht im Besitze einer solchen zur Zeit des Todes des Erblassers, sondern sie haben sich nach seinem Tode in den Besitz derselben gesetzt und ein Recht auf einen Theil der Verlassenschaft in Anspruch genommen, welches ihre Erbenqualität zur Voraussetzung hat. Der Anspruch war daher allerdings ein erbrechtlicher und dessen Begründetheit von den glarnerischen Gerichten zu beurtheilen. Die Schaffhauser Behörden haben daher widerrechtlich den Kindern einen Theil des väterlichen Nachlasses entzogen zu Gunsten der Wittwe, welche hierauf keinen Anspruch erheben konnte.

Prof. König.

**10) Refkurs betreffend das Bundesgesetz über die Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten vom 24. Juli 1852.**

(4. Februar 1875)

Die in Art. 6 des Bundesgesetzes über die Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten vom 24. Juli 1852 enthaltenen Bestimmungen finden ihre Anwendung nur in dem Falle, wo es sich bloß darum handelt, die Objecte des Verbrechens im Interesse der Strafuntersuchung zu bekommen. Wenn diese Objecte von den Geschädigten selbst oder in deren Interesse aushin verlangt werden, muß der Weg des ordentlichen Processes gegen den Besizer, welcher die Herausgabe verweigert, betreten werden. \*)

Regierung von Bern gegen Regierungen von Basel, Neuenburg und St. Gallen.

L. B. von B. und N., gewesener Angestellter der Centralverwaltung der schweiz. Mobiliarversicherungsgesellschaft in Bern, hat Mitte April v. J. aus dem zur Aufbewahrung von Werthschriften dienenden Schranke eine Anzahl Obligationen der Gotthardbahn, Centralbahn und Nordostbahn entwendet und sich dann nach Argentinien geflüchtet.

Da die angeordnete Untersuchung herausstellte, daß B. folgende Werthschriften in der Schweiz veräußert habe, nämlich:

1. Neun Stück Centralbahnobligationen und zwölf Stück Nordostbahnobligationen an Otto Stör, Auswanderungsagent in Basel, welcher dann vier Stück Centralbahnobligationen an J. R. daselbst, fünf Stück gleicher Obligationen an B. B. daselbst und die zwölf Nordostbahnobligationen an die dortige Handwerkerbank begab;

2. Zwei Centralbahnobligationen durch Vermittlung von J. J. S., Bureauchef der Versicherungsgesellschaft La Neuchâteloise in Neuenburg an A. B., Bankier daselbst, und

3. Fünf Stück Centralbahnobligationen an L. R., Bankier in Rheineck, Kt. St. Gallen, welchem dieselben als Pfand für ein Darlehen von 4000 Fr. dienen, —

So wendete sich der Untersuchungsrichter von Bern, unter Berufung des Art. 6 des Bundesgesetzes über Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten vom 24. Juli 1852, an die Behörden von Basel-Stadt, Neuenburg und St. Gallen, mit dem

\*) In gleichem Sinne Billot, traité de l'extradition. Paris 1874. pag. 160.

Gefuche, die genannten Werthschriften mit Beschlagnahme zu belegen und an ihn auszuliefern. Allein da sämtliche Besitzer dieser Werthpapiere die freiwillige Auslieferung verweigerten, verfügten auch die Behörden die Herausgabe nicht, worauf der Untersuchungsrichter von Bern im Auftrage der Anklagekammer des dortigen Obergerichtes an die Regierung gelangte, damit dieselbe gemäß Art. 10 des erwähnten Bundesgesetzes die Auslieferung der Werthschriften bewirke.

Diesem Ansuchen entsprechend beantragte die Regierung von Bern mit Zuschrift vom 16. Oktober vorigen Jahres beim Bundesrathe, daß derselbe die Regierungen von Baselstadt, Neuenburg und St. Gallen anhalte, die oben angegebenen und in ihren resp. Gebieten befindlichen Werthpapiere dem Untersuchungsrichter von Bern zu den Akten der gegen B. waltenden Kriminaluntersuchung auszuliefern. Das Begehren stützt sich auf Art. 6 des erwähnten Gesetzes, welches in seinem zweiten Absatz bestimme, daß gestohlene und geraubte Effekten in allen Fällen den Eigenthümern unbeschwert zugesprochen und verabsolgt werden sollen. Gestohlene und geraubte Effekten seien demnach, wo sie sich auch vorfinden, in gleicher Weise, wie die Angeeschuldigten selbst, auszuliefern, resp. herauszugeben und es gelten in dieser Beziehung die im Auslieferungsgesetze aufgestellten Bestimmungen.

Auf Anordnung des Bundesrathes unterlagten die betreffenden Kantonsregierungen den Besitzern der fraglichen Papiere, über dieselben irgendwie zu verfügen, unterstützten dagegen die Weigerung der Inhaber, dieselben herauszugeben, indem sie anführten:

1. Die Regierung von Basel-Stadt: Nach dem erwähnten Bundesgesetze und einer frühern, im Jahre 1855 getroffenen Entscheidung des Bundesrathes müsse, wenn die gestohlenen Sachen im Besitze Dritter, am Kriminalprozeß nicht Theilhabender sich befinden, der Bestohlene die vindicationsklage anstellen und es liege demselben ob, die betreffenden Beweise zu leisten. Es müsse daher die Mobiliarversicherungsgesellschaft auf den Civilweg verwiesen werden.

2. Die Regierung von Neuenburg: Die Entwendung der Obligationen sei dem B. nur durch die unverzeihliche Nachlässigkeit der Direktion der Mobiliarversicherungsanstalt ermöglicht worden und habe daher Letztere den Schaden zu tragen. Das Auslieferungsgesetz könne im vorliegenden Falle deßhalb nicht angewendet werden, weil B. nicht im Kanton Neuenburg verhaftet worden sei. Uebrigens fallen Inhaberpapiere auch nicht unter den Begriff der „Effekten“, zu deren Rückgabe jenes Gesetz einzig

verpflichte, und endlich sei der Streit jedenfalls vor den neuen-burgischen Gerichten auszutragen.

3. Die Regierung von St. Gallen: Die Begehren um Abforderung gestohlenen oder geraubten Gutes bei Dritteuten sei so lange unstatthaft, bis die betreffenden Effekten durch gerichtliches Urtheil als gestohlen oder geraubt erklärt worden seien und liege ein dießfälliges Strafurtheil gegen B. zur Zeit nicht vor. Sodann sei aber im Rechte nicht ausgemacht, ob die Inhaberpapiere unter jene „Effekten“ zu subsumiren seien, welche gemäß Art. 6 des Auslieferungsgesetzes dem Eigenthümer herausgegeben werden müssen.

J. N. in Basel erklärte, daß er die fraglichen Obligationen von Otto Stör nicht für sich, sondern im Auftrage einer in Frankreich wohnenden Person gekauft und an Letztere ausgeliefert habe.

Gemäß Bundesbeschluß vom 16. Oktober vorigen Jahres hat der Bundesrath dieses Geschäft dem Bundesgerichte zur Entscheidung überwiesen.

In rechtlicher Würdigung dieser Thatsachen zieht das Bundesgericht

#### in Erwägung:

1. Es handelt sich im vorliegenden Falle um eine Streitigkeit zwischen verschiedenen Kantonsregierungen über die Anwendung und Auslegung des in Ausführung der Bundesverfassung erlassenen Gesetzes über die Auslieferung von Verbrechern und Angeschuldigten vom 24. Juli 1852, somit um eine Streitigkeit staatsrechtlicher Natur. Solche Streitigkeiten sind nach Art. 59, Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege nicht dem Entscheide des Bundesrathes, beziehungsweise der Bundesversammlung, vorbehalten und müssen daher gemäß Art. 113, Ziff. 2, der Bundesverfassung, da die Kompetenz des Bundesgerichtes die Regel bildet, gegenüber welcher die dem Bundesrathe zugewiesenen Administrativstreitigkeiten, welche offenbar in dem angeführten Gesetzesartikel haben erschöpfend aufgeführt werden wollen, als Ausnahme erscheinen, in die Kompetenz des Bundesgerichtes fallen, obgleich weder der Art. 57, noch der Art. 59, Abs. 1 des erwähnten Gesetzes für dieselben zutrifft. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist denn auch von keiner Seite bestritten, vielmehr dessen Entscheid von allen Beteiligteu angerufen worden.

2. Der Art. 6 des Bundesgesetzes über die Auslieferung von Verbrechern bestimmt in seinem ersten Lemma, daß mit den

Angeschuldigten auch alle bei ihnen vorgefundenen Wahrzeichen, sowie die noch vorhandenen Objekte des Verbrechens, z. B. gestohlene Effekten, auszuliefern seien. Im zweiten Lemma wird der Fall behandelt, wenn die Objecte des Verbrechens im Besitze von dritten Personen sich befinden, welche deren Herausgabe verweigern, und verordnet, daß gegen diese nach dem Gesetze ihres Landes zu verfahren sei, doch sollen gestohlene und geraubte Effekten in allen Fällen den Eigenthümern unbeschwert zugesprochen und verabfolgt werden.

3. Im vorliegenden Falle handelt es sich nur um die Auslegung dieses zweiten Lemma's, und nun erscheint allerdings die Einrede, daß in jedem Falle, wo es sich nicht bloß darum handelt, die Objekte des Verbrechens im Interesse der Strafuntersuchung zu bekommen, sondern dieselben von den Geschädigten selbst oder in deren Interesse aushinverlangt werden, der Weg des ordentlichen Civilprozesses gegen den dritten Besizer, welcher die Herausgabe verweigert, betreten werden müsse, begründet, immerhin vorausgesetzt, daß dieser Dritte nicht als Theilnehmer bei dem Verbrechen erscheint. Denn offenbar will, wie auch der Ausdruck „zugesprochen“ zeigt, der zweite Satz des Lemma 2 nicht eine Ausnahme von der in dem ersten Satze aufgesetzten Regel, wonach gegen den dritten Besizer nach den Gesetzen seines Landes zu verfahren ist, statuiren, sondern lediglich aussprechen, daß die vindication gestohlener oder geraubter Effekten auch gegen den redlichen dritten Besizer ohne Ersatz zulässig sei, beziehungsweise von dem zuständigen Richter unbedingt gutgeheißen werden müsse.

4. Demgemäß steht der Mobilversicherungs-Gesellschaft kein anderer Weg offen, als die Inhaber der entwendeten Obligationen an ihrem Wohnorte auf dem Wege des Civilprozesses zu belangen. Dabei wird sie den Beweis leisten müssen, daß ihr jene Papiere wirklich gestohlen, nicht etwa bloß unterschlagen worden seien und werden die betreffenden Gerichte neben den andern Einreden namentlich auch diejenigen zu prüfen haben, ob jene Werthpapiere unter den Begriff „Effekten“ zu subsumiren seien. \*) Würden die Gerichte diese Frage zu Ungunsten der Mobilversicherungs-Gesellschaft beantworten und diese sich dadurch in ihren Rechten verletzt halten, so mag sie sich dannzumal, gemäß Art. 29 und 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege, mit einer neuen Beschwerde an das Bundesgericht wenden. Zur Zeit ist für Letzteres, da ein zu

\*) Solche Direktiven gehören nicht in ein bundesgerichtliches Urtheil.

Ungunsten der Mobilienversicherungsgesellschaft gefälltes Urtheil nicht vorliegt, keine Veranlassung vorhanden, jene Frage zu entscheiden.

Demnach hat das Bundesgericht, im Auslande der Herren Bundesrichter Morell und Niggeler, als Angehörige der betheiligten Kantone,

erkannt,

1. Die Beschwerde ist als unbegründet abgewiesen.

2. Dieser Entscheid ist der Regierung von Bern für sich und zu Handen der Mobilienversicherungsgesellschaft, sowie den Regierungen von Basel-Stadt, Neuenburg und St. Gallen für sich und zu Handen der Inhaber der betreffenden Werthpapiere schriftlich mitzutheilen.

### 11) Doppelbesteuerung.

(5. Februar 1875.)

Die Frage, ob ein Schweizerbürger berechtigt ist, von einem Kanton die Rückerstattung von Steuern zu fordern, die in früheren Jahren, über welche die Rechnungen schon abgeschlossen sind, doppelt bezahlt worden waren, gehört vor die Gerichte dieses Kantons, um den Bestimmungen desselben über Zurückforderung des ungeschuldet Bezahlten und über Verjährung gemäß entschieden zu werden.

Also *condictio indebiti*, obgleich weder factischer noch rechtlicher Irrthum im Spiele ist?

### 12) Doppelbesteuerung.

(5. Februar 1875.)

Die nämliche Person kann nicht für die nämlichen Vermögensobjecte in zwei verschiedenen Kantonen zu gleicher Zeit besteuert werden.

Becker-Trümpi gegen Regierung von Schwyz.

Becker-Trümpi ist im April 1873 von Ennenda, Kantons Glarus, nach Bach, Kantons Schwyz, übergesiedelt. Derselbe hat die Vermögenssteuer von seinem ganzen Vermögen für das Jahr 1873 in Glarus entrichtet und beschwert sich nun darüber, daß er auch im Kanton Schwyz von seinem beweglichen Vermögen für jenes Jahr besteuert werden sollte.



Die Regierung von Schwyz beharrt auf ihrer Steuerforderung und bemerkt, da Becker bereits im Jahre 1873 Niedergelassener der Gemeinde Schwyz gewesen sei, so sei derselbe nach dem Territorialrechte der dortigen Steuer unterworfen. Eine doppelte Besteuerung trete nur deshalb ein, weil Glarus einen Angehörigen veranlagt habe, der notorisch in einem andern Kanton niedergelassen gewesen sei und sein bewegliches Vermögen an seinem neuen Wohnorte zu versteuern gehabt habe.

Das Bundesgericht zieht

in Erwägung:

1. Obschon die frühere Bundesverfassung keinerlei Vorschriften gegen Doppelbesteuerung der Bürger enthielt, so haben doch die Bundesbehörden seit geraumer Zeit sich dahin ausgesprochen, daß eine direkte Doppelbesteuerung der nämlichen Person und für die gleichen Vermögensobjekte nicht zulässig sei und es ist nun auch in Art. 46, Lemma 2, der neuen Bundesverfassung die Doppelbesteuerung grundsätzlich als unstatthaft erklärt, indem die Bundesgesetzgebung die erforderlichen Bestimmungen gegen Doppelbesteuerung treffen soll. Obschon das in Aussicht genommene Gesetz noch nicht erlassen ist, so kann doch Angesichts der bundesrechtlichen Praxis keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß das Bundesgericht, welches nunmehr mit Bezug auf solche Beschwerden an die Stelle des Bundesrathes und der Bundesversammlung getreten ist, das Recht und die Pflicht hat, gegen Doppelbesteuerung Schutz zu gewähren.

2. Nun liegt hier allerdings ein Fall von Doppelbesteuerung insofern vor, als Rekurrent sein bewegliches Vermögen für das Jahr 1873 sowohl in Glarus, als in Schwyz versteuern soll. Frägt es sich nun, auf welche Weise gegen diese Doppelbesteuerung Schutz zu gewähren sei, so kann der Richter beim Mangel jeder gesetzlichen Bestimmung sich nur auf den Standpunkt stellen, welchen der Bundesrath bisher konstant eingenommen hat, daß nämlich jeder Kanton nur für diejenige Zeit steuerberechtigt erklärt wird, während welcher Rekurrent in demselben gewohnt hat.

3. Demgemäß ist Rekurrent pflichtig, für die Zeit von April bis Ende 1873 die Steuer in Schwyz zu bezahlen.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

1. Die Beschwerde ist insoweit begründet, daß Rekurrent nur angehalten werden kann, für diejenige Zeit, während welcher

er im Kanton Schwyz niedergelassen gewesen ist, die Vermögenssteuer in diesem Kanton zu bezahlen.

2. Dieser Entscheid ist der Regierung von Schwyz und dem Rekurrenten schriftlich mitzutheilen.

### 13) Realkaution behufs Ermöglichung der Ehe.

(12. Februar 1875.)

Durch Art. 54 der Bundesverfassung sind die Beschränkungen des Rechtes zur Ehe aus ökonomischen Rücksichten ohne Ausnahme aufgehoben. Hienach ist für diejenigen Frauenspersonen, welche früher kraft einer gesetzlichen Bestimmung behufs Ermöglichung der Ehe mit einem Schweizerbürger eine Realkaution haben leisten müssen, die Pflicht, dieselbe fortbestehen zu lassen, weggefallen und sind dieselben Frauenspersonen berechtigt, die Hinterlagen zurückzufordern. Dagegen ist die Frage, wer zu Empfangnahme dieser Realkaution legitimirt sei, durch die kantonalen Gerichte zu beurtheilen. Die Behörde, bei welcher die Hinterlage gesehen ist, wird daher nur verurtheilt, dieselbe „an die berechnigte Person“ herauszugeben, und den kantonalen Gerichten überlassen, auszumitteln, wer dieselbe sei.

Christen gegen Armenverwaltung Wolfenschießen.

#### M o t i v e :

Es sind im vorliegenden Falle zwei Fragen zu beantworten, nämlich erstens, ob die vor dem 29. Mai 1874 von fremden Frauenspersonen, welche sich mit Nidwaldner Bürgern verehelicht haben, hinterlegten Kautionen in Folge Inkrafttretens der neuen Bundesverfassung zurückgegeben werden müssen und zweitens, wenn obige Frage bejaht wird, ob Rekurrent legitimirt sei, den von der Sophie Christen, geb. Endeli, als Kaution hinterlegten Gültbrief von der Armenverwaltung Wolfenschießen zurückzufordern. Die erste Frage ist eine solche staatsrechtlicher Natur und fällt daher deren Entscheidung gemäß Art. 113, Ziff. 3 der Bundesverfassung und Art. 59 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege in die Kompetenz des Bundesgerichtes; die zweite dagegen ist eine rein civilrechtliche Frage und daher der Beurtheilung des Bundesgerichtes entzogen.

Obgleich nun die Armenverwaltung Wolfenschießen die Legitimation des Rekurrenten deshalb bestreitet, weil sein Gebet nicht berechnigt gewesen sei, über den als Weibergut sich dar-

stellenden Gültbrief zu verfügen, und über die Begründetheit dieser Einrede nöthigenfalls von den Civilgerichten Ridwaldens wird entschieden werden müssen, weil die Armenverwaltung Wolfenschießen nicht angehalten werden kann, den Gültbrief an eine Person auszugeben, welche zur Empfangnahme nicht legitimirt und deshalb nicht in der Lage ist, sie von ihrer auf Herausgabe des Titels gerichteten Verpflichtung zu befreien, so würde es sich doch nicht rechtfertigen, die Entscheidung der staatsrechtlichen Frage bis nach Ordnung des Legitimationspunktes zu verschieben. Denn einmal ist ein solches Begehren von den Rekursbeklagten selbst nicht gestellt worden, sodann scheint die vom Rekurrenten eingelegte Cessionsurkunde formell richtig zu sein, und endlich dürfte es deshalb zweckmäßig sein, zuerst die Pflicht der Armenverwaltung zur Herausgabe der Kaution festzustellen, bevor der Proceß über die Actiolegitimation des Rekurrenten durchgeführt wird, weil sonst die Gefahr nahe läge, daß die Ridwaldner Civilgerichte die Klage einfach deshalb abweisen würden, weil jene Pflicht nicht bestehe, ohne auf den Legitimationspunkt einzutreten.

Was nun die Frage betrifft, ob der Anspruch des Rekurrenten auf Rückgabe der Kaution an sich begründet sei, so ist unbestritten, daß die Armenverwaltung Wolfenschießen nach den damals geltenden Gesetzesbestimmungen befugt war, von Frau Christen die Kaution zu verlangen und die frühere Bundesverfassung der Erhebung derselben nicht entgegenstand. Es ist daher nur zu untersuchen, ob die Fortdauer der Kaution mit den Bestimmungen der neuen Bundesverfassung unverträglich sei und diese Frage ist zu bejahen.

Es ist zwar, soweit es sich um Privatrechte handelt, im Allgemeinen richtig, daß ein neues Gesetz nur für die Zukunft wirken soll und die Anwendung des neuen Rechtes auf früher entstandene Rechtsverhältnisse ausgeschlossen ist. Indessen steht es doch auch hier dem Gesetzgeber frei, eine Ausnahme zu machen und zu bestimmen, daß das neue Gesetz auch für ältere Rechtsverhältnisse gelten solle, und es ist sogar nicht einmal nothwendig, daß der Gesetzgeber dieß ausdrücklich vorschreibe, sondern es kann sich diese Wirkung auch sonst unzweideutig als sein Wille ergeben, weil die Tendenz des Gesetzes nicht erreicht würde, wenn dasselbe lediglich für die Zukunft gelten sollte. Allein im vorliegenden Falle handelt es sich nicht um ein privatrechtliches Verhältniß, sondern um ein solches des öffentlichen Rechtes. Frau Christen hat die Kaution nicht auf Grund eines Vertrages geleistet, sondern zufolge der zwingenden Vorschrift

einer Gesetzesbestimmung, welche dem öffentlichen Rechte angehört. Die Verpflichtung, die Kaution fortbestehen zu lassen, besteht daher auch nur so lange, als jene Gesetzesbestimmung in Kraft ist und hört mit der Aufhebung der letztern ebenfalls auf. Von einem wohlervorbenen Privatrechte der Armenverwaltung Wolfenschießen auf die Fortexistenz der Kaution kann unter den Umständen, unter welchen dieselbe geleistet worden ist, keine Rede sein.

Nun bestimmt der Art. 54 der Bundesverfassung unbedingt und vorbehaltlos, daß das Recht zur Ehe aus ökonomischen Rücksichten nicht beschränkt werden dürfe; es sind somit durch die Bundesverfassung alle Beschränkungen des Rechtes zur Ehe aus ökonomischen Rücksichten ohne Ausnahme aufgehoben und die entgegenstehenden Bestimmungen der kantonalen Gesetzgebungen außer Kraft gesetzt worden. Hiernach ist mit Inkrafttretung der Bundesverfassung für diejenigen Frauenspersonen, welche früher kraft einer gesetzlichen Bestimmung behufs Ermöglichung der Ehe mit einem Schweizerbürger solche Kauttionen haben leisten müssen, die Pflicht, dieselben fortbestehen zu lassen, weggefallen und sind dieselben berechtigt, die Hinterlagen zurückzufordern. Denn, daß in dem fortdauernden Entzuge eines gewissen Vermögensbestandtheiles als Kaution für den Verarmungsfall der eingetragenen Person eine fortwährende Beschränkung der Ehe aus ökonomischen Rücksichten liegt, kann keinem Zweifel unterliegen und wird auch von der Rekursbeklagten anerkannt. Zu der Annahme, daß der Art. 54 nicht auch auf bereits bestellte Kauttionen Anwendung finden und so der Zustand, welchen er beseitigen will, auf unbestimmte Zeit fort dauern solle, ist um so weniger Veranlassung vorhanden, als alle solche Beschränkungen der Ehe nach allgemeiner Anschauung längst veraltet sind, und da Art. 54 der Bundesverfassung gerade bezweckt, die Gesetzgebung bezüglich des Rechtes zur Ehe mit der allgemeinen Ueberzeugung in Einklang zu bringen. Derselbe darf daher, wie auch der Bundesrath in seinem Kreisreiben vom 3. Juli vorigen Jahres gesagt hat, nicht enge interpretirt werden, sondern muß vielmehr auf alle Beschränkungen der Ehe im weitesten Sinne Anwendung finden.

Demnach ist die Armenverwaltung Wolfenschießen pflichtig, den von Frau Sophie Christen, geb. Enderli, hinterlegten Gültbrief an die berechtigte Person auszugeben. Ob Rekurrent diese Person ist oder der von ihm geltend gemachten Cession Mangels Dispositionsfähigkeit des Melchior Christen keine rechtliche Wirksamkeit zukommt, ist nach dem bereits in Erwägung 1 Gesagten nicht hierorts, sondern im Streitfalle von den Civil-

gerichten Nidwaldens zu entscheiden, daher die Beschwerde auch nur in diesem Sinne begründet zu erklären.

**Anmerkung.** Wir glauben, das Bundesgericht hätte nicht nur entscheiden sollen, daß die Realkaution herausgegeben werden solle, sondern auch an wen? Es hat die ganze Frage zu entscheiden und nicht nur die halbe und solche Rückweisungen von Fragen, welches das Gericht selbst beurtheilen soll, sind einer Rechtsverweigerung gleichzuachten, und verursachen jedenfalls ganz unnöthige Kosten.

#### 14) Verweigerung von Ausweisschriften.

(15. Februar 1875.)

Unterm 15. Februar 1875 hat der Bundesrath entschieden, die Weigerung Seitens einer Gemeinde, einem ihrer Zugehörigen Ausweisschriften auszustellen, enthalte eine Verletzung von Art. 45, Abs. 1 der Bundesverfassung, denn es habe diese Weigerung zur Folge, daß der Betreffende des Rechtes, sich in jedem beliebigen Orte in der Eidgenossenschaft niederzulassen (Art. 45, Abs. 1 B.-V.) beraubt werde, und es sei daher die selbe mit der Bundesverfassung unvereinbar.

---

### Literarische Anzeige und Kritik.

N. Brunner, Gutachten über die Unzulässigkeit der Niveaukreuzungen der schweizerischen Centralbahn mit den bestehenden öffentlichen Straßen. 1874.

