Schweizerische Rechtspflege

Objekttyp: **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): **5 (1886)**

PDF erstellt am: **28.05.2024**

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.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Schweizerische Rechtspflege.[1])

1. Canton Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 1. Juli 1885.

Fischereigenossenschaft. Verfügungsrecht über Nutzungsantheile.

Durch Kaufvertrag vom 20. October 1884 erwarb Konrad Müller zum Kreuz in Gottlieben von Georg Kreis daselbst um Fr. 3170. — die Fischereigerechtigkeit genannt Kaltenhalb im Rheine unterhalb Gottlieben gelegen. Dieselbe besteht in der Ausübung der Fischerei in der Runde von je zwei Nächten von zwei weiteren Antheilhabern und dem sechsten Theil der Eschenwatt. Unterm 15. November 1884 beschwerten sich mehrere Bürger von Gottlieben beim Gerichtspräsidium Kreuzlingen, dass Müller die erkaufte Fischenz dem Conrad Blattner, Fischhändler in Ermatingen, verkauft oder verpachtet habe, während doch nach Urkunden oder Gewohnheitsrecht nur Einwohner von Gottlieben im Umfange der Gottlieber Fischerlehen die Fischerei ausüben dürften. Sie erwirkten desshalb die Präsidialverfügung, es sei Fischhändler Blattner untersagt, die Fischenz in irgend welcher Art im Umfange der Gottlieber Fischerlehen, soweit sie daran betheiligt seien, entweder selbst oder durch Dritte auszuüben.

Müller klagte auf Aufhebung dieser Präsidialverfügung, resp. Anerkennung des freien Verfügungsrechtes über seine Fischereigerechtsame. Das Gerichtspräsidium Kreuzlingen sei zum Erlass der Verfügung incompetent gewesen, weil die Jurisdiction über das Seegebiet gemäss der Fischereiordnung den badischen Behörden in Constanz zustehe, ausserdem die fragliche Fischereigerechtigkeit auf badischem Territorium liege. Die Verfügung sei aber auch materiell grundlos, da er (Müller) als Eigenthümer, nicht blos als Lehensmann, die

[1]) Aus dem Abdrucke von Urtheilen darf nicht, wie man schon angenommen hat, ohne Weiteres geschlossen werden, dass die Redaction mit denselben immer einverstanden sei. Wir publicieren sie zunächst des Interesses der Rechtsfrage wegen; allfällige Kritik würde zu weit führen. Speciell in der hier folgenden Nr. 1 erregt uns der materielle Entscheid grosse Bedenken, und sicherlich ist der Schlusssatz unrichtig, dass bei Gesammteigenthum jeder Antheilhaber seinen Antheil frei veräussern könne.

Die Redaction.

Fischerei besitze, wie sich das aus verschiedenen Urkunden seit 1769 ergebe. Dieses Eigenthum sei weder gesetzlichen noch vertraglichen Beschränkungen unterworfen.

Die Gegenpartei als Beklagte stellte das Begehren um Schutz der Verfügung. Sie bilde eine Fischereigenossenschaft für eine Fischenz, die früher vom Bischof von Constanz an Gottlieber Bürger als Lehen gegeben, später Besitzthum einer privatrechtlichen Gesellschaft geworden sei. Die Einrede der Incompetenz sei grundlos, da die badischen Behörden blos die Polizei zu handhaben hätten, dagegen die Jurisdiction in privatrechtlichen Streitigkeiten auf thurgauischem Gebiet den Thurgauer Behörden zustehe. Allerdings sei ein Theil des Kaltenhalblehens auf badischem Gebiet, allein das Lehen sei als Ganzes zu betrachten, und desshalb müssten darauf bezügliche Streitigkeiten da abgeurtheilt werden, wo die Lehen liegen. Materiell dürfe die Fischereigerechtigkeit nur an einen Einwohner von Gottlieben veräussert werden, wie sich dies aus Art. 6 der Offnung von Gottlieben von 1521, einem Lehensbrief von 1791, welcher dieselbe bestätige, und der Rechtsübung seit unvordenklicher Zeit ergebe. Es handle sich um ein Genossenschaftsrecht.

Die erste Instanz erklärte sich competent. Nur die Ausübung der Fischereipolizei sei an die badischen Behörden übergegangen; in privatrechtlichen Streitigkeiten seien die ordentlichen Gerichte competent. Ein Fischereirecht an einem öffentlichen Gewässer sei ein Privatrecht, das sich auf ein kleineres bestimmtes Gebiet erstrecke und hier die Ausübung der Fischerei durch Nichtberechtigte ausschliesse. Wenn es auch mit einem bestimmten Flussgebiet verbunden sei, charakterisiere es sich doch nicht als ein dingliches Recht, um so weniger, als das Recht des Staates an diesem Flussgebiete nicht sowohl als Eigenthum, sondern lediglich als Hoheitsrecht erscheine, und das Fischereirecht als ein nicht das Eigenthum, sondern den öffentlichen Gebrauch beschränkendes Recht zu bezeichnen sei. Andererseits ergebe sich gerade auch aus der Eintheilung der allgemeinen Fischereibezirke laut Fischereiordnung ohne Rücksicht auf die Grenzen des Staatsgebietes, wonach der Gottlieber Fischereibezirk sich auch auf badisches Gebiet erstreckt, gleich wie es mit dem streitigen Fischereirecht der Fall sei, dass weniger die Art der Fischerei als vielmehr die Person des Berechtigten den Sitz des Rechtes bedinge, und es sei auch das streitige Fischereirecht ein persönliches vom Grundbesitz unabhängiges. Da die persönliche Seite vorwiege, treffe nicht der Gerichts-

stand der gelegenen Sache, vielmehr derjenige des Domizils des Berechtigten zu. Dagegen sei der Präsidialbefehl materiell unbegründet. Allerdings sei nach der Offnung von Gottlieben zur Zeit als die Fischereigerechtigkeit vom Bischof von Constanz verliehen wurde, der Wohnsitz in Gottlieben Voraussetzung für den Erwerb dieser Fischerei als Lehen gewesen. Allein diese Offnung sei nicht mehr geltendes Recht, wie ja auch die Beklagten selbst den Standpunkt einnehmen, sie besässen die Fischerei als freies Eigenthum. Selbst wenn ein Herkommen bestände, dass von jeher nur Einwohner von Gottlieben die Fischerei ausgeübt hätten, so schaffe dies doch kein Recht, weil ein solches im Widerspruch stünde mit der allgemeinen Rechtsauffassung der jetzigen Zeit. Es wäre ein singuläres Verhältniss, wenn die Möglichkeit der Ausübung und des Erwerbes eines Privatrechtes von einem gewissen Wohnsitz des Erwerbers abhängig wäre, und es stünde dies namentlich auch im Widerspruch mit dem verfassungsmässigen Grundsatz der Gewerbefreiheit. Von einem Gesellschaftsrecht könne nicht die Rede sein, da keine constituierte Gesellschaft vorliege, sondern wie beim Miteigenthum an einer Sache zu ideellen Theilen die Beziehungen der Beklagten zu einander nur darin bestünden, dass sie ihr Recht am gleichen Orte auszuüben haben und gegenseitig nur mit der aus den Rechten der Anderen folgenden Beschränkung. Somit sei der Präsidialbefehl aufzuheben und könne auch einer, der nicht in Gottlieben wohne, einen Fischereiantheil am Kaltenhalblehen erwerben, resp. einem solchen die blosse Ausübung des Rechtes überlassen werden.

