

# Schweizerische Rechtspflege

Objektyp: **Group**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **17 (1898)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

## Schweizerische Rechtspflege.

---

### 1. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 12 novembre 1896.

#### Question d'interprétation de contrat.

E. Bersier a conclu à ce que la Compagnie d'assurances du Haut-Rhin doit le garantir des suites de l'accident dont il a été victime, et qu'en conséquence elle est sa débitrice de fr. 650 pour 65 journées d'incapacité totale de travail, de fr. 327. 50 pour 62<sup>1</sup>/<sub>2</sub> journées d'incapacité partielle de travail et de 500 fr. pour le préjudice souffert. La défenderesse a conclu à ce que le tribunal prononce qu'il n'a qualité que pour connaître seulement du bienfondé de la première partie des dites conclusions, savoir „que la Compagnie doit le garantir des suites de l'accident dont il a été victime,“ Bersier étant renvoyé à mieux agir pour le surplus de ses conclusions. Elle conteste en principe devoir une indemnité et estime les tribunaux ordinaires incompétents pour la fixation de la quotité de l'indemnité, à raison de la clause compromissaire insérée dans la police d'assurance qui s'exprime ainsi:

Art. 13. La direction de la Compagnie . . . décide si le décès ou l'invalidité sont à considérer comme suite directe de l'accident; elle fixe le degré de l'invalidité et de l'incapacité de travail . . . Si l'assuré ou ses ayants droit se croient lésés par les décisions de la Compagnie, ils devront faire valoir leurs prétentions auprès de cette dernière . . . . Si malgré cela une entente ne pouvait être établie, ils devront proposer que le différend soit soumis à des arbitres. L'arbitrage sera fait par trois membres etc.

Art. 21. La fixation du montant de l'indemnité, qu'elle ait lieu à l'amiable ou, comme il est prévu par l'art 13, par décision des arbitres, n'a aucune influence sur la question principale, si la Compagnie doit ou ne doit pas payer une indemnité. Cette question de principe, à défaut d'arrangement à l'amiable entre les parties, fera toujours l'objet d'une décision judiciaire.

Art. 22. Toutes les contestations provenant du contrat d'assurance, qu'il s'agisse du paiement de la prime . . . ou d'autres

obligations mutuelles émanant du contrat, seront jugées en première instance par les tribunaux ordinaires (à l'exclusion des tribunaux de commerce) de l'endroit où la police a été signée.

Les deux instances ont écarté la conclusion exceptionnelle de la Compagnie. Le Tribunal cantonal a motivé comme suit :

Considérant que la juridiction arbitrale est exceptionnelle;

Qu'à ce titre elle doit être restreinte aux cas spécifiés par les parties, et, en cas de doute sur la portée d'une clause compromissoire, la compétence des tribunaux ordinaires doit être préférée.

Considérant qu'en l'espèce la rédaction du contrat est si défectueuse que l'on ne peut voir clairement quelle a été la volonté des parties en ce qui concerne la juridiction compétente pour trancher les difficultés auxquelles pourrait donner lieu le contrat d'assurance.

Qu'il apparaît cependant soit du texte de l'art. 13, soit de la place qu'il occupe sous la rubrique: „Montant de l'indemnité et son évaluation,“ que cet article n'a en vue qu'un seul cas bien délimité, à savoir celui où, sur le vu du rapport médical, la Compagnie admet qu'elle est tenue à indemnité, dont elle fixe le montant, et où le lésé réclame ensuite une indemnité plus forte.

Que cet article 13 ne peut dès lors être interprété comme attribuant exclusivement à un tribunal arbitral, dans tous les cas quelconques, la fixation du montant de l'indemnité.

Considérant que l'art. 21, § 1 paraît prévoir le cas — bien peu probable — où les parties ne seraient plus en désaccord que sur le principe de l'indemnité, la quotité de l'indemnité ayant été éventuellement fixée, à l'amiable ou par jugement arbitral, préalablement au jugement sur la question principale.

Considérant qu'à teneur du § 2 de cet article la question de principe doit toujours faire l'objet d'une décision judiciaire.

Qu'à teneur de l'art. 22 toutes contestations provenant du contrat, spécialement celles relatives aux obligations mutuelles en résultant, doivent être jugées en première instance par les tribunaux ordinaires de l'endroit où la police a été signée, à l'exclusion des tribunaux de commerce.

Que cet article, placé sous la rubrique: „Contestations judiciaires, compétence des tribunaux“, paraît bien être applicable dans tous les cas où la Compagnie refuse de payer une indemnité.

Qu'aucune disposition du contrat ne statue qu'en pareil cas les tribunaux ordinaires ne prononceront que sur le prin-

cipe, et renverront ensuite à un tribunal arbitral la question de la quotité de l'indemnité.

Qu'une pareille clause, quoique illogique et de nature à causer des longueurs et des frais, devrait cependant être respectée, mais que, s'il eût été dans l'intention des parties de convenir d'une telle procédure, le contrat n'eût alors pas manqué de le dire expressément et de statuer des dispositions précises à cet égard. (Journal des tribunaux, XLV [1897] p. 25 ss.)

---

## 2. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichtes vom 22. Februar 1897.

Verletzung des Persönlichkeits- (Individual-) rechtes des auf der Photographie einer Villa figurierenden Eigentümers durch öffentliche Ausstellung dieser Photographie.

Der Photograph Sp., von der Intendanz des Grossherzogs von Baden mit der Aufnahme hervorragender Gebäude des Landes beauftragt, wollte zu diesem Zwecke auch eine Villa in S. photographieren, und als deren Eigentümer vernahm, welche Bestimmung das Bild habe, stellte er sich mit seiner Frau unter eine Baumgruppe und gelangte so auf das Bild. Die Photographie fiel als Gartenbild sehr gelungen aus und wurde daher von dem Verfertiger an auswärtige Ausstellungen geschickt und dann auch im Schaufenster seines Geschäftes zu Basel öffentlich ausgestellt. Hiegegen verwahrte sich nun der Eigentümer der Villa, O. B., weil er sein Portrait, das auf dem Bilde befindlich und leicht erkennbar sei, nicht derart zur Schau gestellt haben wolle, und klagte schliesslich auf Entfernung des Bildes aus dem Schaufenster. Thatsächlich stellte sich diese Photographie als ein Landschafts- (Garten-) und Architekturbild dar, auf dem die zwei Figuren eine untergeordnete und wenig auffallende Rolle spielten. Das Civilgericht erklärte aber dennoch das Klagbegehren als begründet, weil „das Recht auf Darstellung der äusseren Erscheinung einer Person und auf Benützung dieser Darstellung einen Bestandteil des Persönlichkeitsrechtes bilde, ein höchst persönliches Recht sei, das von der Rechtsordnung geschützt werde, gleichviel ob in dessen Verletzung ein strafbares Moment (beleidigende oder beschimpfende Absicht z. B.) liege oder nicht. Nur sei wesentlich, dass die Darstellung die Person deutlich erkennbar mache, einerlei ob sie in der

Wiedergabe als Hauptobjekt erscheine oder nur nebensächliche Bedeutung habe. In unserem Falle liege eine Verletzung dieses persönlichen Rechtes unzweifelhaft vor.“ Das Appellationsgericht schloss sich dieser Auffassung über den Umfang des dem Persönlichkeitsrechte zu gewährenden Schutzes nicht an und wies die Klage ab.

Motive: Der in den Rechtsgründen des erstinstanzlichen Urteils an die Spitze gestellte Satz von dem Rechte jeder Person, über Darstellung ihrer äusseren Erscheinung und Publikation solcher Darstellung in irgend welcher Weise ausschliesslich zu bestimmen, ist in dieser Allgemeinheit kaum richtig, wie z. B. Persönlichkeiten, die im öffentlichen Leben eine Rolle spielen, nicht verhindern können, dass ihr Bild in öffentlichen Blättern erscheint; er passt aber speziell auf den heutigen Fall nicht. Die Photographie, deren Entfernung aus dem Schaufenster der Kläger verlangt, stellt sich nicht als dessen Portrait dar, sondern als Darstellung seiner Villa, und wirkt auf den Beschauer ausschliesslich als Landschaftsbild. In diesem spielt die Figur des Klägers und seiner Ehefrau eine so untergeordnete und unauffällige, den Charakter des Bildes als eines Architektur- und Gartenbildes nicht modifizierende Rolle, dass hier in der That jedes schutzbedürftige und schutzwürdige Interesse des Klägers an der Entfernung des Bildes aus dem Schaufenster fehlt, die nur der Staffage wegen verlangt wird.

Allerdings hätte es dem Kläger freigestanden, sofort bei der Aufnahme des Bildes den Vorbehalt zu machen, dass es nicht öffentlich ausgestellt werden dürfe, und bei Ablehnung dieses Vorbehaltes durch den Beklagten entweder sich dem Bereiche des Apparates zu entziehen, oder überhaupt eine Aufnahme im Garten selbst zu untersagen und den Beklagten nötigenfalls aus demselben wegzuweisen. Das hat er nicht gethan, vielmehr ohne weitere Bedingung die Erlaubnis zur photographischen Aufnahme seiner Villa gegeben und damit auch dem Beklagten die Art der Verwendung und Verwertung des Bildes überlassen. Auch wenn der Beklagte dem Kläger angegeben hat, dass er die Aufnahme für eine Sammlung des Landesherrn mache, so lag darin kein Verzicht darauf, das Bild auch sonst zur Reklame zu verwenden, und musste Kläger selbst gerade darum annehmen, dass es zu solcher auch benutzt werden könne.

---

### 3. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 19 janvier 1897.

„Dot“ constituée par une Commune. Admission malgré le défaut de reconnaissance.

Le 23 août 1884, A. Terrin s'est présenté en séance de la Municipalité de Vuillens et a exposé qu'il était „dans l'intention d'épouser Jeannette Falconnier, ressortissante de Vuillens, sous condition que la commune (de V.) lui fasse une dote (sic) de 400 fr.“ Après avoir réduit sa demande à 150 fr., la Municipalité décida de lui accorder cette somme, moyennant l'autorisation du Conseil général. Cette décision fut ratifiée le lendemain par le Conseil général; le 26 septembre, le boursier, sur la présentation de l'acte de mariage, versa les 150 fr. en mains de Terrin. Après la mort de Terrin, décédé le 21 février 1895, sa veuve a réclamé cette somme à son beau-fils Aloys Terrin, qui seul avait accepté la succession de son père. Mais Aloys T. refusa de la payer, puisqu'elle ne constituait ni un apport de la femme, ni une dot, et que, d'ailleurs, elle n'avait pas fait l'objet d'une reconnaissance.

Le Président du Tribunal du district de Payerne a accordé au défendeur ses conclusions libératoires, par les motifs que les 150 fr. n'ont pas été apportés à feu Aug. Terrin par sa femme en se mariant, mais ont été remis au mari par un tiers; le mari n'avait donc pas de reconnaissance à passer en faveur de sa femme; il n'est pas d'usage que les communes constituent des dots à leurs ressortissantes; si elles le faisaient, elles ne manqueraient pas de faire assurer la restitution de la dot par le mari; il est à croire que la Municipalité a voulu faire un don à Terrin.

Veuve Terrin a recouru en réforme contre ce jugement et le Tribunal cantonal a admis le recours et alloué à veuve Terrin les conclusions de sa demande.

Motifs: Considérant que la reconnaissance a pour but de conférer à la femme, pour la reprise de ses biens, un privilège vis-à-vis des créanciers de son mari;

Que vis-à-vis du mari et de ses héritiers, la femme peut faire la preuve de ses apports par tous moyens;

Qu'ainsi l'absence de reconnaissance passée en justice n'a aucune importance en la cause.

Considérant que le jugement rapporte à tort à feu Terrin le mot „lui“ figurant au procès-verbal de la séance de la Municipalité dans la phrase „sous condition que la commune lui fasse une dote de 400 fr.“

Que ce mot pourrait, même sans ce qui suit, se rapporter aussi bien à J. Falconnier qu'à feu Terrin, mais qu'étant donné le contexte il ne saurait plus se rapporter qu'à la recourante.

Qu'en effet, c'est à titre de dot que la somme de 400 fr. a été demandée par feu Terrin, et celle de 150 fr. consentie par la commune de J. Falconnier, en vue du mariage de celle-ci.

Que par „dot“ on entend la fortune de la femme ou la part de cette fortune qui est remise au mari lors du mariage, ou lui est promise avant le mariage à raison de celui-ci.

Que ce mot de dot ne saurait en aucun cas s'entendre des biens du mari.

Que la dot peut être constituée par des tiers et n'est remise au mari que le mariage célébré.

Que la somme de 150 fr., livrée à titre de dot, a ainsi bien été accordée par la commune à sa ressortissante.

Qu'elle a été payée à feu Terrin seulement en sa qualité d'administrateur et d'usufruitier des biens de sa femme, et sur le vu de l'acte de mariage.

(Journal des Tribunaux, XLV [1897] p. 115 ss.)

#### 4. Kanton Zürich. Urteil des Bezirksgerichts Zürich III. Abteilung vom 8. Dezember 1896.

Statutarportion und Nutzniessung des überlebenden Ehegatten. Berechnung beider nach welchem Zeitpunkte?

C. St. starb 1866 und hinterliess die Witwe und eine Anzahl Intestaterben. Das damals aufgenommene Inventar ergab an Liegenschaften und Fahrnis ein Reinvermögen von ca. 10,000 Franken. Laut Testament kam der Witwe als Eigentum ein Sechstel zu, und die Nutzniessung am Reste der übrigen Verlassenschaft. Sie blieb auf dem Heimwesen und bezog die Naturalnutzniessung bis zum Verkaufe der Liegenschaft 1895. Nun ergab sich ein Nettoerlös von etwa 24,000 Franken. Zwischen der Witwe und den Intestaterben entstand Streit darüber, ob der Teilung das Inventar von 1866 oder das Ergebnis von 1895 zu Grunde zu legen sei. Das Bezirksgericht sprach der Witwe  $\frac{1}{6}$  des reinen Nachlasses auf den Todestag des Erblassers berechnet, sowie die Nutzniessung am Rest auf Grund des Nettoerlöses von 1895 zu.

**Motive:** Für Beantwortung der Frage, welche Summe der Berechnung des der Klägerin zukommenden  $\frac{1}{6}$  zu Grunde zu legen sei, ist davon auszugehen, dass die Klägerin neben den Beklagten als den Intestaterben des Erblassers nicht als Universalsuccessorin zu betrachten ist. Nur die Beklagten sind Erben und in deren Eigentum ist der ganze Nachlass mit dem Tode des Erblassers ohne weiteres übergegangen. Die Klägerin ist also namentlich nicht Miteigentümerin an sämtlichen Aktiven des Nachlasses zu einem ideellen  $\frac{1}{6}$ , sie hat lediglich einen obligatorischen Anspruch gegenüber den eigentlichen Erben darauf, dass ihr Geld oder andere Wertesachen in einem dem Werte des  $\frac{1}{6}$  der reinen Verlassenschaft gleichkommenden Betrage zu Eigentum übergeben werde. Dieser Anspruch war aber mit dem Todestage des Erblassers definitiv begründet, er kann sich daher auch nur nach dem damaligen, durch das amtliche Inventar festgesetzten Vermögensbestand richten. Der Umstand, dass die Klägerin ihren Anspruch erst jetzt geltend macht, und dass die Teilung bis jetzt unterblieben ist, hat auf das Recht der Klägerin keinen Einfluss. Ihr Anspruch blieb von Anfang an der nämliche, er wird von einer Wertsteigerung wie umgekehrt von einer Wertverminderung der ins ausschliessliche Eigentum der Beklagten übergegangenen Liegenschaften nicht berührt.

Anders verhält es sich mit der Nutzniessung. Dieser Anspruch ist nicht von Anfang an auf eine bestimmte Summe beschränkt, er erstreckt sich einfach auf die Erträgnisse der übrigen  $\frac{5}{6}$  des Nachlasses, bestehen diese nun in natura oder in civilen Früchten. An Stelle der bis zum Verkauf der Liegenschaften bestandenen Naturalnutzniessung ist nunmehr der Kapitalzins getreten. Würde der Nutzniessungsberechtigung nach dem Antrag der Beklagten der Kapitalwert der Liegenschaften im Zeitpunkt des Todes des Erblassers zu Grunde gelegt werden, so käme der Klägerin nicht mehr der volle Ertrag, sondern nur eine Quote der gegenwärtigen Früchte zu. Eine derartige Beschränkung ist aber insbesondere auf Grund des Testaments nicht zulässig.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 138.)