Dieses von der Regierung von Basel-Stadt geforderte Gutachten wurde von Herrn Fürsprecher N. Brunner in Bern erstattet über die Frage: Ob die Centralbahngesellschaft nicht wenigstens verpflichtet sei, auf sämtlichen kantonalen Straßen, welche die Bahn kreuzen im Interesse eines ungehinderten und sicheren Verkehrs die dormaligen Einrichtungen (Niveauübergänge) durch Ueberbrückungen oder Unterführungen auf ihre (der Centralbahngesellschaft) eigene Kosten zu ersetzen?

Dabei wurde angenommen, die Niveauübergänge haben anfänglich dem Verkehr genügt, da sich derselbe aber seither vermehrt habe, so seien andere Vorrichtungen erforderlich geworden; ob nun die bisherigen Kosten der Centralbahn aufzuerlegen seien oder ob sie vom Staate übernommen werden müssen, war die streitige und daher zu begutachtende Frage.

Herr Brunner entscheidet gegen die Centralbahn, und da es sich um eine principielle, juristisch interessante Frage, nicht aber um einen einzelnen individuell bestimmten Wegübergang handelt, so dürfen wir seine Arbeit nicht unbeachtet lassen. Er stützt sich auf die Concessionsbedingungen der Centralbahn im besondern und auf das schweizerische Eisenbahnrecht im Allgemeinen. Nach der Concession ist die Gesellschaft verpflichtet, alle Vorkehrungen zu treffen, welche zur Sicherheit des Dienstes erforderlich sind, namentlich wo die öffentliche Sicherheit es erheischt, die Bahn in ihren Kosten auf eine hinlängliche Sicherheit gemärende Weise einzufrieden und die Einfriedung in gutem Stande zu erhalten. Ueberhaupt hat sie alle diejenigen Vorkehrungen auf ihre Kosten zu treffen, welche in Hinsicht auf Bahnwärterposten oder sonst, jetzt oder künftig von der Regierung zur öffentlichen Sicherheit nöthig befunden werden. Endlich wird hingewiesen auf die Concession der Centralbahn mit der französischen Ostbahn vom 20. October 1858 Art. 6. Demnach hat die Centralbahn die nothwendigen Uebergänge, Durchgänge und Straßendurchlässe und überhaupt Veränderungen an Straßen, Wegen, Brücken, Stegen, Flüssen, Kanälen oder Bächen, Abzugsgräben, Wasserbrunnen oder Gasleitungen auf eigene Kosten zu erstellen, so daß den Eigenthümern oder sonstigen mit dem Unterhalt belasteten Personen weder ein Schaden noch eine größere Last als die bisher getragene aus jenen Veränderungen erwachsen kann. Ueber die Nothwendigkeit und Ausdehnung solcher Bauten entscheidet im Falle des Widerspruchs die Regierung ohne Weiterziehung. Mit Bezug auf das Rechtsverhältniß zwischen Bahneigenthümer und Straßeneigenthümer macht Herr Brunner darauf aufmerksam, daß die von der Bahn überschrittenen Straßenstrecken Theile der öffentlichen Straße bleiben, an denen die Bahngesellschaft keine Privatrechte erwerben könne. Die Ueberschienenung und Befahrung derselben von der Centralbahn finde daher nicht statt in Folge eines darauf haftenden Dienstbarkeitsrechtes im privatrechtlichen Sinne des Wortes, sondern lediglich in Folge der concessionsmäßigen Bewilligung der Regierung. Hiezu bemerkt Herr Brunner, die Centralbahngesellschaft könne sich deßhalb nicht über eine Verletzung von *jura quæsitâ* beklagen, wenn die Regierung im Interesse der öffentlichen Sicherheit auf ihren Straßen und in Berufung der Art. 9 und 11 der Concession von 1852 und die damit im Einklange stehenden Bestimmungen der Concession von 1858 die Gesellschaft dazu anhalte, auf ihre — der Gesellschaft — Kosten die Niveauübergänge durch Ueberbrückungen und Unterführungen zu ersetzen. Dieser Ersatz falle unter die in Art. 11

der Concession von 1852 vorgesehenen Vorkehrungen, welche, wie sich der Artikel ausdrückt, „jetzt oder künftig von der Regierung zur öffentlichen Sicherheit nöthig befunden werden.“

Herr Brunner wendet sich sodann zu den Bestimmungen der eidgen. Eisenbahngesetzgebung vom 1. Mai 1850. Nach demselben liege den Bahngesellschaften die Verpflichtung ob, auf ihre Kosten für die durch die Verhältnisse geforderte ungestörte Communication und die öffentliche Sicherheit auf den Wegübergängen zu sorgen und falls andere Vorrichtungen zur Erfüllung der obigen Verpflichtung erforderlich seien, dieselben zu erstellen. Noch bestimmter sei das Bundesgesetz vom 23. Dezember 1872 über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen, wobei besonders folgende Bestimmungen hervorgehoben werden:

- 1) Art. 16, letzter Satz: „Ueberhaupt hat die Gesellschaft alle diejenigen Vorkehrungen auf ihre Kosten zu treffen, welche jetzt oder künftig zur öffentlichen Sicherheit nöthig befunden werden.“

Wie sehr die Bundesversammlung von der Ansicht ausgegangen sei, daß hier von entgegenstehenden, wohlverworbenen Rechten der Gesellschaften nicht die Rede sein könne, sondern daß jene Vorschrift lediglich aus dem staatlichen Hoheitsrechte abzuleiten sei, beweise der Umstand, daß der Art. 16 ohne Rücksicht auf allfällige entgegenstehende Concessionsbedingungen auf alle Eisenbahngesellschaften Anwendung finde. Wenn daher unter den gegenwärtigen Verhältnissen die öffentliche Sicherheit bei den fraglichen Straßenübergängen die Ueberbrückung oder Unterführung erheische, so seien die solche Vorkehrungen, welche, ganz abgesehen von der Concession, schon nach dem Gesetz ausschließlich auf Kosten der Centralbahngesellschaft zu treffen seien.

- 2) Art. 31, fünftes Alinea: „Ebenso wird der Bundesrath die Bahngesellschaften zu den nöthigen Maßnahmen anhalten gegen die Gefährdung des Verkehrs auf öffentlichen Straßen und Wegen durch den Manövrirdienst auf den Bahnhöfen.“

Diese Bestimmung sei aufgenommen worden, um die Anwendung des in Art. 16 enthaltenen Grundsatzes auf denjenigen concreten Fall außer allen Zweifel zu stellen, der rücksichtlich der öffentlichen Sicherheit zu den begründetsten Beschwerden gegen die Eisenbahngesellschaften Veranlassung gebe. Diese Bestimmung passe nun vollständig auf den vorliegenden Fall. Durch den Manövrirdienst auf dem Bahnhofe in Basel werde der Verkehr auf den drei daselbst befindlichen Straßenübergängen

gefährdet und häufig sogar längere Zeit unterbrochen, und es habe somit nach Art. 31 der Bundesrath die Centralbahngesellschaft und nicht die Regierung von Basel-Stadt zu den für Hebung dieses Uebelstandes nöthigen Maßnahmen anzuhalten. Einer besonders Vorschrift, daß diese Maßnahmen auf Kosten der Gesellschaft zu treffen seien, habe es hier nicht bedurft, weil es sich von selbst verstehe, daß derjenige, dem das Gesetz eine Verpflichtung auferlege, sich nur dann dafür entschädigen könne, wenn ihm ein solches Recht ausdrücklich eingeräumt werde, und weil das Princip, daß dergleichen Vorkehrungen auf Kosten der Baugesellschaft zu machen seien, bereits in Art. 16 ausgesprochen sei.

Gegen die an sie gestellte Zumuthung erhob die Centralbahngesellschaft verschiedene Einwendungen, welche Herr Brunner der Reihe nach durchgeht und zurückweist. Vorerst beruft sich die Bahn auf die vorbehaltlose Genehmigung der Pläne, auf welchen die Uebergänge verzeichnet gewesen seien und auf die gleichfalls vorbehaltlose Uebernahme der betreffenden Straßenstrecken über die Bahn von Seiten des Staates. Herr Brunner beseitigt diese Einwendung etwas leicht mit der Bemerkung, es könne aus dem Umstande, daß die Regierung bei jenen Genehmigungen nicht alle ihre hoheitlichen und concessionsmäßigen Rechte für die Zukunft ausdrücklich vorbehalten habe, noch keineswegs gefolgert werden, daß sie damals auf dieselben stillschweigend habe verzichten wollen, und nur unter der Voraussetzung eines solchen Verzichtes würde sich der Einwurf der Centralbahngesellschaft hören lassen.

Im fernern wendet die Centralbahn ein, sie habe der Regierung schon bei Vorlage der Pläne und Beschreibung des damaligen Bahnhofes als Motiv angeführt, daß die Anlage so zu treffen sei, damit außer den Zügen der Centralbahn und der französischen Ostbahn auch die Züge einer Verbindungsbahn vom habsbischen Bahnhof Basel, ferner die einer Delsberger- und Bözbergerbahn einlaufen und abgefertigt werden können, ohne daß die Anlage irgend eine Aenderung erleiden müsse; da nun die Pläne von der Regierung unbedingt genehmigt worden seien, so seien wohl auch die denselben zu Grunde liegenden Motive als genehmigt anzusehen. Herr Brunner beseitigt auch diesen Einwand mit der Bemerkung, die Regierung habe sich um die Motive der Centralbahn nicht zu bekümmern gehabt und sei daher auch nicht veranlaßt gewesen, sich darüber besonders auszusprechen. In dem bloßen Stillschweigen aber eine Genehmigung der Meinung der Centralbahn finden zu wollen bedürfe keiner Wider-



legung. Ebenso unbegründet sei die Berufung der Centralbahn auf die Concession, welche ihr keine Verpflichtung auferlege, gefährdete Uebergänge durch andere zu ersetzen. Eine Widerlegung dieser Behauptung der Centralbahn finden wir jedoch in dem Gutachten des Herrn Brunner nicht, da er sich damit begnügt, seine Ansicht dahin auszusprechen, es finde nicht der von der Centralbahn angerufene Art. 10 der Concession, sondern Art. 9 und 11 derselben Anwendung.

Endlich berief sich die Gesellschaft darauf, daß die in der Nähe der Bahnhofübergänge angesiedelten Bewohner keinen Grund zur Klage haben, denn diejenigen, welche schon vor dem Bahnbau dort angesiedelt waren, seien bei Anlaß der Expropriation entschädigt worden oder hätten doch damals reklamiren sollen, und diejenigen, welche sich erst seither dort ansiedelten, seien die gestörten Verkehrsverhältnisse durch die Bahn bereits bekannt gewesen. Herr Brunner anerkennt nun, daß diese Personen persönlich zu keiner Klage gegen die Centralbahn legitimirt seien, daraus dürfe aber nicht gefolgert werden, daß sie keinen Grund zu einer Beschwerde haben, und daß einer solchen Beschwerde nicht entsprochen werden könne. „Gerade um solchen Uebelständen“, erwidert Herr Brunner, „bei denen der Einzelne gegen die Bahngesellschaft ohnmächtig ist, abzuhelfen, ist der Gesellschaft in der Concession und im Gesetz die Verpflichtung auferlegt worden, alle diejenigen Vorkehrungen auf ihre Kosten zu treffen, welche jetzt oder künftig von der Regierung zur öffentlichen Sicherheit nothwendig befunden werden, und da die Regierung von Basel-Stadt für die öffentliche Sicherheit ihrer Straßen zu wachen hat, so steht ihre Legitimation im Fragefalle wohl außer Zweifel.“

Schließlich anerkennt auch Herr Brunner den von der Centralbahn angeführten Vorgängen von Zürich und Winterthur, wofelbst die Stadtbehörden Passerellen erstellt haben und nicht die Nordostbahn, keine Bedeutung zu, denn es sei dabei zu keinem Entscheide gekommen, die Frage somit nicht entschieden worden. Endlich lege das neue Eisenbahngesetz den Gesellschaften neue Verpflichtungen auf, weshalb frühere Vorgänge nicht maßgebend seien, und aus dem Gutachten des Herrn Oberbaurath Thommen ergebe sich, daß in Oesterreich gegen die Bahngesellschaften gerade so progredirt werde, wie es die Regierung von Basel-Stadt gegen die Centralbahngesellschaft beabsichtige und in England sollen die Niveauübergänge sogar gesetzlich verboten sein. Herr Brunner kommt daher schließlich zum Resultate, daß die eingangs gestellte Frage zu bejahen sei.

Da wir uns aus der Beweisführung des Herrn Brunner

von der Richtigkeit seiner Ansicht nicht haben überzeugen können, so erlauben wir uns seinen Ausführungen einige Bedenken entgegenzusetzen. Dabei brauchen wir wohl kaum zu versichern, daß wir keinen Auftrag haben, ein Gegengutachten abzufassen, sondern der aufgeworfenen Frage mit voller Unbefangtheit gegenüberstehen.

Aus welcher Quelle Herr Brunner vorerst seine Vermuthung geschöpft hat, in England seien die Niveauübergänge gesetzlich verboten, vermögen wir nicht zu errathen, weil das Gesetz dieselben im Gegentheil ausdrücklich gestattet. Die Sect. 16 des Eisenbahngesetzes 8 und 9 Vict. c 20 enthält die ausdrückliche Bestimmung, daß es einer Eisenbahngesellschaft erlaubt sei, eine Straße zu kreuzen — they may make or construct in, upon, across, under or over any lands, or any streets, hills, valleys, roads, railroads or tramroads — und Sect. 47 des nämlichen Gesetzes enthält die Vorschriften, welche eine Bahngesellschaft beobachten muß, wenn sie einen Niveauübergang erstellt if a railway crosses any turnpike road or public carriage road on a level. \*) — Richtig ist nur so viel, daß gewöhnliche Wegübergänge möglichst vermieden werden. Man führt daher die gewöhnlichen Straßen unterhalb der Eisenbahn durch und erreicht damit die Entfernung aller Hemmungen des Betriebes, indem die Züge nicht mehr mit der Bewegung auf den Hauptstraßen in Berührung kommen. \*\*) In Ausnahmefällen finden aber auch in England ebene Uebergänge statt, namentlich in der Umgebung von Bahnhöfen und erfordern alsdann eine sehr sorgfältige Ueberwachung.

Durch das Gesetz 26 und 27 Vict. c. 92 s. 7 (1863) wurde endlich der Staatsbehörde — board of trade — das Recht gegeben, die Gesellschaft anzuhalten auf ihre Kosten die von der Bahn durchschnittene Straße durch eine Ueberbrückung oder Unterführung zu ersetzen, insofern die öffentliche Sicherheit eine solche Maßregel erheischt. Shelford, law of Railways II. 711.

Mit Bezug auf die Hauptfrage erlauben wir uns auf folgende Momente aufmerksam zu machen:

Gestützt auf die Concessionen hat die Gesellschaft das Recht des Locomotivbetriebes sowohl auf ihrem eigenen Gebiete, dem ihr eigenthümlich angehörenden Lande, als auch auf den öffentlichen Straßen, insoferne dieselben gekreuzt werden müssen. In Folge dessen erwachsen der Bahn bestimmte Verpflichtungen gegen-

\*) Hunt, Arthur Joseph, the law relating to boundaries and fences etc. London. Butterworths, 1870, pag. 68—74.

\*\*) Wirth, Handbuch des gesammten Eisenbahnwesens, pag. 294 ff.

über dem Publikum, welches seine Rechte theils selbst und direct, theils mit Hülfe der Staatsbehörden geltend machen kann. Dabei kommen diejenigen nicht in Betracht, welche aus den Verträgen über Personen- oder Gütertransport sich ergeben, sondern nur diejenigen, welche eine Folge der Anlage des Bahnkörpers sind. Während des Baues der Bahn und so lange dieselbe noch nicht dem Verkehr übergeben ist, darf die Benutzung der bisherigen Straßen nicht unterbrochen und überhaupt nur so weit nöthig gestört werden. Die Bahn hat daher die nöthigen Maßnahmen zu treffen, damit der Verkehr nicht nur möglich, sondern auch gesichert ist. Allein wenn die Bahn dem Verkehr übergeben ist, dann wird die Benutzung der öffentlichen Straße naturgemäß beschränkt, zeitweise sogar ganz unterbrochen und selten ohne Gefahr; die letztere entsteht auch für den bloßen Anstößer. Hieraus entsteht für die Bahn die allgemeine Pflicht den Bahnkörper einzufrieden, damit nicht durch den Locomotivbetrieb Menschen oder Thiere zu Schaden kommen, und für jeden Schaden, welcher dadurch entsteht, daß eine Bahn dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist hat sie Ersatz zu leisten. Ein weiteres Recht hat der Anstößer nicht, wenn er es nicht besonders erworben hat. So hat er nur dann das Recht auf einen Uebergang oder eine Brücke, wenn ihm eine solche Vorrichtung zugesichert worden ist. Wenn z. B. die Bahn ein umfangreiches Grundstück durchschneidet, so kann sich der Eigenthümer entweder künstliche Herstellung der Verbindung oder Entschädigung für Inconvenienz ausbedingen, thut er weder das eine noch das andere, so ist er später zu keiner Forderung mehr berechtigt. Oder setzen wir den Fall, die Gesellschaft erwirbt das ganze Grundstück und verkauft nun zu beiden Seiten der Bahn oder des Kanals die nicht verwendeten Parcellen, auf welchen nun mit der Zeit ein Quartier entsteht. Nach der Ansicht des Herrn Brunner steht den Bewohnern desselben hüben und drüben keine persönliche Klage zu auf Herstellung einer Verbindung, und sie können daher die Gesellschaft nicht zu Erstellung einer Brücke anhalten. Allein Grund zur Beschwerde haben sie doch und da sie nicht selbst zur Klage legitimirt sind, so sollen sie durch den Staat vertreten werden. Grund zur Beschwerde mögen sie haben, allein nicht gegenüber der Bahn, welche ihr Recht nicht verletzt hat und die ihnen nichts schuldig ist. Dieser ist es ganz gleichgültig, wo diese Bewohner sich ansiedeln, denn ihre eigene Rechtsstellung wird dadurch nicht verändert. Dagegen können die Anwohner von dem Staate verlangen, daß er eine Verbindung herstelle, wenn genügende allgemeine Motive ein solches Begehren unterstützen, oder sie können die daherige Einrichtung selber treffen,

wenn ihre Privatinteressen im Vordergrund stehen, der Gesellschaft aber die daherigen Kosten aufzubürden, dazu liegt kein Rechtsgrund vor; sie sind ihr gegenüber nicht deshalb „ohnmächtig“, weil sie ihr Recht ihr gegenüber nicht durchzusetzen vermögen, sondern weil sie ihr gegenüber keines haben.

In dieser Beziehung möchten wir kaum auf Widerspruch stoßen, allein der von Herrn Brunner begutachtete Fall stellt sich anders dar, und es muß sich daher fragen, ob auch die Antwort eine andere sein müsse. Es handelt sich nicht um die Erstellung einer Verbindung, sondern um die Ersetzung einer bisherigen, die ungenügend geworden ist, durch eine andere, bessere. Die Bahn hat das Recht von den Staatsbehörden erworben, sich der öffentlichen Straße zu bedienen, dieselbe zu kreuzen, ohne dadurch die Mitbenutzung des Publikums auszuschließen. Ihre eigene Benutzung der Straße richtet sich naturgemäß nach dem Bedürfniß und kann keine Einschränkung erleiden; sie darf nicht auf eine bestimmte Anzahl von Zügen oder auf eine bestimmte Zeit beschränkt werden. Die Benutzung kann auch eine stärkere werden, wenn der Verkehr zunimmt, und da eine gleichzeitige Benutzung der Straße durch die Bahn und das Publikum nicht möglich, mit der Sicherheit der ersteren und des letzteren nicht verträglich ist, so resultirt daraus vor allem aus für die Bahn die Verpflichtung, dafür zu sorgen, daß während der Zeit ihrer Bahnbenuzung die Benutzung durch andere unmöglich oder wenigstens gefahrlos gemacht wird. Neben der Einfriedung ist daher ein Abschluß der Straße nicht nur erlaubt, sondern geboten. Nach den Bestimmungen des englischen Gesetzes sollen solche Abschlüsse, Thüren — gates — fortwährend geschlossen sein — and such gates shall be kept constantly closed across such road on both sides of the railway — und dürfen nur momentan zum Durchlassen von Menschen oder Thieren geöffnet werden — except during the time when horses, cattle, carts, or carriages passing along the same shall have to cross such railway.\*) — Die competente englische Behörde — board of Trade — kann auch bestimmen, ob die Thüre nach innen oder nach außen aufgehen soll, es sind überhaupt alle Maßregeln zu treffen, daß weder Menschen noch Thiere, noch Sachen durch den Eisenbahnbetrieb geschädigt werden. Das Hauptgewicht wird gelegt auf die „Sicherheit“ und nicht auf die „möglichste Freiheit“ der Mitbenutzung.

Nach unserer Eisenbahngesetzgebung dagegen wird auf die letztere so großes Gewicht gelegt als auf die erstere. Die Bahn bleibt daher in der Regel offen und wird nur während der Benutzung abgesperrt, um nachher sogleich wieder geöffnet zu wer-

\*) Hunt, pag. 74.

den. Wenn nun, wie es hier der Fall ist, in Folge vermehrten Verkehrs einerseits die Benutzung der Straße durch die Bahn sich steigert und nur auf kurze Zeit oder auch gar nicht unterbrochen wird, andererseits aber in Folge Zunahme der Bevölkerung auf beiden Seiten der Bahn auch das Bedürfnis der Anwohner sich vermehrt, so kann der Fall leicht eintreten, daß eine Mitbenutzung nicht mehr möglich, und das Recht dazu daher illusorisch wird. Daß in diesem Fall das Bedürfnis der Bahn vorgeht und wenn eine Mitbenutzung der Bahn und der Anwohner nicht mehr möglich ist, die Benutzung der letzteren und nicht diejenige der ersteren aufhören muß, versteht sich von selbst. Die Bahn kann in der Regel nicht verlegt werden, dagegen läßt sich den Anwohnern ein neuer Weg zur Benutzung anweisen, wodurch Konflikte vermieden werden können. Hiezu ist nun nach der Ansicht des Herrn Brunner die Bahn verpflichtet, denn nach Art. 16 des eidgen. Eisenbahngesetzes habe sie alle diejenigen Vorkehrungen zu treffen, welche jetzt oder künftig zur öffentlichen Sicherheit nöthig befunden werden. Dieß bezieht sich aber nur auf den Betrieb und die Sicherung der Bahn, und gerade diese Sicherheitsmaßregeln sind es, welche den Anwohnern die Mitbenutzung der Straße unmöglich machen, denn je strenger und sorgfältiger die Absperrung geschieht, desto weniger frei ist die Straße. Wer ist nun hieran Schuld, die Bahn gewiß nicht, denn sie hat das Recht, die Straße des Staates für ihre Zwecke in Anspruch nehmen, und dieses Recht, nenne man es nun eine Servitut oder wie man will, wird von ihr mit ausdrücklicher Erlaubniß des Staates ausgeübt. Hat nun der Staat der Bahn ein Recht eingeräumt, wodurch die öffentliche Benutzung der Straße beschränkt oder unmöglich gemacht wird, so hat er die Pflicht, als Vertreter der Gesamtinteressen, für den nöthigen Ersatz zu sorgen, und dem Publikum für sein Bedürfnis eine andere Straße anzuweisen. Er hat die Straße der öffentlichen Benutzung entzogen und seine Sache ist es daher die nothwendig gewordenen neuen Uebergänge über oder unter der Bahn zu erstellen und nicht an der Kraft einer *lex specialis* zur Benutzung berechtigten Gesellschaft. Will der Staat diese Konsequenzen nicht übernehmen, sondern von sich abwälzen, so kann er in der Concession der Gesellschaft eine daherige eventuelle Verpflichtung auferlegen oder auch durch allgemeines Gesetz dieselbe ausdrücklich festsetzen, wie es in England geschehen ist, nicht aber willkürlich hineininterpretiren.

Dieß sind einige Bedenken, welche wir der Ansicht des Herrn Brunner glaubten entgegenseßen zu sollen. R.

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Bern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band X.

Nr. 11.

Mai 1875.

---

**Inhalt:** Reactivirung aufgehobener Verordnungen, S. 321. — Uebersicht der oberger. Rechtsprechung des Kts. Bern, S. 325. — Literarische Anzeigen, S. 351. — Nachruf, S. 352.

---

### Reactivirung aufgehobener Verordnungen.

In der Sitzung des Großen Rathes vom 30. März 1875 fand eine Verhandlung statt, welche wir ihrer Consequenz wegen nicht unberührt lassen dürfen. Unterm 4. November 1829 und 22. Januar 1830 hatte die damalige Regierung einen Beschluß gefaßt, wonach die Bürgerannahmsgelder ganz in das Armengut fließen sollen; dieser Beschluß wurde niemals publicirt und findet sich nicht in dem Gesetzesband, welcher die Gesetze und Decrete der Jahre 1829 und 1830 enthält; auch in die neue Gesetzesammlung wurde sie nicht aufgenommen. Mit Bezug auf die Rechtskraft dieser letzteren Sammlung nun enthält die Promulgationsverordnung folgende Bestimmung: „Dieselbe gilt für ihren resp. Bereich in dem Sinne als vollständig, daß alle nicht darin stehenden Gesetze, Decrete und Verordnungen und sonstigen derselben Quellengruppe angehörigen Erlasse von dem oben bezeichneten Zeitpunkte (1. Juli 1863) hinweg als abgeschafft und nicht mehr anwendbar zu betrachten sind. Nur in den Kreis Schreiben, Weisungen, Beschlüssen und Instructionen von bloß geschäftlichem oder

vorübergehendem Charakter macht dieselbe nicht Anspruch auf absolute Vollständigkeit.“ Ausdrücklich wird zu Motivierung dieser Bestimmung in den Gesetzeserwägungen noch bemerkt, daß die vorliegende revidirte Sammlung sowohl in Bezug auf wünschbare Vollständigkeit des dermal Geltenden, als auch umgekehrt der Ausscheidung alles Veralteten und Aufgehobenen, sowie endlich in Betreff der Genauigkeit und Zuverlässigkeit überhaupt, den Anforderungen entspreche, die man an eine derartige ergänzte und berichtigte Gesetzesammlung zu stellen berechtigt sei. Man kann nicht mit deutlicheren Worten ein Gesetz oder eine Verordnung aufheben, und eine bestimmte Gesetzesammlung als die einzig gültige, verbindliche und zugleich vollständige erklären.