Das Obergericht bestätigte dieses Urtheil durch Spruch vom 1. Juli 1885, mit folgenden Gründen:

In erster Linie fragt es sich, ob die vom Appellaten erhobene Einrede der Incompetenz des thurgauischen Richters eine begründete sei. Streitgegenstand ist nicht sowohl der von den Appellanten erwirkte Präsidialbefehl, denn er ist erlassen gegenüber Fischhändler Blattner in Ermatingen, welcher im vorliegenden Process gar nicht als Partei auftritt. Hier ist der Appellat Kläger und nach der Weisung, sowie der ganzen Processverhandlung dreht sich der Streit darum, ob er befugt sei, sein Fischereirecht an Jemanden anderen als einen in Gottlieben Wohnenden zu veräussern. Das ist ein Anstand zwischen den an den Schranken stehenden Parteien, wobei es sich darum handelt, ob der Protest der Appellanten gegen die Veräusserung eines Antheilhaberrechts

der Gottlieber Fischenz an einen anderen als einen in Gottlieben Wohnenden begründet sei. Ein solcher Prozess ist nicht dinglicher Natur, sondern persönlicher, und da die Beklagten in Gottlieben wohnen, so war das Bezirksgericht Kreuzlingen kompetent, die Klage zu entscheiden.

Materiell fragt es sich, ob die Mitantheilhaber dem Appellaten verbieten dürfen, seine Fischereigerechtigkeit an einen anderen als einen Einwohner von Gottlieben zu verkaufen. Es ergiebt sich allerdings aus der Offnung von Gottlieben von 1521, dass ursprünglich nur Einwohner von Gottlieben ein solches Fischerlehen haben konnten („die sol och nieman han dann der ze Gottlieben sitzt"). Allein seitdem sind die rechtlichen Verhältnisse verändert worden, die Lehenrechte haben sich in Privatrechte umgewandelt und die Antheilhaber besitzen an denselben ein freies Eigenthum, ohne die lehenrechtlichen Schranken. So wenig sie mehr verpflichtet sind, dem Lehensherrn eine gewisse Anzahl von Fischen alljährlich zu prästieren, ihm Schifferdienste zu leisten u. drgl., so wenig ist der Besitz und die Ausübung ihres Rechtes dadurch bedingt, dass sie ihren Wohnsitz in Gottlieben haben. Nehme man das Rechtsverhältniss des Miteigenthums oder des Gesammteigenthums an, so ist doch jeder Antheilhaber berechtigt, seinen Antheil Jemanden zu veräussern; die Mitantheilhaber sind nur befugt zu verlangen, dass der Rechtsnachfolger nicht mehr Rechte ausübe als seine Rechtsvorgänger.

---

2. Canton Glarus. Urtheil des Appellationsgerichts.

Niessbrauch des überlebenden Ehegatten. Anspruch der Gläubiger auf denselben.

Der Ehefrau W. war durch Testament vom 17. September 1869 (vgl. § 264 ff. des bürgerl. Gesetzbuches des Kantons Glarus) die Nutzniessung am Nachlass ihres Ehemannes zugesichert worden und dieser schon im Jahre 1870 verstorben. Im Jahre 1880 gerieth die Wittwe W. in Concurs und die Concursmasse beanspruchte die bezeichnete Nutzniessung für so lange als die Wittwe W. lebe und bis die Gläubiger für ihre Forderungen vollständig befriedigt seien. Der Vormund der Wittwe W. sowie deren unterstützungspflichtige Verwandten und die Armenpflege ihrer Heimatgemeinde bestritten jedoch diesen Anspruch und behaupteten, die Zinsen und Früchte des Vermögens des

Ehemannes W. müssen ausschliesslich der Wittwe W. zukommen, und es haben deren Gläubiger kein Recht, auf dieselben zu greifen. Zur Begründung dieser Behauptung wurde geltend gemacht, bei Vermächtnissen unter Ehegatten komme einzig der Wille des Verstorbenen in Betracht, welcher in allen Fällen und auch in concreto dahin gehe, dem überlebenden Theil von dem Vermögen, welches der Verfügungsgewalt der wirklichen Erben entzogen werde, den Zinsengenuss für die Zwecke des Lebensunterhaltes zu sichern; damit übereinstimmend heisse es in der zutreffenden Gesetzesbestimmung wörtlich: „Der überlebende Theil hat von dem „ihm leibdingsweise vermachten Gute für sich die Zinsen „und Früchte desselben zu beziehen;“ die Zinsen von neu zur Nutzniessung vermachtem Vermögen können nicht als zugefallenes oder erworbenes Vermögen im Sinne von § 30 des Gesetzes über Forderungen und Verträge bezeichnet werden, und wenn überhaupt durch den Eintritt des Concurses die practische Nutzniessung für den Concursiten aufhören sollte, so müsste das fragliche Vermögen zur unbedingten Disposition an die Erben, in deren Eigenthum es schon mit dem Tode des Erblassers übergegangen sei, zurückfallen. Diesen Ausführungen gegenüber berief sich die Concursmasse W. darauf, dass das fragliche Nutzniessungsrecht am Vermögen des Ehemannes W. beim Ausbruche des Concurses über dessen Wittwe einen Bestandtheil ihres eigenen Vermögens gebildet habe, daher mit dem Concursausbruche auf die beklagtische Masse selbst übergegangen sei und dieser somit das Dispositionsrecht darüber ausschliesslich für so lange zustehe, bis die sämmtlichen Ansprüche der Gläubiger der Wittwe W., wie solche durch das Passivinventar ausgewiesen seien, vollständig befriedigt seien, zumal gemäss den einschlägigen Bestimmungen des Gesetzes über gleichmässige Behandlung der Fallimentsfälle als Activen der Concursmasse alle Vermögensobjecte jeder Art des Concursiten mit einziger Ausnahme von fremdem Eigenthum, das sich im Besitze desselben befinde, behandelt werden müssen, und überdem § 30 des Gesetzes über Forderungen und Verträge wörtlich bestimme: „Wenn einem Falliten einiges Vermögen „durch Erbschaft oder irgend auf eine andere Weise zufällt, so „gehört solches seinen Creditoren, bis sie um ihre Ansprache „gänzlich bezahlt sind.“

Das Civil- und das Appellationsgericht sanctionierten übereinstimmend die Ansprüche der Concursmasse W. Die Erwägungen des Letztern lauten:

1. Es ist constatiert, dass Frau Wittwe W. und ihr im Jahr 1870 verstorbener Ehemann mit Testament vom 17. September 1869 die Nutzniessung an ihrem Vermögen sich gegenseitig zugesichert haben. Demnach handelt es sich im vorliegenden Falle lediglich um die Frage, ob dieses Nutzniessungsrecht in Folge des über Frau W. im Jahre 1880 ausgebrochenen Concurses auf deren Gläubiger resp. die Concursmasse W. übergegangen sei oder nicht.

2. Diese Frage muss nun bejaht werden. Das Nutzniessungsrecht bildet unzweifelhaft einen wirklichen Vermögensbestandtheil der Wittwe W., es steht somit gemäss § 10 lit. b. des Gesetzes über gleichmässige Behandlung der Fallimentsfälle und nach § 30 des Gesetzes über Forderungen und Verträge den Gläubigern derselben das ausschliessliche Dispositionsrecht über diesen Vermögensbestandtheil für so lange zu, bis die durch's Inventar vom 28. Juli 1880 ausgewiesenen Creditoren für ihre darin enthaltenen Forderungen vollständig bezahlt sind.

---

3. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 20. Juli 1883.

Erbvertrag. Negotium claudicans. Condictio sine causa.

Unter Einhaltung der testamentarischen Formen schlossen die Eheleute Habermacher im Hof zu Rickenbach den 4. Mai 1869 folgendes, seinem wesentlichen Inhalte nach also lautendes Rechtsgeschäft ab: Der Ehefrau soll aus dem vorhandenen Vermögen die Summe von Fr. 3000, worunter deren zugebrachtes Gut begriffen sein soll, als ihr wahres Eigenthum zukommen. Dieser Betrag soll der Ehefrau auf ihr Verlangen vom Ehemann aushinbezahlt werden; im Uebrigen verzichtet die Ehefrau für die erwähnte Summe auf ihr gesetzliches Eherecht.