##### 5. Canton de Genève. Jugement du Tribunal de première instance du 10 avril 1897.

Epoux en instance de divorce; devoirs du mari envers la femme.

Attendu que le demandeur réclame au défendeur la somme de 275 fr. 50 pour pension de son épouse du 5 décembre 1896 au 31 mars 1897;

Attendu que le défendeur déclare que c'est contre sa volonté que son épouse a pris pension chez le demandeur et méconnaît devoir la somme réclamée;

Attendu qu'il est constant que, le 4 décembre 1896, le défendeur, par l'organe de son conseil, a fait savoir au demandeur qu'il ne payerait plus la pension de son épouse;

Attendu que c'est en vain que le demandeur allègue que dame R. avait été autorisée à vivre séparée de son mari pendant l'instance en divorce et invoque l'art. 72 de la loi du 20 mars 1880, sur le mariage et le divorce;

Attendu, en effet, que la femme qui a été autorisée à vivre hors du domicile conjugal peut demander une pension alimentaire pour subvenir à son entretien, mais n'acquiert pas, par là même, le droit d'engager son mari vis-à-vis du tiers;

Par ces motifs, déboute . . . .

(La Semaine judiciaire, XIX p. 317.)

#### 6. Kanton Baselstadt. Urteil des Appellationsgerichtes vom 11. Januar 1897.

#### Verlust des Eherechts bei Ermordung des Ehegatten.

Der Kunstmaler A. Landerer war durch seine Ehefrau ermordet worden. Sie wurde deshalb zu lebenslänglicher Zuchthausstrafe verurteilt und starb bald darauf im Zuchthause. Ueber sein in Basel liegendes Vermögen hatte der Ermordete testamentarisch zu Gunsten seines illegitimen Sohnes und mit Konstituierung eines Niessbrauchsrechtes seiner Ehefrau an demselben verfügt. Dieses Niessbrauchsrecht wurde der Ehefrau durch Gerichtsspruch in Frankreich, wo Landerer gelebt hatte, wegen Indignität abgesprochen. Die Basler Gerichtsschreiberei nahm dann die Teilung des hier liegenden Vermögens vor und wies laut Basler ehelichem Güterrechte der Witwe, bezw. ihren Erben, zwei Dritteile zu. Dies focht der erwähnte Sohn an, indem er das ganze hier liegende Vermögen als Testamentserbe beanspruchte und das Eherecht der Frau als durch das Verbrechen verwirkt erachtete. Das Civilgericht wies ihn mit diesem Anspruche ab und hielt den Teilungsmodus der Gerichtsschreiberei aufrecht, aus folgenden Gründen:

Nach § 13 des Gesetzes über eheliches Güterrecht und Erbrecht erhält bei Tod eines Ehegatten der überlebende  $\frac{2}{3}$

des gemeinsamen Vermögens. Diese Quotenteilung hat eine ehedüterrechtliche, nicht erbrechtliche Natur, der überlebende Ehegatte zieht kraft eigenen Rechtes den ihm gehörenden Anteil an sich, und zwar ohne dass das Gesetz für eine gewaltsame Zerreiſung des Ehebandes, wie sie hier vorliegt, eine abweichende Bestimmung aufstellt. Der § 54 desselben Gesetzes, der den, absichtlich den Tod des Erblassers herbeiführenden, Erben als von Rechts wegen enterbt erklärt, kann somit hier nicht angewendet werden, da er ausschliesslich erbrechtlicher Natur ist. Eine Anwendung auf unsern Fall ist unstatthaft, da der Richter das Recht nicht beugen darf.

Das Appellationsgericht erblickte in einer Anwendung des in § 54 niedergelegten Grundsatzes auf diesen Fall keine Rechtsbeugung und sprach dem Kläger sein Rechtsbegehren zu.

Motive: Es geht das Appellationsgericht darin mit der ersten Instanz einig, dass der überlebende Ehegatte seinen gesetzlichen Anspruch auf zwei Drittel des Ehevermögens weder ganz noch teilweise vom Verstorbenen ableite, wie ein Erbe, sondern nur kraft ehelichen Güterrechtes den ihm gehörenden Anteil an sich ziehe, dass somit kein erbrechtliches Element in diesem Quotenbezug des Ueberlebenden stecke, und daher § 54 des Gesetzes über eheliches Güterrecht und Erbrecht, wonach der den Tod des Erblassers absichtlich herbeiführende Erbe von Rechtswegen enterbt ist, nicht direkt Anwendung finde. Aber damit ist die Frage nicht erledigt. Es bleibt immer noch zu erwägen, ob die in § 54 niedergelegte Bestimmung nur in dem hier gedachten Spezialfall anwendbar sei und daher nur für ihn habe erlassen werden wollen, oder ob sie nicht ein allgemeines Prinzip sanktioniere, in einer Einzelanwendung allerdings, aber ohne deshalb die Geltung dieses Prinzips in anderen Fällen ausschliessen oder entbehrlich machen zu wollen. Zu solcher Prüfung ist der Richter umsomehr veranlasst, als die Basler Gesetzgebung nicht in einer systematisch und mit dem Anspruch auf Vollständigkeit auftretenden Codifikation besteht, sondern aus Einzelgesetzen, die sich darauf beschränken, dem Rechtsleben die zu seiner Entwicklung durchaus notwendige Basis zu schaffen, wie denn auch bis auf den heutigen Tag der Schlussparagraph der Stadtgerichtsordnung in Geltung geblieben ist, der den Richter anweist, in Fällen, worüber das Gesetz schweigt, nach der Stadt altem Herkommen und Observanz und in Abgang derer nach den gemeinen Rechten zu urteilen.

In unserem Falle könnte schon aus dem gemeinen Rechte die *exceptio resp. replicatio doli* zur Zurückweisung des beklaglichen Anspruchs verwendet werden, wenn man ihr die Bedeutung und die Tragweite giebt, die angesehene Rechtslehrer für ihre Geltung im heutigen Rechte beanspruchen, z. B. Dernburg, der den Satz aufstellt, sie komme zur Geltung, wenn ein Anspruch zwar in der positiven Gesetzgebung begründet sei, wenn ihm aber im gegebenen Falle das allgemeine Rechtsgefühl der Art entgegenstehe, dass sich das Gericht demselben nicht zu verschliessen vermöge. Man braucht aber nicht einmal so weit zu gehen, weil es eben fraglich ist, ob in unserem Gesetz über eheliches Güterrecht und Erbrecht nach dessen Sinn und Geist der Anspruch des Ehegatten, der den anderen ermordet, auf den für den Todesfall festgesetzten Teilungsmodus begründet sei. Das Rechtsprinzip, dessen keine Rechtsordnung entraten kann, dass man sich durch eine so abscheuliche Verletzung der Pietätsverhältnisse wie Mord eines Menschen, dem man Pietät schuldet, der Vermögensvorteile verlustig mache, die ihren Grund gerade in diesem Pietätsverhältnisse haben, muss auch unseren Fall beherrschen, man darf wohl sagen, gerade weil er für einen Fall, wo unter Umständen der Mord weit weniger das rechtliche und das sittliche Gefühl verletzt, da möglicherweise dieses Pietätsverhältnis weit weniger intim ist, für den Fall des Erben, in § 54 ausdrücklich sanktioniert ist. Durch Argument vom kleineren auf das grössere muss man zu dem Satze gelangen, dass wo ein Ehegatte durch blutige That das heiligste Gemeinschaftsband, das das Recht kennt, zerschneidet, er auch den Vermögensvorteil verliert, den er bei natürlicher Auflösung der Ehe durch das Gesetz erhalten hätte.

Damit wird die Auffassung abgelehnt, dass bei Ermordung des einen Ehegatten durch den anderen in allen Fällen die Teilungsgrundsätze, die bei Ehescheidung gelten, analog anzuwenden seien; ein solches Verfahren würde unter Umständen die Erben des Ermordeten schlechter stellen, als sie durch Teilung bei Tod gestellt wären, und dem Mörder gerade einen Vorteil verschaffen. Vielmehr ist der Satz so zu fassen, dass der Mörder, falls er aus der Ehegemeinschaft einen Vermögensvorteil auf den Todesfall des anderen Ehegatten erlangt hätte, dieses Vorteils durch sein Verbrechen unwürdig und verlustig wird.

---

7. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des  
Obergerichts vom 23. Dezember 1896.

Baubeschränkungen für Villenquartiere. Begriff  
von Villa. Interpretation, Analogie.

Eine Baugesellschaft in Zürich hatte für ihr Villenquartier Bellerive ein Baureglement aufgestellt, wonach u. A. geräuschvolle, die Luft verunreinigende oder feuergefährliche Gewerbe nicht darauf betrieben werden dürfen, wie überhaupt dem Quartier der Charakter eines ruhigen und angenehmen Villenquartiers gewahrt werden müsse. Von diesem Areal erwarb Dr. Kälin eine Parzelle behufs Erbauung eines Privatkrankenhauses mit Augenheilanstalt für ca. 35 Kranke mit freier Aertzewahl, und mit besonderem Operations- und Sektionszimmer zu jederzeitigem Gebrauch. Mit der Unfall- und Krankenkasse der Baugewerbe im Bezirke Zürich schloss Kälin eine Vereinbarung über mietweise Ueberlassung von drei Patientenzimmern mit 8 bis 10 Betten und Veranda. Der nächste Nachbar, Steiner, wollte sich dieses Krankenhaus als durch den Begriff Villenquartier ausgeschlossen nicht gefallen lassen, und klagte auf Untersagung der Benutzung des Hauses zu diesem Zwecke. Die erste Instanz gab ihm, wie recht und billig, recht,<sup>1)</sup> da es sich hier nicht mehr um eine Villa handle, die dem Begriffe dieses Wortes gemäss speziell dem Wohnzwecke des Eigentümers und nur diesem diene, und Villen niemals zur Ausübung eines Gewerbes dienen dürfen, speziell ein Krankenhaus die Annehmlichkeit eines ruhigen Villenquartiers ernstlich gefährde. Die zweite Instanz hob unglaublicherweise dieses Urteil auf. Ihre Motivierung lautet als abschreckendes Beispiel hölzerner Jurisprudenz:

1. Der Kläger stellt sich in erster Linie auf den Standpunkt, dass schon aus der Servitutsbestimmung, welche auf dem beklaglichen Lande lediglich die Erstellung von Villen gestattet, die Unzulässigkeit des Betriebs einer Krankenanstalt gefolgert werden müsse. Allein dieser Auffassung, die auch von der ersten Instanz geteilt wird, kann zweitinstanzlich nicht beigetreten werden. Die Bestimmung, dass auf einem Grundstücke nur Villen errichtet werden dürfen, qualifiziert sich einfach als eine Baubeschränkung, durch welche die Konstruktion der auf der Liegenschaft zu erstellenden Gebäude umschrieben wird, nicht aber als eine die Benutzung dieser Gebäude betreffende Vorschrift. Der Zweck derartiger Servituten geht in erster Linie dahin, einem gewissen Häuserkomplex nach aussen einen mehr oder weniger eleganten

<sup>1)</sup> Ebenso Gutachten von Kohler, Arch. f. civ. Praxis, 87, S. 157 ff.

Charakter (den eines „Villenquartiers“) zu verleihen, und man kann sich daher schon ernstlich fragen, ob sich die Bestimmung, dass eine Liegenschaft nur mit Villen überbaut werden dürfe, nicht in dem Erfordernis einer bestimmten baulichen Aussenkonstruktion der zu erstellenden Häuser erschöpfe. Will man diese Frage indessen auch verneinen oder die Servitut auf die Bauten in ihrer Totalität, d. h. auch auf die innere Konstruktion derselben ausdehnen, so kann doch keinem Zweifel unterliegen, dass dabei immer nur das Gebäude als solches und nicht die Art und Weise seiner Benutzung in Betracht kommen darf. Unter einer „Villa“ wird nach hierseitigem Sprachgebrauch nichts anderes verstanden als ein Gebäude von besonderer Gestalt; nicht erst die spezielle Art der Benutzung, sondern schon die bauliche Konstruktion macht das Haus zur „Villa“, und umgekehrt wird der Villencharakter dem Gebäude nicht dadurch genommen, dass in demselben ein Beruf ausgeübt wird, für den man sich gewöhnlich nicht einer Villa, sondern eines weniger elegant konstruierten Hauses bedient. Es folgt daraus, dass eine solche Berufsausübung nicht schon deswegen untersagt werden darf, weil auf dem betreffenden Lande nur die Erstellung von Villen gestattet ist, und im vorliegenden Falle trifft das um so mehr zu, als sich unter den auf dem Grundstücke des Beklagten lastenden Servituten eine besondere Beschränkung hinsichtlich der Benutzung der Liegenschaft findet (Art. 7 des Baureglements für das Bellerivequartier, welches s. Z. als Servitut auf das Land gelegt wurde). Dieser Umstand unterstützt die Auffassung, dass durch die andere Bestimmung, es seien auf der Liegenschaft nur Villen zu errichten, lediglich eine Baubeschränkung in dem erörterten Sinne statuiert worden ist. Davon ausgehend kann aber die Berufung des Klägers auf die erwähnte Servitutenbestimmung nicht als zutreffend erachtet werden. Denn dass die bauliche Konstruktion des vom Beklagten erstellten Hauses sowohl nach aussen als auch im Innern eine villenartige ist, lässt sich nach den Ergebnissen des vom Gerichte vorgenommenen Augenscheines nicht bezweifeln. Der Kläger hat das auch dadurch anerkannt, dass er s. Z. im Bauprozesse das beklagte Bauprojekt mit Bezug auf den baulichen Charakter in keiner Weise beanstandete.

2. In zweiter Linie wird die Klage damit begründet, dass der Betrieb einer Krankenanstalt im beklagten Gebäude durch Art. 7 des bereits citierten Baureglements für das Bellerivequartier ausgeschlossen werde. Wenn diese Be-

stimmung nun vorschreibt, dass auf dem belasteten Lande keine geräuschvollen, die Luft verunreinigenden oder feuergefährlichen Gewerbe betrieben werden dürfen, so ist ohne weiteres klar, dass der Artikel nach seinem Wortlaute interpretiert auf die vom Beklagten eingerichtete Krankenanstalt keine Anwendung finden kann. Denn wie auch die Vorinstanz mit Recht betont hat, lässt sich der Betrieb eines Krankenhauses nicht schon an sich unter die „geräuschvollen, die Luft verunreinigenden oder feuergefährlichen“ Gewerbe subsumieren, und der zweitinstanzlich vorgenommene Augenschein hat gezeigt, dass auch im vorliegenden Falle keine Einrichtungen vorhanden sind, welche eine derartige Qualifikation irgendwie rechtfertigen würden. Der Kläger legt denn auch das Hauptgewicht darauf, dass der Art. 7 des Baureglements für das Bellerivequartier nicht nach seinem Wortlaut auszulegen, sondern auf alle die Nachbarschaft belästigenden und gewöhnlich in einem Villenquartier nicht vorkommenden Gewerbe auszudehnen sei. Diese Interpretation erscheint indessen als eine durchaus willkürliche und lässt sich mit der klaren Fassung des citierten Art. 7 nicht vereinigen. Richtig ist ja allerdings, dass der Zweck des Baureglements dahin ging, ein angenehmes, ruhiges Quartier zu schaffen. Diesen Zweck glaubte man aber dadurch zu erreichen, dass man eine ganz bestimmte Kategorie von Gewerben ausschloss. Sollten sich nun auch die Beteiligten hierin getäuscht haben, und wäre es von ihrem Standpunkte aus vielleicht richtiger gewesen, eine noch weitergehende Beschränkung hinsichtlich der Benutzung des Landes bzw. der auf demselben zu errichtenden Gebäude zu statuieren, so berechtigt das selbstverständlich den Richter nicht, der einmal getroffenen Bestimmung einen anderen als den ihr wirklich innewohnenden Sinn unterzuschieben. Es mag ja sein, dass die Autoren des Baureglements, wie im Gutachten von Regelsberger bemerkt wird, den Betrieb einer Krankenanstalt im Villenquartier ausgeschlossen hätten, wenn diese Frage bei der Abfassung des Reglements aufgeworfen worden wäre. Das ändert aber nichts daran, dass in That und Wahrheit der Ausschluss sich nicht auf Krankenanstalten u. drgl. erstreckt hat. Was der Kläger anstrebt, ist nichts anderes als eine analoge Anwendung des aufgestellten Verbots auf Gewerbe, die nicht unter dasselbe fallen. Eine solche Ausdehnung erscheint aber schon nach allgemeinen Grundsätzen als ausgeschlossen und würde überdies gegen die klare Vorschrift des § 251 priv. G.-B. verstossen. (Schweizer Blätter für h.-r. Entsch., XVI [1897] S. 50 ff.)

8. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des  
Obergerichtes vom 13. Oktober 1896.

Nachbarrecht (halbe Hofstatt). Gemeinsame  
Brandmauer.

Im Jahre 1887 erstellte St. einen Neubau, und errichtete mit Erlaubnis seines Nachbarn W. die Brandmauer zur Hälfte auf dessen Grund und Boden. Später ging die Liegenschaft des W. auf andere Eigentümer über, zuletzt an L. Dieser überbaute das Grundstück so, dass der Neubau sich an die Mauer des St. anlehnte, ohne dass letzterer Einsprache erhob. Erst später forderte St. von L. Ersatz der Hälfte der Erstellungskosten der Brandmauer. Dieser bestritt seine Zahlungspflicht, und die erste Instanz wies die Klage ab, die zweite aber hiess sie gut.

Aus den Motiven: Der Sinn der schon 1887 zwischen St. und W. getroffenen Vereinbarung war selbstverständlich der, dass W. oder ein allfälliger Rechtsnachfolger desselben, der an die Mauer anbaue, dem Kläger die Hälfte der Erstellungskosten der letzteren schuldig werden solle. Es handelte sich um die Begründung eines Schuldverhältnisses unter der Bedingung der Anlehnung eines Neubaus an die bestehende Brandmauer, und dabei konnte die Meinung der Kontrahenten vernünftigerweise nur sein, dass wenn nicht W. selbst, sondern ein an seine Stelle getretener neuer Eigentümer den Bau ausführe, die Schuldverpflichtung in der Person dieses letzteren, der dann den Nutzen der Brandmauer hatte, und nicht in der des früheren Eigentümers zur Existenz gelangen solle.

Die Frage sodann, ob ein derartiger von einem Grundstückseigentümer für sich und eventuell für seine Singularsuccessoren abgeschlossener Vertrag auch den neuen Erwerbenden gegenüber geltend gemacht werden könne, muss bejahend beantwortet werden, sofern anzunehmen ist, dass der neue Eigentümer von dem Bestehen der Vereinbarung Kenntnis gehabt hat. Selbstverständlich ist der Vertrag ohne weiteres für jeden neuen Erwerbenden verbindlich, wenn er in das Grundbuch eingetragen worden ist. Das gleiche muss gelten, wo der Uebernehmer der Liegenschaft sonst über die Verhältnisse informiert ist. Denn der Eintrag im Grundbuch hat nur die Bedeutung, dass er klaren Aufschluss über die bestehenden Rechtsverhältnisse geben soll; sein Mangel fällt also da, wo die Beteiligten ohnehin von der Sachlage Kenntnis haben, nicht weiter in Betracht. Man hat in der Praxis stets

daran festgehalten, dass vertraglich bestellte Rechte an Liegenschaften, die im Grundbuche noch nicht vorgemerkt sind, bei der Veräusserung des Grundstückes auch dem neuen Erwerber gegenüber wirksam sind, wenn ihm ihre Existenz bekannt war. Ganz ähnlich liegt die Sache bei Vereinbarungen, wie sie hier in Frage stehen.

Darnach fragt es sich, ob anzunehmen sei, dass der Beklagte von dem Bestehen der zwischen St. und W. getroffenen Vereinbarung Kenntnis gehabt habe. Da nun solche Abmachungen, wonach der zuerst Bauende die Brandmauer auf die Grenze stellt, einstweilen die Erstellungskosten vor-schiesst und erst später von dem Nachbar oder dessen Rechts-nachfolgern die Hälfte der Auslagen ersetzt erhält, durchaus üblich sind und eine sofortige Verteilung der Kosten auf beide Grundstückeigentümer in den allerseltensten Fällen stattfindet, und da weiter der Beklagte wusste, dass die klägerische Baute nicht an, sondern auf der Grenze stand — und dies ging aus dem Katasterplan klar hervor — so musste er sich auch mangels irgend welcher Anhaltspunkte für das Gegenteil sagen, dass die Erstellung der Mauer unter denjenigen Be-dingungen erfolgt sei, die thatsächlich zwischen dem Kläger und W. stipuliert worden sind.

(Schweizer Blätter für h.-r. Entsch., XV [1896] S. 299 ff.)

#### 9. Kanton Zürich. Urteil der Rekurskammer des Ober-gerichts vom 31. Dezember 1896.

Pfand. Unzulässigkeit forstwirtschaftswidriger Behandlung des Pfandes durch den Eigentümer.

Für einen Schuldbrief von 45,000 Franken ist eine Liegen-schaft verpfändet, deren Eigentümer das darauf stehende Holz in gewissen Grenzen zum Abschlagen um die Summe von 13,000 Franken an einen Dritten verkauft hat. Der Brief-gläubiger behauptet, durch die Entfernung dieses Holzbestandes (auf ca. 16,5 Aren) werde das Unterpfand erheblich geschwächt, und der übrige Waldbestand dem Winde ausgesetzt und da-durch geschädigt. Er verlangt daher ein Verbot des Ab-schlagens, der Audienzrichter hat ihn aber abgewiesen, weil die beabsichtigte Benutzung der Waldung (ca.  $\frac{1}{2}$  Juchart auf 3 Jucharte schlagfähigen Holzes) keine erhebliche Schmäle-rung des Wertes des Unterpfandes enthalte; die zweite In-stanz hat die gegen diesen Entscheid gerichtete Beschwerde gutgeheissen.

Motive: 1. Nicht beizutreten ist der Ansicht des Rekurrenten, dass jedem Briefgläubiger das Recht zustehe, gegen jeden Holzschlag in der ihm verschriebenen Waldung zu inhibieren, weil darin eine Veräusserung eines Teiles der verpfändeten Sache liege; denn die zürcherische Gerichtspraxis ist von jeher dahin gegangen, dass durch die Verpfändung eines Gegenstandes der im Begriffe des Eigentums liegende Gebrauch des Pfandobjekts und die sonstige Verfügung über dasselbe, insoweit sie sich mit dem bestehenden Pfandrechte verträgt, nicht aufgehoben werde und namentlich auch in besonderer Beziehung auf verpfändete Waldungen die den Verhältnissen angemessene Benutzung derselben, bei grösseren Waldungen also ein den Regeln der Forstwirtschaft, bei kleineren, sich als Bestandteile eines landwirtschaftlichen Gewerbes darstellenden, der einer angemessenen Bewirtschaftung des Gutes entsprechende Holzschlag dem Eigentümer und Pfandschuldner gestattet sein müsse (s. Beiträge Bd XII. 337. Zeitschr. XVIII. 73. XX. 231). Dagegen muss dem Vertreter der Rekurrentin beigepflichtet werden, dass das Abschlagen einer halben Juchart Holz bei einem schlagfähigen Bestande von nur drei Juchart, wie der Rekursgegner behauptet (nach der Behauptung der Rekurrentin wäre der schlagfähige Bestand sogar nur  $1\frac{1}{2}$  Juchart), nicht ohne weiteres als eine angemessene Bewirtschaftung des Gewerbes angesehen werden kann; denn es darf wohl gesagt werden, dass wenn dieser Holzschlag im Interesse einer besseren Bewirtschaftung des Gewerbes liegen würde, es dem Gläubiger nicht einfallen würde, dagegen zu protestieren. Der Gläubiger ist also berechtigt, gemäss § 355 pr. G. B. gegen diesen Holzschlag zu inhibieren (vrgl. Komm. v. Schneider Ziff. 6).

2. Nun erklärt freilich der Vertreter des Rekursgegners, er ermächtige den Gläubiger zum Bezuge des Holzpreises à conto der noch geschuldeten Anzahlung von 5000 Franken; er ist der Ansicht, dass nach dieser Erklärung die Beschwerde gegenstandslos geworden sei. Allein er befindet sich damit im Irrtum, denn der Gläubiger braucht sich eine solche Anweisung an den Käufer nicht gefallen zu lassen, wenn er es vorzieht, das Pfand in unverändertem Zustande zu behalten.  
(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 83 f.)

10. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du  
16 juin 1897.

Droit du créancier hypothécaire de s'opposer aux  
actes de jouissance abusive de son débiteur.

Les époux Jaquemot ont vendu à F. Cottet et F. Huissoud le bois des coupes de leur propriété de Veytay, ainsi que tous les arbres de cette propriété mesurant plus de 35 centimètres de circonférence, au prix de 4000 fr. La Banque cantonale vaudoise, créancière hypothécaire des vendeurs pour la somme de 165,000 fr., s'est opposée à ces coupes et a ouvert action contre Cottet et Huissoud concluant à ce qu'il soit prononcé que c'est sans droit, et contrairement à ses droits de créancier hypothécaire, que les défendeurs ont procédé à des coupes de bois dont l'importance dépasse de beaucoup les fruits naturels annuels des biens hypothéqués. Le Tribunal cantonal a admis la conclusion du demandeur.

Motifs: Considérant que l'art. 1584 C. c. dispose que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation; qu'elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles; qu'enfin, elle les suit dans quelques mains qu'ils passent;

Qu'il y a lieu de tirer du principe que l'hypothèque est un droit réel, cette conséquence qu'elle est un démembrement de la propriété;

Qu'en effet, la propriété (art. 345 ss. C. c.) étant le faisceau de tous les droits réels, si un droit réel existe sur cette propriété au profit d'un tiers, le faisceau se disloque, la propriété est démembrée, tous les droits n'étant plus concentrés sur la tête du propriétaire;

Que, d'ailleurs, l'hypothèque porte une atteinte grave aux pouvoirs du propriétaire, qui ne pourra plus exercer son droit *d'abusus* qu'avec d'importantes modifications;

Que c'est ainsi qu'il n'a plus le droit de détruire l'immeuble hypothéqué, ni même d'exercer des actes de jouissance abusive, par exemple, de couper une futaie non aménagée, au préjudice du créancier hypothécaire;

Que ce dernier peut donc s'opposer, par toutes voies de droit, à ces actes de jouissance abusive de la part de son débiteur.

Considérant, en l'espèce, qu'il est résulté des expertises intervenues, que, si le contrat de vente avait reçu son exécution complète, le domaine de Veytay subirait une telle

dépréciation qu'il ne serait plus suffisant pour la sûreté du créancier;

Qu'en effet, ces immeubles donnés en garantie d'un prêt hypothécaire total de fr. 165,000, quoique évalués au cadastre 214,543 fr., ne sont taxés par les experts que 141,703 fr., alors que la dépréciation résultant de la vente faite à C. et H. est estimée par experts à fr. 52,000;

Qu'ainsi, la Banque créancière se trouverait en présence d'un découvert considérable, provenant d'un contrat consenti par ses débiteurs, au mépris des engagements qui le priment.

Considérant que le créancier hypothécaire ayant un droit de suite, en vertu de l'art. 1584 C. c., ce droit serait illusoire si la propriété était seulement limitée à l'égard du débiteur, d'où il suit que le créancier doit avoir, contre le tiers détenteur, le droit qu'il a contre le débiteur; qu'en effet, le tiers détenteur n'ayant qu'une propriété démembrée, son droit est limité par celui du créancier hypothécaire, et il ne saurait faire quoi que ce soit qui altérerait ce droit;

Qu'ainsi, en l'espèce, la Banque cantonale avait vocation à s'opposer à ce que le contrat lésant ses droits, contrat ne conférant d'ailleurs aucun droit réel sur la chose, reçût une exécution quelconque au moyen de l'exploitation des bois.

(Journal des tribunaux, XLV [1897] p. 445 ss.)

#### 11. Kanton St. Gallen. Urteil des Kantonsgerichts vom 7. April 1897.

Gesetzliche Zinsbeschränkung. Rückwirkung auf schon bestehende Hypothekarschulden.

Am 28. Juni 1896 trat für den Kanton St. Gallen das durch Volksabstimmung angenommene Gesetz betreffend den Zinsfuss für Hypothekarschulden in Kraft, das bestimmte: Der Zinsfuss für alle Hypothekarschulden darf nicht mehr als 4 Prozent betragen. Wer sich einen höhern Zinsfuss versprechen lässt oder thatsächlich bezieht, verfällt wegen Wuchers in Strafe. Auf Grund dieses Gesetzes kündete der Gläubiger G. Beck seinem Schuldner W. Gmür zwei Kaufschuldversicherungsbriefe, von denen der eine, im Betrag von Fr. 8000 zu 4 <sup>3</sup>/<sub>4</sub> % verzinslich, bei richtiger Verzinsung bis zum 1. Januar 1900 unkündbar war, der andere, im Betrag von ursprünglich Fr. 8300, jetzt noch von Fr. 5800, auch zu 4 <sup>3</sup>/<sub>4</sub> % verzinslich, in halbjährlichen Terminen mit je Fr. 500 abzubezahlen war. Beck hielt sich zu sofortiger Kündigung berechtigt, weil er ein vertragliches Recht auf 4 <sup>3</sup>/<sub>4</sub> % habe

und nicht genötigt werden könne, diesen Zins sich reduzieren zu lassen. Der Schuldner wollte die Kündigung nicht annehmen.

Das Bezirksgericht St. Gallen erklärte die Kündigung als unstatthaft, weil das Gesetz von 1896 rückwirkende Kraft auf alle Schuldverpflichtungen habe, indem es auf der Annahme beruhe, dass ein höherer als 4prozentiger Zins auf Hypothekendarlehen ein zu grosses Aequivalent für die hypothekarische Sicherheit, überhaupt eine zu grosse Last für den Schuldner sei, die deshalb zwangsweise einseitig erleichtert werden müsse; dem widerspräche es, wenn der Gläubiger nun unkündbare oder sogen. Terminbriefe künden und den Schuldner dadurch in eine erschwerte Lage bringen könnte. Das Kantonsgericht bestätigte diesen Entscheid.

Motive: 1. Es steht ausser Frage, dass die beiden Kaufschuldversicherungsbriefe insoweit von dem Gesetze vom 28. Juni 1896 betroffen worden sind, als der vereinbarte Zinsfuss von  $4\frac{3}{4}\%$  auf  $4\%$  reduziert und es dem Kläger als Gläubiger von Gesetzes wegen und bei Strafe verboten und dem Beklagten als Schuldner dadurch thatsächlich unmöglich gemacht worden ist, mehr Zins zu beziehen bzw. zu leisten. Wenn nämlich auch der Rechtsgrundsatz von der Nichtrückwirkung der Gesetze allgemein anerkannt ist, so kennt doch schon das gemeine Recht Fälle, in denen die rückwirkende Kraft einem Gesetze beigelegt worden ist, und dies thut auch das heute in Frage liegende Gesetz, indem sein Wortlaut „alle Hypothekarschulden“ in sich schliesst, und die unverkennbare Meinung der Volksinitiative, die zu dem Gesetze führte, und in Uebereinstimmung damit der Zweck des Gesetzes dahin gehen, eine Entlastung des Hypothekarschuldners im Zinsfusse für bereits bestehende Schuldverschreibungen zu erwirken.

2. Der Kläger behauptet nun nicht, dass der Beklagte aus eigener Schuld die Erfüllung der vertraglichen Pflicht verabsäumt habe, jedoch sei demselben auf Grund des mehrerwähnten Gesetzes die Erfüllung der Zinspflicht zu den vertraglich vereinbarten  $4\frac{3}{4}\%$  unmöglich gemacht worden und es könne angesichts dieses Zinsverlustes dem Kläger nicht zugemutet werden, die Verpflichtung der Unkündbarkeit bzw. der Annahme terminweiser Abzahlungen fernerhin zu erfüllen.