Bei Anlaß eines Specialfalles beantragte nun dessenungeachtet die Regierung bei dem Großen Rathe, er möchte erklären, daß die fraglichen Rathsbeschlüsse noch in Kraft bestehen, und der Große Rath trat diesem Antrag ohne Discussion und offenbar auch ohne Prüfung bei. Der Berichterstatter der Regierung glaubte für die Vorlage folgende Anhaltspunkte gefunden zu haben:

Allerdings sei es richtig, daß die Beschlüsse in keine Gesetzesammlung eingerückt worden seien, allein sie seien immer vollzogen und es sei jeweilen darauf geachtet worden, daß die Burgereinkaufsgelder in den Armengutsrechnungen verrechnet werden, und zwar seien sie seit Einführung des neuen Armengesetzes in denjenigen Gemeinden, welche noch burgerliche Armenpflege führen, dem burgerlichen Armengute und in den übrigen Gemeinden dem Armengute der Einwohnergemeinde zugeflossen. Da diese Bestimmungen durch keine anderen ersetzt seien, so seien diese Beschlüsse noch in Kraft. \*) Die Einwendung, es seien die Rathsbeschlüsse nicht in die Gesetzesammlung aufgenommen und deshalb nicht mehr in Kraft, sei nicht stichhaltig, denn vorbehalten seien die Erlasse von

\*) Mit diesen Beschlüssen wurden zwei Verfassungen angenommen, zwei Gemeindegesetze erlassen und die Ausscheidung von öffentlichem und Nutzungsgut durchgeführt, wodurch obige Beschlüsse längst außer Kraft gesetzt worden sind.

bloß geschäftlichem Charakter, und einen solchen haben die fraglichen Rathsbeschlüsse. Schließlich vermies der Redner auf einen Vorgang; der Große Rath habe nämlich in seiner letzten Sitzung erklärt, der Beschluß des Großen Rathes betreffend Aufhebung des Ursulinerinnenklosters in Bruntrut bestehe noch in Kraft, obschon er nicht in der Gesetzesammlung stehe.

Der Berichterstatter der Bittschriftencommission schloß sich der Argumentation der Regierung in allen Theilen an, und bemerkte überdieß, es seien die Einkaufssummen zum großen Theile für den Fall der Verarmung der betreffenden Familien bestimmt und gewissermaßen ein Aequivalent für ihre künftige mögliche Verarmung.

Nichts kann unrichtiger sein, als die thatsächlichen Angaben und die juristischen Argumentationen, welche hier in's Feld geführt worden sind.

Erstens ist es unrichtig, daß die Beschlüsse immer vollzogen und die Einkaufsgelder in den Armengutsrechnungen verrechnet worden seien. Die Regierung wird nicht im Stande sein, einen einzigen Fall anzuführen, in welchem eine solche Verrechnung gestützt auf obige Beschlüsse stattgefunden hat. Wir kennen dagegen Reglemente, welche die Regierung sanctionirt hat, wonach die Einkaufssummen theilweise dem Armen- und theilweise dem Nutzungsgut zufallen sollen.

Es ist ferner nicht richtig, daß die Einkaufssummen ein Aequivalent sind für die zu erwartende Armenunterstützung; vielmehr bilden sie, gegenwärtig wenigstens, vorzugsweise ein Aequivalent für die Nutzungen, und je nach der Größe derselben bemißt sich auch die Einkaufssumme. Es ist daher ganz natürlich, wenn dieselbe auf beide Theile des burgerlichen Vermögens vertheilt wird. Für die Aeußnung des Armengutes kann auch nicht das öffentliche Interesse angeführt werden, denn im Falle der Noth haftet das ganze burgerliche Vermögen für die Verpflegung der Armen, sei das Verhältniß des Nutzungsgutes zum Armengute, welches es wolle. Dagegen haben diejenigen Gemeinden, welche die burgerliche Armenpflege nicht beibehalten haben, kein Interesse mehr an der Aufnahme neuer Bürger,



denn wenn die Burgereinkaufssumme in das Einwohnerarmengut fallen soll, während die Bürgergemeinde in den Nutzungen den wahren Gegenwerth leistet, so ist nicht einzusehen, welches Interesse sie noch veranlassen sollte zu neuen Annahmen ihre Zustimmung zu geben.

Wo möglich noch schlimmer als die thatjächliche war die juristische Rechtfertigung des Antrages.

Vorerst das angerufene præcedens von Bruntrut. Vermag denn die Regierung oder ihr Vertreter wirklich den Unterschied nicht herauszufinden zwischen Beschlüssen, die einen einzelnen Fall entscheiden und solchen, welche Normen aufstellen für die Zukunft. Das Ursulinerinnenkloster von Bruntrut wurde aufgehoben im Jahr 1849 und von Erlassung des Beschlusses an ist die Regierung mit der Vollziehung beauftragt, und es ist ganz gleichgültig, ob dieselbe früher oder später erfolge. Der einzelne Fall ist entschieden und damit hat der Beschluß seine Aufgabe erfüllt. Eine andere Frage ist es allerdings, ob es bei uns sollte vorkommen können, daß Beschlüsse, welche nie veröffentlicht worden sind, — der fragliche Aufhebungsbeschluß von 1849 steht nicht in dem Gesetzesband von 1849 — nun nach 26 Jahren ohne neue Beschlussfassung noch in Vollziehung gesetzt werden; da jedoch der Entscheid über diese Frage mehr von allgemein politischen als von juristischen Motiven abhängig ist, so ist diese Zeitschrift nicht der Ort für weitere Erörterungen.

Noch gewagter als die bisher angeführten Argumente ist die Behauptung, die fraglichen Rathsbeschlüsse hätten einen bloß geschäftlichen Charakter gehabt. Welche Sprache reden wir denn, wenn geschäftlich nicht mehr etwas bedeuten soll, was auf den Geschäftsverkehr Bezug hat, und unter welcher Verfassung leben wir, wenn Eingriffe in das Verwaltungs- und Dispositionsrecht einer Gemeinde, die von Verfassung und Gesetz garantirt sind, als bloße „Geschäftssache“ angesehen werden dürfen. Wenn die Auffassung der Regierung richtig ist, so kann die ganze Gemeindeverwaltung von der Regierung als Geschäftssache behandelt und von ihr

nach eigenem Belieben geordnet werden. Das aber wird kein denkender Mensch zugeben können, daß es sich hier um eine bloße Geschäftssache handelt und gerade deshalb waren die Rathsbeschlüsse, die schon vor 1863 nicht zur Anwendung kamen, seit 1863 definitiv aufgehoben. Will der Große Rath sie wieder einführen, so mag er es in verfassungsmäßiger Weise thun, durch Erlassung einer allgemeinen Verordnung, aber nicht durch ein mehr als zweifelhaftes Hinterthürchen. Es giebt noch hunderte alter Gesetze und Verordnungen, die niemals publicirt worden sind, und welchen bald diese bald jene Regierung einen geschäftlichen Charakter vindiciren und unter dieser Etiquette wieder von den Todten auferwecken kann, je nach dem Bedürfnisse des Tages. Wer daher eine solche Rechtsunsicherheit nicht will, sondern festen Grund unter seinen Füßen zu haben wünscht, der kann eine solche Wiederauferweckung nicht stillschweigend hinnehmen, sondern muß sich dagegen auflehnen.

Die Rathsbeschlüsse von 1829 und 1830 sind und bleiben aufgehoben und der Große Rath kann sie wohl ersetzen, aber nicht wieder in's Leben rufen.

Professor R. G. König.

---

## Uebersicht der Rechtsprechung des Obergerichts und des Appellations- und Cassationshofes des Kantons Bern.

Oktober 1874.

- 31) Das Gesuch um eine provisorische Verfügung wird als unbegründet abgewiesen, weil weder eine Bedrohung eines Besitzstandes, noch auch ein nicht leicht zu ersetzender Schaden nachgewiesen werden konnte.

Eichenberger und Bichsel.

(1. Oktober 1874.)

Durch Publikation vom 21. November 1871 und 16. Januar 1872 machten die Gebrüder Eichenberger bekannt, daß sie

auf dem von Gottlieb und Ferdinand Wisfler erworbenen Bauplatz mit Wasserrecht ein Gebäude ohne Feuereinrichtung zu erstellen und ferner das noch theilweise bestehende Wasserwerk zur mechanischen Filzfabrikation einrichten zu lassen gedenken.

Gegen dieses Bauvorhaben erhoben die Gebrüder Bichsel Opposition, welche jedoch von der Regierung auf den Civilweg gewiesen wurde. In Folge dessen stellten sie an das Richteramt Burgdorf das Begehren: „es sei den Gebrüdern Eichenberger bis zum endgültigen Entscheid des zwischen Parteien obwaltendern Streitens wegen Ausführung eines Baues mit Wasserwerk durch richterliches Decret die Anhandnahme und Ausführung des fraglichen Gebäudes und Wasserwerkes zur Filzhutfabrikation richterlich zu untersagen u. s. w.

Zu Begründung des Gesuches wurde namentlich geltend gemacht:

Durch die Ausführung des projectirten Baues werde der Besitzstand der Impetranten bedroht und es stehe ihnen ein nicht leicht zu ersetzender Schaden bevor. Die Reibe nämlich, auf deren Platz das neue Werk aufgeführt werden solle, habe auf Grund und Boden der Impetranten gestanden und es werde daher ihr Eigenthum überbaut, wenn der Neubau gestattet werde.

Ferner werde durch Erstellung einer Filzhutfabrikation an Stelle einer Reibe der Wiederaufbau der letzteren ausgeschlossen, wodurch ihnen ein Schaden entstehe, weil sie das Recht haben, ihr Gespinnst unentgeltlich auf dieser reiben zu lassen; zudem hätten die Gebrüder Eichenberger nur das Recht zu einer Werchreibe erworben, und seien demnach nicht berechtigt, ein anderes Werk zu erstellen. Endlich fließe der Bach, welcher zum Betriebe des projectirten Wasserwerkes benutzt werden solle, auf einer Länge von 1200 Fuß dem Grundstücke der Impetranten entlang. Da nun durch Ausführung des projectirten Wasserwerkes eine bedeutende Stauung des Baches entstehe, so sei Gefahr vorhanden, es möchte der Damm längs des Baches, namentlich bei Regenwetter, durchbrochen werden. In ihrer Antwort schlossen die Impetranten auf Abweisung des Rechtsbegehrens der Gebrüder Bichsel und machten geltend: Wenn auch der Platz, auf welchem die Reibe gestanden, im Jahre 1814 nicht dem Rechtsvorfahr der Impetranten, Peter Müller, sondern demjenigen der Impetranten gehört habe, und deshalb nicht an Kaspar Wisfler hätte verkauft werden können, so sei derselbe gleichwohl später in das Eigenthum desselben und seiner Nachbesitzer gelangt und zwar mittelst Verjährung, da Wisfler vom Jahre 1814 bis zum 1. Juli 1828 im ruhigen

und unangefochtenen Besitz der Reibe sammt Reibeplatz gewesen sei. Auch seither habe Wisler den Besitz während mehr als 10 Jahren ausgeübt und zwar gestützt auf gerichtliche Zuerkennung. In Folge dessen sei Wisler Eigenthümer des Platzes geworden und die Impetranten selbst hätten dieß bei einer Ausmarchung anerkannt.

Es sei richtig, daß Kaspar Wisler im Jahre 1814 die Reibe von Niklaus Müller unter dem Vorbehalte erworben habe, daß Niklaus Bichsel im Oberhaus das Recht haben solle, sein Gespinnst unentgeltlich auf dieser Reibe reiben lassen zu dürfen. Dieser Vorbehalt sei aber ein persönlicher gewesen zu Gunsten des Niklaus Bichsel und sei mit dem Tode desselben erloschen.

Inzwischen seien auch unter den Augen der Impetranten zahlreiche Veränderungen an der Reibe vorgenommen worden, ohne daß von Seiten der Impetranten dagegen wäre Widerspruch erhoben worden. Letzteres sei selbst dann nicht geschehen, als man die Reibe abgerissen und das Material zu einem Wohngebäude verwendet habe. Eine Ausübung des Reiberechtes endlich habe seit 1814 von Seiten der Impetranten nicht mehr stattgefunden, und es sei die Ausübung in Folge der verschiedenen Umänderungen sogar factisch unmöglich geworden. Kaspar Wisler und seine Rechtsnachfolger hätten daher die Freiheit ihres Eigenthumes unter allen Umständen durch Verjährung erworben.

Wenn aber auch den Impetranten ein Reiberecht zugestanden habe, so gebe ihnen daselbe noch kein Recht zu verlangen, daß da, wo eine Reibe gestanden, von den Besitzern des pflichtigen Grundstücks eine Reibe errichtet werden müsse, damit sie ihr Recht ausüben können, noch sei das Dienstbarkeitsrecht so ausschließlicher Natur, daß kein anderes Werk errichtet werden dürfe, als eine Hanfreibe; die Impetranten hätten ein Wasserrecht erworben, welches allerdings später zum Betriebe einer Reibe gedient habe, welches aber nicht der Beschränkung unterliege, daß es nur zu einer Reibe gebraucht werden dürfe. Uebrigens könne auch das projektirte Gebäude und Wasserwerk jederzeit in eine Hanfreibe umgewandelt werden, denn es handle sich nicht um etwas durchaus Anderes, sondern nur um etwas Vollkommeneres, als eine gewöhnliche Hanfreibe.

Schließlich trete auch nachweisbar durch das neue Wasserwerk keine größere Stauung des Wassers ein, als dieß früher der Fall gewesen sei, und es sei daher weder der Besitzstand der Impetranten bedroht, noch drohe ihnen überhaupt ein nicht leicht ersetzlicher Schaden; die Voraussetzungen einer provisorischen Verfügung seien daher nicht vorhanden.

Das Gericht trat dieser Anschauungsweise bei und wies die Impetranten mit ihrem Begehren um eine provisorische Verfügung ab unter Annahme folgender

Motive:

Daß die Gebrüder Bichsel ihr Gesuch um Erlassung einer provisorischen Verfügung durch die Behauptungen zu begründen suchen:

- a. sie seien Eigenthümer des von den Gebrüdern Eichenberger zur Errichtung einer mechanischen Filzfabrikation in Anspruch genommenen Bauplatzes;
- b. durch die Errichtung dieses Wasserwerkes gehe ihr durch Titel zugesichertes Recht, ihr Gespinnst auf der alten, früher dort gestandenen Reibe unentgeltlich reiben zu lassen, verloren und
- c. durch die mit dem Bauprojekt verbundene Stauung des Goldbaches werde ihr Grundeigenthum mit einem nicht leicht zu ersekenden Schaden bedroht;

daß jedoch, abgesehen von dem Einflusse, den die Frage des Eigenthumsrechts im vorliegenden Fall haben könnte, die Gebrüder Bichsel den Nachweis, daß Grund und Boden in ihrem Eigenthume sich befinden, nicht geleistet haben, und ihrem dafür angerufenen Abtretungsvertrag von 1817 und 1818 der von den Gebrüdern Eichenberger vorgelegte Kaufbrief vom 18. Hornung 1814, sowie die Aussage mehrerer Zeugen gegenüberstehen;

daß durch die Gebrüder Bichsel mit Bezug auf den Platz, wo das neue Werk erstellt werden soll, ebenso wenig der Besitzstand nachgewiesen ist;

daß laut Aussagen mehrerer Zeugen die Reibe schon seit den 1820er Jahren nicht mehr betrieben und später ganz abgebrochen wurde, somit die Gebrüder Bichsel seit vielen Jahren sich auch nicht mehr in dem Besitze ihres oben erwähnten Reibe-rechtes befanden;

- daß daher von einer Störung der Gebrüder Bichsel in ihrem Besitzstande nicht die Rede sein kann (S. 360 C.);

daß übrigens laut den übereinstimmenden Gutachten der Experten die projektierte Filzfabrikation jederzeit in eine Hanf-reibe umgewandelt werden kann;

daß dagegen die Gebrüder Eichenberger den Nachweis geleistet haben, ihr Vorbesitzer Kaspar Witzler habe schon Anno 1814 auf fraglichem Platze das alte Wasserwerk neu eingerichtet und

sowohl er als auch seine Söhne haben daselbst seither bis in die 1840er und 1850er Jahre die Wasserkraft zum Betriebe verschiedener Fabrikzweige benutzt, ohne daß mit Ausnahme einer durch Vergleich von 1851 beseitigten Opposition von Seiten der Impetranten oder deren Vorbesitzer gegen jene Einrichtungen jemals Einspruch erhoben worden wäre;

daß laut der ausdrücklichen Erklärung der Gebrüder Eichenberger, nach den Aussagen mehrerer vollkommen glaubwürdiger Zeugen und gemäß den beiden Experten-Gutachten durch das Bauprojekt kein neuer Zustand geschaffen, das Wasser nur unerheblich höher gestaut, mit einem Worte, nur die frühere unter Kaspar Wißler bestandene Wasserwerkanlage wieder hergestellt werden soll;

daß bei der guten Beschaffenheit des linksufrigen Bachdammes laut den Experten-Gutachten ein Dambruch gegen das Grundeigenthum der Impetranten Bichsel zwar möglich, aber bei gehöriger Handhabung der Britsche durch die Impetranten Eichenberger, in deren wesentlichem Interesse jene Handhabung liegt, sehr unwahrscheinlich ist;

daß somit nicht nachgewiesen, noch auch irgendwie bescheinigt wurde, daß Impetranten Bichsel stehe in Folge Errichtung des projektirten Wasserwerkes ein nicht leicht zu ersetzender Schaden bevor, nach § 316 fl. B.

**32) Rückforderung einer geleisteten Abschlagszahlung, weil der Kaufvertrag sich nachträglich zerschlug und nicht zur Vollständigkeit gelangte. *Condictio causa data causa non secuta.***

J. Binggeli gegen Christina Schmid.

(3. Oktober 1874.)

#### M o t i v e :

daß die vorliegende Klage auf Rückforderung einer Geldsumme gerichtet ist, welche unter der Voraussetzung eines zwischen den Parteien abzuschließenden Kaufvertrages um ein Heimwesen geleistet wurde, ohne daß später diese Voraussetzung eingetreten wäre;

daß nämlich constatirt ist, daß zwischen der Klägerin und dem Beklagten eine Kaufverabredung betreffend des letztern Heim-

wesen zu Langenhäusern stattgefunden hatte und eine Einigung über Preis und Bedingungen am 24. Januar 1873 erzielt worden war, sowie daß daraufhin die Klägerin eine Summe von Fr. 1355 an den Beklagten ausbezahlen ließ;

daß ferner hergestellt ist, daß in Folge von Uneinigheiten, welche am folgenden Tage (25. Januar) wegen einer neuen Anforderung des Verkäufers und heutigen Beklagten an die Klägerin entstanden, die schriftliche resp. amtsnotarialische Ausfertigung des Vertrages unterblieb und auch später von keiner Seite ein Versuch gemacht wurde, denselben aufrecht zu halten;

daß somit im vorliegenden Falle die Bedingungen der sog. *condictio causa data causa non secuta* oder ob *causam datorum* vergl. :

Buchta Pandekten §§ 307 ff.,  
v. Vanperow, Lehrbuch § 626,  
Keller, Vorlesungen § 300,

vorhanden sind, und der Einwurf des Beklagten, als ob die Klägerin selbst durch einseitigen Rücktritt die Perfection des Kaufvertrages verhindert hätte, abgesehen von der Frage der Erheblichkeit, nicht erwiesen ist, da beim Schlusse der Unterredung vom 25. Januar keine Zeugen anwesend waren, und *procedürlich* nicht hergestellt ist, ob der Beklagte schließlich von seinem Begehren um Uebernahme des Schuldpostens von Fr. 100 zurückgetreten sei;

daß diese Rückforderungsklage wegen einer unter Voraussetzung eines künftigen Erfolges gemachten Leistung nun, welche sowohl das römische Recht als auch die neuern Gesetzgebungen —  
östr. B.-G.-Buch § 1434,  
zürcherisches privatr. G.-B. § 1229 u. A. m.,  
und die französische Rechtsprechung,

vergl. Zacharia, franz. Civilrecht § 442, —  
anerkennen, obschon sie im bernischen Civilgesetz — welches vielmehr nur die eigentliche *condictio indebiti*, gestützt auf Irrthum einer Thatfache kennt (Cap. 1013 C.) — nicht besonders erwähnt ist, dennoch als auf allgemeinen Grundsätzen des Rechts und der Gesetzgebung beruhend, § 296 P., mit Rücksicht auf die nicht ausreichende Behandlung, welche im bernischen Gesetz bei diesem Theile des Obligationenrechts bemerkbar ist, sowie auf die zwischen beiden erwähnten Conditionen bestehende Analogie — (der Gesetzgeber will nicht, daß Jemand ohne Grund auf Kosten eines Anderen sich bereichere), auch hierseits als begründet und zulässig angesehen werden darf, wie dieß schon in einem frühern

Urtheil (vergl. Zeitschrift des bern. Juristenvereins Bb. VIII. 82\*)  
geschehen ist;

daß im ferneren noch darauf aufmerksam zu machen ist,  
daß bei einer entgegengesetzten Entscheidung in diesem und ähn-  
lichen Fällen die gezahlte Summe gleichsam als Reugeld dem  
Beklagten verbleiben und damit die Absicht des Gesetzes, wonach  
zu Begründung irgend welcher Verbindlichkeit aus Kaufverträgen  
über Immobilien die schriftliche Form erforderlich ist, vereitelt  
würde.

**33) Entschädigungsforderung wegen mangelhafter Unter-  
haltung des Bestandgegenstandes. Eine solche wird nur  
zugesprochen, wenn eine Mahnung erfolgt ist und es  
wird dabei die Zeit nicht berücksichtigt, für welche der  
Pachtzins bereits ohne Vorbehalt bezahlt ist.**

Schürch gegen Schüpbach.

(8. Oktober 1874.)

Im Jahre 1869 verpachtete Schüpbach dem Schürch eine  
Walke und Farblokal nebst zudienenden Einrichtungen. Ueber den  
Zustand des Bestandgegenstandes wurde keine Erhebung gemacht  
und ebensowenig fand eine Verständigung statt mit Bezug auf  
allfällig vorzunehmende Reparationen. Es stellte sich nun heraus,  
daß schon bei Beginn der Pachtzeit namentlich die Presse und  
die Rahmen fehlerhaft waren, und nach einer Benutzung von  
zwei Jahren geriethen dieselben, nach der Aussage des Klägers,  
in einen Zustand, welcher die Ausübung des Berufes erschwerte  
und theilweise unmöglich machte. In Folge dessen erhielt der Be-  
steher Reklamationen und wurde ihm vielfach Arbeit entzogen. Da  
alle Mahnungen furchtlos blieben, so ließ der Bestehende die Ein-  
richtung durch zwei Sachverständige untersuchen, und ihr Gut-  
achten ging dahin, die ganze Sache sei ein „Donners Ghudel“,  
was Jedermann sehen könne.

Als nun der Bestehende den rückständigen Bestandzins ein-  
forderte und ein Bestandsverbot für denselben auswirkte, weigerte  
sich der Bestehende, denselben zu bezahlen, und machte, nach De-  
ponirung der streitigen Summe, seine Entschädigungsansprüche

---

\*) Vergl. auch Zeitschrift für vaterländisches Recht, Band XV.,  
pag. 81 ff.



geltend, indem er gleichzeitig auf Aufhebung des Bestandsverbotes antrug.

Der Beklagte anerkannte den mangelhaften Zustand des Bestandgegenstandes, behauptete aber zweierlei. Vorerst der Kläger habe denselben gekannt und somit sehr wohl gewußt, was er pachte, und dem entsprechend sei auch der Bestandzins sehr niedrig gestellt gewesen. Ferner sei die Walke für sog. „Bauernarbeit“ eingerichtet gewesen, und es sei auch seit vielen Jahren nur solcher Halblein gewalzt worden, der zum eigenen Gebrauch der Bauern fabricirt werde. Von diesem Bauernhalblein sei derjenige verschieden, welcher für den Handel bestimmt sei; an diesen werden andere Anforderungen gestellt und setze namentlich eine exacte Construction der Rahmen voraus. Den Einrichtungen und dem bisherigen Gebrauch zuwider habe sich der Kläger viel mit Walken von Handelshalblein abgegeben und die Reclamationen, die er erhalten habe, seien von Leuten, die mit solchem Handel treiben; für den Bauernhalblein aber haben die Einrichtungen vollkommen genügt und habe das daheringe Fabrikat zu keinen Klagen Anlaß gegeben.

Endlich habe der Kläger die Zinse pro 1870 und 1871 rechtzeitig bezahlt, ohne irgend welche Reclamation zu machen und sei daher nicht berechtigt, auch noch für diese Jahre Entschädigung zu verlangen.