Der Act enthält, wie gesagt, die testamentarischen Formen. Der beeidigte Schreiber, welcher den Act verfasste, fungierte nun aber auch noch bei diesem Rechtsgeschäfte als ausserordentlicher Beistand — curator ad hoc — der Ehefrau. — Die 3000 Fr. wurden dann der Ehefrau wirklich ausbezahlt, resp. wurden zu ihren Handen in die Depositalkasse gelegt. — Im Jahre 1881 starb dann der Ehemann. Die Erben schlugen die Erbschaft aus und in Folge hievon brach über die Verlassenschaft der Concurs aus. Die Concursmasse,

resp. an deren Stelle einige Creditoren, verlangten nun von Wittwe Habermacher Einwerfung der z. Z. gestützt auf oben erwähntes Rechtsgeschäft erhaltenen Fr. 3000 und führten hiefür an: Die Willensverordnung vom 4. Mai 1869 sei ungültig, weil die gleiche Person, Gemeindeschreiber Waltisberg, hiebei zugleich als Schreiber und als Beistand der beklagten Ehefrau gehandelt habe, es seien überdies verschiedene Formfehler vorhanden. Zudem habe Habermacher seine Befugniss weit überschritten; in Wirklichkeit hätte er über gar nichts verfügen können, da nach Abzug der Passiven kein Guthaben der Erbsmasse verblieb.

Beklagte schützte in der Rechtsantwort u. A. vor: Der Act vom 4. Mai 1869 sei in Wirklichkeit keine letztwillige Verordnung, sondern ein Vertrag, wodurch die Beklagte gegen die Zusicherung von Fr. 3000 auf ihr gesetzliches Eherecht und zugebrachtes Vermögen (Fr. 123. 33 Cts.) verzichtet habe. Dieses Geschäft sei seit Jahren factisch vollzogen, im Jahr 1874 habe nämlich Ant. Habermacher seine Liegenschaft dem kläger. Zedenten X. Habermacher zu einem Spottpreise verkauft; hiebei wurde dem Käufer überbunden, des Verkäufers Schuld an Beklagte laut benanntem Acte von Fr. 3000 zu übernehmen, worauf dann die Summe an die Depositalkasse Rickenbach bezahlt worden sei. Formelle Mängel liegen hinsichtlich des mehrfach angeführten Actes, nachdem derselbe eine letztwillige Verordnung nicht sei, keine vor, und aus gleichem Grunde falle auch nicht in Betracht, ob Ant. Habermacher dabei seine Testierbefugniss überschritten habe, oder aber nicht.

Das Obergericht beschützte die Klage auf Einwerfung, wesentlich aus folgenden Gründen:

In Rücksicht auf den dispositiven Inhalt dieses Actes muss derselbe offenbar nicht als ein Testament oder Vermächtniss, dessen Form er im Widerspruch zu jenem Inhalte trägt, sondern als ein zweiseitiges vertragliches Abkommen belästigender Natur aufgefasst werden. Denn für jenes fehlt das unerlässliche Requisit der einseitigen Widerruflichkeit. Und da durch das Abkommen das gegenseitige Erbrecht der kontrahierenden Eheleute Habermacher vertraglich geordnet bezw. abgeändert werden wollte, so fällt jenes unter die Categorie der Erbverträge und speziell der Eheverkommnisse nach §§ 468 u. ff. des bürgerl. Gesetzbuches. Diese vertragliche Ordnung bezw. Abänderung des gegenseitigen Erbrechtes geschah vorliegend in der Weise, dass beide Ehegatten auf ihr gesetzliches Eherecht Verzicht leisteten, wo-

gegen sich die beklagte Ehefrau, gleichzeitig auch als Abfindung für ihr zugebrachtes Frauengut, die Summe von Fr. 3000 zusichern liess.

Was nun vorab die formelle Gültigkeit des angeführten Actes betrifft, so schreibt § 473 des bürgerl. Gesetzbuches für Eheverkommnisse vor, dass hiebei die Frau durch einen ausserordentlichen Beistand versehen sein solle. Ferner fordert § 474 eod., dass das Verkommniss schriftlich abgefasst und von den Contrahenten und deren Beiständen unterschrieben werde. Wenn, wie vorliegend die beklagte Ehefrau, eine Person des Schreibens unkundig, „so soll die Urkunde, bei Folge der Ungültigkeit der Verhandlung dieser Person, durch einen beeidigten Schreiber unter Zuzug von zwei männlichen Zeugen abgefasst werden."

Kläger bestreitet nun vorab, dass J. Waltisberg wirklich als ausserordentlicher Beistand der beklagten Ehefrau bestellt gewesen sei; wäre aber das auch der Fall, so habe derselbe keinesfalls gleichzeitig als solcher und als beeidigter Schreiber functionieren können. Abgesehen nun aber davon, ob diese Aussetzungen an und für sich zutreffend seien, so kann hieraus eine absolute Ungültigkeit des betreffenden Actes nicht gefolgert werden. Nach den hier massgebenden Grundsätzen über sog. „hinkende Verträge" wäre derselbe allerdings für die beklagte Ehefrau, hinsichtlich welcher der erheblich gemachte Mangel vorliegen soll, anfechtbar, dagegen kann auf den gerügten Mangel nicht auch der andere Theil, oder ein Dritter aus dem Rechte des Letztern sich berufen, so lange die Ehefrau selbst ihrerseits das Geschäft aufrecht erhalten will.

Das Eheverkommniss ist nun aber, als Erbvertrag, seinem Wesen nach und in Rücksicht auf die in § 468 bürgerl. Gesetzbuch enthaltene Legaldefinition eine vertragliche Uebereinkunft über die Erbfolge, mag diese dann in einer vertraglichen Abänderung der gesetzlichen Erbfolge oder in einem Verzichte auf dieselbe bestehen. Für die Erbfolge aus einem solchen Eheverkommnisse muss daher wie für jede andere Erbfolge, sei es aus Gesetz, sei es auf Grund einer letztwilligen Verordnung, der Todesfall des Erblassers massgebend sein, so zwar, dass von der Zuwendung erbrechtlicher Vortheile auf Grund eines Eheverkommnisses die Rede nicht sein kann, wenn beim Todesfalle des Erblassers der Nachlass desselben überschuldet ist. Das war vorliegend der Fall, indem das amtliche Güterverzeichniss über Anton Habermacher sel. einen erheblichen Ueberschuss der Passiven er-

geben hat, und zufolge dessen der Concurs über denselben ausgeschrieben worden ist.

Allerdings hat nun die Beklagte das, was ihr zufolge des im Acte vom 4. Mai 1869 vertraglich festgesetzten Erbrechtes, bezw. als Aequivalent für den Verzicht auf ihr gesetzliches Eherecht zukommen sollte, bereits erhalten, indem der betreffende Betrag zu ihren Handen an die Depositalkasse von Rickenbach abgeliefert wurde. Allein bei dieser Sachlage ist das klägerische Begehren aus dem Gesichtspunkte einer Rückforderungsklage (condictio sine causa) begründet, indem die Beklagte thatsächlich etwas erhalten hat und besitzt, für dessen Uebergang in ihr Vermögen ein rechtlicher Grund nicht vorliegt.

Die Beklagte ist daher gehalten, den Betrag von Fr. 3000, abzüglich des Betrages für zugebrachtes Frauengut in die Erbs- bezw. nunmehr Concursmasse des Anton Habermacher sel. einzuwerfen, und zwar soweit dieses zur Deckung der Schulden desselben erforderlich sein wird.

---

4. Canton Thurgau. Urtheil des Obergerichts vom 25. August 1885.

Ungültigkeit einer Erbeinsetzung bei Tödtung des Erblassers durch den Erben, auch Mangels ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift.