Wenn der Kläger den gegenwärtigen Rechtsstreit als einen rein privatrechtlichen behandelt wissen will, so wäre rein privatrechtlich zu untersuchen, ob die Unmöglichkeit der Erfüllung der bisherigen Zinsverpflichtungen wirklich auf Seite

des Schuldners liege. Nun enthält das Gesetz von 1896 keine Bestimmung, die dem Pfandschuldner das Anbieten oder Leisten von mehr als 4<sup>0</sup>/<sub>10</sub> verbietet, die entscheidende Bestimmung ist direkt gegen den Pfandgläubiger gerichtet, indem sie diesem unter schweren Strafen das Fordern und Annehmen von mehr als 4<sup>0</sup>/<sub>10</sub> Zins untersagt. Rein privatrechtlich betrachtet, besteht daher die Unmöglichkeit der Erfüllung der bisherigen Zinsverpflichtungen, woraus der Kläger nach den strengen Normen des Privatrechtes auch seine Liberierung von den bisherigen Terminbestimmungen ableitet, nicht sowohl in einer auf schuldnerischer Seite eingetretenen Unmöglichkeit der bisherigen Zinsleistungen, als in einer auf Seite des Gläubigers neu eingetretenen Unmöglichkeit, die bisherigen Zinsleistungen vom Pfandschuldner ferner anzunehmen.

(Weiter wird ausgeführt, dass diese Kaufschuldversicherungsbriefe mit ihren Klauseln im engsten Zusammenhang mit dem Abschlusse des Kaufs über die Liegenschaft stehen, dass der Kauf zu dem erzielten Preise ohne diese Bedingungen der Unkündbarkeit und der terminweisen Abzahlung wohl nicht zu Stande gekommen wäre, diese Bedingungen also im gemeinsamen Interesse der Parteien waren und die wesentliche Vertragsbestimmung bildeten, neben der die Zinsfußfestsetzung zu 4<sup>3</sup>/<sub>4</sub><sup>0</sup>/<sub>10</sub> nur eine untergeordnete Vertragsbestimmung war. „Desswegen kann die von Gesetzeswegen eingetretene Reduktion des Zinsfußes auf 4<sup>0</sup>/<sub>10</sub> dem Kläger nicht ein Recht verschaffen, seine beiden Kaufschuldversicherungsbriefe entgegen ihrem Inhalte abzukünden.“ Wollte man ihm dieses Recht zusprechen, so müsste man auch gegenteils das Recht des Schuldners anerkennen, den Liegenschafts Kauf rückgängig zu machen, da dessen Bedingungen jetzt nicht mehr erfüllt werden.)

3. Die Einrede des Klägers, das Gesetz habe seine Privatrechte auf Bezug von 4<sup>3</sup>/<sub>4</sub><sup>0</sup>/<sub>10</sub> Zins verletzt, begründet sein Kündigungsrecht nicht. Einmal ist das Recht des Grossen Rates bzw. Volkes auf Erlass von Gesetzen, welche die Rechte und Pflichten der Privaten allgemein und bleibend normieren, in Art. 54 bzw. Art 46 e der Kantonsverfassung garantiert und es ist deshalb das Gesetz vom 28. Juni 1896, durch welches die Vertragsfreiheit der Kontrahenten im Hypothekarverkehre beschränkt wurde, in zulässiger Weise erlassen worden, so dass von einer rechtswidrigen Verletzung von Privatrechten nicht die Rede sein kann; dies um so weniger, als das Gesetz ein Ausfluss sittlicher Anschauung

dahingehend ist, dass 4<sup>0</sup>/<sub>0</sub> und auch weniger Zins den Verhältnissen des Verkehrs und den Bedürfnissen der Beteiligten entsprechen, während die Ansetzung eines höhern Prozentsatzes eine unerlaubte Handlung sei, die aus öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten mit Strafe bedroht werden müsse. Dann darf darauf hingewiesen werden, dass schon im bisherigen Hypothekengesetze ein Zinsfussmaximum (zu 5<sup>0</sup>/<sub>0</sub>) bestand, womit angedeutet ist, dass der Zinsnehmer zum Voraus das Risiko übernahm, dass wiederum durch Gesetz dieses Zinsmaximum anders normiert werden könne.

4. Schliesslich ist beizufügen, dass der Zweck des Gesetzes, mit der Zinsfussreduktion den Hypothekarschuldner zu entlasten, illusorisch gemacht würde durch eine dem Gläubiger eingeräumte Befugnis, wegen der Zinsfussreduktion, vertraglichen Abmachungen zuwider, dem Schuldner das Kapital vorzeitig abkünden zu können, da durch die Abkündigung das Interesse des Schuldners an der Zinsfussreduktion paralisiert werden kann.

Aber selbst angenommen, es läge in dem Erlasse des Gesetzes eine rechtswidrige Verletzung wohlerworbener Privatrechte, so könnte dies doch nicht zur Aufrechterstellung der klägerischen Rechtsfrage führen, weil nicht der Beklagte, sondern der Staat den angeblichen rechtswidrigen Eingriff gemacht hat und der vermeintlich geschädigte Kläger seine allfälligen Ansprüche gegenüber dem Staate, nicht aber gegenüber dem Beklagten geltend zu machen hätte.

---

#### 12. Kanton Zürich. Urteil der Appellationskammer des Obergerichts vom 15. Juni 1897.

Recht des gutgläubigen Erwerbers eines Schuldbriefes auf Anerkennung von dessen urkundlichen Inhalt, vom Inhaber eines Interimsscheines noch nicht erworben.

Am 9. September 1895 lobte M. Aulinger zu Gunsten von H. Streicher in der Notariatskanzlei Wiedikon einen Kaufschuldbrief von Fr. 14,000 an, der infolge Wegbedingung der Nachwährschaft den Charakter eines eigentlichen Schuldbriefes erhielt. Bei der Anlobung wurde aufgenommen, dass an den Brief jährlich Fr. 1000 abzubezahlen seien, erstmals am 1. Oktober 1896.

Am 2. März 1896 vereinbarten Aulinger und Streicher den Beginn dieser jährlichen Abzahlungen erst mit 1. Oktober 1898. Am 18. März 1896 trat Streicher seine Rechte an dem

Schuldbrief an J. Geiger ab, ohne ihm von dieser Veränderung der Abzahlungstermine Kenntnis zu geben. Geiger cedierte seine Rechte am 31. Mai 1896 an den Basler und Zürcher Bankverein, der von jener Aenderung ebenfalls nichts erfuhr. Da der Schuldbrief selbst damals noch nicht ausgefertigt war, liess sich Geiger zu Händen des Bankvereins auf dem von der Notariatskanzlei an Stelle des Schuldbriefes verabfolgten Interimsschein am 19. März 1896 vom Notar das Zeugnis ausstellen: „Die Notariatskanzlei verpflichtet sich, den hier in Abschrift vorliegenden Kaufschuldbrief von Fr. 14,000 nach dessen Ausfertigung und Besiegelung dem Bankverein als Faustpfandkreditor zuzustellen und für denselben bis dahin den Faustpfandbesitz auszuüben.“ Dergleichen Erklärungen der Notare sind in Zürich in letzter Zeit üblich geworden.

Gemäss dem Inhalt des ihm abgetretenen Interimsscheines verlangte der Bankverein am 1. Oktober 1896 von Aulinger die erste Ratenzahlung von Fr. 1000, die dieser mit Berufung auf jene Vereinbarung mit Streicher verweigerte. In dem Prozesse, der nun entstand, machte er geltend, der Bankverein sei nicht Inhaber des Schuldbriefes, der noch gar nicht ausgefertigt sei; als blosser Cessionar der Forderung müsse er sich aber die Einrede der Prolongation aus jener Vereinbarung, weil diese vor der Cession stattgefunden habe, entgegenhalten lassen. Der Bankverein berief sich dagegen auf das in § 390 Priv. G.-B.<sup>1)</sup> dem gutgläubigen Erwerber eines Schuldbriefes gewährleistete Recht auf volle Anerkennung seines urkundlichen Inhaltes; der Interimsschein habe den gleichen Wert, wie der Schuldbrief; auf die (fehlende) Siegelung komme nichts an.

Bei diesem Rechtsstandpunkt wurde der Bankverein vom Bezirksgericht Zürich geschützt, im wesentlichen mit der Erwägung, dass auf Grund des ihm übertragenen Interimsscheines und der Erklärung der Notariatskanzlei vom 19. März 1896, dass sie den Faustpfandbesitz am Schuldbrief fortan für den Bankverein ausübe, dieser vom genannten Zeitpunkte an Inhaber des Schuldbriefes gewesen sei. Denn der Besiegelung komme nicht eine gewissermassen konstitutive Wirkung zu, nicht erst durch sie werde der Schuldbrief zum Träger des in ihm verkörperten Forderungsrechtes. Nach § 91 des

<sup>1)</sup> Wer einen Schuldbrief in gutem Glauben erworben hat, hat dem Schuldner gegenüber auch dann ein Recht auf volle Anerkennung seines urkundlichen Inhaltes, wenn dem Veräusserer Einreden, die sich nicht auf die Urkunde stützen, entgegengestanden wären.

Notariatsgesetzes und § 12 der obergerichtlichen Verordnung vom 10. Dezember 1881 habe die Besiegelung durch den Bezirksgerichtspräsidenten vielmehr offenbar nur deklaratorische Bedeutung, und der Charakter des Schuldbriefes als Wertpapier werde nicht erst durch sie begründet. Der Schuldbrief als solcher existiere also schon vor der Besiegelung, nur leide er an dem Mangel, dass er nicht aushingegeben werden darf. Die Uebertragung desselben könne aber offenbar schon von der Anlobung an mit allen bei einem besiegelten Schuldbrief eintretenden Wirkungen erfolgen, sofern der Notar für den neuen Erwerber den Besitz an der Urkunde ausübt.

Auf die Appellation des Aulinger wurde dieses Urteil indess von der zweiten Instanz aufgehoben und jener bei seiner Zahlungsweigerung geschützt.

Motive: Die Vereinbarung, welche Aulinger mit Streicher über die Abänderung der Modalitäten des Schuldbriefes getroffen hat, ist am 2. März 1896 abgeschlossen worden, also zu einer Zeit, in der Streicher unbestrittenermassen noch Inhaber der Schuldbriefforderung war. Es kann sich mithin einzig und allein fragen, ob die früheren Zahlungsbedingungen nicht gemäss § 390 P.-G.-B. bei der Uebertragung der Forderung auf Geiger und den Bankverein nachträglich wieder in Kraft getreten seien. Diese Frage ist aber im Gegensatz zur erstinstanzlichen Auffassung zu verneinen, weil der erwähnte § 390 eine perfekte Schuldbriefurkunde voraussetzt und es an einer solchen im vorliegenden Falle Mangels der erforderlichen Besiegelung durch den Gerichtspräsidenten fehlte. Richtig ist allerdings, dass zur Entstehung der Hypothekarforderung als solcher nichts weiter verlangt werden kann, als die gehörige Anlobung des Briefes in der Notariatskanzlei. Damit aber die speziellen Wirkungen eintreten können, welche das Gesetz an die Uebergabe der Schuldbriefurkunde knüpft, muss die letztere selbstverständlich in jeder Beziehung den gesetzlichen Formvorschriften entsprechen. Nun bestimmt § 43 des Notariatsgesetzes vom 26. Juni 1839, dass die in § 40 des nämlichen Gesetzes genannten Urkunden — und zu diesen gehören auch die Schuldbriefe — sowohl mit der vollständigen Namensunterschrift des Landschreibers, als auch mit dem Siegel des Bezirksgerichts der gelegenen Sache und der Unterschrift des Gerichtspräsidenten zu versehen seien. Es kann demnach gewiss nicht bezweifelt werden, dass die Besiegelung der Urkunde zur Perfektion derselben gerade so gut erforderlich ist wie die Unterzeichnung durch den Landschreiber.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 222 ff.)

13. Kanton Aargau. Urteil des Obergerichts vom  
12. März 1895.

Servitut oder Reallast?

Das aus der Fronmühle samt dem Kellerhofe bestehende Mühlegut in H. ist laut Urkunden vom 10. August 1801 und 11./14. Dezember 1802 vom fürstlichen Stifte zu S. an J. J. H. verkauft worden und weiter durch Verkauf an die Vorfahren des M. A. U., heutigen Eigentümers, übergegangen. Mit den Liegenschaften ist dem J. J. H. auch die auf dem Kellerhofe haftende Verpflichtung zum Halten des Wucherviehes überbunden worden und auch an die Vorfahren des Klägers übergegangen. Durch Vergleich von 1860 zwischen dem damaligen Eigentümer der Fronmühle und der Gemeinde H. wurde diese Pflicht auf das Halten eines Wucherstieres beschränkt und der Eigentümer gegen Zahlung von 300 Fr. vom Halten eines Ziegenbockes befreit. Der heutige Eigentümer bestreitet die Verpflichtung zum Halten eines Wucherstieres nicht, will sie aber ablösen, wozu er berechtigt sei, da eine Reallast vorliege und solche nach der Aargauer Staatsverfassung ablöslich seien. Die beklagte Gemeinde behauptet, die Verpflichtung sei ihrer Natur nach eine Servitut und keine Reallast, also nicht ablösbar. Das Obergericht hat sich für Annahme einer Reallast ausgesprochen.

Motive: Es ist ein Fundamentalsatz in der Lehre von den Dienstbarkeiten, dass dieselben den Eigentümer der dienenden Sache wohl verpflichten, an letzterer gewisse Handlungen des Berechtigten zu dulden, bzw. gewisse eigene Handlungen zu unterlassen, dass sie ihn aber nicht zu einem Thun verpflichten können. Diesen Grundsatz hat auch § 522 aarg. B. G. B. aufgenommen. Nun ist die auf dem Kellerhofe haftende Last eine solche, die den Eigentümer zu einem Thun verpflichtet, indem das Halten eines Zuchtstieres offenbar positive Leistungen des Verpflichteten erfordert.

Die in Frage kommende Verpflichtung kann sowohl ihrem erkennbaren geschichtlichen Ursprunge, als ihrer Natur nach nur als Reallast, d. h. als ein besonderes deutschrechtliches, aus einem Gewaltverhältnis weltlicher oder kirchlicher Natur hervorgegangenes Rechtsgebilde aufgefasst werden. Das Gewaltverhältnis, von welchem die heutige Reallast ihren Ausgang genommen hat, ist in der vom Stifte S. einst besessenen Grundherrlichkeit zu suchen, worauf auch die Benennung Fronmühle hinweist. Die Pflicht des Klägers trägt in der That die der Reallast eigenen Merkmale. Sie stellt sich dar

als eine auf dem Kellerhof, also auf liegendem Gute haftende, den jeweiligen Eigentümer desselben zu bestimmten positiven Leistungen (Halten eines Zuchtstieres) verpflichtende Last. Hieraus folgt auch die grundsätzliche Ablösbarkeit der Last gemäss Art. 87 der aarg. Staatsverfassung.

(Bericht des aarg. Obergerichts für 1895/96 an den Grossen Rat, S. 69 ff.)

#### 14. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 29 juillet 1896.

##### Propriété de sources. Servitude constituée par prescription.

La commune de Chézard-Saint-Martin est propriétaire de deux petites combes, situées sur son territoire dans lesquelles des sources jaillissent à la surface du sol et forment deux petits ruisseaux qui se rejoignent à Pertuis, descendent dans le vallon de Côtty et font mouvoir un moulin appartenant à la famille Gasser. En 1895, la commune fit capter les sources et fit établir une canalisation pour en conduire les eaux dans les villages de Chézard et de Saint-Martin. Les hoirs Gasser ont intenté une action contre ce procédé: propriétaires du domaine et du moulin de Pertuis, ils prétendent également être propriétaires du cours d'eau qui traverse ce domaine et ils produisent, à l'appui de leur revendication, les actes suivants:

Le 6 février 1598, il fut enregistré dans le Registre des „Reconnaissances“ de la commune de Dombresson qu'une „mise et acencissement“ avait été accordée par feu le gouverneur Vallier à Collet Magnin sur „vng moulin et vne mollière ou bien vne rebatte lequel de troys ruages luy accommodera le mieux au lieu dict à pertuys.“ Dans une seconde reconnaissance, en date du 8 mars 1697, la chose acensée était désignée comme suit: „un moulin . . . et avec du dit moulin le cours de l'eau qui passe en bas pertuy, laquelle vient des Combes dessus le dit Pertuis . . . et les autres eaux que le dit confessant pourra ramasser depuis le dit Pertuys jusqu'au dit moulin . . .“

Les demandeurs prétendent que ces actes établissent leur propriété sur le ruisseau qui traverse leur domaine. Si donc la commune défenderesse voulait disposer, dans un but d'utilité publique, des sources qui alimentent ce ruisseau, elle devait se conformer, disent-ils, aux formalités de l'expropriation et payer aux hoirs Gasser une juste et préalable indemnité.