Der Appellations- und Cassationshof sprach dem Kläger sein Entschädigungsbegehren zu für die Jahre 1872 und 1873, wies ihn dagegen ab für die Jahre 1870 und 1871 und bestimmte die Entschädigung auf Fr. 500 unter Aufserlegung der Kosten an die Gegenpartei.

#### M o t i v e :

Daß der von den Parteien abgeschlossene Bestandvertrag, d. d. 26. Juni 1869, keine Bestimmungen über den Zustand des Bestandgegenstandes zur Zeit der Uebergabe und über die Unterhaltung desselben während der Dauer des Bestandes enthält und demnach in dieser Hinsicht die Satz. 837 C. Regel macht, wonach der Bestandgeber verpflichtet ist, dem Bestehrer den Vertragsgegenstand in einem Zustande zu übergeben, in welchem er zu dem Gebrauche geeignet ist, zu dem er übergeben werden soll und denselben während der Dauer des Bestandes in seinen Kosten wieder in den gehörigen Zustand setzen zu lassen, wenn er durch Zufälle oder Alter verschlimmert worden (§. 706 C.);

daß schon beim Beginn des Bestandes die Walkeeinrichtungen etwas mangelhaft waren und nur diese hier in Betracht kommen;

daß durch den seitherigen Gebrauch diese Einrichtungen und einzelne dazu gehörende Geräthschaften noch fehlerhafter gemorden und theilweise in einen sehr schadhaften und kaum mehr brauchbaren Zustand gerathen sind;

daß der Bestehet Schürch wiederholt Reparationen an den Walkeeinrichtungen auf eigene Kosten hat machen lassen und zwar in den Jahren 1871, 1872 und 1873;

daß in Folge der mangelhaften Beschaffenheit des Bestandesgegenstandes, speciell der Walke, der Bestehet Schürch seinen Beruf als Walker nicht gehörig hat ausüben, die Arbeiten nicht gut und nach Verlangen hat liefern können, bisherige Kunden verloren hat und theilweise auch solche für beschädigtes Tuch hat entschädigen müssen; daß ihm hieraus, sowie wegen Ausgaben für Reparationen unzweifelhaft Schaden erwachsen ist;

daß dieser dem Schürch entstandene Schaden in einem Verschulden des Bestandgebers Schüpbach seinen Grund hat, indem derselbe gemäß S. 837 C. verpflichtet gewesen wäre, den Bestandesgegenstand während der Dauer des Bestandes, soweit er durch den ordentlichen Gebrauch, Alter oder durch Zufall verschlimmert worden, in seinen Kosten wieder in gehörigen Zustand setzen zu lassen;

daß der Bestandgeber aber nur im ersten Pachtjahre — Herbst 1870 — einige Reparationen machen ließ und später keine mehr, obwohl solche nöthig waren und ihn der Bestehet namentlich im Sommer 1872 dazu aufgefordert hatte;

daß der Bestehet Schürch die Zinse für die Pachtjahre 1870 und 1871 bezahlt hat, daher anzunehmen ist, er habe für jene Zeit keine Reclamationen wegen der Walkeeinrichtung zu machen gehabt;

daß aber vom Zeitpunkte der Aufforderung im Sommer 1872 hinweg der Bestandgeber, da er bis zu Ende der Pachtzeit die Walkeeinrichtungen nicht in brauchbaren Zustand herstellen ließ, dafür entschädigungspflichtig wird;

daß aus der Actenlage mit Nothwendigkeit hervorgeht, daß die vom Bestangeber zu leistende Entschädigung für die Jahre 1872 und 1873 höher zu bestimmen ist, als dieß vom erstinstanzlichen Richter geschehen.

- 34) Eine Weibsperson, welche in Geltstag gefallen ist, und sich wieder verheirathet, gilt auch nach dem Tode ihres zweiten Ehemannes nicht mehr als vergeltstagt, weil ihre Schulden auf ihren Ehemann übergegangen sind. Ein Rechtsversicherungsbegehren auf Grund ihres Geltstages wird daher abgewiesen.

Chr. Ruhmenthaler gegen Rosina Mauerhofer geb. Wyß.  
(15. Oktober 1874.)

- 35) Wege, welche auf oder über das große Moos führen, bleiben kraft des schiedsgerichtlichen Urtheiles vom 21. März 1864 in ihrem Bestande, wenn sie vorher im Gebrauch gewesen waren. Eigenthümer ausgeschiedener Parcellen des großen Mooses, über welche solche Wege führen, sind daher verpflichtet, sie auch in Zukunft zu dulden, und Eigenthümer, zu deren Parcellen solche Wege führen, können dieselben als Servituten beanspruchen und sich ihrer Beseitigung widersetzen, auch wenn sie weder einen Erwerbstitel aufweisen, noch sich auf Verjährung berufen können. Ihr Titel besteht in der Verfügung des schiedsrichterlichen Spruches, daß alle auf und über das große Moos führenden Wege ihre bisherige Bestimmung behalten sollen.

Hobel gegen Einwohnergemeinde Gals.  
(16. Oktober 1874.)

- 36) Ein Minderjähriger kann zwar ohne Mitwirkung seines Vogtes eine Vaterschaftsanerkennung gültig ausstellen, nicht aber Verpflichtungen übernehmen gegenüber der Mutter oder gegenüber dem Kinde.

Bürcher gegen Klückiger.  
(17. Oktober 1874.)

#### M o t i v e :

Daß der Beklagte die Vaterschaft des von der Klägerin zu gebährenden Kindes in einem notarialischen Acte vom 1. Februar 1873 anerkannt hat;

daß zwar derselbe zur Zeit der Ausstellung dieser Vaterschaftsanerkennung in der Person des Friedrich Neuenhwanter, Lehrer in Ranslüh, bevogtet war, und der Vormund bei dem betreffenden Acte nicht mitwirkte;

daß aber zur Gültigkeit und Verbindlichkeit der Vaterschaftsanerkennung die Mitwirkung seines Vormundes weder nach dem Gesetze, da auch ein Geständniß, welches der Beklagte vor dem Pfarramt ohne vormundschaftliche Beistimmung abgelegt hätte, nach den S. 176, 177 und 180 C. ein vollkommen gültiges gewesen wäre, noch nach der Natur der Sache erforderlich ist, da die Anerkennung der Vaterschaft wohl civilrechtliche Folgen nach sich zieht, das Recht aber und die Pflicht dazu nicht bloß civilrechtlicher Natur sind, und somit auch nicht vom Gutfinden und der Willkür eines Vogtes oder der Vormundschaftsbehörde abhängen können;

daß jedoch der mehr angerufene notarialische Act, insoweit er über die Vaterschaftsanerkennung hinaus auch Stipulationen in Bezug auf civilrechtliche Leistungen enthält, der Rechtsverbindlichkeit entbehrt, und diese Leistungen im gegenwärtigen Proceß zu bestimmen sind;

daß die Einrede des auf die Willensbestimmung des Beklagten zur Ausstellung der fraglichen Vaterschaftsanerkennung ausgeübten Zwanges in der Beweisführung mißglückt ist;

daß über die Schuld des Beklagten keine Zweifel vorhanden sind.

**Bemerkung.** Dieses letzte Motiv veranlaßt uns zu einigen Bemerkungen.

Die Klägerin Klückiger hatte beim Kirchenvorstand Seeberg die Erklärung abgegeben, sie sei von Chr. Zürcher und J. Leibundgut schwanger, und der Umgang dieser beiden Personen stellte sich auch als unzweifelhaft heraus, so daß die Ausmittlung des wirklichen Schwängerers nicht möglich war.

Hierauf gestützt setzte der Beklagte Zürcher der gegen ihn eingeleiteten Paternitätsklage eine peremptorische Einrede entgegen und machte in der Begründung namentlich geltend in dem Umstande, daß die Klägerin vor Kirchenvorstand zwei Schwängerer angegeben habe, dessen ungeachtet aber jetzt nur einen in's Recht fasse, liege eine Abänderung ihrer Erklärung.

Das Gericht wies aber diese Einwendung ab aus dem Grunde:

Daß aber in dem Umstande, daß nur der Eine der beiden angeblichen Urheber der Schwangerschaft in's Recht gefaßt wird,

keine Abänderung der gerichtlichen Aussagen gefunden werden kann, vielmehr jene Vorgänge unter Umständen bei'r Würdigung des Schuldbeweises oder auch bei'r (bei der) Einrede des unzüchtigen Lebens in's Gewicht fallen könnten.

Wenn die Abänderung der Anzeige zu einer einläßlichen Antwort berechtigt, so liegt der Grund darin, daß, wer zuerst eingesteht, mit A und sodann mit B Umgang gepflogen zu haben, eingesteht, mit A und B dieß gethan zu haben. Eine Weibsperson aber, die während der kritischen Zeit mit zwei Personen fleischlichen Umgang gepflogen hat, kann den wirklichen Schwängerer nicht mehr nachweisen. Ganz das nämliche ist der Fall, wenn die Weibsperson zwar nicht bald den Einen, bald den Anderen angeibt, sondern zwei auf einmal. Wenn daher die Abänderung einer Schwangerschaftsanzeige zu einer peremptorischen Einrede berechtigt, so ist dieß noch weit mehr der Fall, wenn von vornherein zwei als Schuldige angegeben werden. Wie unter diesen Umständen die Schuld des Beklagten als zweifellos hingestellt werden konnte, ist nicht recht verständlich.

**37) Ein gegen einen Wechselbürgen ausgewirkter Vollziehungsbefehl wird cassirt, weil der wechselrechtliche Anspruch erloschen ist.**

Kantonalbank gegen Großrath Vogel.

(23. Oktober 1874.)

Am 27. Oktober 1871 stellte J. R. Vogel, Sohn, in Wangen, der Kantonalbankfiliale Langenthal einen Wechsel aus für den Betrag von Fr. 3000, zahlbar in drei Monaten in ihrem; der Kantonalbank, Domicil. Als Wechselbürge verpflichtete sich der Vater des Schuldners, Hr. Großrath Vogel von Wangen. Als am 27. Februar 1872 der Wechsel nicht eingelöst wurde, erhob die Gläubigerin Protest und leitete die Wechselexecution ein. Die vom 25. März 1872 datirte Wechselfaufforderung wurde gegen den Schuldner J. R. Vogel und dessen Vater und Bürgen, Großrath Vogel, gerichtet, und der Amtsgerichtsweibel stellte über seine Verrichtung folgendes Zeugniß aus:

„Dem Hrn. J. R. Vogel, Sohn, ein Doppel für sich und ein Doppel für Hrn. J. R. Vogel, Vater, zugestellt.“

Nach der Behauptung der Kantonalbank war Hr. Großrath Vogel damals abwesend, der Sohn habe aber ihm das für ihn er-

haltene Doppel der Wechselaufforderung sofort in der Weise zu- gestellt, daß er ihm dasselbe unmittelbar nachher auf seinen Pult gelegt habe, und es habe derselbe noch gleichen Tags oder längstens am folgenden Tage davon Kenntniß genommen.

Im April 1872 wurde gegen den Schuldner die Betreibung eingeleitet und die Pfändung vorgenommen, auf seine Bitten wurde ihm aber wiederholt Stündigung ertheilt. Auch an den Bürgen wandte sich die Kantonalbank und verlangte von ihm durch Brief vom 10. Dezember 1872 Zahlung. Großrath Vogel antwortete unterm 15. Dezember, es sei ihm momentan nicht möglich, Bezahlung zu leisten, gleichzeitig aber habe er die Schuld- pflicht anerkannt und gewünscht, daß man ihn schonend behandeln möge. Die Kantonalbank entsprach diesem Begehren. Im Jahre 1873 fiel nun der Sohn Vogel in Geltstag, in welchem die gläu- berische Bank zur Geduld collocirt wurde. Nachdem die Anbietung dieser Collocation erfolgt war, erließ die Kantonalbank gegen den Bürgen Großrath Vogel einen Vollziehungsbefehl vom 1. und 6. Dezember 1873. Hiegegen erhob Hr. Vogel nachträglich Wider- spruch und notificirte denselben unterm 8. und 10. Dezember 1873 dem Amtsgerichtsweibel als verrichtendem Official und lud gleich- zeitig die Kantonalbank zu Beurtheilung des Cassationsbegehrens vor Richteramt Wangen.

Zu Begründung deselben führte er namentlich an, er sei zur Zeit des Erlasses der Wechselaufforderung vom 21./23. April 1873 gegenüber der Kantonalbank in keiner Wechselverbindlichkeit mehr gestanden, weil dieselbe erloschen gewesen sei. Der Wechsel vom 27. November 1871 sei zahlbar gewesen nach drei Monaten, also am 27. November 1872. Von diesem Tage hinweg bis zum 21. resp. 23. April 1873 sei es länger als ein Jahr und während dieser Zeit sei die Ersitzung ihm gegenüber nicht unter- brochen worden.

In ihrer Antwort berief sich die Kantonalbank auf die oben erwähnten Thatfachen und machte überdieß geltend: Die im März 1872 erlassene Wechselaufforderung sei dem Hauptschuldner persönlich insinuirt worden und wenn allfällig der Kläger auch kein Doppel erhalten haben sollte, so müßte er gleichwohl als Bürge haften und zwar gestützt auf die Insinuation an den Hauptschuldner, da dieselbe sowohl den Schuldner als gleich- zeitig auch die Bürgen wechselrechtlich verpflichte und den Ein- tritt der Wechselverjährung in beiden Beziehungen hemme. Auch sei die Abgabe eines Doppel der Aufforderung zu seinen Händen an den Sohn Vogel für ihn verbindlich. Neben der einläßlichen Antwort hatte die Kantonalbank dem Cassationsbegehren des

Hrn. Großrath Vogel noch folgende uneinläßliche Antwort entgegengesetzt :

Es sei zu erkennen, die Einspruchsbeklagte sei von dem gegnerischen Rechtsbegehren ohne Rücksicht auf dessen ursprüngliche Begründetheit definitiv zu befreien.

Zu Begründung desselben machte sie namentlich geltend, Hr. Großrath Vogel habe unterlassen, die Wechselsumme zu deponiren und in Folge dessen sei er seiner Ersitzungseinrede verlustig gegangen.

In seiner Replik schloß Hr. Großrath Vogel auf Abweisung der peremptorischen Einrede und verneinte namentlich, daß ihm die vom 25. März 1872 datirte Wechselaufforderung zugekommen sei.

In oberer Instanz wurde die peremptorische Einrede gemeinschaftlich mit der Hauptsache und nicht getrennt von derselben, wie das Gesetz es vorschreibt, behandelt, und dem Hrn. Vogel sein Cassationsbegehren zugesprochen.

#### Motive:

Daß, was die peremptorische Einrede anbetrifft, diese mit der Hauptsache zu behandeln ist;

daß sich die Parteien nach den Acten auf den Boden gestellt haben, daß der Sohn Vogel als Wechselschuldner und der Vater Vogel als Wechselbürge anzusehen ist;

daß im vorliegenden Falle eine Protesterhebung nicht nöthig gewesen wäre, indem es auf dem daherigen Wechsel heißt „ohne Kosten“;

daß aber, da der Wechsel im verzeigten Domicil protestirt worden ist, dieser Protest sowohl für den Schuldner als auch für den Bürgen Geltung hat;

daß das verzeigte Domicil jedoch hinsichtlich der Wechselaufforderung für den Wechselschuldner und den Wechselbürgen nicht zugleich verbindlich ist;

daß in casu eine Solidarität zwischen Sohn und Vater Vogel im Sinne des Civilgesetzes nicht besteht, indem Ersterer als Schuldner und Letzterer als Bürge behandelt wurde;

daß nun aber die Wechselaufforderung vom 25. März 1872 dem Sohne Vogel zu Händen seines Vaters verrichtet wurde;

daß aber der Sohn Vogel zu jener Zeit nicht mehr Hausgenosse seines Vaters war, sondern für sich selbstständig in einem andern Hause wohnte;

daß demnach diese an den Sohn Vogel zu Handen seines Vaters geschehene Verrichtung der Wechselaufforderung vom 25. März 1872 für den letztern unverbindlich ist;

daß übrigens der Kläger erklärt hat, die fragliche Wechselaufforderung sei ihm nie zugestellt worden;

daß im ferneren constatirt ist, daß der Kläger vom 25. März 1872 bis 23. April 1873 Seitens der Beklagten keine Wechselaufforderung erhalten hat, demnach, da mehr als ein Jahr verfloßen, der wechselrechtliche Anspruch der Beklagten verjährt ist (Art. 90 W.-D.);

daß im vorliegenden Fall der Beklagte, da der Wechsel, weil verjährt, nicht mehr existirte, den daherigen Wechselbetrag nicht mehr zu deponiren hatte;

daß übrigens der Richter nach vorheriger Prüfung der Acten hätte ersehen können, daß der wechselrechtliche Anspruch der Beklagten verjährt war, und deshalb, da die gesetzlichen Bedingungen der Vollziehung fehlten, die Bewilligung des Vollziehungsbefehles nicht hätte ertheilen sollen.

### 38) Actio Pauliana. Richtigklärung eines Abtretungsvertrages wegen Benachtheiligung anderer Gläubiger. Ad massam-Ziehung der daherigen Liegenschaften. \*)

Massaverwalter im Geltstage des Chr. Müller gegen Chr. Zürcher u. Rith.  
(29. Oktober 1874.)

Bergl. Bb. VIII. pag. 364.

#### M o t i v e :

Daß nach den Artikeln 224 und 228 St.-G.-Buch Rechtsgeschäfte, durch welche ein Geltstager zur Zeit, wo ihm seine Zahlungsunfähigkeit bekannt war, einzelne Gläubiger oder andere Personen durch Abtretung von Vermögensstücken unter ihrem wahren Werthe oder durch Errichtung von Pfandrechten wider-

\*) Literatur. Reinhart, die Anfechtungsklage wegen Verkürzung der Gläubiger, 1871. Schönemann, die Paulianische Klage, 1873. Struckmann, über die Anfechtbarkeit der datio in solutum mittelst der Actio Pauliana in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik, XII., 277—312. Otto Fischer, Anwendbarkeit der Actio Pauliana auf Zahlung, Eingabe an Zahlungsstatt und Pfandbestellung, 1875.



rechtlich begünstigt, nichtig erklärt werden sollen, wenn unter den obwaltenden Umständen alle Betheiligten deren Unredlichkeit bei einiger Aufmerksamkeit einsehen konnten;

daß, nachdem der Geldstag gegen Christian Müller, Sohn, ausgebrochen war, dessen Bürgen, namentlich auch der Beklagte Vater Müller bis zur Pfändung und Gantsteigerung betrieben wurde;

daß hierauf der Beklagte Vater Müller unterm 21. September 1871 sein Heimwesen auf dem Belpberge nebst Beweglichkeiten seinem Großsohn Rudolf Müller mit Uebergehung seiner mitverpflichteten Söhne Christian und Carl Müller um eine Summe von Fr. 34,000 abtrat und sich dabei eine Schleißnutzung von Fr. 10,000 vorbehielt;

daß aber die Grundsteuerschätzung des fraglichen Heimwesens Fr. 42,900 und die Schätzung der Experten Fr. 43,500 beträgt;

daß mithin der Beklagte, Vater Müller, sein Heimwesen unter seinem wahren Werthe abgetreten hat;

daß im ferneren durch den angeführten Abtretungsvertrag vier Gläubiger für ihre Forderungen, welche bis jetzt nicht unterpfändlich versichert waren, den Uebernehmern auf Rechnung der Abtretungssumme überbunden wurden;

daß zwar drei dieser Gläubiger auf die daherigen Ueberbünde verzichtet haben, der vierte aber, nämlich die Beklagten Gebrüder Moser, das Pfandrecht für ihre Forderung aufrecht erhalten wissen wollen, weil sie bereits auf dem Betreibungswege ein Pfandrecht auf das fragliche Heimwesen erworben gehabt haben;

daß jedoch auf dem Betreibungswege erhaltene Pfandrechte durch Erkennung des Geldtages dahinfallen;

daß wenn der Abtretungsvertrag cassirt wird, auch die darin enthaltenen Ueberbünde für nicht unterpfändlich versicherte Forderungen nichtig sind, also im vorliegenden Falle auch die überbundene Forderung der Beklagten Gebrüder Moser;

daß die von Seite der Beklagten in ihrer Hauptvertheidigung gemachten Propositionen als Vergleichsvorschläge anzusehen sind, die, wenn sie von der Gegenpartei nicht angenommen worden, am Klagsfundamente nichts ändern;

daß im Abtretungsvertrage über das Heimwesen der Beklagte Vater Müller den Uebernehmern seine sämtliche Fabrik- oder sein bewegliches Vermögen als Zugaben überlassen und übergeben hat;

daß bezüglich dieses beweglichen Vermögens die Uebernehmer anerkannten, daß ihnen vom Beklagten Vater Müller Beweglichkeiten für eine Summe von Fr. 1385. 50 abgetreten worden seien;

daß aber die übrigen in Art. 81 näher bezeichneten Beweglichkeiten im Schätzungswerthe von Fr. 5706 vom einten Beklagten Rudolf Müller als Eigenthum angesprochen werden, indem er behauptet, solche vor der Stipulation des in Frage stehenden Abtretungsvertrages besessen zu haben;

daß der klägerischen Geldtagssmasse durch die Abhörnung des Massaverwalters der Beweis mißlungen ist, daß der Beklagte, Vater Müller, seinem Großsohn für mehr als Fr. 1385 50 Cts. Beweglichkeiten abgetreten habe;

daß die Beklagten Zürcher und Müller als unredliche Befugter betrachtet werden müssen, indem sie wußten, daß Vater Müller bis zur Sanktsteigerung betrieben war, daß hierauf der Abtretungsvertrag stipulirt und die Fertigung dieses Vertrages mit aller Eile betrieben wurde, was daraus hervorgeht, daß solche schon am zweiten Tage nach der Stipulation erfolgte;

daß die vorbehaltene Schleißnutzung von Fr. 10,000 die betrügerische Absicht der Beklagten, Vater und Sohn Müller und des Christian Zürcher ebenfalls beweist, indem sie die Gläubiger im Geldstage des Vaters Müller um diese Summe benachtheiligen wollten;

daß die Beklagten demnach der klägerischen Geldtagssmasse den Schaden zu vergüten haben, der ihr seit der Stipulation des angeführten Abtretungsvertrages aus der Nichtbenutzung des fraglichen Heimwesens entstanden ist.

Gestützt auf diese Motive wurde der Abtretungsvertrag cassirt, die Liegenschaften und Beweglichkeiten, welche Gegenstand desselben gebildet hatten, zur Masse gezogen, und wurden die Beklagten überdies verurtheilt, die inzwischen bezogenen Früchte herauszugeben.

## November 1874.

- 39) Ein Ehemann haftet für die Schulden seiner Ehefrau, wenn dieselbe mit seiner Zustimmung oder wenigstens ohne seinen Widerspruch ein Geschäft betreibt. Handelt die Frau als Gesellschafterin, mithin unter solidarischer Haftung der Gesellschafter, so hat der Ehemann nicht

nur für den Antheil seiner Ehefrau, sondern Dritten gegenüber auch für die Verpflichtungen der Gesellschaft einzusehen.

C. Grimm gegen Alex. Schmied.

(5. November 1874.)

#### 40) Concordat betreffend Gewährsmängel. Beweiskraft des Expertengutachtens. Gegenbeweis gegen dasselbe.

Häuser gegen Hegg.

(5. November 1874.)

Am 13. Juli 1871 tauschte Häuser von Hegg eine braune ca. 6 Jahre alte Stute ein und bereits am 19. Juli glaubte er einen Gewährsmangel an dem Thiere wahrzunehmen, weshalb unterm 19. Juli eine Anbotungskundmachung erlassen wurde. Hegg bestritt das Vorhandensein von Gewährsmängeln und verweigerte die Rücknahme des Pferdes. In Folge dessen ließ Häuser durch das Richteramt Bern Sachverständige ernennen und es gaben dieselben — Prof. Rychener und Thierarzt König — folgendes Befinden ab :

„Mit Bezug auf beiliegende Anbotung von Hrn. Hegg, Apotheker dahier, eines dem Hrn. Häuser, Pferdehändler, eben dahier, vertauschten Pferdes untersuchten die Unterzeichneten dieses Pferd unter heutigem Datum und fanden eine braune Stute ca. 6 Jahre alt, 5' 3" hoch, ohne Abzeichen. Das Pferd stund mit gesenktem in die Krippe eingefetztem Kopfe, schwankte zuweilen, erhob sich ein andermal, um wüßt zu thun, ließ sich nebenbei in den Ohren kreppein, stund außerdem unbeweglich in stumpfer Haltung, mit großer Unempfindlichkeit überhaupt, stark aufgezogem Bauche, ohne Freßlust und etwas verlangsamten Pulse.

Diese Erscheinungen reichen hin, um dieses Pferd als mit Koller behaftet und folglich als einen Gewährsmangel zu erklären.“

Dieses Befinden wurde Hrn. Hegg mitgetheilt, sodann die Schätzung des Thieres durch die richterlich ernannten Experten vorgenommen und die Versteigerung desselben angeordnet.