Die Erbberechtigten des verstorbenen Johannes Horber von Oberhofen schlossen unterm 27. Dezember 1878 einen Erbauskaufvertrag ab. Die Wittwe Anna Horber, geb. Hörnlimann kaufte die Erben ihres Ehemannes mit einer Summe von Fr. 7000 — aus, zahlbar nach ihrem Tode, und bestimmte, dass dann dagegen ihr ganzes Vermögen den gesetzlichen Erben ihres Stammes allein zukommen solle.

Am 25. Juni 1884 errichtete die Wittwe Horber ein amtliches Testament, in welchem sie einige Vermächtnisse zu wohlthätigen Zwecken aussetzte und dann vorschrieb:

„Von meinem ganzen übrigen Nachlasse soll dem Jacob Büchi, Bäcker, in Sirnach als Anerkennung dafür, dass er mich bisher in freundlicher und zuvorkommender Weise gepflegt und versorgt hat, so viel zum Voraus zukommen, als die §§ 59 und 60 des thurgauischen Erbgesetzes zulassen.“

Die Wittwe Horber wurde dann mit Bäcker Büchi uneins und machte Anstalten, sich in St. Katharinenthal zu verpfründen. Am 26. Januar 1885 tödtete Büchi die Wittwe

Horber in seiner Wohnung. Er wurde vom thurgauischen Geschworenengericht des Todtschlages schuldig befunden und von der Criminalkammer zu 15 Jahren Zuchthaus verurtheilt. Ueber Büchi ist der Concurs ausgebrochen, und es macht nun die Concursmasse ihre Rechte gemäss Testament der Wittwe Horber geltend, während die Intestaterben derselben bestreiten, dass die Erbeinsetzung noch in Kraft bestehe.

Die Intestaterben beriefen sich gegenüber dem Testament besonders darauf, wer in der Absicht, sich einen Vortheil zu verschaffen, ein Verbrechen begehe, könne und dürfe die aus demselben entspringenden Vortheile nicht geniessen. Büchi sei insolvent gewesen und die Wittwe Horber habe beabsichtigt, das Testament aufzuheben und einen erheblichen Theil des Vermögens auf die Verpfründung in St. Katharinenthal zu verwenden; um dem vorzubeugen, habe Büchi sie getödtet.

Die Concursmasse Büchi dagegen behauptete, nach dem thurgauischen Erbrecht, welches keine Indignitätsgründe kenne, sei das Testament unanfechtbar. Das Motiv des Todtschlages sei nicht die Sicherung des Testamentes gewesen.

Die erste Instanz schützte das Testament. Die Sühne für das Verbrechen liege in der Strafe; civilrechtliche Folgen habe dasselbe nur, soweit das Civilrecht solche anerkenne. Das thurgauische Erbrecht enthalte aber keine Vorschriften über Indignität und es bestehe auch kein bezügliches Gewohnheitsrecht.

Das Obergericht erklärte aber die gegen dieses Urtheil ergriffene Appellation für begründet und das Testament als ungültig unter folgender Motivierung:

Es sind nicht nur die gesetzlichen Requisite in's Auge zu fassen, sondern auch die selbstverständlichen Voraussetzungen, die auch ohne ausdrückliche Erklärung aus dem übrigen Inhalt der Willenserklärung sich von selbst als gewollt ergeben. Bei Willenserklärungen auf den Todesfall kann aus den begleitenden Umständen die Ueberzeugung gewonnen werden, dass der Erblasser eigentlich nur unter der Voraussetzung eines bestimmten Zustandes der Verhältnisse gewollt habe und dass die letzte Willensverordnung als unwirksam angefochten werden könne, sobald nachgewiesen ist, dass der Erblasser, wenn er die Gestaltung der Verhältnisse, wie sie seitdem eingetreten ist, gekannt hätte, die Verfügung nicht gemacht haben würde (Windscheid Pandekten § 98). Eine solche selbstverständliche Voraussetzung ist nun die, dass der eingesetzte Erbe nicht den Erblasser tödte. Wenn auch

das thurgauische Erbrecht keine Bestimmungen über die Indignität von Erben oder Vermächtnissnehmern kennt, so ist damit nicht ausgeschlossen, dass in dem schwersten Falle der Indignität, wo der Bedachte dem Erblasser das Leben nimmt, der Richter die Einsetzung als ungültig erklärt, davon ausgehend, der Testator habe jedenfalls nicht die Absicht gehabt, seinen Todtschläger zu bedenken, er hätte die Erbeinsetzung nicht vorgenommen, wenn er gewusst hätte, dass ihm der Bevorzugte das Leben nehme. In einem solchen Fall ist das Testament in seinen Grundlagen zerstört, der Testator konnte seinen natürlichen letzten Willen nicht mehr äussern, sein Testament nicht mehr ändern, da der Bedachte selbst das Leben gewaltsam plötzlich zerstörte.

Dieses Urtheil steht im Einklang mit dem Prinzip, welches in einem Urtheil des Obergerichts 1881 (Rechenschaftsbericht S. 23) ausgesprochen wurde. Es hatte eine Ehefrau ihren Ehemann im Testament ausserordentlich begünstigt, die Ehe wurde auf dessen Klage wegen Geisteskrankheit der Ehefrau geschieden, und die Frau starb, ohne dass sie vor ihrem Tode die geistige Gesundheit wieder erlangt hatte. Das Obergericht erklärte die Erbeinsetzung für nichtig, weil die Ehefrau den Ehemann habe bedenken wollen, und nachdem letzterer diese Eigenschaft verloren hatte, nicht mehr in der Lage gewesen sei, das Testament aufzuheben oder zu ändern.

---

5. Canton Luzern. Urtheil des Obergerichts vom 11. October 1884.

Concurs beim Rechtsverhältniss der Einzinserei. „Einwerfung“ des mitverschriebenen, jedoch mit neuerem Pfandrecht belasteten Grundstückes. Voraussetzung des Rückgriffs auf den Constituenten des neueren Pfandrechts für die verlustig erklärte Pfandansprache.

J. Budliger, zum Schützenhaus in Horgen, Ct. Zürich, belangte den A. Huber, im Moos zu Ettiswil, aus Grund der Nachwährschaft bei der Abtretung eines Zahlungsbriefes — Hypothekarinstruments — für Fr. 301 nebst Zins seit 23. Jänner 1879.

Das Klagebegehren wird im Wesentlichen auf folgende Thatmomente gegründet:

Mit Fertigung vom 3. Mai 1878 erwarb der Beklagte Huber von einem Jos. Isenschmid ein Stück Torfland in der

Gemeinde Ettiswil. An die daherige Kaufsrestanz von Fr. 601. 98 waren Fr. 300 auf die Fertigung abzuzahlen; für die übrigen Fr. 301. 98 wurde ein Zahlungsbrief errichtet. Dieser Brief wurde am 7. Mai 1878 sammt Marchzins von Isenschmid dem Kläger Budliger abgetreten. Am 14. Juli 1879 gerieth Isenschmid, der frühere Eigenthümer des im Zahlungsbriefe verpfändeten Torflandes, in Concurs. Auf der Concursliegenschaft hafteten Gülten, in welchen auch jenes Torfland mitverpfändet war, und welche hierauf dem klägerischen Zahlungsbriefe vorgingen. Es verlangte nun ein solcher Gültansprecher Einwerfung des nicht im Concurse begriffenen, mitverpfändeten Grundstückes nach § 41 c des Conc.-G., worauf dem Beklagten als Eigenthümer hievon Kenntniss gegeben wurde. Derselbe entschloss sich zur Einwerfung[1]) seines Eigenthums, und dasselbe kam sodann am 25. August 1879 mit den Concursliegenschaften zur Versteigerung. Hiebei ging die klägerische Ansprache gänzlich verloren und ist auch aus der fahrenden Concursmasse Isenschmid's für dieselbe Nichts erhältlich geworden.