Il en serait de même, si le tribunal estime que les acensements susdits conféraient sur les eaux du ruisseau non un droit de propriété, mais un droit d'usage.

La défenderesse a répondu: La commune de Chézard est propriétaire des bienfonds où les sources jaillissent; elle est par cela même propriétaire des sources (art. 491 C. c. N.) et elle peut en disposer comme bon lui semble. Les demandeurs prétendent, à la vérité, posséder une servitude sur ces sources, mais ils n'en ont pas apporté la preuve.

Le Tribunal cantonal a débouté les demandeurs de leurs conclusions.

Motifs: Les deux extraits des Reconnaissances de la commune de Dombresson parlent d'une „mise et acencissement du cours de l'eau qui passe en bas Pertuys, laquelle vient des Combes dessus le dit Pertuys.“ Dans l'ancien droit neuchâtelois, l'acensement d'un cours d'eau n'en transportait jamais la propriété au censitaire, mais ne conférait à celui-ci qu'un droit d'usage (Calame p. 127). D'autre part, le prince pouvait donc acenser les eaux courantes dont il était propriétaire, mais nullement les sources qui appartenaient au propriétaire du sol dans lequel elles se trouvaient (ibid. p. 62).

Dans ce cas particulier, rien ne peut faire supposer qu'il en était autrement, c'est-à-dire que le prince eût été propriétaire de la Combe Mauley et de la petite Berthière et qu'il eût acensé les sources qui s'y trouvaient.

Les acensements de 1598 et 1697 conféraient donc aux censitaires uniquement un droit d'usager les eaux du ruisseau. Ce droit doit être envisagé par le tribunal comme subsistant encore, puisqu'il n'est pas établi que la concession ait été révoquée.

La question qui domine le litige est de savoir si la commune de Chézard-St.-Martin est propriétaire des sources de la Combe Mauley et de la petite Berthière et si elle peut en disposer comme bon lui semble. Or, l'art. 491 C. c. N. dit: „Celui qui a une source dans son fonds peut en user à sa volonté, sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par prescription.“

Cet article ne fait pas de différence entre les sources qui jaillissent naturellement sur le sol et celles qui n'y parviennent que grâce à des fouilles. Mais on pourrait se demander s'il est aussi applicable aux sources privées qui alimentent un ruisseau public ou privé, ou qui même en forment le principal affluent. On doit répondre affirmativement. En effet, l'article 491 déclare que le propriétaire du fonds

où se trouve la source peut en user à sa volonté; il ne fait à ce principe qu'une seule exception pour le cas où le propriétaire du fonds inférieur aurait acquis une servitude sur la source. Or, le juge irait à l'encontre de la volonté du législateur, ou tout au moins modifierait la loi, au lieu de l'appliquer, si à l'article 491 il ajoutait cette seconde et très importante exception que le droit du propriétaire de la source est encore limité dans le cas où la source se jette dans un ruisseau ou même en forme un des affluents principaux. Cette seconde exception serait si importante qu'elle changerait profondément le sens et la portée de l'article et porterait une grave atteinte au droit du propriétaire (Laurent, VII p. 210, 214; Demolombe, XI N° 101).

Les demandeurs prétendent qu'ils ont acquis, et par titre et par prescription, une servitude sur les sources. En fait de titres, ils invoquent les actes qu'ils ont produits. Or, la servitude est une aliénation partielle de la propriété; il est donc nécessaire que le propriétaire consente à ce démembrement de sa propriété. Le titre dont parle l'art 491 est un titre privé (acte notarié, aussi bien dans le droit coutumier que dans le droit actuel) et non pas un acensement ou acte de concession, puisque l'Etat ne peut aliéner une propriété de source qu'il n'a pas. Or, les hoirs Gasser sont dans l'impossibilité de produire aucun acte d'après lequel la défenderesse ou ses devanciers auraient consenti à créer une servitude en faveur des hoirs Gasser.

D'autre part, pour que la prescription soit acquise, il faut, à teneur de l'art. 492 C. c.: a) une jouissance trentenaire, b) des travaux apparents exécutés par le propriétaire du fonds inférieur sur le fonds supérieur, travaux faits par lui pour faciliter la chute et le cours de l'eau dans sa propriété. Dans le cas particulier, il est évident que les demandeurs, ou leurs préposés, ont joui des eaux de la Combe Mauley et de la petite Berthière pendant plus de trente ans. Ils avaient aussi exécuté une canalisation qui était un ouvrage „apparent,“ mais qui ne se trouvait pas sur le ou les fonds supérieurs, de sorte qu'un des réquisits de l'art. 492 fait défaut et que la prescription n'est pas acquise.

(Jugements du Tribunal cantonal de Neuchâtel, IV p. 277 ss.)

15. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts  
vom Jahre 1896.

Servitut. Umfang der Benützung.

Im ersten Stocke des vom Beklagten bewohnten Hauses ist ein Abort, der durch ein Abfallrohr in eine auf der Liegenschaft des Klägers befindliche Cisterne mündet. Diese Einrichtung stellt eine Dienstbarkeit dar, bei welcher die Liegenschaft des Klägers dienendes, das vom Beklagten bewohnte Haus herrschendes Grundstück ist. Die Servitut ist im Grundbuch nicht eingetragen; es handelt sich um eine in einer körperlichen Anstalt sich darstellende ständige Dienstbarkeit.

Der Beklagte, als Eigentümer des herrschenden Grundstückes, hat nun Veränderungen in der Weise vorgenommen, dass er anstatt des bisherigen Einlauftrichters deren zwei auf dem Abfallrohr anbrachte und ein Doppelgemach errichtete. Beklagter beabsichtigte im zweiten Stock noch zwei weitere Aborte zu erstellen und sie in Verbindung zu bringen mit dem vom Abtritt im ersten Stock nach der Cisterne des Klägers führenden Abfallrohr.

Gegen die Ausführung dieses Projektes hat der Kläger Inhibition erwirkt und sodann Klage erhoben. Das Bezirksgericht Schaffhausen hat in der Folge dem Beklagten die Erstellung von zwei Aborten im zweiten Stock seines Hauses mit Ausmündung in die Cisterne untersagt, hingegen wurde des Klägers Begehren um Beseitigung eines bereits erstellten zweiten Abtritts im ersten Stock abgewiesen. Gegen dieses Urteil hat der Beklagte appelliert.

Im Obergericht war eine Minderheit für Abweisung des Klägers: Die Einrichtung komme nur so weit in Betracht, als sie sich auf dem dienenden Grundstück befinde; da werde aber keine Aenderung vorgenommen, namentlich werde das in das Eigentum des Klägers hinübergelassene Abfallrohr nicht erweitert, und deshalb bestehe für den Kläger auch kein Recht zur Einsprache. — Die Mehrheit entschied zu Gunsten des Klägers.

Motive: Wo der Umfang der Servitut in Frage kommt, muss die ganze Einrichtung berücksichtigt und dem Belasteten das Recht zuerkannt werden, gegen jede Veränderung des bestehenden Zustandes Einsprache zu erheben, sobald die Gefahr vorhanden ist, dass die Veränderung dem dienenden Grundstück nachteilig werden kann und es sich nicht um blosse Reparaturen handelt. In der Anbringung und Be-

nutzung von zwei weitem Abtritten läge eine unstatthafte Veränderung. Die neue Einrichtung müsste in Zukunft zu ganz andern Schlüssen führen. Wenn im zweiten Stock zwei Abtritte vorhanden sind, die mit der Cisterne im Zusammenhange stehen, so würde man dem Kläger mit Recht entgegenhalten, diese Anstalt bilde einen Beweis dafür, dass die Cisterne entgegen dem bisherigen beschränkten Zustand in durchaus unbeschränkter Weise den sämtlichen Bedürfnissen des Hauses diene, unbekümmert um den Umfang der Ausnützung der letztern. Durch Gestattung der projektierten Baute würde die Dienstbarkeit zu einer ganz andern, aber auch das Mass der Ausübung würde zum Nachteil des Klägers eine Veränderung erleiden. Richtig ist allerdings, dass das bestehende Verhältnis vom sanitärischen und sittenpolizeilichen Standpunkt aus zu missbilligen ist, allein die Verbesserungen dürfen nicht zu Lasten des dienenden Grundstückes erfolgen und das umsoweniger, als der Beklagte Gelegenheit hat, rationelle Einrichtungen auf dem eigenen Grundstück zu treffen.

(Amtsbericht des Obergerichts des Kant. Schaffhausen f. 1896, S. 39 ff.)

---

16. Kanton Zürich. Entscheid der Appellationskammer des Obergerichts vom 20. Februar 1897.

Schriftlicher Kaufvertrag, wiefern betroffen durch Weglassung von Bestimmungen desselben in der notarialischen Kaufsfertigung.

Architekt J. Schwegler verkaufte einem Helbok Liegenschaften. Im schriftlichen Kaufvertrag übernahm er diesem Käufer gegenüber die Garantie für ungehindertes Baurecht auf dem verkauften Grund und Boden. Bei der darauf folgenden notarialischen Fertigung des Kaufes wurde diese Garantie nicht mehr erwähnt, dagegen ausdrücklich die Nachwährschaft des Verkäufers wegbedungen. In einem hierüber mit einem Rechtsnachfolger des Helbok, Widmer, entstandenen Prozesse behauptete nun Schwegler, durch die Weglassung bei der notarialischen Fertigung sei die Garantie aufgehoben worden. Er unterlag aber mit diesem Standpunkte.

Motive: 1. Der Rekurrent (Schwegler) war an die durch den schriftlichen Kaufvertrag übernommene Verpflichtung, seinem Käufer Helbok für ungehindertes Baurecht einzustehen, so lange gebunden, als diese Garantie nicht in schriftlicher Form wieder aufgehoben wurde, so dass es sich

frägt, ob die notarialische Fertigung des Kaufes diese Bedeutung hatte.

Es mag als richtig anerkannt werden, dass der Fertigungsakt sich rechtlich als Abschluss eines Vertrages zwischen dem Verkäufer und dem Erwerber des Grundstückes darstellt und dass, wenn sich Differenzen zwischen dem Inhalt des privaten Kaufvertrages und demjenigen des notariellen Aktes ergeben, unter Umständen aus dem letztern auf Entlastung eines Kontrahenten von ursprünglichen Verpflichtungen geschlossen werden kann. Aber dies ist jedenfalls nur richtig hinsichtlich solcher Parteirechte und Pflichten, welche mit der kanzleiischen Uebertragung des Grundeigentums, wie solche in § 51 des Notariatsgesetzes genauer bezeichnet sind, unmittelbar zusammenhängen, nicht aber hinsichtlich blosser obligatorischer Nebenbestimmungen. Wenn solche bei der notarialischen Fertigung nicht mehr erwähnt sind, so können sie nicht schon mit Rücksicht hierauf als aufgehoben betrachtet werden. Der Berechtigte verzichtet allerdings durch Unterlassung der Eintragung ins Grundbuch darauf, seinem Recht, soweit dies überhaupt möglich wäre, dinglichen Charakter zu verleihen und dadurch auch den allfälligen dritten Erwerber des Grundstückes zur Respektierung desselben zu verpflichten; er entlässt aber dadurch den ursprünglichen Mitkontrahenten noch nicht in schlüssiger Weise von den im Kaufvertrag übernommenen obligatorischen Verpflichtungen.

2. Im vorliegenden Falle handelt es sich unzweifelhaft nur um eine vom Verkäufer eingegangene Verpflichtung der letztern Art. Er haftete dem Käufer für Schadenersatz, wenn derselbe durch Einsprachen dritter Personen an ungehinderter Ausnutzung des verkauften Landes zu baulichen Zwecken gehindert wurde. Ob diese Bestimmung der Natur der Sache nach auf Verlangen der Beteiligten mit besonderer rechtlicher Wirkung hätte ins Grundprotokoll aufgenommen werden können, braucht hier nicht erörtert zu werden. Jedenfalls war sie kein wesentlicher Bestandteil des notarialischen, den Verkehr mit Grundeigentum beschlagenden Fertigungsaktes. Die in letzterm enthaltene Wegbedingung von Nachwährschaft endlich entband den Verkäufer nur von der Haftbarkeit für Mängel der Kaufsache, nicht aber von anderweitigen, beim Kaufabschluss übernommenen obligatorischen Verpflichtungen gegenüber dem Käufer.

(Schweizer Blätter f. h.-r. Entsch., XVI S. 125 f.)

17. Canton de Genève. Jugement de la Cour de justice civile du 24 avril 1897.

Vente d'un cheval; défauts de la bête et manque de qualités promises; distinction juridique entre ces deux idées.

Le 9 octobre 1896, Ziegler a assigné Vernet devant le tribunal de Genève pour être condamné à lui payer la somme de 4000 frs. pour prix d'un cheval qu'il lui avait vendu et livré. Vernet a conclu à la résiliation du marché, en se basant sur les dispositions des art. 243 ss. C. O.; il allègue qu'au moment de la conclusion de la vente, le cheval était atteint, au pied antérieur droit, d'une maladie grave connue sous le nom de „formes“ occasionnant une boîterie et diminuant sensiblement la valeur du cheval; que ce cheval lui aurait été vendu sous la garantie qu'il n'était âgé que de 8 ans, tandis qu'en réalité, il aurait été âgé de 10 ans au moins lors de la conclusion du marché; que, par ce fait, la chose vendue serait privée de l'une des qualités promises. Le demandeur a contesté que le cheval fût atteint de „formes“ au moment de la conclusion du marché; il a contesté également avoir garanti l'âge de 8 ans; il a dit s'être borné à cet égard à une affirmation basée sur l'examen du cheval et sur les renseignements dont il disposait, mais sans que cette affirmation comportât garantie ni responsabilité. En droit, le demandeur invoque la loi argovienne du 29 novembre 1892 sur les vices rédhibitoires, vu que le marché avait été conclu à Aarau; à teneur de cette loi la garantie n'est due par le vendeur que si elle a été stipulée entre les parties, expressément, et par écrit. Le tribunal de 1<sup>re</sup> instance a constaté que le marché a été conclu à Aarau, et a déclaré que la loi argovienne est applicable, mais seulement en ce qui concerne les défauts de l'animal vendu, et non en ce qui concerne la manque des qualités promises, cette dernière question restant soumise aux dispositions du droit commun, c'est-à-dire des art. 243 ss. C. O. Partant de là, et considérant qu'aucune garantie n'a été stipulée par écrit, le tribunal a déclaré que Vernet était non recevable à se prévaloir du fait que le cheval serait atteint de „formes;“ puis, après avoir entendu un expert, il a admis comme établi que le cheval avait 10 ans au moment de la conclusion de la vente, que l'âge de 8 ans avait été garanti par le vendeur, et que cette garantie avait été une des conditions essentielles du contrat; puis, se basant sur les articles 243 et 249 C. O., il a prononcé la résiliation du marché et a débouté Ziegler de sa demande.

La Cour de justice civile a réformé ce jugement et condamné Vernet à garder le cheval et payer le prix convenu.

Motifs: Il est constant, en fait, que le marché a été conclu à Aarau. Ce point de fait étant admis, il en résulte que tout recours en garantie de la part de l'acheteur contre le vendeur, à raison des défauts de l'animal vendu, est subordonné aux dispositions de la loi argovienne.

En effet, l'art. 890 C. O. dispose que, jusqu'à la promulgation d'une loi fédérale sur les vices rédhibitoires du bétail, on appliquera, en cette matière, soit le concordat du 5 août 1852, soit les lois cantonales.

Par lois cantonales, il faut entendre les lois du canton dans lequel le marché est conclu; il n'existe, à cet égard, aucun doute, ni aucune controverse.

Or, la loi argovienne du 29 novembre 1892 statue:

„Dans le commerce des bestiaux (chevaux etc.) il n'y a garantie à raison des défauts que si une semblable garantie a été stipulée par écrit entre les parties.“

La loi argovienne ne mentionne pas, en termes distincts, comme le fait l'art. 243 C. O., les défauts (*Mängel*) de la chose vendue, et le manque des qualités promises (*zugesicherten Eigenschaften*); elle ne parle que des défauts.

Aussi a-t-on pu se demander, comme l'a fait le Tribunal de 1<sup>re</sup> instance, s'il n'y avait pas lieu de faire une distinction entre ces deux idées, et d'admettre que, pour les défauts proprement dits, c'est la loi argovienne qui est applicable, tandis que, pour le manque des qualités promises, c'est l'art. 243 C. O.