Der Beklagte bestritt, daß eine richterliche Expertise stattgefunden habe, denn die Untersuchung durch die Herren Rychener

und König sei nicht in Folge richterlichen Auftrages, sondern auf einseitiges Begehren Hausers vorgenommen worden. Ferner habe sich dabei nur König betheilig, Rychener dagegen habe sich dem Pferde nicht genähert und auch die Pulsschläge desselben nicht selbst gezählt. Ferner bestritt Hegg die materielle Richtigkeit des ausgestellten Zeugnisses. Unter den Thieren aus dem Pferdegeschlecht gebe es eine Krankheit, deren Erscheinungen bis an eine, die Fieberlosigkeit, die nämlichen seien, wie beim Still- oder Dummkoller, es sei die subacute Gehirnentzündung, welche aber kein gesetzlicher Gewährsmangel sei. Er behaupte nun, das fragliche Pferd sei im Zeitpunkte, als er dasselbe von Hauser gekauft habe, mit den nämlichen Erscheinungen belastet gewesen, wie am 19. und 21. Juli 1871 und damals seien die Erscheinungen weder von Hrn. Hegg noch von Hrn. Hauser, noch von den consultirten Aerzten, zu welchen auch Hr. König gehöre, als Koller angesehen worden. Endlich vereinige das Befinden der Herren Prof. Rychener und Thierarzt König vom 21. Juli 1871 inhaltlich nicht diejenigen Qualificationen in sich, welche zu einem wirklichen beweiskräftigen Gutachten unumgänglich erforderlich sind, und es sei daher dasselbe materiell unrichtig.

Durch Urtheil des Appellations- und Cassationshofes vom 5. November 1874 wurde dem Hauser sein Klagsbegehren grundsätzlich zugesprochen und demgemäß Hegg verurtheilt an Hauser zu bezahlen:

- Fr. 800 als Werth des Pferdes;
- Fr. 200 Fütterungskosten;
- Fr. 24. 10 Kosten der thierärztlichen Untersuchung;
- $\frac{1}{2}$  der ergangenen Kosten. \*)

#### M o t i v e :

Daß der Schluß des Befindens der Thierärzte Rychener und König, in seiner Fassung, „diese Erscheinungen reichen hin, um dieses Pferd als mit Koller behaftet, und folglich als einen Gewährsmangel zu erklären“, abgesehen von der fehlerhaften Sprache, immerhin unzweifelhaft dahin geht, es leide das fragliche Pferd an dem im Concordate betreffend die Bestimmung

---

\*) Mit Bezug auf die Kostenbestimmungen läßt sich beim Appellations- und Cassationshof ein festes Princip nicht erkennen, und es scheint namentlich der Willkür der Referenten ein zu großer Spielraum gewährt zu werden.

der Viehhauptmängel vom 27. Juni 1853 bezeichneten Gewährsmangel des Still- oder Dummkollers, indem derjenige Theil des oben citirten Satzes, welcher lautet: „folglich als einen Gewährsmangel zu erklären“, die Bedeutung hat, den vorher gebrauchten begrifflichen Ausdruck „Koller“ mit Rücksicht auf das genannte Concordat näher zu erläutern;

daß der Beklagte in seiner Vertheidigung die Rechtsförmigkeit und materielle Richtigkeit des Befindens der Thierärzte Rychener und König zu bestreiten suchte, indem er der letzteren Eigenschaft, als im Momente der Untersuchung bereits amtlich bestellte Experten verneinte, die Art der Untersuchung kritisirte, die Identität des Pferdes gestützt auf mangelhafte Beschreibung desselben bestritt, die Form des ausgestellten Gutachtens einer Kritik unterwarf, und endlich darthun wollte, daß die in dem Befinden constatirten Krankheitserscheinungen am Pferde nach den Erfahrungen der Wissenschaft ebensogut zu einem anderen Schlusse berechtigen, als zu demjenigen, welcher von den Experten gezogen worden ist;

daß jedoch, was die Bestreitung der Rechtsförmigkeit des Befindens anbetrifft, die daherigen Einwendungen des Beklagten als unbegründet zu betrachten sind, weil:

- a. die Behauptung, es seien die obgenannten Thierärzte zur Zeit der Vornahme der Untersuchung und Abfassung des Befindens noch nicht im Besitze des richterlichen Auftrages gewesen, aus der in der Klage enthaltenen Darstellung des Sachverhaltes nicht schlechthin hervorgeht und die Aussagen der Thierärzte in der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß dieselbe widerlegen;
- b. die Art und Weise, wie die Untersuchung des Pferdes im Einzelnen, namentlich die Zählung der Pulsschläge vorgenommen wurde, keinen Anlaß giebt, um dem Gutachten die ihm vom Gesetze ertheilte Beweisraft zu entziehen;
- c. die Differenzpunkte in der Beschreibung des Pferdes, — nämlich 5' 2" statt 5' 3" Höhe und auf der linken Seite einen kleinen Sattelflecken, statt kein Abzeichen — von untergeordneter Bedeutung sind, und überdieß nach dem Ergebnisse einer vom Kläger eingeleiteten Beweisführung zum e. G. die Identität des Pferdes außer Zweifel steht;

daß betreffend die materielle Richtigkeit das Gutachten allerdings an mehreren Mängeln leidet und Anlaß zu einer Kritik geben mochte, daß dessenungeachtet nicht mit Grund gefolgert

werden kann, es sei der Schluß des Gutachtens unrichtig und überdies das Concordatsgesetz über die Viehhauptmängel eine bestimmte Vorschrift über Abfassung der thierärztlichen Gutachten nicht enthält;

daß wenn auch nach einer vernünftigen Interpretation des Art. 14 des erwähnten Concordates der Gegenbeweis nicht unter allen Umständen ausgeschlossen ist, namentlich da nicht, wo total mangelhafte Voraussetzungen den Schluß des Gutachtens weder nach den Regeln der Wissenschaft noch nach dem gesunden Verstande zu rechtfertigen vermögen, in casu diese Frage durch den Beweisentscheid endgültig erledigt worden ist, indem die darauf bezüglichen Behauptungen des Beklagten als unerheblich erklärt wurden;

daß hievon abgesehen, — wollte man auch auf eine Würdigung des versuchten Gegenbeweises eintreten, — das Ergebnis dieses Beweises gleichwohl nicht geeignet wäre, den Schluß des thierärztlichen Gutachtens zu zerstören, zumal die Experten in der Beweisführung zum ewigen Gedächtniß selbst die Möglichkeit zugeben, daß das fragliche Pferd zur Zeit der ersten Untersuchung — 21. Juli 1871 — mit Koller behaftet gewesen sei;

daß nach dem Inhalte der Anbieterskündmachung dem im Streite liegenden Pferde anlässlich des Tausches, von den Parteien ein Werth von Fr. 800 beigelegt worden ist, und diese Werthbestimmung nach Art. 4 des mehrangerufenen Concordates maßgebend ist.

**41) Viehwaare, welche dem Pächter eines Grundstückes zur Fütterung übergeben worden ist, kann von dem Verpächter nicht für seine Pachtzinsforderung mit Beschlagnahme belegt werden.**

N. v. Dach und Mith. gegen Alfred Nyser und gegen P. Racherer.  
(6. November 1874.)

#### M o t i v e :

Daß Effekten, welche einem Handwerker oder Gewerbsmann zur Verarbeitung oder in Folge eines Gewerbes zur Aufbewahrung übergeben werden, für Bestandzins nicht mit Verbot belegt werden können (§ 643 B. B.);

daß nun ein Bauer oder Pächter nicht nur als Landwirth, sondern auch als Gewerbsmann im Sinne des § 643 B.-V. anzusehen ist, indem solche durch Kauf und Verkauf von Viehwaare, Getreide zc. ein Gewerbe treiben, oder wie in casu gegen ein Entgelt Viehwaare während des Winters zur Fütterung übernehmen;

daß der Kläger im vorliegenden Falle die von ihm vindicirte Viehwaare dem Bendicht Marti lebiglich zur Fütterung übergeben und dafür bezahlt hat;

daß nach Art. 645 B.-V. derjenige, welcher einem Küher seine Sömmerung oder Winterung überläßt, nur die auf dem Gute befindlichen, dem Küher angehörenden Gegenstände mit Bestandsverbot belegen kann;

daß nach Analogie dieser Bestimmung auch die einem Pächter zum Füttern übergebene Viehwaare nicht durch ein Bestandsverbot mit Bestand belegt werden kann;

daß daher die Beklagten auf die Viehwaare des Klägers, welche sich im Momente der Herausnahme des Bestandsverbotes auf dem von Bendicht Marti in Pacht gehaltenen Gute befand, kein gültiges Pfandrecht erwerben konnten.

**42) Benutzung eines Creditcs, welcher einem associé eröffnet worden ist, durch die Firma, welcher derselbe angehört. Für das Schuldverhältniß ist der Wortlaut des Creditbriefes maßgebend und nicht das thatsächliche Verhältniß, wie es sich aus den Büchern der Parteien ergibt.**

Berner Handelsbank gegen Geldtagsmasse Probst, Wyß & Röhliberger.

(7. November 1874.)

Im April 1865 stellte Hr. Wyß, associé der Firma Probst, Wyß & Röhliberger bei der Berner Handelsbank ein Gesuch um Eröffnung eines Creditcs von Fr. 25,000 für sein Geschäft. Diesem Begehren wurde entsprochen und dieß durch Brief vom 18. April 1865 den Herren Probst, Wyß & Röhliberger mitgetheilt.; derselbe fuhr sodann fort: „Im Anschluß folgt das durch unsere Reglemente vorgeschriebene Formular des Creditbriefes, worin der eine Ihrer Herren associés als Schuldner, die anderen als Bürgen zu erscheinen haben. Dem Creditbrief

ist eine Vollmacht beizufügen mit Autorisation für die Firma zur Benutzung des Credités."

Demgemäß sandten die Herren Probst, Wyß & Röthlisberger einen notarialischen Credit- und Bürgschaftsbrief vom 19. April 1865 ein, worin sich Ludwig Wyß als Schuldner und Friedrich Probst als Bürge verpflichteten. Gleichzeitig wurde auch die verlangte Vollmacht eingesandt und der Berner Handelsbank die Mittheilung gemacht, daß die beiden associés Probst und Wyß die alleinigen Inhaber der Firma Probst, Wyß und Röthlisberger seien.

Seit Eröffnung des Credités wurde derselbe fortwährend und ausschließlich von der Firma benutzt und sowohl in den Büchern derselben als in denjenigen der Klägerin wurden die beiden Firmen allein gegenseitig creditirt und debitirt; ebenso wurde eine langjährige Correspondenz auf den Namen der Firma geführt und alle Contocurrentauszüge, welche die Handelsbank anfertigen ließ, lauteten auf die Firma Probst, Wyß & Röthlisberger und wurden ihr stets direkt zugesandt und auch von ihr jeweilen anerkannt. Namentlich zeigten die Herren Probst, Wyß und Röthlisberger durch Brief vom 7. Februar 1872 der Handelsbank an, daß sie den Auszug ihrer Rechnung bei ihr pro 31. Dezember 1871 erhalten, geprüft und mit Ausnahme eines unbedeutenden Postens richtig befunden haben; hienach stelle sich der Saldo des Contocurrentes zu ihrer, der Handelsbank, Gunsten auf Fr. 25,393. 20, welche sie, die Herren Probst, Wyß & Röthlisberger, pro 1. Januar 1872 auf's neue in ihrem Credit vortragen und sie, die Klägerin, um gleiche Buchung bitten.

Im April 1872 starb Wyß und über seine Verlassenschaft wurde die gerichtliche Vereinigung erkannt; gleichzeitig erfolgte auch die Erkennung und Ausschreibung des Geltstages über die Firma Probst, Wyß & Röthlisberger in Langnau. Kurze Zeit nachher fiel auch Probst in Geltstag.

Die Berner Handelsbank machte nun ihr Forderungsrecht geltend in den beiden Separatconkursen der associés und eventuell auch in demjenigen der Firma. In dem letztern wurde sie in Classe VI allen Firmagläubigern nachgehend angewiesen, was sie veranlaßte, Einspruch zu erheben und eine mit den übrigen Gläubigern concurrerende Anweisung zu verlangen.

In dem dahierigen Einspruchsprocesse machten die beklagten Gläubiger geltend, der Klägerischen Handelsbank gebühre im Firma-Conkurs gar keine Anweisung, weil:



der Credit nicht der Firma, sondern dem Wyß persönlich ertheilt worden sei;

wenn auch die Firma den Credit später benutzt habe, dieses nur in Folge einer Vollmacht des Schuldners, also für seine Rechnung geschehen und die Firma ihm dafür pflichtig geworden sei;

wenn das ganze Rechtsverhältniß durch die stattgefundenen Buchungen ein incorrectes und zweifelhaftes geworden wäre, die Klägerin die Firma nur dann hätte als eigentliche Schuldnerin behandeln können, wenn sie das ursprüngliche Rechtsverhältniß gegen Wyß und Probst hätte fallen lassen und auf jedes Forдерungsrecht verzichtet hätten.

Mit Umgehung des erstinstanzlichen Richters kam der Streit unterm 7. November 1874 vor Appellations- und Kassationshof, welcher das Einspruchsbegehren der Handelsbank abwies.

#### M o t i v e :

Daß in Folge Credit- und Bürgschaftsbriefes vom 19. April 1865 Hr. Wyß als Schuldner des Crediten bis auf Fr. 25,000 sich verpflichtet hat, unter Bürgschaft des Hrn. Probst und zwar ohne die Bezeichnung als Glieder der Firma Probst, Wyß und Röhliberger;

daß Hr. Wyß gleichzeitig eine Vollmacht ausgestellt hat, nach welcher die Firma Probst, Wyß & Röhliberger die Berechtigung erhielt, den Credit für sich in Anspruch zu nehmen und zu benutzen, indem er zum Voraus ihre Verhandlungen mit der Bank genehmigte;

daß aus diesen Acten hervorgeht, daß sich sowohl Wyß als Probst persönlich verpflichtet haben, und daß die Firma Probst, Wyß & Röhliberger nur vermittelt der Vollmacht des Wyß zur Benutzung des Crediten berechtigt worden ist;

daß wenn auch in Wirklichkeit die Firma Probst, Wyß und Röhliberger den Credit benutzt hat, debitirt und creditirt worden ist und aus der Correspondenz und beidseitigen Buchung die Firma als Schuldnerin erscheint, in diesem thatsächlichen Verhältnisse gegenüber dem klaren Wortlaut der Schuldburkunde und der Vollmacht kein Rechtsgrund liegt, um die Firma als Schuldnerin des Crediten annehmen zu können;

daß die Firma Probst, Wyß & Röhliberger vielmehr als Bevollmächtigte des Wyß in ein Schuldverhältniß zu diesem, nicht aber zur Handelsbank getreten ist.

### 43) Eheliches Güterrecht von Franzosen. Unveränderlichkeit desselben auch bei verändertem Domicil.

S. Bernheim gegen Nathan Nordmann.

(28. November 1874.)

Vergl. Bd. VIII. 360.

Durch Urtheil des Polizei-Richters von Bern vom 8. August 1873 wurde Elisabeth Nordmann, Ehefrau des Nathan Nordmann wegen Real- und Personalinjurien gegenüber der Henriette Bernheim zum Grundsatz der Entschädigung und zu dem Kosten verurtheilt. Die letzteren betragen Fr. 80, die ersteren dagegen wurden bestimmt auf Fr. 650 nebst Fr. 116. 95 Kosten des Moderationsverfahrens. Für einen Theil dieser Forderung wurde nun das Vollziehungsverfahren eingeleitet und die Hälfte des Jahreszinses eines Capitalles mit Beschlag belegt, welches die Söhne Nordmann in Folge eines Kaufvertrages vom 3. Februar 1874 schuldeten.

Gegen diese Pfändung erhob Nordmann Einspruch, weil der erwähnte Kaufvertrag vom 3. Februar 1874 durch einen Rückkaufvertrag vom 4. April 1874 wieder aufgehoben worden sei, und der gepfändete Capitalzins resp. die an dessen Stelle getretenen Effekten sein Eigenthum seien. Seine Ehefrau habe an denselben kein Mitanspruchsrecht. Schon mehrere Jahre vor seiner im Jahre 1839 erfolgten Verheirathung habe er sich in Bern niedergelassen und wohne nun schon seit 40 Jahren hier. Er stehe somit vollständig unter bernischem ehelichem Güterrechte, welches keine Errungenschaftsgemeinschaft kenne.

In seiner Antwort schloß Bernheim auf Abweisung der gegnerischen Vindicationsklage und brachte namentlich an, er anerkenne den angeblichen Rückkauf nicht, sondern halte sich an der geschehenen Pfändung.

Hr. Nordmann habe mit seiner Ehefrau am 24. Juli 1839 vor Notar und Zeugen in Hägenheim einen Ehevertrag abgeschlossen, durch welchen bestimmt worden sei, daß die dereinstige eheliche Errungenschaft beiden Eheleuten gemeinschaftlich angehören und nach Auflösung der Ehe zwischen dem überlebenden und den Erben des verstorbenen Ehegatten zu gleichen Theilen vertheilt werden solle. Dieser Vertrag sei später weder abgeändert noch aufgehoben worden, und da zur Zeit seines Abchlusses keines der beiden Eheleute Vermögen besessen habe, so

sei Alles, was sie gegenwärtig besitzen, als Errungenschaft anzusehen.

In seiner Replik machte Nordmann noch geltend, ein allfällig abgeschlossener Heirathsvertrag, wodurch zwischen den Eheleuten Errungenschaftsgemeinschaft festgestellt worden wäre, müßte für ihn unverbindlich sein, da er vor und nach seiner Heirath in Bern gewohnt und deßhalb den zwingenden Bestimmungen des bernischen Gesetzes in Bezug auf das eheliche Güterrecht unterworfen gewesen sei.

In erster Instanz wurde dem Nordmann seine Vindicationsklage zugesprochen, in oberer Instanz dagegen dieselbe abgewiesen.

### M o t i v e :

Daß dem Vindicationsbeklagten bezüglich des Beweises über das Domicil der Eheleute Nordmann zur Zeit ihrer Verehelichung und der Abschließung des Ehecontractes der Eid zugeschoben war, und dieser solchen durch Gewissensvertretung übernommen hat;

daß der durch den Einspruchsbeklagten geführte Beweis als genügend zu betrachten ist, indem derselbe durch eine öffentliche Urkunde, d. h. einem Auszuge aus dem Notariatsregister des Notars Girard sel. in Hegenheim constatirt hat, daß die Eheleute Nordmann zur Zeit ihrer Verehelichung und des Abschlusses des Ehevertrages in Hegenheim domicilirt waren;

daß ferner nach dem abgeschlossenen Ehevertrage die Ehefrau Nordmann Miteigenthümerin an der Errungenschaft während der Ehe werden sollte;

daß die Verehelichung der Eheleute Nordmann, sowie der Abschluß des Ehecontractes nach französischem Recht stattgefunden haben, daher auch dieses Gesetz hier zur Anwendung kommt, indem die güterrechtlichen Verhältnisse durch Domicilwechsel nicht geändert werden;

daß nach den Depositionen der Eheleute Nordmann im Manifestationsverfahren die Ehefrau Nordmann kein Vermögen in die Ehe gebracht hat und er selbst zur Zeit des Eheabschlusses auch kein Vermögen hatte, daß mithin das gegenwärtige Vermögen als Errungenschaft zu betrachten ist;

daß der Vindicationskläger in dem mit seinen Söhnen abgeschlossenen Kaufvertrage selbst anerkennt, daß das Vermögen in die gemeinschaftliche Theilungsmasse einzuschließen sei;

daß die Frage, ob die Pfändung, wie sie vom Weibel ausgeführt worden ist, im vorliegenden Falle zulässig gewesen sei oder nicht, nicht in Betracht kommt, weil es sich hier nur um die Eigenthumsfrage handelt.

---

## Literarische Anzeigen.

E d i n g, H. Die Rechtsverhältnisse des Waldes. Berlin 1874.  
S. 234.

H e i ß, Ludwig. Der Wald und die Gesetzgebung. Berlin 1875.  
S. 196.

Die erste Schrift hat einen Juristen, die letztere dagegen einen Forstmann zum Verfasser, beide aber können den Juristen bestens empfohlen werden.

E d i n g behandelt alle Rechtsverhältnisse, welche sich in Beziehung auf die Wälder ausgebildet haben, und wie mannigfach dieselben sind, wird Einem erst recht klar, wenn man bedenkt, daß von einer zweckmäßig vertheilten Bewaldung die klimatischen Verhältnisse eines Landes und in Folge dessen seine Bewohnbarkeit abhängen, so daß in Folge von Entwaldungen früher blühende Gegenden wasserarme Emden geworden sind, während durrer Landboden durch zweckmäßige Anpflanzung der Cultur gewonnen wurde.

E d i n g giebt zuerst eine interessante Uebersicht über die Verhältnisse des Waldes, seine Gewächse, Cultur, Bewirthschaftung, Nutzung und seine Werthschätzung. Sodann behandelt er in zwei Abschnitten die Eigenthumsverhältnisse am Walde und in einem ferneren Abschnitte die Nutzungsrechte Dritter an demselben; von dem Nießbrauch, der Erb- und Zeitpacht in Beziehung auf Wälder. Ein fünfter Abschnitt ist den Waldservituten gewidmet; die Art ihrer Entstehung, die einzelnen Arten derselben, — Weideservituten, Wege- und Triftservituten, Streuservitut, Holzservitut, Aufhebung der Servituten. Der sechste Abschnitt handelt von den gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums am Walde aus Gründen des öffentlichen Wohles, sei es zu Abwendung gemeinen Schadens oder zu Förderung einzelner Staatszwecke, z. B. Marine, Abwendung des Holz mangels. In einem siebenten Abschnitt wird der Schutz des Waldes be-

sprochen; Schutz gegen Naturereignisse, gegen Waldbrände, gegen Waldfrevel im Allgemeinen, und von den Mitteln demselben vorzubeugen. Ein letzter Abschnitt endlich ist der Jagd gewidmet, der Jagdgerechtigkeit und ihrer Ausübung, ihrem Gegenstand und ihrem Schuß, ferner der Hege- und Schonzeit und der Bestrafung des unberechtigten Jägers.

Von der Schrift des Herrn Heiß machen wir die Juristen namentlich aufmerksam auf die Abschnitte von der Natur und Entstehung der Nutzungsrechte und ihrer Schädlichkeit; von dem Walde und seiner außerforstlichen Bedeutung und von der Gesetzgebung in Beziehung auf die Forstberechtigungen.

Beide Schriften gewähren eine ebenso angenehme als nützliche und lehrreiche Lectüre und seien daher dem juristischen Publikum bestens empfohlen.

Prof. König.

---

## N a c h r u f.

Herr Dr. Eugen Huber, welcher seit zwei Jahren als Privatdozent an unserer Hochschule wirkte, hat vor Kurzem diese Stellung wieder aufgegeben, um als Mitarbeiter in die Redaction der „N. Z. Z.“ einzutreten. Die Hochschule verliert an ihm eine gebiegene und schwer zu ersetzende einheimische Kraft. Es ist daher zu bedauern, daß von maßgebender Seite keine Anstrengungen gemacht worden sind, dieselbe unserem Kantone zu erhalten, während dieß oft geschieht zu Gunsten von Dozenten, deren Abgang Gewinn wäre.

R.

# Zeitschrift

des

## Bernischen Juristen - Vereins.

Organ für Rechtspflege und Gesetzgebung der Kantone  
Kern, Luzern, Aargau und Solothurn.

Band X.

Nr. 12.

Juni 1875.

---

Inhalt: † August Favrot, S. 353. — Entscheidungen des Bundesgerichts, S. 355. — Gesellschaft für Verbesserung und Codification des Völkerrchts, S. 381.

---

### † August Favrot.

Die Nachricht von dem am 5. dieß erfolgten Hinscheid des Herrn Obergerichters Favrot ist in den Kreisen, welchen der Verstorbene angehörte, vorab in der bernischen Juristenwelt, mit lebhaftem und aufrichtigem Bedauern aufgenommen worden. Schon aus diesem Grunde, dann aber auch als ihrem mehrjährigen fleißigen Mitarbeiter, schuldet ihm diese Zeitschrift einige Zeilen des Nachrufs. \*)

August Favrot war geboren zu Delsberg am 16. September 1826, der älteste Sohn des Advokaten und gewesenen Gerichtspräsidenten zu Münster und Bruntrut, Herrn Noël Alex. Favrot; seine Mutter war eine geborne Quiquerez. Nachdem er in Bruntrut seine Gym-

\*) Die Personalnotizen verdanken wir der gefälligen Mittheilung des Herrn Prof. Alex. Favrot, Bruder des Verewigten.

nasialstudien gemacht, bezog er 1844 die Universität Straßburg, wo er dem Rechtsstudium mit Eifer oblag. Der im Jahr 1846 erfolgte Tod seines Vaters nöthigte ihn, sich nach einer sofortigen Erwerbsquelle umzusehen, aus der er seine Mutter unterstützen könnte; er trat infolge dessen eine Hauslehrerstelle bei dem Fürsten Karl Lichtenstein zu Wien an und bekleidete dieselbe während nahezu vier Jahren, die Ruhestunden zu Fortsetzung seiner juristischen Studien benützend. Anno 1849 kam er in die Schweiz zurück, beendigte unter mancherlei Widerwärtigkeiten und Schwierigkeiten materieller Art seine Studien an der Berner Hochschule und erlangte 1853 das Fürsprecher-Patent. Er widmete sich hierauf einige Zeit der Advokatur und der publizistischen Thätigkeit, bis er 1854 zum Gerichtspräsidenten von Bruntrut gewählt wurde, welche Stelle er bis 1862 bekleidete. — Die mit diesem Amt verbundene übermäßige Arbeitslast, die heftigen politischen Reibungen, denen er nicht ganz entgehen konnte, sowie der in eben jener Zeit erlittene Verlust eines geliebten, einzigen Kindes machten ihm den Aufenthalt in Bruntrut allmählig weniger angenehm, so daß die im Jahr 1862 erfolgte Wahl in das kantonale Obergericht ihm doppelt willkommen war.