In Verbindung mit diesem Verfahren wurden theils ab Seite der Behörden, theils ab Seite des Klägers und dessen Vormannes noch folgende Vorkehrungen getroffen:

a. Mit Schreiben vom 5. August 1879 hatte die Gerichtskanzlei Willisau dem Kläger Budliger von dem Einwerfungsbegehren und der vom Beklagten Huber hierauf abgegebenen Erklärung nach Vorschrift des § 41 d des C.-G. Kenntniss gegeben, mit der Anfrage, ob er unter diesen Umständen sein Instrument zur Cassation abgeben wolle; andernfalls habe er noch Gelegenheit, mit Huber allfällig ein Uebereinkommen zu treffen;

---

[1]) Die Einwerfung dieses mitverschriebenen, jedoch noch mit neuern Pfandrechten belasteten Grundstückes dürfte angesichts des in § 41 d des Conc.-Ges. vorgeschriebenen Verfahrens ungültig sein und daher die an die Steigerung geknüpften Folgen dahinfallen. Nach diesem § 41 nämlich müssen, wenn eine Liegenschaft unter Concurs fällt, die mit ihr gemeinsam verpfändeten Grundstücke entweder in die Gant eingeworfen werden oder es müssen deren Eigenthümer die pfandrechtlichen Ansprachen gut bieten. Haften aber auf einem solchen mitverpfändeten Grundstücke noch jüngere Pfandrechte, so kann, falls der Eigenthümer desselben die pfandrechtliche Ansprache, wegen welcher Einwerfung in die Gant verlangt wird, nicht gut bietet, die Einwerfung erst erfolgen, wenn das einzuwerfende Grundstück aus dem neueren Pfandnexus entlassen ist. Erfolgt die Entlassung nicht vertraglich, so ergeht über den Eigenthümer des mitverschriebenen Grundstücks der Concurs. D. Eins.

b. Durch gleiche Kanzlei wurde unterm 11. August 1879 dem Beklagten Huber angezeigt, dass er bei den Steigerungen in Sachen Isenschmid seine Interessen wahren möge, da er für den Zahlungsbrief auf dem eingeworfenen Grundstücke nach § 26 des Hyp.-Ges. und § 742 des b. G.-B. dem Inhaber Budliger zu haften habe; er möge sich mit Letzterm verständigen, ansonst der Concurs auch über ihn herbeigeführt werde;

c. Unterm 19. August 1879 erliess W. Kaufmann in Alberswyl, welchem Kläger einen Theil der Kaufrestanz abgetreten hatte, für sich und Namens des Klägers Budliger ebenfalls eine Anzeige an den Beklagten, dass er bei der fragl. Steigerung sein Interesse wahren möge, indem er im Verlustfalle als Errichter des Zahlungsbriefes belangt würde;

d. Eine gleiche Kundmachung endlich liess der Kläger selbst dem Beklagten unterm 28. August 1879 durch den Gerichtspräsidenten von Willisau zustellen.

Gestützt auf diese Thatsachen wurde nun der Beklagte als Errichter des Zahlungsbriefes nach § 26 des Hyp.-Ges. um Ersatz der verlustigen Ansprache nebst Folgen belangt.

Die Haupteinrede des Beklagten war, es sei gegebenen Falles das in § 41 lit. d des C.-G. vorgezeichnete Verfahren nicht eingeschlagen worden, indem der Kläger s. Z. unterlassen habe, den Concurs über sein Unterpfand resp. dessen Besitzer (den Beklagten Huber) herbeizuführen.

Diese Einwendung wurde obergerichtlich als begründet gefunden, aus folgenden Gründen.

Gemäss cit. § 41 lit. d ist in Fällen wie der vorliegende, wo auf dem zur Einwerfung erklärten Grundstücke noch neuere Verschreibungen haften, auch dem Eigenthümer des mitverschriebenen Unterpfandes die Aufrechnung zu ziehen und über denselben der Concurs abzuhalten, sofern unter den Interessenten die Angelegenheit nicht anderswie gütlich erlediget wird. Jenes ist nun vorliegend zugegebenermassen nicht geschehen. — Freilich knüpft die angerufene Bestimmung an die Nichtbeachtung derselben nicht ausdrücklich die Folge, dass dann, d. h. so lange der Concurs nicht herbeigeführt wurde, etwa allfällige persönliche Regressrechte nicht geltend gemacht werden sollten. Allein die Bestimmung will überhaupt nur das formelle Verfahren für den gedachten speciellen Fall ordnen. Die wirkliche materielle Ursache, warum der Kläger abgewiesen werden muss, liegt

eben darin, weil die persönliche Nachwährschaft für liegende Verschreibungen aus der Thatsache der Errichtung oder der Abtretung überall erst da zur Geltung kommt, wo die Realisierung derselben auf dem liegenden Unterpfande, d. h. gegen den Besitzer desselben fruchtlos geblieben ist. Diese Realisierung hat durch Herbeiführung des Concurses, und im Falle des cit. § 41 d speciell in der dort vorgezeichneten Weise zu geschehen.

Ob nun dem Kläger hinsichtlich der in Rede stehenden Unterlassung ein Verschulden zur Last falle, das ist zwischen den heute streitenden Parteien in keiner Weise zu entscheiden. Jedenfalls trifft auch den Beklagten Huber in dieser Hinsicht ein Verschulden nicht; und so muss entscheidend bleiben, dass eben thatsächlich nicht geschehen ist, was hätte geschehen sollen.

Im Uebrigen unter Hinweis auf das vom Beklagten heute angerufene obergerichtliche Präjudikat vom 25. Juli 1882, amtl. Samml. S. 221 ff., soweit der dort vorgelegene Thatbestand auf den gegenwärtigen Fall zutreffend ist.

---

6. Canton Basellandschaft. Urtheil des Obergerichts vom 25. April 1884.

Aufhebung einer in fraudem creditorum erfolgten Fertigung.

Im Mai 1883 verkaufte Wilhelm Thommen-Wagner in Zeglingen seine sämmtlichen Liegenschaften nebst Fahrhabe und Ladenwaaren an seine in Basel wohnhafte Schwägerin Marie Wagner um Fr. 3000 —, und es wurde dieser Kauf durch den Gemeinderath von Zeglingen am 22. gl. Mts. gefertigt.

In dem zwischen den Contrahenten abgeschlossenen Kaufvertrage war stipuliert, dass die Käuferin die auf den Liegenschaften haftende Obligationsschuld von Fr. 2000 — zu übernehmen und den Rest des Kaufpreises mit Fr. 1000 — nach der Fertigung baar zu entrichten habe.

Schon am 12. Juni starb der Verkäufer; von seinen Hinterlassenen wurde die Erbschaft nicht angetreten, weil bloss Passiven vorhanden seien.

Aus diesem Umstande und aus dem weiteren, dass der Gemeinderath schon am 9. Juni, also kaum 3 Wochen nach der Fertigung, die verkauften Immobilien — mit Ausschluss der Ladenwaaren und der Fahrhabe — zu Fr. 4000 — ge-

würdigt hatte, schloss der Bezirksschreiber, dass durch den Abschluss des Kaufvertrages die Rechte der Gläubiger gefährdet worden seien, und richtete an die Regierung das Gesuch, es wolle dieselbe den Fertigungsakt annullieren, damit das ganze Vermögen könne zur Masse gezogen werden.

Eine vom Regierungsrath verfügte amtliche Inventuraufnahme ergab für Fahrhabe, Vieh und Ladenwaaren einen Werth von Fr. 1668. 80, so dass — die Richtigkeit der gemeinderäthlichen Würdigung vorausgesetzt — die an die Marie Wagner zu Fr. 3000. — verkauften Gegenstände einen Werth von Fr. 5668. 80 repräsentieren.