C'est à tort que les premiers juges ont admis cette solution.

En effet, un défaut, une défectuosité formelle de l'animal vendu, est incontestablement une chose plus grave et plus importante que la simple absence ou insuffisance d'une qualité.

Si, donc, la garantie du vendeur, à raison d'un défaut, n'existe qu'en cas de stipulation expresse et par écrit, — à plus forte raison doit-il en être de même de la garantie à raison de l'absence ou de l'insuffisance d'une qualité.

C'est ce qu'a jugé avec raison le Tribunal supérieur du canton d'Argovie, dans un arrêt Hafliger c. Steinmann, du 13 novembre 1896.

Donc, il résulte qu'en droit, et en l'absence de toute garantie stipulée par écrit, Vernet n'est pas recevable à se prévaloir contre son vendeur des défauts, ni du manque de qualités, du cheval vendu. (La Semaine judiciaire, XIX p. 329 ss.)

18. Kanton St. Gallen. **Entscheid der Rekurskommission vom 10. April 1896.**

Schadenersatzpflicht des Legalisationsbeamten wegen Beglaubigung einer falschen Unterschrift.

Das St. Gallische Gesetz betr. die Organisation der Verwaltungsbehörden sagt in Art. 65: Wenn dem Gemeindevorsteher bzw. Gemeinderatsschreiber die Identität einer Person nicht bekannt ist, so hat er sich vorerst über dieselbe genau zu erkundigen, ehe er die Echtheit ihrer Unterschrift beglaubigt. Und ein Kreisschreiben des Regierungsrats vom 16. August 1869 schreibt vor: Keine Unterschrift darf amtlich beglaubigt werden, ohne dass sie entweder vor den Augen des legalisierenden Beamten selbst gefertigt oder — wenn schon gefertigt — durch den Aussteller dem legalisierenden Beamten als echt erklärt wird.

Der kraft gemeindrätlichen Reglements mit der Prüfung der Identität von unbekanntem Unterzeichner betraute Kanzleibeamte in der Gemeinde A. hatte nicht bloss die echte Unterschrift des seit wenigen Monaten zugereisten Schuldners, den er dem Namen nach kannte, sondern auch die falsche Unterschrift der Bürgin X beglaubigt, die dem Beamten persönlich nicht bekannt war, aber mit dem Schuldner beim Amte erschien und vom Schuldner als ihm persönlich bekannt vorgestellt wurde, auch einige Papiere für ihre Identität vorzuweisen im Falle gewesen sei. Auf diesen Schein hat der Schuldner bei einer Bank 500 Fr. erhoben; als die Bürgin hierfür belangt wurde, stellte sich heraus, dass ihre Unterschrift falsch war und der Schuldner seine eigene Ehefrau dem Beamten als Frau X vorgestellt hatte. Der Beamte, von der Bank auf Schadenersatz belangt, erklärte in guten Treuen und ohne die vom Gesetz als Voraussetzung der Schadenersatzpflicht angenommene grobe Fahrlässigkeit gehandelt zu haben. Das Bezirksgericht hat ihm den Erfüllungseid darüber auferlegt, „dass die angebliche Frau X anlässlich der Legalisation Ausweispapiere vorgewiesen hat, nach denen ich in guten Treuen und nach altgewohnter Praxis annehmen konnte, die Vorweiserin der Papiere sei eine Frau X.“ Die Bank erhob gegen dieses Erkenntnis die Rekursbeschwerde und die Rekurskommission hob den Beweisbeschluss auf.

Motive: Es ist zu untersuchen, ob der Beklagte sich einer grobfahrlässigen Vernachlässigung der ihm obliegenden Identitätsprüfung schuldig gemacht habe oder nicht.

Der Art. 65 Org.-Gesetz enthält nur die Vorschrift:

„Wenn dem Gemeindevorstand bzw. Gemeinderatsschreiber die Identität einer Person nicht bekannt ist, so hat er sich vorerst über dieselbe genau zu erkundigen, ehe er die Echtheit ihrer Unterschrift beglaubigt.“

Ueber das Wie und Wo dieses sich genau Erkundigens bestehen keine gesetzlichen Vorschriften; das ist in die Umsicht, Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit des Beamten gelegt. Das Erkundigen muss aber gegenüber unbekanntem Personen naturgemäss so genau sein, dass das Ergebnis der Erkundigung über die Identität des unbekanntem Unterzeichners die gleiche Gewissheit bietet, wie die persönliche Bekanntschaft mit demselben sie bieten würde. Beglaubigungen auf blosser Wahrscheinlichkeit über die Identität, auf blosser Vermutungen, auf das eigene persönliche Vertrauen hin, dass man über die Identität der unbekanntem Person nicht belogen werde, sind nicht statthaft. Sie entsprechen der Autorität und der Beweiskraft nicht, auf welche die amtliche Beglaubigung als öffentliche Urkunde in unserm Verkehrs- und Rechtsleben Anspruch machen kann und muss. Die amtliche Beglaubigung bietet für Richter und Parteien die formale Gewissheit für die Echtheit der Unterschrift; sie darf daher nicht auf blosses Vertrauen hin, sondern nur auf vollendete feste Ueberzeugung der Identität und Echtheit erteilt werden.

Es kann daher auch dem Erfüllungseide des Beamten, „die Pseudo-Frau X habe Ausweispapiere vorgewiesen, nach denen er in guter Treue und nach altgewohnter Praxis annehmen konnte, die Vorweiserin sei eine Frau X,“ keine Bedeutung beigemessen werden. Gute Treue ist nicht unvereinbar mit grob-fahrlässiger Leichtgläubigkeit und Vertrauensseligkeit und soll ihm auch hier nicht abgesprochen werden. Und die selbstgeschaffene, altgewohnte Praxis, nach der er annehmen konnte, es sei „eine Frau X,“ beweist nur, dass er seit Jahren sich mit einem, von der nötigen Gewissheit, von der unerschütterlichen Ueberzeugung über die Identität sehr weit entfernten „Annehmenkönnen“ begnügt hat.

Der Art. 65 Org.-Ges. und die Häufigkeit solcher Fälschungsversuche hätte den Beklagten abhalten sollen, den Darlehensschuldner selbst als Gewährsperson für die Identität der Pseudo-Frau X anzunehmen; denn der Schuldner war ja, wenn der Beamte überhaupt an die Möglichkeit einer Fälschung hätte denken wollen, der nächste Interessent am Verbrechen, und wenn ihm die Fälschung der Unterschrift überhaupt zuzutrauen war, so gewiss auch die unwahre Behauptung,

dass die Pseudo-Frau X die wirkliche Frau X sei. Der Schuldner war dem Beamten (Beklagten) persönlich nur insoweit bekannt, dass dieser eben wusste, wie er heisse und woher er sei, und dass er seit Frühjahr jenes Jahres hier niedergelassen war. Dem beklagten Beamten hat es genügt, nichts direkt Ungünstiges über ihn erfahren zu haben, um diesen selbst, also den Darlehensschuldner, als den Gewährsmann für die Identität der von ihm präsentierten Darlehensbürgin anzunehmen, als glaubwürdigen Zeugen dafür, dass er selbst keine Fälschung beabsichtige.

Die wirkliche Frau X war nicht in der Gemeinde des Legalisationsbeamten, sondern in einer Nachbargemeinde niedergelassen oder Aufenthalterin. Der Beklagte hat das sehen müssen, falls ihm die Pseudo-Frau X wirklich amtliche Ausweispapiere der wahren Frau X vorgewiesen; er hätte daher die Pseudo-Frau X, weil ihm persönlich nicht bekannt, an die zuständige Behörde der betreffenden Nachbargemeinde verweisen können und sollen, dann wäre das Verbrechen unterblieben. Statt dessen begnügte er sich mit der Versicherung des Darlehensschuldners, dass das die wirkliche Frau X sei, liess sich noch einige „Ausweispapiere“ vorlegen, von denen weder er selbst, noch sonst jemand weiss (und was auch nicht mehr ermittelt werden kann), worin sie bestanden, und hielt damit die Identitätsprüfung für abgethan. Er darf nicht behaupten, dass die Aufenthaltsbewilligung der Frau X vorgelegen sei, und darf nicht in Abrede stellen, dass schon früher auch ohne solchen obrigkeitlichen Ausweis, auf blosse Korrespondenzen, Briefkouverts, Geschäfts- und Visitenkarten u. dgl. hin die Identität als erwiesen angenommen und daraufhin legalisiert worden sei. Ueber diese Ausweispapiere weiss er nur noch soviel, dass er in guter Treue und nach altgewohnter Praxis habe annehmen können, die Vorweiserin sei eine Frau X. Eine Vormerkung der sogen. Ausweispapiere an der Legalisationskontrolle wurde nicht für nötig gefunden.

Nur aus Besorgnis, in den Augen des Darlehensschuldners und dessen Begleiterin als misstrauisch und ungefällig zu erscheinen, hat er selbst die allernächstliegende, für einen untergeordneten Beamten gewiss unverfängliche Vorsichtsmassregel unterlassen, bei seinem Nächstvorgesetzten Weisung einzuholen, ob auf solche Vorlagen hin die Identität der angeblichen Frau X als festgestellt anzunehmen und die Legalisation zu erteilen sei.

(Entsch. des Kantonsgerichts des Kantons St. Gallen 1896, S. 76 ff.)

19. Kanton Thurgau. Urteil des Obergerichts vom  
10. April 1897.

Gemeinderschaftsvertrag. Ein solcher schliesst einen Erbvertrag unter den Gemeindern in sich.

Laut Beurkundung der Notariatskanzlei Zürich gingen die drei ledigen Geschwister Rudolf, Katharina und Esther Foppert in Zürich unterm 6. Oktober 1858 eine sogenannte Gemeinderschaft im Sinne von § 1366 des alten, resp. 553 u. ff. des neuen zürcherischen priv. G.-B. ein, welcher am 9. Februar 1861 auch der Bruder August Foppert beitrug. Im Jahre 1861 zogen die Geschwister Foppert von Zürich nach Kreuzlingen, wo sie eine Liegenschaft erwarben, welche auf den Namen Rudolf Foppert eingetragen ist. In Bezug auf den Fortbestand der Gemeinderschaft wurden bei der Uebersiedelung in den Kanton Thurgau keinerlei rechtliche Schritte gethan. Bereits im Jahre 1861 soll August Foppert in Münsterlingen gestorben sein; von den übrigen Geschwistern starb Katharina im Jahre 1878, Rudolf 1880 und Esther am 17. März 1896. Eine Teilung des Vermögens fand beim Ableben der einzelnen Gemeinder nicht statt.

Unterm 6. Dezember 1895 hatte Esther Foppert ein amtliches Testament errichtet, wonach ihre ganze Verlassenschaft der Barbara Greuter, welche eine lange Reihe von Jahren bei den Geschwistern Foppert als Magd gedient hatte, zufallen und einer ihrer Intestaterben, Rudolf Mayer, vollständig enterbt sein sollte. Den übrigen Intestaterben, sowie einer Anzahl anderer Personen waren in dem Testamente Vermächtnisse ausgesetzt.

Die gesetzlichen Erben der Esther Foppert wollten das Testament nur teilweise, nämlich insoweit als dasselbe sich auf das eigene Vermögen der Testatorin bezieht, anerkennen. Die Barbara Greuter dagegen verlangte im Wege gerichtlicher Klage Schutz des Testamentes in dem Sinne, dass ihr auch dasjenige Vermögen, welches die Esther Foppert kraft Gemeinderschaft von ihren Geschwistern ererbt hatte, zuerkannt werde.

Die erste Instanz schützte die Klage in Bezug auf das Vermögen der Esther Foppert, wies sie aber im Uebrigen ab, weil der Kanton Thurgau das Rechtsinstitut der Gemeinderschaft nicht kenne und daher die Esther Foppert kraft dieses Institutes im Kanton Thurgau nicht habe alleinige Rechtsnachfolgerin der andern Gemeinder werden können. Das Obergericht dagegen hat der Barbara Greuter ihr Klagbegehren zugesprochen.

Motive: Der Entscheid des vorliegenden Prozesses ist,

wie beide Parteien ausdrücklich anerkennen, in der Hauptsache einzig von der Frage abhängig, ob der zwischen den Geschwistern Foppert abgeschlossene Gemeinderschaftsvertrag einen Erbvertrag im Sinne von § 127 des thurg. Erbgesetzes in sich schliesse oder nicht. Im erstern Falle wäre die Klage zu schützen, im letztern abzuweisen. Der § 127 leg. cit. bestimmt, dass, wenn bei der Errichtung eines Erbvertrages die nach der Gesetzgebung des Ortes seiner Errichtung notwendigen Förmlichkeiten beobachtet worden sind, der Erbvertrag im Thurgau als gültig betrachtet werden soll.

Nach § 564 des zürcherischen Privatrechtes haben „die überlebenden Gemeinder in der Regel und abgesehen von andern Vertragsbestimmungen ein vertragsmässiges Recht für den Fall, dass ein Gemeinder ohne Kinder zu hinterlassen stirbt, in dessen Ansprüche auf das gemeine Gut als seine Erben, mit Ausschliessung anderer ausserhalb der Gemeinderschaft stehender Erben, einzutreten.“ Nun haben die Geschwister Foppert in ihrem Gemeinderschaftsvertrage keine von der gesetzlichen Regel abweichenden Bestimmungen getroffen; infolge dessen greift die in § 564 aufgestellte Regel Platz, d. h. die überlebenden Gemeinder haben kraft des Gemeinderschaftsvertrages ein vertragsmässiges Recht auf den Nachlass der vorverstorbenen Gemeinder. Nun besteht aber nach § 1059 des zürcherischen Privatrechtes, wie auch nach § 101 des thurg. Erbgesetzes das Wesen des Erbvertrages gerade darin, dass einem Kontrahenten vertraglich in bindender Form ein Erbrecht zugesichert wird. Diese Voraussetzung trifft in Bezug auf den Gemeinderschaftsvertrag der Geschwister Foppert zu, wenngleich derselbe im Uebrigen auch noch Bestimmungen obligatorischer und familienrechtlicher Art enthält. Der streitige Gemeinderschaftsvertrag schliesst somit einen Erbvertrag in sich, und dieser Erbvertrag, nicht der Gemeinderschaftsvertrag als solcher, muss gemäss § 127 des thurg. Erbgesetzes formell als gültig anerkannt werden, während allerdings materiell, namentlich bezüglich der Frage der Pflichtteilsberechtigung, das thurg. Erbgesetz massgebend ist. Es ist demnach die zuletzt verstorbene Esther Foppert als alleinige Erbin der übrigen Gemeinder und der Nachlass der Esther Foppert als identisch mit dem von sämtlichen Gemeindern hinterlassenen Vermögen zu erklären. Ob und in welchem Umfange die Appellaten ausser den ihnen testamentarisch zugewendeten Vermächtnissen noch einen Pflichtteil beanspruchen können, ist eine Frage, die im gegenwärtigen Prozesse nicht zu entscheiden ist.

---

20. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du  
17 septembre 1897.

Testament notarié; présomption de l'exécution  
des formalités légales; moyen de contestation.

P. Jeanmaire demande que l'acte de dernière volonté d'Adèle Robert, instrumenté par le notaire J. Banderet le 2 février 1897, et homologué le 16 février 1897, est nul et de nul effet. A l'appui de sa conclusion, il allègue entre autres le fait que „Adèle Robert avait dicté ses dernières volontés à une tierce personne qui a remis au notaire Banderet les notes ainsi préparées. Il déclare vouloir entreprendre par témoins la preuve de cet allégué. Les défendeurs (légataires d'Adèle Robert) s'opposent à la preuve testimoniale, attendu que celui-ci va à l'encontre d'un acte notarié qui ne peut être contesté que par inscription de faux.<sup>1)</sup> Le Président du Tribunal de Grandson a admis comme fondée cette opposition et le Tribunal cantonal a écarté le recours contre ce jugement incident.