In dieser Behörde, und zwar in der Civilabtheilung derselben hat denn auch Favrot bis zu seinem Tode mit Eifer und Hingebung gewirkt. Mit tüchtigen Kenntnissen, sowohl im französischen als im specifisch bernischen Rechte ausgerüstet, ging er theoretischen Erörterungen nicht aus dem Wege, sondern wußte sie mit Gewandtheit zu führen, aber sein Geist besaß eine vorwiegende Neigung und Geschicklichkeit im Erfassen und Hervorheben der entscheidenden faktischen Momente des einzelnen Falles, im richtigen Gruppiren derselben und in der Charakterisirung des aus den dürren Aktenstößen sich ergebenden Gesamtbildes. Die Achtung und Freundschaft seiner Collegen besaß er in hohem Maße, und im Herbst 1874 wurde er zum Vicepräsidenten des Obergerichtes und des Appellhofes erwählt. Kurz darauf

hing die grausame Krankheit, der er erlag, an solche Fortschritte zu machen, daß, obschon er bis zum Ende die größten Leiden standhaft ertrug, er an den Arbeiten keinen Theil mehr nehmen konnte.

Seine Betheiligung an der altkatholischen Bewegung, die ihn vielfach in Anspruch nahm, ist hier nicht der Ort zu schildern; doch darf gesagt werden, daß seine Gesinnungsgenossen ihm vorzugsweise das Verdienst zuschreiben, die altkatholische Gemeinde der Stadt Bern organisiert und in sicheres Fahrwasser gebracht zu haben, wie dieß einer der Lehrer der katholischen Fakultät in der Leichenrede betonte.

Die wenige Muße, welche das Gericht und sonstige Amtsgeschäfte (z. B. auch als Mitglied der jurist. Prüfungscolliegen) ihm übrig ließen, verwandte Favrot theils auf gemeinnützige, theils auf wissenschaftliche Thätigkeit. Von letzterer zeugen mehrere Aufsätze in dieser Zeitschrift und die sorgfältige Sammlung und Mittheilung der Urtheile des Appellhofes in französischer Sprache.

Bern, den 18. Juni 1875.

Dr. Alb. Zeerleder.

---

## Entscheidungen des Bundesgerichts.

- 15) Die Verweisung eines Schweizerbürgers aus einem Bezirke verstoßt gegen Sinn und Geist des Art. 44 der Bundesverfassung.

(26. Februar 1875.)

Durch Urtheil des Polizeirichters von Neuenstadt vom 7. Juli 1874 wurde Joh. Gutmann von Vinelz wegen Mißhandlung seiner Ehefrau und öffentlicher Ruhestörung zu zehn Tagen Gefangenschaft und acht Monaten Verweisung aus dem Amtsbezirk Neuenstadt verurtheilt, und dieses Urtheil oberinstanzlich unterm 19. August gleichen Jahres von der Polizeikammer bestätigt. Gutmann wollte sich nun in Landeron, Kantons Neuen-



burg, niederlassen. Die dortige Gemeindebehörde aber wandte sich an die Regierung von Neuenburg, welche nun beim Bundesrath Klage erhob gegen solche von bernischen Behörden ausgesprochenen Verweisungsstrafen, wodurch dem Nachbaranton schlechte Subjekte zugeschoben werden, und verlangte, gestützt auf Art. 44 der V. V. Abhülfe. Das Bundesgericht, an welches die Beschwerde gewiesen wurde, erklärte dieselbe für begründet aus folgenden Erwägungen:

Der Art. 44 der V. V. bestimmt in seinem ersten Alinea, daß kein Kanton einen Kantonsbürger aus seinem Gebiete verbannen oder ihn des Bürgerrechts verlustig erklären dürfe. Die im vorliegenden Falle zu entscheidende Frage ist die, ob dieser Artikel einem Kanton gestatte, einen Angehörigen durch gerichtliches Urtheil aus einem oder mehreren Districten, resp. aus einem Theil seines Territoriums zu verweisen.

Obgleich die Fassung des Artikels auf den ersten Anblick nur eine Verbannung, welche sich auf das ganze Gebiet des Kantons erstreckt, zu unterlagen, und sich nicht auf die Fälle bloßer Bezirksverweisungen zu beziehen scheint, so steht doch eine solche Auslegung sowohl mit dem Geiste als selbst mit dem Wortlaute desselben im Widerspruche, denn:

- a. dieselbe würde mit logischer Nothwendigkeit dazu führen, daß die Verweisung aus sämtlichen Districten mit Ausnahme eines einzigen, und sämtlichen Gemeinden, eine einzige ausgenommen, zugelassen werden müßte — ein Resultat, welches augenscheinlich mit den Bestimmungen des Art. 45 der V. V., welcher das Recht jedes Schweizers, sich innerhalb des schweizerischen Gebietes an jedem Orte niederzulassen, ausspricht, unverträglich wäre; \*)
- b. die unter solchen Bedingungen ausgesprochene Strafe der Verweisung würde offenbar in den meisten Fällen — in flagrantem Widerspruch mit dem Art. 44 der V. V. — einer Verweisung aus dem Kanton gleichkommen. Es genügt, in dieser Hinsicht zu erwähnen, daß diese Folge bei einer Verweisung aus einem Bezirk oder einer Gemeinde, welche eine Enclave eines andern Kantons bilden, eintreten würde; \*\*)

---

\*) Demgemäß ist auch die Gefängnißstrafe dem Art. 45 der Bundesverfassung zuwider!

\*\*) Der aus einer Enclave Verwiesene kann sich in dem nicht enclavirten Theile des Kantons niederlassen.

- c. die von der bernischen Regierung vertretene Auslegung des Art. 44 würde auch eine anstößige Ungleichheit zwischen den Schweizerbürgern herbeiführen, indem nach derselben die Strafe der Verweisung gegen Kantonsbürger für bloße Uebertretungen verhängt werden könnte, während sie gegen Schweizerbürger nur in den im Art. 45 *ibid.* aufgeführten schweren Fällen zur Anwendung gebracht werden dürfte;\*)
- d. endlich ist die Behauptung nicht richtig, daß der Wortlaut des Art. 44 zu der Auslegung der bernischen Regierung zwingt. Der Ausdruck: „aus seinem Gebiete verbannen“ ist allgemein und bezieht sich offenbar auf das ganze Kantonsgebiet, ohne verschiedene Theile desselben auszunehmen. Daraus folgt, daß das in Art. 44 enthaltene Verbot der Kantonsverweisung auch auf die Bezirke bezogen werden muß.\*\*)

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß der Art. 44 der V. B. den Kantonen die Verbannung eines Angehörigen durch gerichtliches Urtheil selbst in dem beschränkten Umfange der Verweisung aus einem Theile ihres Gebietes untersagen will und wirklich untersagt. Dieses Verbot ist eine Consequenz des in der gleichen Verfassung für das ganze Gebiet der Schweiz gewährleisteten Rechtes der freien Niederlassung.

Gestützt auf diese Motive wurde die Beschwerde des Staatsrathes von Neuenburg zugesprochen und das Urtheil der bernischen Polizeikammer, soweit es sich auf die Strafe der Amtsverweisung bezog, aufgehoben.

**Bemerkung.** Ganz abgesehen von der gezwungenen und geschraubten und theilweise ganz unrichtigen Motivirung dieses Entscheides, vermögen wir auch weder die Legitimation noch das Interventions-Interesse des Staatsrathes von Neuenburg einzusehen. Gutmann hatte das Recht, sich im Kanton Neuenburg niederzulassen, seien seine Gründe hiefür welche sie wollen, und die neuenburgischen Behörden haben kein Recht, ihm die Niederlassung zu verweigern, außer im Falle des Art. 45, zweites Alinea, der V. B., dessen Voraussetzungen aber im vorliegenden Falle nicht zutrafen. Das Bundesgericht selbst hat anerkannt, daß dem

---

\*) Sind denn Verweisung und Verweigerung der Niederlassung gleichbedeutend?

\*\*\*) Eine Logik, die schwerlich allgemeine Billigung finden wird.

Gutmann das freie Niederlassungsrecht nicht verkümmert werden dürfe; worüber hat sich denn der Staatsrath von Neuenburg zu beklagen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch machen, und was geht es ihn an, wenn er sich gerade in Landeron niederlassen will? Man kann sich doch nichts Wunderlicheres denken, als die Pretension der Regierung von Neuenburg, einem Schweizerbürger deßhalb die Niederlassung zu verweigern, weil er das Recht habe, sich anderswo niederzulassen. Und was hat sie nun gewonnen? Das Verweisungsurtheil ist aufgehoben, allein wenn dessenungeachtet Gutmann in Landeron bleiben will, so steht den dortigen Behörden kein Mittel zu Gebot, ihn daran zu hindern. Ob Gutmann verwiesen sei oder nicht, ist für sie rechtlich irrelevant, denn ihre Stellung ihm gegenüber wird dadurch nicht verändert. Die Rechte Neuenburgs sind daher durch das bernische Urtheil auch nicht verletzt worden, und deßhalb hatten sie auch kein Recht zu interveniren und zu klagen. Hierzu berechtigt war einzig und allein Gutmann, denn nur ihm gegenüber wurde die Bundesverfassung angeblich verletzt, und wenn er nicht klagte, so hatte Niemand das Recht, es in seinem Namen zu thun. Indem aber das Bundesgericht die Klage einer dritten, ganz unbetheiligten Person annahm, stellte es den bedenklichen Grundsatz auf, daß Klagen wegen Verletzung der Bundesverfassung Popularklagen seien, welche auch von Unbetheiligten, d. h. von jedem Dritten aufgehoben werden können.

R.

## 16) Gerichtsstand für persönliche Ansprachen.

(4. März 1875.)

Durch Art. 59 der B.-V. ist abweichend von Art. 50 der frühern Bundesverfassung der Gerichtsstand des Wohnsitzes für persönliche Ansprachen nicht mehr bloß dem schweizerischen, sondern überhaupt dem aufrechtstehenden Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, ohne Unterschied, ob er Schweizer oder Ausländer sei, garantirt.

In dieser Allgemeinheit ist der obige Satz nicht richtig, und es kann namentlich durch die Bundesverfassung nicht in die Rechtsverhältnisse von Angehörigen anderer Staaten eingegriffen werden. So wird z. B. ein in Bern niedergelassener Franzose trotz der Bundesverfassung von einem anderen Franzosen vor den französischen Gerichten gemäß Art. 15 c. c. auf Erfüllung eines Ver-

trages belangt werden können. (Siehe Zeitschrift Band IX. pag. 376 fl.)

### 17) Gerichtsstand in Ehescheidungsachen. \*)

(6. März 1875.)

So lange ein Schweizerbürger nicht aus dem Bürgerverband entlassen worden ist, sind die schweizerischen Gerichte competent in Sachen, welche den Stand und die Fähigkeit seiner Person betreffen, selbst wenn Jener in einem fremden Staate das Bürgerrecht erworben haben sollte.

H. A. St. von Horgen, sesshaft in Philadelphia, hat sich im Jahre 1866 in England kirchlich trauen lassen mit C. S. aus England. Auf Gesuch des St. ist die Ehe durch die zürcherischen Behörden anerkannt und in das Bürgerbuch von Horgen eingetragen worden. Jetzt erhebt St. von Philadelphia aus gegen seine Ehefrau, welche zur Zeit bei einem Arzte im Bezirke Andelfingen sich aufhält, Scheidungsklage vor dem Bezirksgerichte Horgen, als seinem heimatlichen Gerichte, und dieses hat sich für zuständig erklärt, ungeachtet der Einsprache der Frau, welche behauptet, St. habe auf sein schweizerisches Bürgerrecht verzichtet.

Ueber den Beschluß des Bezirksgerichts Horgen beschwert sich Frau St. Nach dem amerikanischen Naturalisationsgesetze müsse Jeder, welcher Bürger der amerikanischen Union werden wolle, vorher feierlich auf sein bisheriges Heimat- und Bürgerrecht verzichten. So habe St. verzichtet. Die Bestimmung des zürcherischen Gemeindegesetzes, wonach zum Verzicht auf das Bürgerrecht noch eine besondere Entlassung durch die Behörden hinzukommen müsse, habe nur Werth da, wo Jemand Bürger eines Staates werden wolle, welcher vor der Aufnahme eine solche Entlassung fordere, was aber bei den Vereinigten Staaten nicht der Fall sei.

St. wandte ein: Allerdings sei er amerikanischer Bürger; das Bürgerrecht in Horgen habe er aber nicht aufgegeben. Es ergebe sich dieß klar daraus, daß er fortwährend den Militärpflichtsatz bezahle, daß er seine Ehe durch die zürcherischen Behörden habe anerkennen lassen, wie er denn auch mit seiner Familie im Bürgerbuche von Horgen eingetragen sei.

Das Obergericht hat den Rekurs der Ehefrau St. abgewiesen, aus folgenden Gründen:

\*) Urtheil des zürcherischen Obergerichts.

1. Die Bestimmungen der §§ 47 ff. des zürcherischen Gesetzes betreffend das Gemeinwesen vom 25. April 1866, wonach das zürcherische Bürgerrecht bei Männern nur durch Tod oder Verzicht auf das Kantonsbürgerrecht erst durch einen Entlassungsbeschluß des Regierungsrathes wirksam wird, stehen vollständig in Uebereinstimmung mit den Vorschriften der neuen Bundesverfassung, welche in Art. 41 nicht bloß den schon in Art. 43 der Bundesverfassung vom Jahre 1848 enthaltenen Satz, daß kein Kanton einen seiner Bürger des Bürgerrechtes verlustig erklären dürfe, wieder aufgenommen, sondern noch beigefügt hat, die Bedingungen, unter denen ein Schweizer zum Zwecke der Erwerbung eines ausländischen Bürgerrechtes auf sein Bürgerrecht verzichten könne, werden durch die Bundesgesetzgebung geordnet.

2. Die Bundesbehörden haben auch immer daran festgehalten, daß der Entzug des Bürgerrechtes nicht bloß nicht als Strafe ausgesprochen werden dürfe, sondern, daß es auch unzulässig sei, daß ein Kanton diejenigen Bürger, welche anderswo ein Bürgerrecht erworben haben, aus diesem Grunde nicht mehr als seine Bürger anerkenne (Ullmer, staatsrechtl. Praxis, Bd. 2, S. 120). Daß es im Gegentheil zulässig sei, gleichzeitig mehreren Kantonen oder Staaten als Bürger anzugehören, hat der Bundesrath auch solchen fremden Staaten gegenüber geltend gemacht, welche kein Doppelbürgerrecht anerkennen (Ullmer, Bd. 2, S. 110. Blumer, Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechtes, I, S. 249).

3. Hieraus folgt, daß St. nicht schon dadurch allein aufgehört hat, Bürger von Sorgen zu sein, daß er das amerikanische Bürgerrecht erwarb, sondern daß hiezu eine von ihm den zürcherischen Behörden gegenüber abgegebene Verzichtserklärung und eine daraufhin durch diese Behörden erfolgte Entlassung erforderlich gewesen wäre, von welchen beiden Erfordernissen hier keines vorliegt.

4. Nicht zu bezweifeln ist, daß St. behufs Erwerbung des amerikanischen Bürgerrechtes den dortigen Behörden eine eidliche Erklärung ausgestellt hat, sich von jeder Staatsangehörigkeit und Treue gegen die Schweiz loszusagen, worin allerdings die Zusage der Versicherung gefunden werden muß, er habe die nöthigen Schritte gethan, oder werde sie thun, um auf sein schweizerisches Bürgerrecht zu verzichten. Stellt sich diese Erklärung als unwahr heraus, so könnten möglicher Weise die amerikanischen Behörden die Ertheilung des amerikanischen Bürgerrechtes, als durch unwahre Vorgaben erwirkt, widerrufen; dagegen kann jene Er-

klärung nicht die bei der competenten Stelle abzugebende Erklärung des Verzichtes auf das zürcherische Bürgerrecht ersetzen.

5. Das Bezirksgericht Gorgen hat sich daher mit Recht zuständig erklärt zur Anhandnahme der Ehescheidungsklage des St.; denn als Bürger des Kantons Zürich ist er berechtigt, die hiesigen Gerichte in dieser Beziehung anzurufen, und die Möglichkeit, daß ein hierseits erlassenes Urtheil in Amerika wegen der dort abgegebenen Erklärung des St. sich vom schweizerischen Staatsverbande loszusagen, nicht anerkannt werden dürfte, kann nicht dazu führen, die Beurtheilung dieses Falles von der Hand zu weisen.

*Bemerkung.* Man kann es nur billigen, wenn das Obergericht auf den Scandal aufmerksam macht, daß Schweizerbürger sich in Amerika naturalisiren lassen und dessenungeachtet auf Beibehaltung ihres schweizerischen Bürgerrechtes Anspruch erheben. Der Fremde, welcher in Amerika das Bürgerrecht erwerben will, muß schon bei seiner ersten Meldung den Eid leisten, daß er die Absicht habe, auf seine bisherige Staatsangehörigkeit zu verzichten. It is required that he declare on oath . . . . two years at least before his admission, his *intention* to become a citizen *and to renounce his allegiance to his own sovereign.* Bei der wirklichen Aufnahme als amerikanischer Bürger hat er nun nicht nochmals — wie das Obergericht anzunehmen scheint — die Absicht zu beschwören, sein bisheriges Bürgerrecht aufgeben zu wollen, sondern er hat eidlich zu erklären, daß er auf dasselbe Verzicht leiste: he must, before one of the courts above mentioned, take an oath to support the constitution of the United States, and likewise, *on oath, renounce and abjure his native allegiance.* Kent, commentaries on american law, vol. II., p. 64 et 65. Boston 1873. — Es kann nun nicht anders als ein Scandal genannt werden, wenn ein Schweizerbürger vor dem amerikanischen Richter auf sein Schweizerbürgerrecht eidlich verzichtet und dasselbe abschwört, dessenungeachtet aber dasselbe in der Schweiz wieder geltend macht, um eine Ehescheidung durchzusetzen. Sollte er auch seinen Zweck erreichen, so werden doch die amerikanischen Behörden die in der Schweiz ausgesprochene Scheidung nicht anerkennen und wenn er sich dessenungeachtet wieder verheirathet, so wird er wegen Bigamie bestraft und Geleugheit erhalten, im Zuchthause über die Heiligkeit des Eides nachzudenken.

R.

- 17) **Gerichtsstand in Injurienfällen.** Art. 59 der B.-B. findet auf Injurienklagen nur insofern Anwendung, als dieselbe nach der Gesetzgebung, welche am Ort der Begehung der Injurie besteht, als persönliche Civilansprüche und nicht vorherrschend als Straffälle behandelt werden.

(18. März 1875.)

Recurrent hatte an S. in Luzern einen Brief geschrieben, in welchem dem A. daselbst vorgeworfen wurde, er habe keine Ehre und kein Ehrenwort. In Folge dessen wurde Recurrent bei dem luzernischen Gerichte wegen Ehrbeleidigung belangt, von ihm aber die Einlassung verweigert, weil er in Zug wohnhaft und dort zu belangen sei. Das Obergericht von Luzern verwarf die Einrede, weil der Kläger das Recht habe, da zu klagen, wo die Ehrverletzung vorgefallen sei, und da die Vollendung in Luzern stattgefunden habe, so sei auch der luzernische Richter competent. Darüber beschwerte sich der Recurrent und verlangte unter Hinweis auf Art. 58 und 113 der B.-B., daß dasselbe aufgehoben und der luzernische Gerichtsstand als incompetent erklärt werde. Die Beschwerde wurde abgewiesen und den Motiven entnehen wir folgende:

Es kann sich einzig fragen, ob jener Entscheid eine Verletzung des Art. 59 der B.-B., nach welchem der aufrechtstehende Schuldner für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden muß, enthalte. Diese Frage muß aber verneint werden, denn die angeführte Verfassungsbestimmung bezieht sich lediglich auf persönliche Schuldforderungen rein civilrechtlicher Natur und darf daher, wie die Bundesbehörden schon früher wiederholt erklärt haben, auf Injurienklagen nur insofern Anwendung finden, als dieselben nach der Gesetzgebung, welche am Ort der Begehung der Injurie besteht, als persönliche Civilansprüche und nicht vorherrschend als Straffälle behandelt werden. Nun faßt aber die luzernische Gesetzgebung die Injurienklagen nicht als Civilansprüche, sondern vorherrschend als Straffälle auf und es hat insbesondere der Kläger im vorliegenden Falle nicht eine Genugthuungsforderung gestellt, sondern verlangt, daß Recurrent der Injurie schuldig erklärt, zu der gerichtlichen Strafe und Kosten verurtheilt und ihm, Kläger, gestattet werde, das Urtheil öffentlich bekannt zu machen. Die Klage geht also im vorliegenden Falle sogar nur auf Bestrafung.

Daß das eingeklagte Vergehen im Kanton Luzern verübt worden ist, kann keinem begründeten Zweifel unterliegen. Denn bekanntlich gilt, wenn mehrere getrennte Handlungen zu einem Thatbestande gehören und diese an verschiedenen Orten verübt worden sind, der Ort der Begehung der das Vergehen oder Verbrechen vollendenden Handlung als Ort der Gesamthat und wird daher die durch einen Brief verübte Ehrverletzung da begangen, wo der Brief zur Kenntniß des Lesers gelangt, indem nur die Anderen gegenüber erfolgte Kundgebung strafbar ist. Unbestrittenermaßen hat nun im vorliegenden Falle der Adressat S. von dem vom Recurrenten geschriebenen Briefe im Kanton Luzern Kenntniß erhalten.

*Bemerkung.* Gegenüber der Annahme des Bundesgerichtes, es könne keinem begründeten Zweifel unterliegen, daß eine briefliche Injurie da begangen worden sei, wo der Brief zur Kenntniß des Adressaten gelangt sei, auch wenn derselbe nicht der Injuriat ist, erlauben wir uns einige Zweifel, obschon dieselben von vornherein als „unbegründet“ qualificirt worden sind.

Das Gericht nimmt an, der Gerichtsstand sei da begründet, wo die verbrecherische Handlung als Ganzes vollendet worden sei, somit wenn mehrere Handlungen zum Thatbestand gehören, da, wo die letzte Handlung vorgenommen worden sei. Hiegegen wird Niemand etwas einwenden, allein ist es eine Handlung des Injurianten, wenn der Adressat dem Injuriaten Kenntniß von einem erhaltenen Briefe giebt? Gewiß nicht, und deßhalb kann man sich auch nicht auf den angeführten Rechtsatz berufen, der sich nur auf den Fall bezieht, wo zum Thatbestande eines Verbrechens mehrere verbrecherische Handlungen gehören. Dagegen herrscht darüber allerdings Streit, ob der Gerichtsstand da begründet sei, wo die strafbare Handlung vorgenommen wurde, oder aber da, wo der zum Thatbestand des Verbrechens gehörende Erfolg eintrat. Bei schriftlichen Injurien mithin da, wo der Injuriat Alles gethan hat, um den gewollten Erfolg herbeizuführen, oder da, wo dieser Erfolg wirklich eingetreten ist, indem der Injuriat oder ein Dritter von dem Briefe Kenntniß genommen hat.

Der Bundesrath hat nun seinerzeit angenommen, bei Injurien sei als Ort des Delicts derjenige zu betrachten, wo die Injurie mündlich geäußert oder geschrieben oder gedruckt wurde, mithin gerade diejenige Ansicht vertreten, welche das Bundesgericht als unbegründet verwirft. Ulmer I. Nr. 281. Auch bei Preßvergehen



ist der Gerichtsstand da begründet, wo die Druckschrift gedruckt, nicht aber da, wo sie verbreitet worden ist.

Von bedeutenderen Schriftstellern spricht sich namentlich Pland, Systematische Darstellung des deutschen Strafverfahrens, pag. 76 fl. in gleicher Weise aus. Pland anerkennt, daß die Ansicht bestritten sei, welche lediglich auf den Ort sehe, wo sich der Thäter im Augenblick des Abschlusses seiner Thätigkeit befunden habe, allein sie rechtfertige sich dadurch, daß in diesem Augenblick die von seinem Thun abhängenden Erfordernisse der Strafbarkeit sämmtlich vorliegen, wenn gleich die vielleicht anderswo früher oder später eintretende Wirkung der von ihm in Bewegung gesetzten Kräfte über das Zustandekommen des Verbrechens überhaupt oder dieses bestimmten Verbrechens entscheide. Das später zu Stande gekommene sei zwar nicht vollendet, aber von ihm begangen, verübt da, wo der Thäter handelte, denn für die strafrechtliche Beantwortung der Wirkung seiner Thätigkeit sei das Auseinanderfallen von Zeit und Ort jener von dieser etwas Zufälliges und Gleichgültiges. Von neuern Gesetzen, welche diese Frage überhaupt berühren, lassen Alle den Ort der Handlung entscheiden und schließen ausdrücklich den Ort des Erfolges aus. Schwarze, Commentar zur sächsischen Strafprozeßordnung I. pag. 110 fl.

Diese Ausführungen haben nur zum Zweck, darauf aufmerksam zu machen, daß die Begründung des bundesgerichtlichen Urtheiles keineswegs unanfechtbar ist, und daß die Zweifel, welche man gegen die von ihm adoptirte Ansicht hegen kann, nicht zu den unbegründeten, sondern zu den wohlbegründeten und von Meistern der Wissenschaft getheilten gehören.