Mit Beschluss vom 4. August 1883 erklärte der Reg.-Rath dem Gesuche um Aufhebung der Fertigung nicht entsprechen zu können, da dies in die Competenz der Gerichte einschlage; dagegen stehe er nicht an zu erklären, dass er die Vornahme der Fertigung untersagt haben würde, wenn der Gemeinderath gemäss § 148 L.-O. den Fall vorher einberichtet hätte.

Die Bezirksämter erhoben nun als Vertreter der Concursmasse Klage auf Nichtigerklärung der zwischen W. Thommen und M. Wagner stattgehabten Fertigung und Einbeziehung der Liegenschaften und der Fahrniss in die Concursmasse. Das Bezirksgericht Gelterkinden erklärte die Klage für begründet und das Obergericht bestätigte das Urtheil aus folgenden Erwägungen:

Durch die kurz vor seinem Tode an seine Schwägerin ganz bedeutend unter dem Werthe vorgenommene Vermögensentäusserung hat sich der Verkäufer Wilhelm Thommen wissentlich zahlungsunfähig gemacht. Die Umstände des Falles lassen darüber keinen Zweifel, dass er den Verkauf in der Absicht abgeschlossen, seine Gläubiger zu verkürzen, und es würde dieser Zweck auch vollständig erreicht worden sein, wenn der fragliche Kauf unangefochten geblieben wäre.

Der § 87 der L.-O. hat nun für alle Verträge eine gemeinsame Vorschrift aufgestellt, vor Betrug und andern Ränken gewarnt und verlangt, dass bei allen Uebereinkünften redlich und aufrichtig gehandelt werde, wie es einem ehrlichen Manne gezieme. Gegenüber dieser Bestimmung aber kann ein Kauf wie der in Frage gezogene nicht aufrecht erhalten werden, welcher unzweifelhaft geradezu in unredlicher Absicht zu dem Zwecke abgeschlossen wurde, um den Creditoren das Vermögen und die Mittel zu ihrer Befriedigung zu entziehen. Um solche Vorkommenheiten möglichst zu verhüten, hat allerdings der § 148 der L.-O. den

Fertigungsbehörden zur Pflicht gemacht, die Fertigung nicht vorzunehmen, sobald Verdacht obwalte, dass es sich um Benachtheiligung von Creditoren handeln könnte. Wenn dagegen, wie im vorliegenden Falle, der Gemeinderath seine Pflicht nicht achtet, oder wenn ihm die Umstände nicht bekannt sind, welche beweisen oder wahrscheinlich erscheinen lassen, dass es sich um ein fraudulöses Geschäft handelt, so ist desswegen den durch die vollzogene Fertigung geschädigten Gläubigern das Recht nicht abgeschnitten, die Rechtsbeständigkeit einer solchen Fertigung in Frage zu ziehen. Die Folge ist bloss die, dass jene Gläubiger in die Lage des Klägers kommen und damit die Pflicht haben, den jedenfalls oft recht schwierigen Beweis zu führen, dass das angefochtene Geschäft ein unredliches, der angeführten Bestimmung der L.-O. widersprechendes sei. Die Fertigung selbst ist eine zur Uebertragung des Eigenthums nothwendige Form; dagegen kein Act, durch den vorhandene Mängel unanfechtbar gemacht werden.

---

7. Canton Baselstadt. Urtheil des Civilgerichts vom 22. Januar 1886.

Anwendbarkeit des Concursprivilegs des Kinderguts auf Auskaufssummen.

Nach dem Tode seiner Ehefrau schloss Eduard Steiner mit seinen drei minderjährigen Kindern (resp. deren Vormund) einen Erbsvergleich und Auskauf, der von dem Waisenamt genehmigt und nach Gesetz im Grundbuch vorgemerkt wurde. Darnach übernahm der Vater St. Activen und Passiven des ehelichen Vermögens und wurde seinen Kindern ihr mütterliches Erbe mit Fr. 2333. — schuldig. Da Steiner keine Liegenschaften besass, auf welchen dieses Vermögen hätte versichert werden können, so wurde als Spezialunterpfand eine am 22. November 1873 erworbene Lebensversicherungspolice der Versicherungsgesellschaft Concordia in Cöln im Betrag von Fr. 10,000. —, zahlbar beim Ableben des Eduard Steiner, hinterlegt. Diese Police wurde dem Emanuel Müller-Nussbaum übergeben, welcher den Kindern Steiner zuerst als Vormund, später seit Durchführung des Vormundschaftsgesetzes vom 23. Februar 1880 als Nebenvormund bestellt war.

Am 8. September 1885 gerieth Steiner in Concurs und der Nebenvormund meldete die Forderung der Kinder im

Betrage von Fr. 2333. — an. Bei diesem Anlass stellte sich heraus, dass die Police seit Jahren Mangels Prämienzahlung erloschen war; immerhin liess sich die Versicherungsgesellschaft zu einer Zahlung von Fr. 500. — herbei, so dass die Forderung noch Fr. 1833. — betrug.

Die Concursbehörde verwies in ihrer Collocation vom 14. November 1885 diese Forderung in IV. Classe, wonach bloss Fr. 65. 15 an die Kinder gelangen würden und ihr Verlust Fr. 1767. 85 betrüge.

Die Kinder, vertreten durch Emanuel Matzinger-Hofmann, welcher ihnen an Stelle ihres failiten Vaters zum Vormund gesetzt worden, verlangten nun unter Berufung auf § 154 des Concursgesetzes in II. Classe collociert zu werden und zwar aus dem doppelten Grunde, erstlich weil der Vater als gesetzlicher Vormund für den Schaden, den sie durch die Nichtzahlung der Prämien und die dadurch herbeigeführte Entwerthung des Pfandes erlitten, verantwortlich sei, und sodann deshalb, weil es sich um eine Forderung für Kindergut handle, welches der Vater von Gesetzes wegen in seine Hände bekommen habe.

Die beklagte Concursbehörde verlangte Abweisung der Klage und Aufrechterhaltung der Collocation. Das im § 154 Cl. II 1a a und b geschaffene Privilegium sei nicht ein allgemeines Vorzugsrecht für jede Forderung eines Kindes an den falliten Vater, sondern lediglich ein Privileg für Vermögen des Kindes, welches der Vater von Gesetzes wegen unter seine Verwaltung bekommen habe. Letzteres sei aber bei Vater Steiner nie der Fall gewesen; denn beim Tode der Mutter sei kein Vermögen für die Kinder ausgeschieden und dem Vater anvertraut worden, sondern durch den Auskauf habe man eine Forderung der Kinder an den Vater in seiner Stellung als Vermögenstheilhaber am Nachlass der Ehefrau und Mutter geschaffen. Diese Forderung bestehe heute noch unvermindert, und wenn die dafür pfandweise eingesetzte Police ihren Werth eingebüsst habe, so sei diess nicht durch Saumsal des Verwalters, sondern durch Unfähigkeit des Pfandschuldners geschehen, welcher verpflichtet gewesen wäre, die Prämien zu zahlen. Mithin sei der Vater weder als solcher, noch als Vogt ersatzpflichtig, sondern lediglich als Schuldner zahlungspflichtig; für diese rein obligatorische Pflicht bestehe das Privilegium II. Classe des § 154 des Concursgesetzes nicht.

Das Civilgericht entsprach dem klägerischen Begehren durch ein vom Appellationsgerichte am 4. März 1886 bestätigtes Urtheil mit folgender Begründung:

Laut § 154 des Concursgesetzes sind in II. Classe zu collocieren:

a. die Forderungen bevogteter Personen für Alles, was der Gemeinschuldner als deren Vogt ihnen schuldig geworden, oder wofür er ersatzpflichtig ist (Vogtsgut);

b. die Forderungen der Kinder des Gemeinschuldners für ihr von Gesetzes wegen unter der Verwaltung des Letztern gestandenes Vermögen (Kindergut).