Motifs: Considérant que l'art. 650 C. c., qui s'occupe des formalités concernant le testament par acte public, dispose que le testateur doit énoncer sa volonté au notaire article par article, en présence des témoins;

Que le notaire devant s'assurer, autant que possible, que les dispositions n'ont pas été suggérées au testateur, ne doit pas recevoir de lui un écrit pour le copier et le convertir ainsi en testament, et ne doit pas même permettre au testateur de lui dicter le contenu d'un papier que celui-ci tiendrait en mains;

Que l'énonciation de la volonté du testateur devant ainsi revêtir exclusivement la forme verbale, alors que l'acte notarié se trouve au bénéfice de la présomption de l'exécution des formalités prévues en cet article 650 C. c., il ne saurait être permis au recourant Jeanmaire d'établir par témoins que le codicille reçu par Banderet notaire le 2 février 1897 renfermait cette irrégularité que le notaire se serait aidé de notes écrites remises au notaire au nom de la testatrice pour la rédaction de l'acte;

Que cette preuve irait à l'encontre des prescriptions de l'art. 974 C. c., et que Jeanmaire ne saurait contester la vérité de l'acte en cause autrement que par l'inscription de faux prévue à l'art. 198 C. p. c. (Journal des tribunaux, XLV p. 617 ss.)

<sup>1)</sup> Art. 198 C. p. c. La vérité du titre authentique ne peut être contestée que par inscription de faux.

21. Kanton Zürich. Urteil des Handelsgerichts  
vom 2. April 1897.

Schiedsvertrag oder prorogatio fori?

F. und K. Jenny in Ziegelbrücke hatten von R. und O. Lindemann in Alexandrien und Dresden ägyptische Baumwolle gekauft. Hieraus entstanden Differenzen, die zu einem Prozess führten. F. und K. Jenny klagten gegen R. und O. Lindemann vor Handelsgericht Zürich, womit letztere einverstanden waren. Die Parteien verwiesen zur Begründung der Kompetenz des Handelsgerichts auf die 1874 abgeschlossene „Vereinbarung der schweiz. Baumwollspinner und das Verfahren bei Reklamationen u. s. w.“, welcher beide Parteien angehören und nach deren Ziffer 1 alle Mitglieder für Reklamationen der Spinner wegen der genannten Mängel zum Voraus die Kompetenz des Zürcher Handelsgerichts anerkennen. Indess beschränkten die Parteien ihre Kompetenzanerkennung dahin, dass das Handelsgericht als vereinbarter Gerichtsstand (*forum prorogatum*) funktioniere, und protestierten dagegen, dass das Gericht die Sache als Schiedsgericht im Sinne von § 102 G. b. Rpfl. an Hand nehme; nur die Kläger erkannten wenigstens eventuell die Kompetenz auch auf Grund letzterer Vorschrift an. Das Handelsgericht hat diese Frage folgendermassen entschieden:

Aus §§ 95 und 96 G. b. Rpfl. kann die Zuständigkeit des Handelsgerichts für den gegenwärtigen Prozess nicht begründet werden, da § 96 voraussetzt, dass wenigstens der Beklagte im Regionenbuch eingetragen sei und unter diesem nach der Gerichtspraxis das Handelsregister des Kantons Zürich zu verstehen ist (Sträuli, Komm. z. G. b. Rpfl., Suppl.-Bd z. § 95 N. 2 und 5, Handelsr. Entsch. Bd XIV S. 114, XV S. 299), während im vorliegenden Falle keine der Parteien im hierseitigen Handelsregister eingetragen ist.

Im übrigen kommt für die Kompetenz lediglich § 102 G. b. Rpfl. in Frage, wonach das Handelsgericht in allen Handelsstreitigkeiten über Fr. 500, welche nicht unter die Bestimmungen der §§ 95 und 96 fallen, aber von den Parteien auf dem Wege der Vereinbarung vor dasselbe gebracht werden, „als Schiedsgericht“ entscheidet. Nun haben sich die Parteien zwar mit der Beurteilung des Rechtsstreites durch das Handelsgericht einverstanden erklärt, die Beklagten aber nur mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass das Urteil nicht als Schiedsspruch erlassen werde, wogegen ein Weiterzug ans Bundesgericht unstatthaft wäre (Entsch. des Bundes-

gerichts Bd XII S. 144, B. XXII S. 89 und Handelsr. Entsch. Bd XV S. 307), so dass die Kompetenz des Gerichtes davon abhängig ist, ob der genannte § 102 ein schiedsgerichtliches Verfahren im eigentlichen Sinne, im Gegensatz zum ordentlichen Prozessverfahren im Auge habe. Das Bundesgericht hat nun allerdings der cit. Vorschrift in einem Entscheide vom 9. Oktober 1896 (in Sachen von Dolivo gegen Brown, Boveri & Cie, s. Handelsr. Entsch. Bd XV S. 306) jene erstere Bedeutung beigelegt und daher den Weiterzug gegen das vom Handelsgericht auf Grund von § 102 erlassene Urteil in Anwendung von § 58 des Bundesges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege von der Hand gewiesen. Dieser Auffassung kann indess hierorts nicht beigelegt werden. § 102 G. b. Rpfl. hat vielmehr die ordentliche staatliche Jurisdiktion im Auge, während die schiedsgerichtliche im engern Sinne ja wesentlich privatrechtlicher Natur ist; jener Charakter kommt darin zum Ausdruck, dass auch bei Anwendung von § 102 für das Verfahren vor dem Handelsgericht, mit Ausnahme einiger Spezialvorschriften (§ 102 zweiter Satz und §§ 542—547 G. b. Rpfl.) gemäss § 548 G. b. Rpfl. überall die Regeln des ordentlichen Civilprozesses gelten, die speziell für Schiedsgerichte erlassenen Normen (§§ 732 ff. G. b. Rpfl.) dagegen in keiner Weise zur Anwendung kommen, insbesondere auch nicht für die Kosten- und Entschädigungsfolge irgend eine vom ordentlichen Civilprozess abweichende Behandlung statthaft ist. Die Kompetenzvorschrift in § 102 enthält daher nur eine Spezialnorm für den im allgemeinen in § 220 G. b. Rpfl. und weiter (für den Fall eines gewählten Spezialdomizils) in § 91 Ziff. 5 des Einführungsges. z. Sch.- und K.-G. angeordneten vereinbarten Gerichtsstand (forum prorogatum), er statuiert in sachlicher Hinsicht eine Einschränkung dieses letzteren auf „Handelsstreitigkeiten“ im Werte von über Fr. 500. Im übrigen aber hat die Gerichtspraxis angenommen, dass die Kompetenzvorschrift des § 102 jedenfalls da, wo keine der Parteien im hiesigen Kanton wohnt, für das Handelsgericht nicht zwingender Natur im Sinne einer Verpflichtung desselben zur Behandlung des Streites sei, das Gericht vielmehr befugt sei, solche nach seinem freien Ermessen abzulehnen (vgl. Sträuli, Komm. z. G. b. Rpfl., zu § 102 N. 2 und 6, Handelsr. Entsch. Bd IV S. 349 und XIV S. 114), was durchaus der Behandlung des Gerichtsstandes der Prorogation im ordentlichen Civilprozesse (§ 220 G. b. Rpfl.) entspricht (s. hiezu die Anmerkung in Handelsr. Entsch. Bd XV S. 307).

Die Kompetenz des Handelsgerichtes erscheint somit im vorliegenden Falle lediglich von seiner Zustimmung zu dessen Anhandnahme abhängig, und zu letzterer ist das Gericht um so eher veranlasst, als dasselbe durch Beschluss vom 23. Juni 1874 (s. Sträuli, Komm. z. § 102 N. 6) sich zur Beurteilung solcher Streitigkeiten zwischen Mitgliedern der „Spinner-Konvention“ grundsätzlich, unter Vorbehalt der Ablehnung bei zu grosser Geschäftslast, bereit erklärt und seither an dasselbe gebrachte derartige Prozesse auch stets behandelt hat.  
(Schweizer Blätter für h.-r. Entsch., XVI S. 141 ff.)

Der Prozess kam vor Bundesgericht, das erklärte, es sei an die Auslegung des kantonalen Prozessgesetzes durch die kantonalen Gerichte gebunden. (Revue der Gerichtspraxis, XV Nr. 84.)

## 22. Canton de Neuchâtel. Jugement du Tribunal cantonal du 3 février 1897.

Compétence du Conseil des prud'hommes de la Chaux-de-Fonds pour juger d'un contrat d'apprentissage conclu à Bâle et devant y être exécuté.

L. Monet et A. Schirmer ont conclu à Bâle un contrat aux termes duquel Sch. s'engageait à apprendre au jeune Monet la partie technique et la partie pratique de l'art dentaire. La durée de l'apprentissage était fixée à trois ans et devait commencer le 1<sup>er</sup> septembre 1895. Monet s'engageait à payer pour prix de l'apprentissage de son fils 2000 fr., dont 1000 fr. en septembre 1895 et 1000 fr. en septembre 1896. Il s'engageait en outre à payer des dommages-intérêts d'au moins 600 fr., dans le cas où la durée de l'apprentissage serait abrégée. L'apprentissage fut réellement commencé et le premier versement de 1000 fr. fut effectué, mais en septembre 1896 le jeune Monet avisa son patron qu'il interrompait son apprentissage pour se livrer plus exclusivement à ses études théoriques. Cette prétention ne fut pas admise par le patron qui mit en demeure, mais sans résultat, L. Monet de suivre au contrat. Le second versement de 1000 fr. ne fut pas effectué. Schirmer intenta donc devant le tribunal civil de la Chaux-de-Fonds une demande contre L. Monet en paiement de 1000 fr. solde dû en vertu du contrat et de fr. 600 minimum des dommages et intérêts prévus par le contrat. Monet conclut à ce que le tribunal civil se déclare incompétent et renvoie le demandeur à formuler ses réclamations devant le tribunal des prud'hommes de la Chaux-de-Fonds, for du défendeur. Le demandeur s'opposa à cette ex-

ception pour les motifs suivants: L'action est une demande en dommages-intérêts pour cause d'inexécution d'un contrat conclu à Bâle et devant y être exécuté; or, Schirmer ne saurait être rendu justiciable des tribunaux de prud'hommes neuchâtelois qui ont été créés pour satisfaire à des besoins locaux. Le défendeur invoqua l'art. 2 de la loi neuchâteloise sur les conseils de prud'hommes, du 20 novembre 1885 ainsi conçu: Les conseils de prud'hommes jugent toutes les contestations qui s'élèvent entre patrons et ouvriers, patrons et employés, patrons et apprentis, concernant le louage de services, l'exécution du travail et le contrat d'apprentissage.

Le Tribunal cantonal a désigné comme compétent pour juger de la contestation le conseil des prud'hommes de la Chaux-de-Fonds.

Motifs: Attendu qu'aux termes de l'article 59 de la Constitution fédérale, A Schirmer devait, comme d'ailleurs il l'a fait, actionner le défendeur au domicile de ce dernier, soit à la Chaux-de-Fonds;

Que Sch. devait en outre porter sa contestation devant celui des tribunaux de la Chaux-de-Fonds qui, en vertu de l'organisation judiciaire dans le canton de Neuchâtel, est compétent pour juger cette contestation;

Qu'en l'espèce, il s'agit d'un litige provenant d'un contrat d'apprentissage, qui rentre dans la compétence des tribunaux de prud'hommes;

Qu'à la vérité, l'introduction de ces tribunaux dans une localité est facultative et dépendant des besoins de cette localité, c'est-à-dire de son importance industrielle ou commerciale, mais une fois ces tribunaux institués, ils attirent naturellement à eux toutes les contestations qui rentrent dans leur compétence, soit les contestations qui s'élèvent (voir ci-dessus le texte de l'art. 2 de la loi).

(Jugements du Tribunal cantonal de Neuchâtel, IV p. 365 ss.)

### 23. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 8 septembre 1897.

Cumulation subjective de demandes.

J. Cadonau, pharmacien à Ouchy, a été mis en faillite. H. Strehl, préposé pour l'arrondissement de Lausanne, fut chargé de la liquidation; l'actif consistait essentiellement en un fonds de pharmacie. Le préposé ayant déclaré aux créanciers qu'il n'avait pas trouvé d'amateurs pour le bloc, l'actif

fut réalisé au détail, ce qui occasionna des frais importants, alors que cette réalisation se produisait dans des conditions désavantageuses. Divers créanciers ayant appris qu'un amateur avait offert 6500 fr. au préposé pour le fonds de pharmacie seulement, alors que tout l'actif vendu au détail n'a produit brut qu'environ 5000 fr., actionnèrent Strehl en paiement de 2200 fr. de dommages-intérêts. Cette action fut fondée sur les art. 5 et 7 de la loi fédérale sur la poursuite.

Les deux instances ont eu à résoudre la question si les demandeurs étaient en droit de procéder par une demande commune. Le Tribunal cantonal, en confirmant la sentence rendue par la Cour civile, se prononce à cet égard comme suit :

Considérant que la Cour civile juge, en première instance, les causes où il s'agit de l'application des lois fédérales dont l'objet est d'une valeur de 2000 fr. au minimum, et que, pour déterminer sa compétence, la Cour civile se conforme aux règles fixées par l'art. 60 de la loi fédérale sur l'organisation judiciaire du 22 mars 1893.

Qu'aux termes de cette dernière disposition, les divers chefs de conclusions formés par le demandeur ou par des consorts sont additionnés, même lorsqu'ils portent sur des objets distincts, pourvu qu'ils ne s'excluent pas réciproquement.

Que le message du Conseil fédéral indique que la réunion de plusieurs chefs de conclusions sera autorisée devant le Tribunal fédéral pour autant qu'elle est admise ou prescrite par la loi de procédure cantonale, en vue d'éviter des longueurs et des frais.

Considérant que les art. 136 ss. C. p. c. vaudois autorisent la disjonction du procès lorsque le demandeur a réuni indûment plusieurs personnes ou des choses incompatibles, ou dont la réunion apporte un empêchement sérieux à la défense.

Que c'est là un droit réservé exclusivement aux défendeurs au procès qui ont vocation pour se réunir ou procéder isolément dans le cas d'une réquisition tendant à obtenir la division de cause.

Que la loi de procédure ne renfermant aucune disposition analogue en ce qui concerne les prescriptions relatives à la demande, on doit inférer de ce silence qu'il n'existe aucun empêchement légal au groupement de plusieurs plaideurs en vue d'une réclamation commune, présentée dans une seule et même écriture.

Qu'il faut donc admettre que des demandeurs qui auraient des intérêts connexes soient autorisés à les soutenir par le moyen d'une demande commune.

Considérant en l'espèce que tel paraît bien être le cas des demandeurs, puisqu'ils sont tous créanciers perdants dans la faillite Cadonau, alors qu'ils basent leurs réclamations sur le même fondement juridique, soit la faute alléguée du préposé Strehl, défendeur au procès.

Qu'enfin il ne saurait être admis avec le recourant qu'il se trouverait entravé dans ses moyens de défense par le fait qu'il devrait procéder simultanément contre tous les demandeurs et devant la même juridiction.

Qu'en effet, l'admission d'une seule demande et d'une procédure unique de la part des demandeurs ne saurait avoir cette conséquence de rompre l'égalité entre les parties garantie par l'art. 3 C. p. c., puisqu'il sera loisible au défendeur d'employer, vis-à-vis de chacun des demandeurs, le genre de preuves qu'il utiliserait si les prétentions à la base des conclusions des demandeurs arrivaient devant des juridictions différentes.

(Journal des tribunaux, XLV p. 632 ss.)

---

#### 24. Kanton Schaffhausen. Urteil des Obergerichts vom Jahre 1896.

##### Klagänderung. Begriff.

Ein Testament wurde aus dem Grunde angefochten, weil die Testatorin bei Eröffnung des letzten Willens der Sprache nicht mehr mächtig gewesen sei und deshalb das Testament nicht mehr in gültiger Weise habe eröffnen können. Im Verlaufe des Verfahrens liess die Klagpartei diesen Einwand fallen, und focht im dritten Vorstand vor erster Instanz das Testament nach stattgehabter Zeugeneinvernahme aus dem Grunde an, weil es nicht in Gegenwart des dritten herbeigerufenen Zeugen eröffnet worden sei. Hiegegen erhob die beklagte Partei die Einrede einer unstatthaften Klagänderung. Die Klagpartei entgegnete, es sei keine neue Klage erhoben worden; die Behauptung, dass der dritte nach § 1931 pr. G. herbeigerufene Zeuge bei der Eröffnung des Testaments nicht zugegen gewesen sei, sei als zulässige Erweiterung, als neues Beweismittel (?) für den von Anfang an vorgebrachten Anfechtungsgrund zu betrachten.

Das Gericht nahm Klagänderung an und wies die Klage bezüglich dieses zweiten Klaggrundes angebrachtermassen ab.