R.

18) Die bernische Paternitätsklage ist als persönliche Klage nach Art. 59 der B.-Z. am Wohnorte des Beklagten anzustellen.

(9. April 1875)

M o t i v e :

Die von der S. beim Amtsgerichte Narwangen gegen B. angestellte Klage bezweckt nicht die gerichtliche Bestimmung des bürgerrechtlichen Standes des von der S. geborenen und angeblich von B. erzeugten Kindes. Gegenstand der Klage bildet viel-

mehr lediglich und kann gemäß der bernischen Gesetzgebung (S. 179, 181 und 182 C.) nur bilden die Verpflichtung des Recurrenten zu einem Beitrage an die Verpflegung des Kindes, also eine Geldforderung.

Solche Alimentationsklagen sind aber rein persönliche Klagen und müssen daher gemäß Art. 59 der Bundesverfassung gegen den aufrechtstehenden Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, bei dem Richter seines Wohnortes anhängig gemacht werden. Gemäß dieses Verfassungsartikels kommt der abweichenden Bestimmung des bernischen Civilgesetzbuches S. 183 C. jedenfalls insoweit keine Rechtskraft zu, als es sich um Alimentationsklagen von bernischen Einwohnerinnen gegen auswärts wohnhafte Mannsperionen handelt, und hat daher das bernische Amtsgericht Arwangen seine Competenz mit Unrecht auf jene Gesetzesbestimmung gestützt. Ob der auswärts wohnende Beklagte Bernerbürger sei oder nicht, ist für solche persönliche Klagen unerheblich.

Ebenso bedeutungslos ist es, ob der Wohnort des Recurrenten der Recursbeklagten zur Zeit der Anstellung ihrer Klage bekannt gewesen sei; entscheidend für die Competenz des Gerichtes ist vielmehr einzig, ob Recurrent damals seinen Wohnsitz im Kanton Bern aufgegeben und einen solchen im Kanton Solothurn erworben gehabt habe. Nun geht aus den eingereichten Zeugnissen allerdings hervor, daß derselbe schon im April 1873 sein Domicil in den Kanton Solothurn verlegt und dort bis jetzt beibehalten hat. Der unbekannte Aufenthalt des Recurrenten rechtfertigte wohl dessen öffentliche Vorladung, dagegen begründete die letztere namentlich für den Fall, als derselbe sich über den Besitz eines außer dem Kanton Bern befindlichen festen Domicils auswies, nicht die Competenz der bernischen Gerichte, beziehungsweise des Amtsgerichtes Arwangen, von welchem die Edictalladung ausgegangen ist.

Was endlich die letzte Einrede der Recursbeklagten betrifft, daß Recurrent vorerst an den Appellations- und Cassationshof von Bern hätte appelliren sollen, so hat sich die Praxis der Bundesbehörden constant dafür ausgesprochen, daß Beschwerden gegen kantonale Gerichtsbehörden über Verletzung solcher Rechte, welche durch die Bundesbehörden garantirt sind, jederzeit und ohne daß zuvor die kantonalen Instanzen durchlaufen werden mußten, an die Bundesbehörden gebracht werden können, und es liegt für das Bundesgericht wenigstens für die Fälle, wo es sich um Competenzfragen zwischen den Behörden verschiedener Kantone handelt, kein Grund vor, von seiner Praxis abzugehen.

Demnach verstößt das vom Amtsgericht Narwangen am 13. Februar dieses Jahres zwischen den Parteien erlassene Urtheil gegen den Art. 59 der Bundesverfassung und ist daher als nichtig aufgehoben.

**Bemerkung.** Gemäß §. 183 C. kann eine Weibsperson ihren Schwängerer entweder bei dem Gerichte ihres Heimortes belangen oder bei demjenigen, in dessen Bezirk sie niedergekommen ist; der Wohnsitz des Beklagten kommt dabei nicht in Frage. Da nun die Klage auf Alimente als eine rein persönliche aufgefaßt wird, so wurde unter der frühern Verfassung gestützt auf Art. 50 das forum domicilii des Beklagten als maßgebend anerkannt, und demgemäß Vorladungen des Beklagten vor ein anderes forum als unzulässig erklärt. Siehe Zeitschrift für vaterl. Recht N. F. I., pag. 190 ff. Das Bundesgericht hatte keinen Grund, von dieser Praxis abzugehen und den jetzigen Art. 59 anders anzuwenden, als der frühere Art. 50 angewendet worden ist. Allein seine Auffassung ist keine consequente. Es anerkennt das Recht des Schuldners nur bei dem Gerichte seines Wohnsitzes belangt zu werden als ein von der Bundesverfassung garantirtes. Es kann somit kein Zweifel darüber bestehen, daß ein Zürcher, welcher in Bruntrut niedergelassen ist, sich auf die Bundesverfassung berufen darf, wenn er gestützt auf §. 183 C. vor das Amtsgericht Saanen geladen wird, um sich zu Alimenten verurtheilen zu lassen. Die Bundesverfassung garantirt ihm das Gericht seines Wohnsitzes und sie muß der Gesetzgebung seines Niederlassungskantones vorgehen. Den nämlichen Grundsatz anerkennen die Behörden auch, wenn ein bernischer Staatsbürger außerhalb des Kantons niedergelassen ist und vor ein bernisches Gericht geladen wird.

Dagegen anerkennen sie ihn nicht, wenn der Berner im hiesigen Kanton niedergelassen ist. Dieß beweist der Fall von Bergen, wo der Bundesrath auf die Beschwerde des Recurrenten einfach antwortete, er sei nicht im Falle, auf dieselbe einzutreten, weil der Art. 50 der B. V. auf diesen Fall keine Anwendung finde, indem er lediglich auf interkantonalen Rechtsverhältnisse sich beziehe und auch nur auf solche sich beziehen könne, da die Organisation der Rechtspflege im Innern der Kantone nach der jetzt noch bestehenden Bundesverfassung (von 1848) Sache der Kantone sei. (30. März 1872.)

Wir gestehen offen, uns mit diesem Raisonement nicht befreunden zu können. Die Bundesverfassung stellt für persönliche Forderungen ganz allgemein den Gerichtsstand des Wohn-

figes des Beklagten auf, und auf diese Bestimmung kann sich jeder Schweizerbürger eines anderen Kantones der bernischen Gesetzgebung gegenüber berufen; es ist somit der Zürcher nicht schuldig, sich am Wohnsitz des Klägers belangen zu lassen, und er darf zu seinem Schutze die Bundesverfassung anrufen. Er braucht sich mit einem Worte die Anwendung der bernischen Gesetzgebung nicht gefallen zu lassen, wenn sie den Grundfäzen der Bundesverfassung widerstreitet, habe er seinen Wohnsitz wo er wolle. Würde nun angenommen, der eigene Kantonsangehörige sei nicht berechtigt, sich gegenüber der eigenen Gesetzgebung auf die Bundesverfassung zu berufen, weil dieselbe nur in Streitigkeiten zur Anwendung komme, wo der Beklagte ein Nichtberner, so ließe sich das hören, und bei den Souveränitätsrechten, welche den Kantonen verblieben sind, auch rechtfertigen. Sobald man aber annimmt, der auswärtswohnende Berner dürfe sich auf sein forum domiciliü berufen, so ist schlechterdings nicht einzusehen, weshalb der im Kanton Wohnende anders gestellt sein soll. Scheint die Bundessonne überhaupt auch auf den bernischen Schuldner, so bescheint sie ihn mit gleicher Intensität im Inland und im Ausland; muß er sich dagegen die kantonale Gesetzgebung gefallen lassen, so ist er hiezu verpflichtet, wohne er in Merligen oder in Compatsch, und es ist gar kein Grund ersichtlich, denjenigen Berner anders zu behandeln, welcher hier die Klage erwartet, als denjenigen, welcher sich rechtzeitig und vorsorglich in einen Nachbaranton flüchtet.

Die Einwirkung der Bundesverfassung hat aber nicht nur mit Bezug auf diese Frage Verwirrung angerichtet, sondern auch noch in anderer Beziehung ungünstig gewirkt. Einige Kantone lassen die Paternitätsklage zu, andere nicht; der drohte Schwängerer flüchtet sich daher vorzugsweise in Kantone der letzteren Art, wo er sicher ist vor jeder Klage. Allein noch mehr: die Bundesverfassung schreibt vor, daß jeder Kanton die Schweizerbürger behandle wie seine eigenen, ohne Rücksicht auf Gegenrecht. Eine Neuenburgerin kann daher den Berner an seinem Wohnorte belangen und zu Alimerten verurtheilen lassen, während die Klage einer Bernerin gegen einen Neuenburger im Kanton Neuenburg nicht würde angenommen werden. So sanctionirt hier das Princip der Gleichheit den Grundsatz der Ungleichheit. Eine wirkliche Gleichheit kann erst dann entstehen, wenn die Gesetze gleich werden und eine sorgfältig vorbereitete Bundesgesetzgebung die jetzige buntscheckige Mannigfaltigkeit verdrängt. Mit bloßen Flickereien wird hier nicht geholfen, sondern nur mit ganz durchgreifenden Maßregeln. Hic Rhodus hic salta! R.

19) Eine wirkliche Doppelbesteuerung ist nur in den Fällen zu finden, wo das nämliche Steuerobjekt in mehr als einem Kanton in Wirklichkeit versteuert wird. Steuerforderungen sind persönliche Forderungen; demgemäß müssen sie vor dem Gerichtsstande eingeklagt werden, wo die steuerpflichtige Person ihren festen Wohnsitz aufgeschlagen hat.

(12. Mai 1875.)

Friedrich Meyer war seit dem 1. Juni 1861 mit Frau und zwei Kindern in Deitingen, Kanton Solothurn, Amtsbezirk Bucheggberg-Kriegstetten, niedergelassen, wo er eine Käseerei betreibt. Seit dem Jahre 1873 hat Meyer in dem nahe an Deitingen liegenden bernischen Amtsorte Wangen eine zweite Käseerei gegründet und seine Frau nebst den Kindern dort Wohnsitz nehmen lassen; seither besuchen die Kinder in Wangen die Schule. Diese Einwohnung hatte aber nicht zur Folge, daß dem Meyer seine Ausweisschriften von Wangen aus abverlangt wurden: Aus diesem Grunde geschah eine Einschreibung in's Wohnsitzregister der Gemeinde Wangen bis zur Stunde weder rückfichtlich des Meyer selbst noch seiner Frau und Kinder. Meyer selbst wohnt auch dormalen noch in Deitingen, ist dort niedergelassen und betreibt dort ein Hauptgeschäft.

Die Steuerverwaltung des Kantons Bern will nun den Meyer für das Jahr 1874 nach Maßgabe des Einkommensteuergesetzes vom 18. März 1865 besteuern und zwar nicht etwa bloß für das Einkommen aus dem in Wangen betriebenen Zweiggeschäft, sondern auch für das Einkommen aus dem verzinslichen Kapitalvermögen des Rekurrenten. Meyer erhob am 21. Juli 1874 gegen seine Besteuerung im letztern Sinne Einsprache bei der Bezirkssteuerkommission. Durch Entscheid vom 19. August 1874 ließ darauf besagte Kommission die Besteuerung Meyer's in Classe I fallen, weil sie annahm, Meyer habe im Jahre 1874 aus seinem Geschäft in Wangen keinen Gewinn gezogen, — hielt jedoch die Besteuerung in Classe III des versteuerbaren Einkommens aufrecht und tarirte sein daheriges steuerpflichtiges Einkommen zu Fr. 500, was einer zu entrichtenden Steuer von Fr. 25 entspricht.

Gegen diesen Entscheid rekurrierte Meyer gemäß § 25 des allgemeinen Gesetzes vom 18. März 1865 an die Finanzdirektion des Kantons Bern, jedoch ohne Erfolg. In Folge dessen erließ

am 30. November 1874 der Amtschaffner des Bezirkes Wangen an Friedrich Meyer „in Wangen“ die Aufforderung zur Entrichtung des Steuerbetrages von Fr. 25 mit Androhung rechtlicher Eintreibung, und am 6. März 1875 folgte, da Meyer dieser Aufforderung nicht nachkam, der Vollziehungsbefehl des Amtsgerichtspräsidenten von Wangen, als Schuldbetriebsbeamten.\*) Meyer ließ am 11. März gegen die Vollziehung Einsprache erheben, worauf der Amtsgerichtspräsident von Wangen zur Beurtheilung des daherigen Cassationsverfahrens einen Rechts-tag auf Freitag den 9. April 1875 ansetzte.

Am 24. März 1875 rekurrierte Meyer an das Bundesgericht, sowohl gegen die in Frage stehende Besteuerung durch den Kanton Bern, als auch gegen das wider ihn eingeleitete Vollziehungsverfahren. Rekurrent stützt sich hierbei hauptsächlich auf Art. 46 und 59 der Bundesverfassung. Sein darauf basirtes Rechtsgesuch geht dahin: Es möge das Bundesgericht:

1. Die Verfügung der Finanzdirektion des Kantons Bern vom 23. November 1874, betreffend Besteuerung des Rekurrenten in der durch das bernische Einkommensteuergesetz vom 18. März 1865 aufgestellten III. Classe des steuerpflichtigen Einkommens, als in Widerspruch mit Art. 46 der Bundesverfassung stehend, kassiren.

2. Den auf obige Verfügung begründeten Pfändungs- und Vollziehungsbefehl des Amtsgerichtspräsidenten von Wangen vom 6. März 1875, in Folge des Dispositivs unter 1. sowohl als auch weil derselbe direkt gegen die Bestimmung des Art. 59 der Bundesverfassung verstößt, annulliren.

Mit Antwort vom 7. April laufenden Jahres beantragt die bernische Finanzdirektion im Namen der Regierung des Kantons Bern Abweisung beider Begehren des Rekurrenten, einerseits weil nicht zu leugnen sei, daß er seinen eigentlichen Hauptwohnsitz in Wangen habe, wo seine Familie sich aufhält, und andererseits weil diese Thatsache die Anerkennung der Kompetenz des dortigen Richters zur Bewilligung des Vollziehungsbefehls zur unabweislichen Folge habe.

Das Bundesgericht hat erkannt:

1. Auf das erste Begehren des Rekurrenten wird nicht eingetreten.

---

\*) Der Gerichtspräsident ist kein Schuldbetriebsbeamter, sondern hat nur den Vollziehungsbefehl zu bewilligen. § 443 B.-B.

2. Das zweite Begehren wird insofern als begründet erklärt und ist demselben insofern zu entsprechen, als es sich nicht um diejenigen Steuern handelt, welche Rekurrent von dem Ertrag und dem Betriebskapital seines in Wangen betriebenen Geschäftes zu entrichten hat. Für alle übrigen, von ihm einzuklagenden Steuern, wird der Gerichtsstand seines Wohnsitzes Deitingen als allein maßgebend und zuständig anerkannt und erklärt.

#### G r ü n d e :

1. Was zunächst das erste Begehren des Beschwerdeführers anbelangt, so genügt keineswegs zu einer Doppelbesteuerung, daß Jemand in zwei verschiedenen Kantonen im Steuerregister aufgetragen werde; Beschwerdeführer giebt ja selbst zu, daß einzelne Gewerbe da mit der Steuer belegt werden können, wo sie ausgeübt werden, also daß eine und dieselbe Person in mehr als einem Kantone zur Steuer für verschiedene von ihr betriebene Geschäfte herbeigezogen werden könne. Eine wirkliche Doppelbesteuerung ist vielmehr nur in den Fällen vorhanden, resp. zu finden, wo es nachgewiesen ist, daß das nämliche Steuerobject in mehr als einem Kanton in Wirklichkeit versteuert wird.

2. Nun hat aber Rekurrent nicht dargethan, auch nicht einmal behauptet, daß er für das Einkommen von verzinslichen Kapitalien in Deitingen eingeschätzt worden sei und dießfallige Steuern bezahlt habe. Es kann somit im vorliegenden Falle von einer Doppelbesteuerung im Sinne des vorerwähnten Art. 46 der Bundesverfassung nicht die Rede sein.

4. Abgesehen von diesen materiellen Gründen ist überdieß der Rekurs in Bezug auf diesen ersten Punkt gemäß der peremptorischen Bestimmung des Art. 59 des Gesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege als verspätet zu erklären, da nach dem Wortlaut besagten Artikels Beschwerden von Privaten, betreffend Verletzung von verfassungsmäßigen Rechten, wenn diese Beschwerden gegen Verfügungen kantonaler Behörden, welche Eigenschaft nach Mitgabe des bernischen Steuergesetzes vom 18. März 1865, Art. 25 im vorliegenden Falle auch der bernischen Finanzdirektion zukommt, gerichtet sind, innerhalb 60 Tagen, von Eröffnung dieser Verfügung an gerechnet, eingereicht werden müssen. Rekurrent hat aber erst am 24. März 1875 seine gegen das Abweisungsdekret vom 23. November 1874 und den am 30. November desselben Jahres darauf folgenden Mahnbrief gerichtete Beschwerde, also unter offenkundiger Verfümmung vorerwähnter Frist, dem Bundesgerichte eingehändigt.

4. Nun geht aber unstreitig sowohl aus der Natur der Sache als auch aus der konstanten bisherigen Praxis des Bundesgerichtes hervor, daß Steuerforderungen stets der Charakter einer persönlichen Forderung beigelegt worden ist; sie müssen folglich vor dem Gerichtsstande eingeklagt werden, wo die steuerpflichtige Person ihren festen Wohnsitz aufgeschlagen hat; daß, in specie, der feste Wohnsitz des Rekurrenten derjenige sei, wo er sich seit Jahren aufhält, sich persönlich niedergelassen hat, sein Hauptgeschäft betreibt und seine Ausweisschriften deponirt sind, kann wohl keinem begründeten Zweifel unterliegen, zumal der faktische Wohnsitz seiner Familie in Wangen, welche einem Filialgeschäfte des Beschwerdeführers dort vorsteht, offenbar augenscheinlich diesem letztern Umstande zuzuschreiben sein dürfte.

5. Die Thatfache dieser Uebersiedelung kann um so weniger für das Vorhandensein eines rechtlichen Domizils des Petenten in Wangen sprechen, da derselbe in den dortigen Wohnsitzregistern bis zur Stunde noch nicht eingetragen ist.

6. Daraus folgt, daß Rekurrent persönlich als in Deitingen domizilirt anzusehen ist und daß der dortige Gerichtsstand als der einzig kompetente in Bezug auf die Steuerpflichtigkeit des Friederich Meyer erklärt werden muß, sofern, wie oben bereits gesagt, sich diese nicht auf das in Wangen betriebene Zweiggeschäft, auf dessen Ertrag und Betriebskapital, sondern auf sein persönliches Kapitaleinkommen bezieht.

7. Mit dieser Auffassung stimmt auch Paragraph 7 des bezeichneten Gesetzes über Einkommensteuer überein, welcher bestimmt, daß das Einkommen aus einer Berufsthätigkeit an dem Orte geschätzt und in das Steuerregister eingetragen wird, wo der Sitz der Berufsthätigkeit ist, das Einkommen von einkommensteuerpflichtigen Kapitalien dagegen da, wo der Besitzer derselben seinen Wohnsitz hat.

20) Die Provation zur Klage ist nicht beim forum des Provakaten anzubringen, sondern bei demjenigen Gerichtsstand, welcher nach Art. 59 der B.-V. für die Verurtheilung des ganzen Prozesses allein kompetent ist. Es steht daher die Bundesverfassung nicht entgegen, wenn der in Freiburg wohnende Provakat vor den bernischen Richter geladen wird, um ihm eine Frist bestimmen zu lassen, binnen welcher er seinen Anspruch



gegen den in Bern wohnenden Probotanten gerichtlich geltend machen soll.

(15. Mai 1875.)

- 21) Die Anwendbarkeit des Art. 59 der B.-B. ist nicht dadurch bedingt, daß dem Gläubiger das neue Domicil seines Schuldners, welcher seinen alten Wohnsitz verlassen hat, bekannt ist.

(15. Mai 1875.)

Morig Bitter, Bierbrauer von Wallbach, Kanton Aargau, dormalen in Neuenburg, früher wohnhaft in Laufen, Kanton Bern, versicherte am 24. August 1871 sein Mobilien und die gewerbliche Einrichtung der Brauerei für 5 Versicherungsjahre um einen Jahresbeitrag von 17 Fr. 50 Cts. beim Agenten der schweizerischen Mobilienversicherungsgesellschaft in Laufen, Kantons Bern.

Am 7. März 1874 verkaufte er seine Brauerei nebst dazugehörigem Mobilien in Laufen und siedelte nach Ostern (am 1. Mai 1874) nach Neuenburg über. Der Agent der Versicherungsgesellschaft in Laufen erhielt Kenntniß vom Verkauf der Brauerei und verlangte nach seiner Behauptung von Bitter, behufs Streichung der Mobilienversicherung entweder Rückgabe des Versicherungsscheines oder schriftliche Zustimmung zur Streichung; allein Bitter begnügte sich damit, die Streichung mündlich zu verlangen.

Am 19. Dezember 1874 erschien im bernischen Amtsblatt die Anzeige, daß Bitter sich mit seiner Familie bereits nach Neuenburg begeben habe, verbunden mit der Aufforderung, allfällige Oppositionen gegen die Herausgabe seiner Legitimationschriften innert 30 Tagen der Amtschreiberei Laufen einzureichen.

In der gleichen Amtsblattnummer erschien sodann auch eine vom Gerichtspräsidenten bewilligte Ediktalzahlungsaufforderung des Agenten Schärer an Bitter, angeblich unbekanntem Aufenthalts, den verfallenen ersten Betrag der Versicherungsprämie von 1874 nebst Viertelsnachtrag pro 1873/74 seiner Möbelversicherung mit zusammen 21 Fr. 45 Cts. zu bezahlen. Dieser Aufforderung ist die Androhung beigefügt: „wenn Schuldner innert einer Frist von 30 Tagen nicht bezahle und auch kein Widerspruch gegen die Betreibung erhoben werde, wels' letzteres binnen 14 Tagen von Mittheilung an unter vorläufiger Angabe der Gründe beim

verrichtenden Weibel geschehen müsse, so werde der richterliche Vollziehungsbefehl ausgewirkt und durch Pfändung ausgeführt."

Bitter, welcher behauptet, von dieser Zahlungsaufforderung bis Mitte Januar 1875 nichts erfahren zu haben, beschwerte sich mit Brief vom 18. Januar 1875 bei der Centralverwaltung der Versicherungsgesellschaft in Bern, welche mit Antwort vom 27. Januar 1875 das Vorgehen des Agenten in Schutz nahm, und zwar gestützt auf die Einvernahme des Agenten.

Am 15. Februar 1875 vollführte der Weibel in Laufen die Pfändung in der Weise, daß er als Pfand nahm einen Maximalbetrag von 55 Fr. von einer Anforderung im Betrage von 20,000 Fr., welche Bitter zufolge Cession an Constantin Imhof ebendasselbst zustand. Von dieser Pfändung wurde mittelst einer vom Gerichtspräsidenten bewilligten sogenannten Wissenlassung vom 23. Februar 1875, gemäß Art. 467 des bernischen Vollzugsverfahrens „dem gepfändeten Bitter, sowie dem dritten Schuldner Imhof Kenntniß gegeben."

Gestützt auf Art. 59 der Bundesverfassung, verlangt Rekurrent Bitter beim Bundesgerichte, es sei die Betreibung von Anfang an zu kassiren, eventuell wenigstens die Pfändung vom 15. und 23. Februar 1875 aufzuheben, unter folgender Begründung:

Zur Zeit der ersten Ediktalzahlungsaufforderung am 19. Dezember 1874 sei sein Domicil in Neuenburg schon durch Publikation\* im Amtsblatt bekannt gewesen und sei die Zahlungsaufforderung ungültig, zumal sie auch in der Ferienzeit erschienen (7 Tage vor dem ersten Sonntag vor Weihnacht, Art. 102 und 422 des Vollziehungsverfahrens).

Jedenfalls sei das neue Domicil zur Zeit der Pfändung vom 15. Februar und der Wissenlassung vom 23. Februar 1875 bekannt gewesen und hätte nach Berner Gesetz (Art. 413 des Vollziehungsverfahrens), da die Pfändung noch nicht stattgefunden hatte, die Fortsetzung der Betreibung am Wohnort des Schuldners stattfinden sollen. Auch habe, entgegen der Vorschrift des Berner Gesetzes die Pfändung ohne Anzeige an Bitter, sondern lediglich mit Ankündigung an den dritten Schuldner stattgefunden. Der treibende Agent Scherrer habe schon bei Anhebung der Betreibung im Dezember gewußt, daß Bitter in Neuenburg angefahren sei.

Der Gerichtspräsident von Laufen beschränkt sich in seiner Vernehmlassung auf die Bemerkung, daß er die Bewilligung zur Zahlungsaufforderung schon am 12. Dezember 1874, also schon vor Eintritt der Gerichtsferien, ertheilt habe.

Der Agent der Versicherungsgesellschaft behauptet zunächst: Es sei das Bundesgericht nicht kompetent zur Entscheidung dieser Gerichtsstandsfrage, indem nach Art. 405 des bernischen Vollziehungsverfahrens der Entscheid den bernischen Gerichten zukomme, und verlangt eventuell Abweisung der Beschwerde.