Nun ist der Gemeinschuldner Eduard Steiner allerdings gesetzlicher Vormund seiner Kinder gewesen; allein die Schuld rührt zunächst nicht aus diesem Verhältniss, sondern aus der Uebernahme des Gesammtvermögens nach dem Tode der Mutter her, und die Annahme, dass Steiner von vornherein als Vogt den Kindern auf Zahlung der Auskaufssumme gehaftet habe, ist daher jedenfalls ausgeschlossen. Dagegen war Steiner nicht nur als Schuldner, sondern auch als Vogt verpflichtet, die Prämien der Lebensversicherung zu bezahlen, um seinen Vogtsbefohlenen das Faustpfand zu erhalten. Die Versäumniss dieser Pflicht macht ihn als Vogt haftbar für den seinen Kindern daraus entstandenen Schaden, und da zugestandenermassen der Werth der verpfändeten Police bei richtiger Zahlung der Prämien zur Deckung der Auskaufsansprüche genügt hätte, so ist im vorliegenden Fall der Schaden gleich dem Verlust, welchen die Kinder bei der Verwerthung der Police erlitten haben, also gleich Fr. 1836. —. Von diesem Gesichtspunkt erscheint also die Verweisung der Klagforderung in II. Classe gerechtfertigt.

Aber auch aus dem weitern Grund ist in II. Classe zu collocieren, weil es sich bei dem klägerischen Anspruch in der That um Kindergut im Sinne des Gesetzes handelt. Der Auskauf ist nach unserm Recht nicht ein freier Verkauf des Erbschaftstheiles der Kinder an den überlebenden Elterntheil, wie er etwa nach § 376 der G.-O. stattfinden konnte, sondern er ist ein Vergleich, wodurch dem überlebenden Elterntheil die Möglichkeit geboten wird, das gesammte Gemeinschaftsvermögen zu übernehmen und die Ausweisung des Erbes der Kinder bis auf den Zeitpunkt ihrer Mehrjährigkeit zu verschieben. Der Auskäufer bleibt in Besitz und Verwaltung des ungetheilten Vermögens, und das Erbtheil der Kinder wird bloss rechnungsweise festgestellt, realiter aber nicht ausgeschieden. So sagt noch unser neuestes Vormundschaftsgesetz in Art. 79: „Statt sofortiger Realtheilung des Vermögens kann ein Auskauf getroffen werden; durch den Auskauf übernimmt der Vater das den Kindern zufallende

Vermögen und verspricht dagegen für die Erziehung der Kinder bis zum Austritt aus seiner Gewalt zu sorgen, sowie sie auf diesen Zeitpunkt mit ihrem Erbtheil auszuweisen." Trotz dem Auskauf besteht also die Anschauung fort, dass das Erbtheil der Kinder in der Hand des überlebenden Elterntheils zurückbleibt und die schliessliche Ausweisung dieses Erbtheils nichts anderes ist als der Vollzug der Realtheilung, welche ohne den Auskauf sofort nach dem Tode des verstorbenen Elterntheils hätte geschehen müssen. In diesem Sinn kann demnach allerdings gesagt werden, dass das Vermögen der Kinder, so lange ihr Erbtheil noch nicht definitiv ausgewiesen ist, unter der Verwaltung des Auskäufers steht. Diese Verwaltung ist nicht eine willkürlich aus freien Stücken dem Auskäufer übertragene, vielmehr tritt sie ein nach Anleitung des Gesetzes, wenn die Umstände so liegen, dass, wie Art. 10 der Vogtsordnung von 1747 sich ausdrückt, der Auskauf denen hinterlassenen Waisen viel fürträglicher ist. Die Fälle sind nicht selten, wo durch eine sofortige Realtheilung die öconomische Existenz des überlebenden Elterntheiles gefährdet und dadurch auch die Möglichkeit einer geeigneten Erziehung und Unterhaltung der Kinder in Frage gestellt würde. In solchen Fällen ist es geradezu Pflicht derjenigen Personen und Organe, welche über das Interesse der Waisen zu wachen haben, durch einen Auskauf womöglich jene Gefahr abzuwenden, und wenn daher ein solcher Auskauf getroffen wird, so ist er nicht das Produkt freier Willensbestimmung, sondern er stellt die durch das Gesetz vorgeschriebene, von Gesetzes wegen eintretende Ordnung der Nachlassverhältnisse dar.

Dem entsprechend ist nun auch der Auskaufsanspruch in unserm Recht stets dem Anspruch der Kinder auf sonstiges ihnen zugehörendes Vermögen, das von Gesetzeswegen unter Verwaltung der Eltern gelangt war, gleichgehalten worden (R.-Q. I, S. 639, 807, 987, 1043, Collocationsordnung von 1852 § 5 l. 4 u. § 15). Beide Ansprüche werden unter der gemeinsamen Bezeichnung von Kindergut zusammengefasst, derselben Bezeichnung, welche auch noch das geltende Concursgesetz dem in § 154, II. Classe 1^a b. aufgeführten Anspruch der Kinder giebt. Die Collocationsordnung von 1852 hatte nach dem Vorgang der Vogtsordnung von 1747 (R.-Q. I, 987) und der Verordnung wegen dem Kindergut von 1767 (R.-Q. I, 1043) das Kindergut theils in I., theils in III. Classe verwiesen. Das geltende Gesetz wollte am Begriffe des Kindergutes nichts ändern, sondern nur dessen Stellung anders

normieren und den Umfang des gewährten Privilegs beschränken. Diess geht klar hervor aus dem Rathschlag, wo es auf Seite 49 bloss heisst: „Die zweite Classe umfasst das Vogts- und Kindergut, schliesst aber die Privilegierung aus, wenn der Concurs später als ein Jahr nach Beendigung der vormundschaftlichen resp. elterlichen Verwaltung eintrat.“ Nicht die leiseste Andeutung findet sich hier, welche zur Annahme berechtigte, man habe gerade dasjenige Kindergut von der Privilegierung ausschliessen wollen, welches zu jener Zeit, wo der Vater noch nicht von Gesetzeswegen die vormundschaftliche Verwaltung des Kindervermögens erhielt, hauptsächlich in Betracht kam, nämlich das durch Auskauf in den Händen des Vaters gebliebene Kindervermögen. Da die betreffende Stelle im Gesetz gleich lautet, wie im Entwurf, so lässt sich auch nicht wohl die Behauptung aufstellen, dass etwa in der gesetzgebenden Behörde eine von dem Standpunkt der Redaktoren des Gesetzes verschiedene Anschauung hier die Oberhand gewonnen habe. Somit fällt auch der Anspruch aus einem Erbsauskauf unter das in § 154 1ª II gewährte Privileg des Kinderguts.

---

8. Canton Thurgau. Urtheil der Recurscommission des Obergerichts vom 3. März 1883.

Lotterieverbot.

Durch Zuschrift vom 15. September 1882 ersuchten Jacob Bär & Cie., welche in Rorschach eine Agentur des Annoncenbureau's Orell Füssli & Cie. haben, die Expedition der thurgauischen Volkszeitung in Weinfelden folgendes Inserat aufzunehmen: „Nürnberger Ausstellungsloose versenden à Fr. 1. 50 Cts. per Nachnahme Jac. Bär & Cie., Rorschach.“ Dieses Inserat wurde vom Drucker der Zeitung, H. Gleditsch, in Nr. 116 der thurgauischen Volkszeitung aufgenommen. Gleditsch und Jacob Bär & Cie. wurden hierauf vom Bezirksamt Weinfelden wegen Uebertretung des § 2, resp. 3 des Gesetzes betreffend das Verbot gegen Lotterien gebüsst. Sie riefen den korrektionellen Richter an und derselbe schützte sie. Nach der Zeit des Erlasses des betreffenden Gesetzes, der Veranlassung zu demselben und der Höhe des für Uebertretungen festgesetzten Minimums habe der Gesetzgeber nicht Verloosungen, welche mit Gewerbeausstellungen verbunden seien und damit einem vernünftigen volkswirthschaftlichen Zwecke dienten, im Auge gehabt, wie denn solche damals

noch nicht bestanden, sondern lediglich Geldlotterien, welche früher zu einer Kalamität geworden seien und auch keine Existenzberechtigung beanspruchen dürften. Aus der Thatsache, dass seither für mit Gewerbeausstellungen verbundene Verloosungen innert den Grenzen des Kantons Thurgau die regiminelle oder grossräthliche Bewilligung nachgesucht und notorisch in einzelnen Fällen ertheilt worden sei, müsse geschlossen werden, dass das Lotterieverbot sich nicht auf Fälle dieser Art beziehe, indem sonst weder Regierungsrath noch Grosser Rath kompetent gewesen wären, Ausnahmen zu bewilligen. Für diese Auffassung spreche auch die heutzutage allgemein gewordene Volksanschauung.