Motive: Das gestellte Rechtsbegehren ging von Anfang an dahin, das Testament der Testatorin sei als nichtig zu erklären. Dies Rechtsbegehren ist sich gleich geblieben, allein

für die Beurteilung der Frage, ob eine Klagänderung vorliege, ist nicht massgebend der Inhalt der Rechtsfrage, sondern das Klagfundament, und hier ist denn ein wesentlicher Unterschied zwischen dem ursprünglichen und dem späteren. Ursprünglich ist der Klaggrund die behauptete Unfähigkeit der Testatorin zur Errichtung des Testaments, später die Behauptung, dass das Testament nicht in Anwesenheit des dritten Zeugen eröffnet worden sei. Bei der bestehenden erheblichen Verschiedenheit der Klaggründe kann nicht angenommen werden, dass es sich nur um eine im Sinne von § 300 P. O. gemeinte Anbringung neuer Beweismittel handle.  
(Amtsbericht des Oberger. d. K. Schaffhausen für 1896, S. 50 f.)

25. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du 29 décembre 1896.

Conclusions reconventionnelles, admissibilité.

La demanderesse, Marianne Manganel, a demandé contre le défendeur Jules Manganel qu'en rectification du prononcé de la commission cadastrale le bornage entre sa propriété et celle du défendeur doit être fait conformément à l'acte de vente du 5 juin 1880. Le défendeur a conclu à libération de la demande; subsidiairement et reconventionnellement, à ce qu'il soit prononcé que pour l'usage et l'utilité de son bâtiment il a droit de passage à char au travers du champ de la demanderesse. Celle-ci a conclu au retranchement de la conclusion reconventionnelle comme tendant à introduire un élément nouveau au procès et à changer la nature de la question en litige. Le Tribunal a écarté du procès les conclusions reconventionnelles.

Motifs: Considérant que l'art. 166 al. 3 C. p. c. dispose que les conclusions reconventionnelles ne peuvent porter que sur le principal ou sur l'accessoire du procès, sans pouvoir d'ailleurs changer la nature de la contestation;

Considérant que l'action introduite par M. M. est fondée sur l'article 21 du Code rural, la demanderesse prétendant que le prononcé intervenu a porté atteinte à ses droits de propriété, tels qu'ils résulteraient d'un acte de vente du 5 juin 1880.

Que les conclusions reconventionnelles du défendeur, tendant à faire prononcer que la propriété de M. M. est grevée d'une servitude de passage, appellent ainsi l'application de principes juridiques absolument différents de ceux invoqués à l'appui de la demande.

Qu'il est donc bien certain que ces conclusions du défendeur changent la nature de la question en litige, et qu'elles ne sauraient être maintenues au procès, au regard de l'article 166 al. 3 C. p. c.

(Journal des tribunaux, XLV [1897] p. 164 ss.)

## 26. Kanton St. Gallen. Entscheid der Rekurskommission vom 4. Mai 1896.

Freie Benützung der beidseitigen Beweismittel.

A. & Cie forderten vom Beklagten B. Franken 70 für Stickkartons, die sie ihm jeweilen bei Bestellung von Stickarbeiten überlassen hätten und die er mit Ablieferung der Stickereien hätte zurückgeben sollen, aber nicht zurückgegeben habe. Das Formular der Kläger für jede solche Arbeitssendung enthält die gedruckte Notiz: „Kartons müssen mit den betreffenden Sticketen retourniert werden, ansonst unnachsichtlich sofortige Belastung.“ Der Beklagte behauptete alle Kartons retourniert zu haben. Die Kläger suchten unter Einlage ihres Buches ihre Forderung zu begründen wie folgt: Die Nichtablieferung der Kartons werde bewiesen durch ihre (der Kläger) Buchführung, indem bei Retoursendung der Ware mit den bezüglichen Kartons dies jedesmal durch ein kleines Querstrichlein in einer bezüglichen Rubrik vorgemerkt sei, und darnach habe der Beklagte Kartons im Werte von Fr. 70 nicht abgeliefert.

Die Gerichtskommission wies die Klage ab: die Hauptfrage für den Richter sei, ob das Buch der Kläger, das über den Geschäftsverkehr mit ihren Arbeitnehmern den Beweis erbringen solle, für den Richter einen rechtsgenügenden Beweis zu erbringen vermöge. Beweispflichtig seien die Kläger und diese haben den Beweis durch ihr Buch angetreten. Dieses Buch sei aber nicht in der Weise geführt, dass es rechtsgenügenden Beweis erbringen könne. In der bezüglichen Rubrik seien bei Rücksendung von Sticketen von B. die Querstriche nicht angebracht, während dann das ganze Blatt durch zwei Striche übers Kreuz annulliert sei. „Es muss der Richter annehmen, es sei auf den bezüglichen Seiten, die durch zwei Striche übers Kreuz annulliert erscheinen, alles in Ordnung und erledigt, indem nach Annullierung des ganzen Blattes auch die einzelnen Teile als erledigt angesehen werden müssen.“

Hiegegen erhoben die Kläger Nichtigkeitsbeschwerde, weil der Art. 134 der C. P. O. von der Beweislast verletzt sei;

nicht sie seien beweispflichtig gewesen, sondern der Beklagte dafür, dass er die Kartons zurückgegeben habe. Hiefür habe er keinerlei Beweise erbracht, trotzdem seien sie (Kläger) abgewiesen worden, einzig weil ihr Buch nicht genügt habe für den Beweis, dass Beklagter die Kartons nicht zurückgegeben habe.

Diese Nichtigkeitsbeschwerde ist von der Rekurskommission abgewiesen worden.

In Erwägung: Es ist richtig, dass die Beweislast für die dem Beklagten B. obgelegene, von ihm behauptete und von den Klägern A. bestrittene Rückgabe der Kartons dem Beklagten zufiel; und nicht den Klägern dafür, dass die Kartons noch ausstehen, bezw. noch nicht zurückerstattet worden seien. In dieser Hinsicht muss die Urteilsbegründung, wonach die Kläger als beweispflichtig erklärt wurden, als rechtsirrtümlich erklärt werden. Aber diese rechtsirrtümliche Auffassung der Gerichtskommission hat sie nicht abgehalten, doch materiell ein richtiges Urteil zu fällen.

Die Beweispflicht des Beklagten (für die Zurückgabe der Kartons) hätte dann dazu führen müssen, den Beklagten sachfällig zu erklären, wenn das Gericht in der Ungewissheit geblieben wäre, ob die Kartons noch ausstehen, oder zurückgegeben worden seien. Nun hat aber das Gericht die Ueberzeugung erlangt und ausgesprochen, dass die Kartons wirklich zurückerstattet worden seien, mit der Erwägung: „Es muss der Richter annehmen, es sei auf den bezüglichen Seiten des Buches, welche durch zwei Striche über's Kreuz annulliert erscheinen, alles in Ordnung und erledigt, indem, nachdem das ganze Blatt annulliert ist, auch die einzelnen Teile als erledigt angesehen werden müssen.“

Mit der Zuerkennung der Beweispflicht an den Beklagten für die Rückgabe der Kartons ist nicht gesagt, dass der Richter diesen Beweis nur in den Beweismitteln des Beklagten suchen und finden dürfe, sondern nur das gesagt, dass wenn der Richter diesen Beweis überhaupt nicht finde, er alsdann annehmen müsse, die Kartons seien noch nicht zurückerstattet, und er dann daraufhin den Beklagten zu deren Vergütung verurteilen müsse.

Nach Art. 50, 28 Proz.-Ordg war die Gerichtskommission befugt, den dem Beklagten obliegenden Beweis für die Rückerstattung der Kartons in den Angaben, Zugeständnissen und Urkunden der beiden Parteien, hier im besondern auch im Geschäftsbuch der Kläger selbst zu finden. Die Gerichtskommission hat sich nicht darauf beschränkt zu konstatieren,

dass durch das Buch der Kläger das Ausstehen, das noch nicht Zurückgegebenhaben der Kartons nicht vollbewiesen sei, was (nach der irrigen Auffassung der Gerichtskommission) die Kläger hätten beweisen sollen, sondern sie hat aus dem Buche der Kläger die gegenteilige positive Ueberzeugung geschöpft, dass sie wirklich zurückgegeben, dass diesfalls alles in Ordnung und erledigt sei, womit der (nach richtiger Auffassung) dem Beklagten obgelegenen Beweispflicht durch das Urteil Genüge gethan ist.

(Entsch. des Kantonsgerichts des K. St. Gallen i. J. 1896, S. 82 ff.)

27. Canton de Vaud. Jugement du Tribunal cantonal du  
6 octobre 1896.

Preuve testimoniale d'une reconnaissance de  
dette faite verbalement.

Leresche et Ryser ont convenu verbalement d'établir à frais communs des fontaines pour leur usage particulier. Leresche a actionné Ryser à lui payer sa part des frais soit fr. 637. 30, en alléguant entre autres les faits suivants, dont il a demandé à faire la preuve par témoins:

Nr. 11. Antérieurement à l'ouverture d'action, le défendeur a reconnu devoir la somme de fr. 637. 30, mais a déclaré n'avoir pas d'argent à payer.

Nr. 12. Il a offert de souscrire dans une autre circonstance, en faveur du demandeur, un billet de 200 fr. environ et de payer le solde comptant.

Nr. 14. Le 21 décembre 1895, Ryser a déclaré être d'accord pour payer la somme de 637 fr. 30 que lui réclamait le demandeur, moyennant un rabais de 100 fr.

Ryser s'est opposé à cette preuve, ces faits constituant l'allégation d'un aveu extra-judiciaire sur un contrat dont la preuve testimoniale serait interdite comme relatif à des immeubles et comme portant sur une somme supérieure à 800 fr. anciens, et le fait 14 contenant en outre une notion de droit. Le Président du Tribunal d'Orbe a admis cette opposition, par le motif que, pour être valable en droit, la convention d'établir des fontaines à frais communs devait être passée devant notaire (art. 808 C. c.); que, ayant été conclue verbalement, elle est donc nulle, et qu'il ne peut ainsi être entrepris de preuve testimoniale ni sur le contrat lui-même, ni sur le règlement de compte en découlant et la propriété de chacun des intéressés.

Le Tribunal cantonal a réformé ce jugement et autorisé le demandeur à prouver par témoins ses allégués Nr. 11, 12 et 14.

Motifs: Considérant qu'il ne s'agit nullement pour le demandeur d'établir un contrat immobilier dont il demanderait l'exécution contre Ryser.

Que ses conclusions visent exclusivement la condamnation de Ryser à payer une somme d'argent.

Que de l'adjudication de ces conclusions il ne saurait résulter aucun droit soit sur des fonds, soit sur l'eau, soit sur les tuyaux et autres accessoires réputés immeubles.

Qu'il s'agit uniquement de frais faits pour l'établissement de fontaines, soit pour l'amenée de l'eau, indépendamment de toute question immobilière.

Qu'ainsi les art. 808 et 996 C. c. sont sans application en l'espèce.

Considérant que les allégués 11, 12 et 14 visent bien un engagement de Ryser, soit la reconnaissance de cet engagement par ce dernier.

Mais considérant que cet engagement est relatif au paiement d'un tiers du coût des travaux seulement.

Que la créance résultant contre Ryser en faveur du demandeur du paiement par lui de l'entier des travaux concernant les parties en cause n'a jamais été supérieure à 800 fr. anciens.

Que dès lors l'art. 999 C. c. n'est pas applicable.

Que pour constater l'engagement de Ryser de payer un tiers des frais, il n'était point besoin d'un acte écrit, cet engagement n'ayant jamais été supérieur à 800 fr. anciens.

Que dès lors les articles 995 et 997 C. c. ne sont pas applicables.

Que s'agissant de la reconnaissance par Ryser d'un engagement dont la preuve testimoniale est admissible, l'article 1007 C. c. ne s'opposerait pas à cette preuve, même si un aveu extra-judiciaire purement verbal était allégué dans les faits à la preuve testimoniale desquels Ryser s'est opposé.

(Journal des tribunaux, XLIV p. 717 ss.)

28. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 7. Oktober 1896.

Appellabilität betr. Wert des Streitgegenstandes.

J. Aebischer, J. Schneuwly und J. Lehmann hatten gegen Schär aus einem Kaufvertrag über Birnen 500 Fr. eingeklagt

und der Beklagte erhob eine Widerklage auf Schadenersatz wegen nicht gehöriger Erfüllung eines um 2 Waggon Obst abgeschlossenen Kaufvertrages und wegen Nichterfüllung eines um einen dritten Waggon Obst abgeschlossenen Kaufvertrages auf gerichtliche Bestimmung hin. Dieser Prozess gelangte im Stadium der Instruktion vor die zweite Instanz, indem über die Zulässigkeit einer Eideszuschiebung ein Incidentstreit entstanden war. Der Gerichtshof verschloss aber dem Appellanten sein Forum von Amts wegen aus folgenden

Gründen: Die eingeklagte Summe übersteigt allerdings die in § 6 Prozessges. festgesetzte Appellabilitätsgrenze von 400 Fr. Allein als Kläger treten drei Personen auf. Dass diese eine Kollektivgesellschaft bilden, die Forderung also der Gesellschaft als selbständigem Rechtssubjekt zustehe, wird in der Klage nicht behauptet. Ebenso wird eigentlich nicht behauptet, dass einfache Gesellschaft vorliege; aber auch angenommen, es handle sich um eine solche, so würde doch ganz gleich wie wenn zwischen den Klägern kein Gesellschaftsverhältnis bestände, diese Forderung in drei Forderungen von je Fr. 166.66 zerfallen. Darnach ist, da eine Zusammenrechnung des Wertes mehrerer mit der nämlichen Klage verfolgten Ansprüche verschiedener Personen nicht stattfindet, die Streitsache, so weit es die Vorklage betrifft, nicht appellabel.

Auch die Widerklage repräsentiert keinen appellablen Streitwert. Mit derselben werden zwei Forderungen geltend gemacht, eine solche von Fr. 375.41 wegen Nichtlieferung von 2 Waggon Obst und eine von Fr. 150 wegen Nichtlieferung eines dritten Waggon. Diese beiden Klagepunkte sind nach § 127 Pr.-G. für die Bestimmung des Streitwertes nur dann zusammenzuzählen, wenn sie unter sich zusammenhängen. Ein solcher Zusammenhang besteht nach dem Inhalte der Widerklage nicht, die beiden Schadenersatzforderungen werden aus zwei nach der Zeit und der Art des Zustandekommens verschiedenen Rechtsgeschäften hergeleitet.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXIII S. 363 ff.)

## 29. Kanton Bern. Urteil des Appellations- und Kassationshofes vom 7. Dezember 1895.

### Summa appellabilis bei subjektiver Klagenhäufung.

Weber und Lanz betrieben gemeinschaftlich den Heuhandel und verkauften auch gemeinschaftlich dem Wendler

einen Stock Pferdeheu. Als letzterer die Annahme des ihm nach einem Halbjahr gelieferten Waggons Heu verweigerte, klagten die Verkäufer auf Bezahlung von Fr. 486 55. Nachdem die erste Instanz gesprochen, entstand Streit über die Zulässigkeit der Appellation. Der App.- und Kass.-Hof erklärte die Sache als nicht appellabel.

Motive: Die Kläger haben eine einfache Gesellschaft zum Betriebe des Heuhandels gebildet und der Kauf, dessen Erfüllung sie verlangen, ist von den beiden Socii gemeinschaftlich abgeschlossen worden. Nach Art. 544 Abs. 2 O. R. entsteht bezüglich der von der Gesellschaft erworbenen Forderungsrechte keine Solidarität unter den Socii, sondern die Gesellschafter werden nach ihren resp. Anteilen Gläubiger des Schuldners, und zwar in casu, da keine andern Vereinbarungen releviert worden sind, gemäss Art. 530 Abs. 2 O. R. zu gleichen Teilen.

Es handelt sich somit vorliegend um einen Fall der subjektiven Klagenkumulation. Nach feststehender Praxis des App.- und Kass.-Hofes kann § 127 P. bei der subjektiven Klagenhäufung nicht zur Anwendung gebracht werden, also hier eine Zusammenrechnung der den Klägern zustehenden beiden Forderungen nicht stattfinden; die einzelne Forderung eines der Kläger übersteigt aber den Betrag von 400 Fr. nicht, somit ist der Streit nicht appellabel.

(Zeitschr. d. Bern. Jur.-Ver., XXXII S. 394 f.)

---