Zur Begründung dieses Gesuches führt er an: Wenn auch die Publikation der Zahlungsaufforderung am 19. Dezember 1874, während der Gerichtsferien erschienen sei, so sei sie doch vor den Ferien erlassen und richterlich bewilligt worden und seien laut Gesetz, Art. 422 des Vollziehungsverfahrens, die eigentlichen Betriebsvorkehrungen eingestellt geblieben. Bitter habe von der Anhebung der Betreibung Kenntniß gehabt. Wenn das neue Domicil Bitters der Gesellschaft in Bern bekannt gewesen sein möge, so sei es doch ihm, dem Agenten in Laufen, welcher den Einzug einzig zu besorgen habe, nicht zur Kenntniß gelangt. Die Betreibung hätte in Neuenburg nicht einfach fortgesetzt, sondern neu angehoben werden müssen, da die Vorschrift des Art. 413 sich bloß auf einen Domicilwechsel im Kanton Bern selbst beziehe, wo die begonnenen Betriebsvorkehrungen im alten Domicil auch für das neue Domicil die rechtliche Grundlage zur Fortsetzung bilden. Die Pfändungsankündigung an Bitter sei ediktaliter, d. i. mittelst Anschlags, somit nach Vorschrift der bernischen Sitzung 413 erfolgt. Uebrigens sei in Folge der Betreibung am 23. März Zahlung erfolgt und somit die Beschwerde als dahin gefallen zu betrachten.

In einem Nachtrag bemerkt die Centralverwaltung der schweizerischen Mobiliarversicherungsgesellschaft, „es liege in der Natur der Sache, daß der Schuldner, welcher einen Kanton verläßt, dieses nicht heimlich thun, sondern sein Vorhaben öffentlich bekannt machen soll. Dieß sei für den Schutz der Rechte der Gläubiger nöthig, welche dem Schuldner mit Rücksicht auf das hiesige Domicil kreditirt haben und durch die Verordnung des bernischen Regierungsrathes vom 30. September 1853 vorgeschrieben. Bitter habe in fraudem legis sein Domicil in Laufen ohne Publikation aufgehoben und sei folgerweise noch in Laufen zu wohnen kursirt gewesen, so daß Betreibung stattfinden konnte. Auch könne Bitter sich nicht auf Art. 59 der Bundesverfassung berufen, weil er nicht dargethan habe, daß er Schweizerbürger sei.

Das Bundesgericht erkannte:

Die Beschwerde ist begründet und demnach das mittelst Ediktalzahlungsaufforderung des Agenten Scherrer gegen M. Bitter in Laufen eingeleitete und mittelst Vollzugsbefehl und

Pfändung vom 15./26. Februar 1875 durchgeführte Betriebsverfahren mit allen seither stattgehabten weitern Vollziehungsmassregeln aufgehoben.

G r ü n d e :

1. Da die Anwendung des Art. 59 der Bundesverfassung in Frage steht, so fällt die diesfällige Entscheidung unzweifelhaft in die Kompetenz des Bundesgerichtes.

2. Nach Vorschrift des Art. 59 der Bundesverfassung ist „jeder aufrechtstehende Schuldner, der in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat,“ berechtigt, zu verlangen, daß er für persönliche Forderungen vor dem Richter seines Wohnsitzes gesucht werde und zwar ohne Unterschied, ob er Schweizerbürger sei oder nicht. Nun geht aber aus der Publikation vom 11. Dezember 1874 hervor, daß Rekurrent von Wallbach, Kanton Aargau, gebürtig, somit Schweizerbürger ist.

3. Unbestrittenermaßen handelt es sich hier um eine rein persönliche Forderung und ebenso wenig herrscht darüber Streit, daß Schuldner zur Zeit der Publikation der Ediktalzahlungsaufforderung bereits in Neuenburg einen festen Wohnsitz genommen hatte, die Frage ist somit lediglich die, ob Schuldner durch Unterlassung der öffentlichen Bekanntmachung seines Vorhabens, das Domicil zu ändern, resp. durch verspätete Anzeige des vollzogenen Domicilwechsels das Recht verwirkt habe, sich auf Art. 59 der Bundesverfassung zu berufen: diese Frage muß verneint werden.

4. Die Anwendbarkeit des Art. 59 ist, wie das Bundesgericht schon in einem frühern Falle ausgesprochen hat, nicht dadurch bedingt, daß dem Gläubiger das neue Domicil seines Schuldners, welcher seinen alten Wohnsitz verlassen hat, bekannt sei, und ebensoweng kann dieselbe davon abhängig gemacht werden, ob die nach der bernischen Gesetzgebung geforderte öffentliche Bekanntmachung erlassen worden sei, zumal eine Beschlagnahme der Ausweisschriften beziehungsweise eine Verweigerung der Aushängabe derselben wegen bloßer civilrechtlicher Ansprachen nicht zulässig ist, sobald der Schuldner in einem andern Kantone der Schweiz einen festen Wohnsitz erworben hat.

5. Jene Frage muß aber auch mit Rücksicht auf das bernische Recht verneint werden; denn Bitters Anzeige des neuen Domicils erschien gleichzeitig mit der Zahlungsaufforderung im Amtsblatte vom 19. Dezember 1874 und konnte somit der Gläubiger von da an wissen, daß Bitter einen festen neuen Wohnsitz erworben habe.

Nun bestimmt aber das bernische Vollziehungsverfahren in Art. 413, daß, wenn der Schuldner seinen Wohnsitz, bevor eine Pfändung stattgefunden hat, verändert, die Betreibung an seinem neuen Wohnsitz fortgesetzt werden müsse. \*) Die Fortdauer der eigentlichen Gerichtszuständigkeit im Vollziehungsverfahren wird somit nicht vor der Pfändung begründet.

Die Pfändung fand nun erst am 15. Februar 1875 beim dritten Schuldner statt, also lange nachdem der Betriebene durch öffentliche Anzeige im Amtsblatt die Aenderung des Wohnsitzes kundgethan hatte, und ist daher auch nach dem bernischen Gesetze ungültig.

6. Die angeblich beim dritten Schuldner erfolgte Eintreibung des streitigen Forderungsbetrages ist gegen Wissen und Willen des Beschwerdeführes erfolgt und daher nichtig.

7. Dagegen ist das Bundesgericht, was die behauptete Ungesetzlichkeit des Verfahrens anbelangt, nicht in der Lage, auf die Beschwerde einzutreten, da die Fragen bezüglich Anwendung und Auslegung kantonaler Gesetze nicht in die Kompetenz des Bundesgerichtes fallen.

**22) So lange die Bundesbehörden eine kantonale Bestimmung oder Vorschrift nicht ausdrücklich als mit der Bundesverfassung unverträglich erklärt haben, bleibt erstere in Kraft.**

(Entscheid des Bundesrathes vom 17. Mai 1875.)

La Société des papeteries réunies, avec siège à Lausanne, avait assuré à l'établissement cantonal son mobilier, pour la somme de 228,500 fr. Plus tard, elle contracta une nouvelle police au chiffre de 17,300 fr., dans l'intention de remplacer l'ancienne assurance par la nouvelle. L'établissement cantonal n'entendit pas de cette oreille et considéra la somme ci-dessus de 17,300 fr. comme une adjonction à l'ancienne police. Dans l'intervalle, la Société avait assuré le reste de son mobilier à l'*Helvetia*.

\*) Diese Vorschrift bezieht sich nur auf Domicilveränderungen im Kantonsgebiet, wo eine Betreibung einfach fortgesetzt werden kann. Nach obigem Urtheil kann ein Gläubiger in die Lage kommen, seinen Schuldner in verschiedene Kantone verfolgen und die Betreibung stets von neuem anheben zu müssen. Sitzphusarbeit.

M. Paquier, directeur de la Société, a interjeté recours au Conseil fédéral contre une amende de 150 fr. prononcée contre elle par le préfet de Nyon pour contravention à l'article 27 de la loi vaudoise du 7 Juin 1849.

Ce recours a été écarté.

*Motifs :*

1. Il est vrai que, d'après l'art. 2 des dispositions transitoires de la Constitution fédérale, les dispositions des lois cantonales contraires à cette constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci ;

2. La question de savoir si une disposition de loi cantonale est en contradiction avec la Constitution fédérale n'est pas de la compétence des particuliers, mais bien, en cas de litige, des autorités fédérales. Tant que ces dernières n'ont pas formellement prononcé l'incompatibilité d'une disposition ou prescription cantonale avec la Constitution fédérale, cette disposition ou prescription reste en vigueur ;

3. Tel est le cas pour les prescriptions de la loi vaudoise incriminée, du 7 Juin 1849, d'après laquelle il est interdit d'assurer les objets mobiliers auprès d'un autre établissement d'assurance que l'Assurance mutuelle cantonale ; en conséquence il n'y a rien à objecter à l'amende qui a été prononcée contre la Société des papeteries réunies, pour contravention à l'art. 27 de la dite loi ;

4. Une autre question est celle de savoir si la prescription de la loi précitée, pour contravention à laquelle la Société recourante a été punie d'une amende, peut continuer à subsister, c'est-à-dire si elle est compatible avec l'art. 31 de la Constitution fédérale ;

5. A ce point de vue, il faut observer en première ligne que le recourant ne paraît pas en droit de porter plainte pour restriction de la liberté de commerce et d'industrie. Si l'art. 27 de la loi vaudoise, du 7 juin 1849, constitue une restriction de la liberté d'assurance, c'est au détriment des Compagnies d'assurance non vaudoises, auxquelles il est défendu d'assurer les objets mobiliers sis dans le canton de Vaud. Or, aucun recours n'a été formulé par elles contre la loi vaudoise ;

6. Au reste, les opérations des Compagnies d'assurance ne doivent point, comme l'admet le recourant, être placées sur le même pied que les autres branches de commerce ou d'industrie ; la preuve en est dans l'art. 34 de la Constitution

fédérale, qui « soumet à la surveillance et à la législation fédérale les opérations des entreprises d'assurances non instituées par l'Etat. » \*) Lorsque la loi prévue sera discutée, les autorités fédérales auront à rechercher jusqu'à quel point ces opérations peuvent être restreintes ou interdites par les lois cantonales qui rendent obligatoire, pour tous les habitants d'un canton, l'assurance auprès de l'entreprise cantonale;

7. Jusqu'au moment où cette loi sera entrée en vigueur — et il y aura lieu à cette occasion de prendre en considération d'autres points de vue que ceux de la liberté de commerce et d'industrie, — les prescriptions cantonales sur la matière restent provisoirement en vigueur.

*Note.* Texte de l'art. 27 de la loi vaudoise du 7 juin 1849 sur l'assurance mutuelle contre la perte du mobilier en cas d'incendie:

„Toute assurance contre l'incendie du mobilier, autre que celle qui est établie par la présente loi, est prohibée.

„Tout propriétaire qui aura fait assurer ses meubles ailleurs perdra, en cas d'incendie, son droit à une indemnité, sans qu'il soit exempté, pour cela, de sa part contributive à l'assurance cantonale.

„Les agents des autres assurances et les assurés n'auront aucun droit d'action devant les tribunaux du canton. Ils seraient d'ailleurs, en cas de contrevention, passibles d'une amende dont le maximum est fixé à 400 francs.“ Gazette des tribunaux suisses, 1875, n° 21.

#### Bemerkungen. Zu Motiv 2.

Ueber diese Frage sprach sich das Bundesgericht wiederholt anders aus, wie sich aus folgenden Entscheidungsgründen ergibt:

„Der Art. 2 der Uebergangsbestimmungen zu der neuen Bundesverfassung verordnet, daß diejenigen Bestimmungen der eidgenössischen Gesetzgebung, der Concordate, der kantonalen Verfassungen und Gesetze, welche mit der neuen Verfassung im Widerspruch stehen, mit Annahme derselben, beziehungsweise mit Erlassung der darin in Aussicht genommenen Bundesgesetze außer Kraft treten. Hiernach unterliegt keinem Zweifel, daß, soweit nicht in den Artikeln der Bundesverfassung selbst (wie z. B. in den Art. 25, 33, 34, 39, 40, 69) dem Bunde bloß das Recht zugestanden ist, über gewisse Materien Bundesgesetze zu erlassen, oder die Inkraftsetzung einzelner Artikel nicht durch die Uebergangsbestimmungen hinausgeschoben ist (vergl. Art. 3 und 4 ibidem), dieselben mit Annahme der Bundesverfassung, also gemäß Bundesbeschluß vom 29. Mai 1874 mit dem letztern Tag, in Kraft getreten sind und insbesondere deren In-

\*) Der Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen und von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens unterliegt der Aufsicht und Gesetzgebung des Bundes.

Krafttreten überall nicht von der Erlassung kantonalen Gesetze abhängig ist. 28. Januar 1875 in Sachen Kaiser.

Ferner in Sachen D. Buff, betreffend Aufhebung der geistlichen Gerichtsbarkeit in Appenzell A. Rh.

„Die Ständescommission von Appenzell A. Rh. hat dann dieses in ihrer Recursbeantwortung auch selber anerkannt und wendet im Wesentlichen nur ein, daß bis zur gesetzlichen Lösung der Frage, welchen Gerichten die bisherigen Funktionen der Ehegerichte zugewiesen werden sollen, diese letztern noch als allein competent betrachtet werden müssen.

Dieser Einwurf kann jedoch nicht als begründet erfunden werden. Nach dem Art. 2 der Uebergangsbestimmungen der neuen Bundesverfassung können Bestimmungen kantonaler Verfassungen und Gesetze, welche mit den Vorschriften der Erstern in Widerspruch stehen, nur unter der Voraussetzung als einstweilen noch in Kraft bestehend betrachtet werden, daß zur Ausführung der betreffenden Bestimmungen der Bundesverfassung noch ein besonderes Bundesgesetz erforderlich und in der Verfassung selbst in Aussicht genommen ist. Dieß ist aber bezüglich des einschlägigen Art. 58, Absatz 2 der Bundesverfassung nicht der Fall, indem vielmehr die Organisation der Gerichtsbehörden, welche über Ehescheidungsstreitigkeiten zu entscheiden haben werden, — innerhalb der von der Bundesverfassung gezogenen Grenzen — ausschließlich Sache der Kantone verblieben ist. Mithin hätten die betreffenden Kantone sofort nach der Annahme der neuen Bundesverfassung für die Ersetzung der verfassungswidrig gewordenen Ehegerichte zu sorgen gehabt und können jedenfalls, sofern dieß nicht freiwillig geschah, keinen Bürger mehr dazu anhalten, sich der Jurisdiktion desselben zu unterwerfen.“ 4. Februar 1875.

Man sieht, daß über die grundsätzliche Frage, ob kantonale Bestimmungen, die sich mit der Bundesverfassung im Widerspruch befinden ipso jure durch Einführung der letzteren aufgehoben seien, oder ob sie noch einer besonderen Aufhebung bedürfen, die Ansichten des Bundesgerichtes und diejenigen des Bundesrathes weit auseinander gehen. Während ersteres annimmt, die bisherigen Bestimmungen seien sofort außer Kraft gesetzt, glaubt dagegen der Bundesrath, dieselben bleiben in Geltung bis die Bundesbehörden (welche?) ihre Unverträglichkeit mit der Verfassung ausgesprochen haben. Die richtige Ansicht ist offenbar diejenige des Bundesgerichtes und man kann sich billig darüber verwundern, daß das eidgen. Justizdepartement die Ent-



scheidungen desselben so gründlich ignoriren und sich in direkten Widerspruch mit denselben setzen konnte.

Zu Motiv 5. Die hier vom Bundesrath adoptirte Ansicht ist ganz unbegreiflich. Die Freiheit des Handels und der Gewerbe ist durch Art. 31 der Bundesverfassung im ganzen Umfang der Eidgenossenschaft gewährleistet. Auf diesen Artikel aber dürfte sich der Recurrent nicht berufen, denn durch Art. 27 des waadtländischen Gesetzes vom 7. Juni 1849 werden nur die Versicherungsgesellschaften beschränkt, indem ihnen verboten werde, Beweglichkeiten, die sich im Kanton Waadt befinden, zu versichern. Da nun keine Versicherungsgesellschaft gegen das waadtländische Gesetz den Schutz des Bundes angerufen habe, so sei auch kein legitimirter Recurrent da.

Man muß sich wirklich fragen, ob diese Ansicht ernsthaft geäußert werde oder nur zum Scherz. Der Handelsmann wäre somit nur frei zu verkaufen, allein der einzelne Bürger darf nicht kaufen, wo er will. Versicherungsgesellschaften sind in ihrem Geschäftsbetrieb nicht mehr beschränkt, allein für den einzelnen Bürger bleibt die Beschränkung aufrecht, er darf sich nicht versichern, wo er will, sondern wo der Staat will, und die Handels- und Gewerbefreiheit ist nicht auch ihm garantirt, sondern — den Gesellschaften. Die Bestimmung des waadtländischen Gesetzes «*toute assurance contre l'incendie du mobilier, autre que celle qui est établie par la présente loi, est prohibée*» soll nur den Asscuranzgesellschaften eine Beschränkung auferlegen, nicht aber dem einzelnen Bürger, der eine Versicherung eingehen will, und deshalb soll auch nur die Gesellschaft und nicht der Bürger sich auf Art. 31 der Bundesverfassung berufen dürfen! Wir müssen bezweifeln, ob außer dem Erfinder dieser Theorie sich Anhänger für dieselbe finden werden.

Zu Motiv 6. Es ist ganz richtig, daß die Bundesverfassung das Versicherungswesen nicht vollständig auf die gleiche Linie stellt wie andere Handelsgeschäfte, allein die Verschiedenheit besteht doch nur darin, daß die Bundesverfassung den Geschäftsbetrieb derselben der Aufsicht und Gesetzgebung des Bundes unterstellt. Ueber den Geschäftsbetrieb hinaus geht die Controlle des Bundes nicht, und seine Gesetzgebung darf auch die garantirte Freiheit nicht mehr grundsätzlich in Frage stellen, und den Bürger zwingen, bei Eingehung seines Versicherungsvertrages andere Interessen zu berücksichtigen als seine eigenen, wie uns dieß der bundesrätliche Entscheid deutlich genug in Aussicht stellt.

## Gesellschaft für Verbesserung und Codifikation des Völkerrechts.

Diese Gesellschaft wurde gegründet im Jahre 1873 in Brüssel vorzugsweise durch englische und amerikanische Juristen. Seither sind derselben auch Franzosen, Deutsche, Italiener und Schweizer beigetreten, so daß die letztjährige Versammlung in Genf schon einen recht respectablen Anblick darbot. Die Gesellschaft beschäftigt sich mit dem internationalen Recht in seinem vollen Umfang und will die Schwierigkeiten constatiren und zu heben suchen, welche eine Folge der Verschiedenheit der Gesetzgebungen sind. Mit Bezug auf das öffentliche internationale Recht beschäftigt sich die Gesellschaft mit den Fragen über Arbitrage, Prisen, Auslieferung von Verbrechern und anderen verwandten Objecten; mit Bezug auf das internationale Privatrecht dagegen, der Ausdruck in weitest möglicher Ausdehnung genommen, wird die Gesellschaft namentlich folgenden Gegenständen ihre Aufmerksamkeit widmen: Wechselrecht, Vollziehbarkeit auswärtiger Urtheile, literarisches Eigenthum, Musterschutz, Patentgesetzgebung und Bezeichnung der Waaren. Ein besonderes Comité ist mit der Vorbereitung der einschlägigen Fragen beauftragt. — Vorberhand ist es das Wechselrecht, welches bei der nächsten Versammlung, die in der ersten Woche Septembers im Haag stattfinden wird, Stoff zur Discussion und Erörterung liefern wird. Zu dem Ende über sandte der Vorstand der Gesellschaft an die Handelskammern und Firmen verschiedener Länder eine Anzahl von Fragen mit der Bitte, sich über dieselben gestützt auf ihre Erfahrungen zu äußern. Da gleichzeitig um weitere Verbreitung derselben ersucht wird, so nehmen wir keinen Anstand, dem Wunsche zu entsprechen, und gleichzeitig unsere Leser aufzufordern, dem am Schluß gestellten Ansuchen zu entsprechen.

*Questions soumises aux Chambres de Commerce, Banquiers, Jurisconsultes, Courtiers et Négociants des différents pays, dans le but de recueillir leurs opinions sur l'utilité de l'Unification des lois et des usages sur les traites, billets à ordre et lettres de change.*

1. Trouvez-vous que, dans les lois et les usages qui ont traits aux Effets de commerce dans les pays où vous avez fait des affaires, il existe des différences qui donnent lieu à des

complications dans les transactions commerciales et à des difficultés légales pour les ayant-droit ?

2. *Forme des Effets de commerce.*

Regardez-vous comme désirable l'adoption d'une Forme universelle pour les Effets de commerce et un système uniforme de lois pour régler les droits et les engagements des parties qu'intéresse une valeur commerciale ?

3. *Timbres.*

Quels inconvénients vous présentent actuellement les règlements du fisc concernant les Timbres à apposer sur les effets étrangers, ainsi que les lois qui s'y rapportent, et quel changement conseilleriez-vous pour remédier à ces inconvénients ?

4. *Endossement.*

Pensez-vous qu'il soit désirable d'adopter un système unique d'endossement, dont l'opération ne serait limitée que par endossement spécial ?

5. *Usances.*

Est-il à souhaiter que les Usances qui varient aujourd'hui dans les divers pays et endroits soient supprimées entièrement ? ou serait-il préférable d'adopter une période uniforme ?

6. *Jours de grâce.*

En tenant compte de la grande diversité des usages relatifs aux Jours de grâce, amenant de grandes complications, croyez-vous que les Jours de grâce doivent être supprimés entièrement ? ou, si telle n'est pas votre opinion, qu'une échéance uniforme doive être fixée ? et dans ce dernier cas, veuillez préciser vos vœux à cet égard.

7. *Présentation des effets à l'Acceptation.*

Avez-vous éprouvé des difficultés par suite des différences entre les lois et les usages par rapport à la Présentation des effets à l'Acceptation et aux conséquences de la Non-acceptation, du Refus d'acceptation, ou du Retard apporté sans raison à donner une Acceptation ?

8. *Avis de non-paiement.*

Trouvez-vous à redire au mode actuel d'Avis de non-paiement, soit dans sa forme, soit dans la loi qui le régit, soit en ce qui concerne les personnes auxquelles il doit être envoyé ? Pouvez-vous suggérer une simplification, un changement à ce

sujet, ou dans la manière de prouver que cet Avis a été régulièrement donné.

#### 9. *Notification et Protêt.*

La Notification de non-paiement et le Protêt des effets commerciaux étrangers sont-ils obligatoires d'après votre législation? Y-a-t-il dans votre pays des tarifs réguliers pour la notification et le protêt? Dans ce cas, veuillez nous donner tous les détails qui regardent les effets circulant à l'intérieur et ceux qui viennent de l'étranger ou sont tirés sur l'étranger.

Trouvez-vous que les frais de Notification et de Protêt et ceux qui chargent les effets étrangers revenus impayés, varient et sont onéreux?

Quelles sont les réformes à apporter dans le système et le tarif actuels de frais.

#### 10. *Droits et Recours.*

Quels sont les Droits et les Recours qui, d'après vos lois, sont assurés au tireur d'un effet étranger dont le non-paiement aurait été dûment notifié et qui aurait été protesté?

Y-a-t-il rien qui limite le choix des parties à poursuivre, ou l'époque à laquelle doivent commencer les poursuites légales?

Avez-vous quelque suggestion à faire pour assurer davantage aux porteurs d'effets étrangers l'exercice de leurs Droits et Recours dans les autres pays?

#### 11. *Prescriptions.*

Quel est chez vous le dernier délai pour intenter une action? Emettriez-vous le vœu de voir fixer une période uniforme?

#### 12. *Aval.*

Dans votre pays, l'Aval est-il usité, soit légalement, soit par coutume?

Dans les contrées où ni la loi ni la coutume n'ont introduit l'Aval, trouvez-vous qu'il surgisse des difficultés? et pensez-vous qu'il soit bon d'adopter un système qui reconnaîtrait partout la validité de l'Aval?

#### 13. *Perte et Contrefaçon de Valeurs et de Billets de Banque.*

Votre législation soutient-elle les droits d'un porteur de bonne foi, quand il s'agit d'Effets Perdus ou Contrefaits? Ces

droits sont-ils maintenus, même dans le cas où la perte aurait résulté de manque de soin et de prudence de la part des porteurs ?

Quelles sont les précautions que vous regardez comme nécessaires pour que les banquiers qui émettent des Circulaires et des Lettres de Crédit, et les porteurs d'effets de commerce, puissent empêcher la circulation de Valeurs Perdues ou Contrefaites.

Quels changements et quelle assimilation de lois conseillerez-vous pour protéger la Banque et le Commerce en matière d'Effets et de Lettres de Crédit perdus ou contrefaits ?

*Ces trois dernières questions ont particulièrement trait aux Lettres de Crédit et aux Lettres Circulaires, attendu que de grandes fraudes sont constamment commises, et que les banquiers, changeurs, etc., éprouvent des pertes considérables par suite de fausses traites ou de fausses lettres de crédit, ou de Lettres Circulaires et Billets de Banque volés.*

---

*En répondant à ces questions, il suffira de se référer au chiffre sous lequel elles sont classées; on est prié de vouloir bien envoyer les réponses aux Secrétaires Internationaux aux Bureaux de l'Association, 10, Old Square, Lincoln's Inn, Londres.*

---

H. D. JENCKEN,  
Goldsmith Building, Temple, Londres, }  
J. RAND BAILEY, }  
8, Tokenhouse Yard, Londres. }  
Secrétaires  
Internationaux  
Honoraires.

---

Mit nächster Nummer beginnt ein neuer Jahrgang. Anmeldungen und Reclamationen sind an die Stämpfli'sche Buchdruckerei zu richten.