Die Staatsanwaltschaft appellierte gegen das freisprechende Urtheil. Das Gesetz von 1832 mache keinen Unterschied zwischen gewöhnlichen Geldlotterien und solchen für gemeinnützige und wohlthätige Zwecke; die Lotterien seien gänzlich untersagt. Im Wesen bestehe auch ein Unterschied nicht, bei beiden werde auf die Leichtgläubigkeit und Gewinnsucht des Publikums spekuliert, um auf mühelose Weise Geld zu erwerben, und der Unterschied bestehe nur darin, dass bei den sogenannten gemeinnützigen Lotterien die Verwendung des durch das Spiel erworbenen Geldes zum Voraus bestimmt sei.

Die Appellaten verlangten Abweisung der Appellation, indem das thurgauische Lotterieverbotgesetz von 1832 gar nicht mehr zu Recht bestehe, weil die Bundesverfassung den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit aufgestellt habe, und nach § 35 Schlusslemma der Bundesverfassung lediglich der Bund in Beziehung auf die Lotterien geeignete Massnahmen treffen könne. Eventuell beziehe sich das kantonale Gesetz nur auf eigentliche Geldlotterien, nicht auf Lotterien, welche mit Gewerbeausstellungen verbunden würden.

Das Obergericht verurtheilte die Beklagten, H. Gleditsch und Jacob Bär zu je Fr. 50. — Geldbusse und solidarisch zur Tragung der Kosten; in der Begründung wird zuerst ausführlich erörtert, dass das Lotterieverbot mit B.-V. Art. 31 nicht im Widerspruch stehe, weil die in diesem Artikel gewährleistete Gewerbefreiheit sich nicht auf unmoralische oder wenigstens moralisch zweifelhafte Geschäfte wie die Lotterie beziehe. Dann wird weiter gesagt:

In zweiter Linie handelt es sich darum, wie im kantonalen Gesetz betreffend Verbot der Lotterien das Wort „Lotterie“ zu interpretieren sei, d. h. ob es sich beziehe auf alle Lotterien im weiteren Sinne oder nur auf die sogenann-

ten Geldlotterien, also nicht auf die Lotterien, welche mit Gewerbeausstellungen verbunden werden. Aus dem Protokoll des thurgauischen Grossen Rathes vom 18. Dezember 1832 ergiebt es sich, dass das Lotteriewesen nicht staatlich reguliert, sondern vielmehr kategorisch verboten werden wollte. Das Gesetz richtet sich gegen jede Lotterie und gestattet keine Ausnahme; es wollte jede Veranlassung ferne gehalten werden, welche den Gedanken an die Glücksspiele überhaupt wachrufen könnte (Botschaft des thurgauischen Regierungsrathes an den Grossen Rath, d. d. 5. Januar 1866). Im Eingang des Gesetzes wird gesagt: „In Erwägung, dass das Lotteriewesen sowohl auf die Oekonomie, als auf die Moralität des Volkes, besonders der ärmeren Klasse höchst schädlich einwirkt, indem viele dadurch vom redlichen Erwerb abgezogen und durch trügerische Hoffnungen verleitet werden, ihren mühsam erworbenen Sparpfennig anzugreifen; in Erwägung ferner, dass Prellerei und Betrug sehr oft den Lotterien zu Grunde liegen; in Erwägung endlich, dass durch das Lotteriespiel überhaupt Müssiggang, Spielsucht, häusliche Zwiste und Veruntreuungen etc. veranlasst und befördert werden," beschliessen u. s. f.

Richtig ist allerdings, dass in den Jahren 1850 und 1856 kantonale Gewerbeausstellungen mit je Fr. 400. — und Fr. 600. — aus der Staatskasse unterstützt wurden und sie die Bewilligung zur Verloosung von ausgezeichnet befundenen und praktischen Gegenständen erhielten. Im Jahre 1866 hatte der Grosse Rath Veranlassung, sich prinzipiell über die Frage der Zulässigkeit der Verloosung zu Gunsten von Gewerbeausstellungen auszusprechen. Der Regierungsrath war ersucht worden, für die kantonale Gewerbeausstellung in Kreuzlingen eine Verloosung zu gestatten; er legte die Sache dem Grossen Rathe vor, und nahm den Standpunkt ein, dass das Gesetz von 1832 auch derartige Verloosungen, wie alle Lotterien im weiteren Sinne, ausschliesse. Der Grosse Rath, welcher damals noch die gesetzgebende Behörde war — vor Einführung des Referendums — und welchem desshalb auch das entscheidende Interpretationsrecht zukam, stimmte nach lebhafter Debatte der Ansicht des Regierungsrathes bei (Schlussnahme vom 22. Januar 1866). Und unterm 11. September 1866 wurde eine Motion, dahin gehend, die ausgestellten und als preiswürdig erkannten Gegenstände an öffentlichen Gewerbeausstellungen dürften in öffentliche Verloosung gegeben werden, eventuell sei ausnahmsweise zu Gunsten der kantonalen Gewerbeausstellung in Kreuzlingen

pro 1866 noch eine Verloosung zu gestatten, nicht erheblich erklärt. Aus diesen Beschlüssen, der anlässlich derselben geführten Diskussion und Zeitungsfehden ergiebt es sich unzweideutig, dass der Grosse Rath 1866 das Lotteriegesetz von 1832 dahin interpretierte, es verbiete jede Art der Lotterie, selbst die für sogenannte gemeinnützige Zwecke. Auch seitdem wurde das Gesetz von den Administrativbehörden in diesem Sinne, welcher mit dem Wortlaut desselben durchaus im Einklange steht, gehandhabt und ist der Rekurskommission kein gerichtlicher Entscheid bekannt, der damit in Widerspruch stünde.

Jedenfalls, selbst wenn sich der Richter an den Entscheid des Grossen Rathes von 1866 nicht halten wollte, könnte höchstens fraglich sein, ob nicht das Kollektieren und Publizieren einer vom Regierungsrathe oder Grossen Rathe bewilligten Verloosung straflos sei, denn 1850 und 1856 handelte es sich nur um von diesen Behörden bewilligte Verloosungen. Im speziellen Falle, für die Loose der Nürnberger Gewerbeausstellung pro 1882, liegt zugegebener Maassen eine solche Bewilligung nicht vor und desshalb findet auf denselben zweifellos das Gesetz betreffend Lotterieverbot Anwendung. Dafür, dass etwa speziell die Loose von Ausstellungen nicht unter das Gesetz fielen, liegen keine Momente vor. Es wird bei denselben auf die Gewinnsucht der Käufer spekuliert und ihnen dabei das Geld aus der Tasche gezogen; ob der Zweck an und für sich wirklich gemeinnützig sei, ist hier nicht näher zu untersuchen, und jedenfalls heiligt er das Mittel nicht. Klar ist, dass wenn für eine thurgauische Gewerbeausstellung die Verloosung als unzulässig erachtet wurde, die Verloosung einer bayerischen Ausstellung nicht günstiger gestellt werden kann.